REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XLI | Bogotá, enero 31 de 1935. | Número 1892

Director, FERNANDO GARAVITO A.
Relator de la Corte.

ADVERTENCIA

Con el presente número principia el tomo XLI de la Gaceta Judicial.

El número anterior (1891), está destinado al índice y jurisprudencia del tomo XL.

CORTE PLENA

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra)

En ejercicio del derecho que otorga el artículo 41 del acto legislativo número 3 de 1910, el señor Julio Nava- T. acusa como inconstitucional el artículo 10 del Decreto ejecutivo número 945, del 31 de mayo de 1932, publicado en el **Diario Oficial** número 22003, de 3 de junio del mismo año, disposición que está concebida así:

"Artículo 10. Los contratos de arrendamiento, anticresis o cualquiera otro semejante, con excepción de los de granja agraria, hasta por dos años de plazo, celebrados con posterioridad a los contratos de préstamo con los bancos hipotecarios, cesarán en todos sus efectos, inmediatamente el banco acreedor ejercite alguna acción judicial para hacer efectiva la obligación hipotecaria, salvo que dichos contratos hayan obtenido la aprobación del banco, o que éste convenga en que subsisten después de entablada la acción judicial."

Pedido el parecer adverso a la demanda del señor Procurador General de la Nación, se procede a decidir lo que se estima jurídico:

Fundamentos de la acusación a dicho artículo son los siguientes:

"Primero. Que tal disposición reforma en parte sustancial los Códigos Civil y Judicial, según los cuales los contratos de arrendamiento, de anticresis y sus similares, deben respetarse por los acreedores del propietario de la finca que celebró el respectivo contrato, hasta que éste pierda el dominio de la finca. Implicando, como implica, la disposición acusada, una reforma y derogación de leyes preexistentes, sólo podía ser expedida por el Congreso en virtud de lo establecido en el numeral 1º del artículo 76 de la Constitución Nacional, disposición ésta que se viola con el precepto ejecutivo que acuso.

"Que no obstan las facultades extraordinarias de que el Presidente de la República está investido por las Leyes 99 y 119 de 1931, porque éstas se refieren a las medidas financieras y económicas que sean precisamente indispensables para conjurar la crisis por que atraviesa el país, ya que el artículo acusado no contiene ninguna disposición relacionada con estas materias, concluyendo que el Poder Ejecutivo, al dictar la disposición acusada, extralimitó sus facultades constitucionales y violó el artículo 20 de la Carta."

Para responder estas objeciones, basta observar que así como el artículo 76 de la Constitución, en su numeral 1º, atribuye al Congreso la facultad de hacer las leyes, y mediante ellas interpreta, reforma y deroga las leyes preexistentes, así también el numeral 10 de allí lo faculta para revestir **pro témpore** al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen. Y si la disposición acusada, como lo reconoce el mismo actor, fue dictada en uso de las facultades extraordinarias concedidas por el Congreso al Presidente de la República, hay que concluir que no ha habido abuso, ni mucho menos violación, de los artículos 76 y 20 citados, de la Constitución. Y no obsta a este dictamen el argumento de que la disposición acusada no tiene el carácter financiero y económico que la haga precisamente indispensable para conjurar la crisis, porque justamente, la facultad conferida por el legislativo al Presidente de la República, con el criterio expuesto en las leyes sobre facultades extraordinarias, atribuyó a este último la determinación de tales medidas, según el criterio de la necesidad.

En relación con esta tesis, la Corte Plena, en sentencia de fecha treinta de marzo de mil novecientos treinta y tres, expuso lo que se copia en seguida:

"Las Leyes 99 y 119 de 1931 invistieron, como se ha visto, al Presidente de la República de facultades extraordinarias para tomar las medidas financieras y económicas que sean precisamente indispensables para conjurar la crisis por que atraviesa el país. Dos condiciones deben llenarse, de acuerdo con los términos de la disposición preinserta, para que un decreto dictado por el Presidente de la República pueda considerarse comprendido dentro de las facultades extraordinarias conferidas al Jefe del Estado por las precitadas Leyes, a saber: que verse sobre materia fiscal o económica, y que contenga medidas que fueran precisamente indispensables para la conjuración de la crisis económica por que atraviesa el país, a tiempo de expedirse las citadas leyes. Como el Decreto acusado regula una materia fiscal, desde luégo que trata de la organización de la contabilidad oficial y del Departamento de Contraloría, es indispensable que se llene el primero de los requisitos indicados. En cuanto al segundo, el de que las medidas tomadas en el Decreto fueran precisamente indispensables para la conjuración de la crisis, envuelve él una cuestión de hecho, que en gran parte correspondía apreciar al Gobierno, ya que sólo él poseía en su conjunto el plan económico y financiero, cuyo desarrollo debía influir en el remedio de la grave

situación fiscal y económica que ha venido pesando sobre el país a consecuencia de las repercusiones que en la economía nacional ha producido la crisis mundial. De ahí que el mismo Gobierno fuera el llamado en primer término a apreciar la conveniencia y necesidad de los actos gubernativos que hubieran de expedirse en desarrollo de las autorizaciones; pues la misma ley había confiado a su tino y discreción la elección de tales medidas, con la sola condición de que fueran precisamente indispensables para la conjuración de la crisis. En estas circunstancias sería necesario que apareciera de manifiesto que las disposiciones del Decreto acusado no reunían la condición expresada, para que la Corte pudiera llegar a la conclusión cierta de que al dictar dicho Decreto el Gobierno habría extralimitado las facultades conferidas por el legislador. No apareciendo, como no aparece, de manifiesto la falta del indicado requisito, es menester admitir que las disposiciones del Decreto se amoldan a las respectivas autorizaciones, ya que para resolver lo contrario no tendría fundamento alguno esta corporación, y ya que las violaciones a la Constitución deben aparecer de manera clara, para que la Corte pueda hacer una declaración al respecto." (Gaceta Judicial).

Segundo. Insiste el acusador en querer demostrar que la disposición acusada es contraria a nuestra Carta Fundamental, porque ella viola, dice, el artículo 31 de la Constitución, según el cual "los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores."

Funda esta tacha en que la disposición acusada confiere a los bancos hipotecarios la facultad de hacer cesar a su libre arbitrio los contratos de arrendamiento, anticresis o cualquiera otro semejante, o la de aceptar dichos contratos.

"De esta manera—dice—se confiere a una entidad particular la facultad de desconocer los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, desconocimiento que no puede hacer ni el propio legislador, al decir del artículo 31 de la Constitución Nacional, y que sí puede hacer, en virtud de la disposición acusada, una entidad bancaria."

Después que el acusador hace una exposición sobre lo que se entiende por derechos adquiridos, según los expositores, concluye:

"Aplicando estos principios al caso concreto que estudiamos, podemos decir: el dueño de una finca hipotecada tiene perfecto derecho para darla en arrendamiento, celebrando así el contrato bilateral de que nos habla el artículo 1973 del Código Civil. Y desde que este contrato se celebra, el arrendatario adquiere un derecho sobre el inmueble que es materia de arrendamiento, y las obligaciones correlativas, reglamentadas en el Título 26, Libro 4, del Código Civil. De esta manera el arrendatario reúne las tres condiciones necesarias para tener un derecho adquirido perfecto, o sea la cosa que es materia del contrato de arrendamiento, la persona que adquiere esa cosa, y la ley que consagra la legitimidad de esa adquisición.

"De acuerdo con el artículo 1008 del Código Civil (debió citar el 2008, que es el pertinente), el contrato de arrendamiento ha de durar por todo el tiempo que se ha estipulado, salvo que la cosa arrendada se destruya totalmente o que se extinga el derecho del arrendador, según las reglas establecidas en el mismo Código. El artículo 2023 establece:

'Si por el acreedor o acreedores del arrendador se trabare ejecución y embargo de la cosa arrendada, subsistirá el arriendo, y se sustituirá el acreedor o acreedores en los derechos y obligaciones del arrendador. Si se adjudicare la cosa al acreedor o acreedores, tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 2020.'

"El artículo 2020 es del tenor siguiente:

'Están obligados a respetar el arriendo:

'1º Todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador por un título lucrativo.

'2º Todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador a título oneroso, si el arrendamiento ha sido contraído por escritura pública, exceptuados los acreedores hipotecarios.

'3º Los acreedores hipotecarios, si el arrendamiento ha sido otorgado por escritura pública antes de la inscripción hipotecaria. El arrendatario de bienes raíces podrá requerir por sí solo la inscripción de dicha escritura.'

"De esta manera está establecido por el legislador que el arrendatario ha de ser respetado en su derecho de tal por los acreedores del arrendador, hasta que éstos adquieran en pleno dominio y posesión la cosa que fue materia del contrato de arrendamiento, y que si ese contrato se ha celebrado por escritura pública, inscrita en el registro de instrumentos públicos con anterioridad a la inscripción de la hipoteca, el acreedor hipotecario, aun cuando se haga dueño de la cosa materia de la hipoteca y del contrato de arrendamiento, está obligado a respetar este último. Como el Decreto que acuso establece que el acreedor hipotecario, si es un banco hipotecario, puede desconocer el contrato de arrendamiento antes de que se extinga el derecho del arrendador sobre la cosa arrendada, es indudable que ese Decreto viola los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por los arrendatarios, y que esa violación es contraria al artículo 31 de la Constitución Nacional, y así pido que lo declare la Corte."

A lo expuesto, observa la Corte:

Uno de los casos de expiración del arriendo, según el artículo 2019 del Código Civil, es aquel en que se extingue el derecho del arrendador por hecho o culpa suyos, como cuando vende la cosa arrendada de que es dueño, o siendo usufructuario de ella hace cesión del usufructo al propietario, o pierde la propiedad por no haber pagado el precio de venta; casos éstos en que el arrendador será obligado a indemnizar al arrendatario cuando la persona que le sucede en el derecho no está obligada a respetar el arriendo.

Según el artículo 2020 de la obra citada, "están obligados a respetar el arriendo:

"1º Todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador por un título lucrativo.

"2º Todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador a título oneroso, si el arrendamiento ha sido contraído por escritura pública, exceptuados los acreedores hipotecarios.

"3º Los acreedores hipotecarios, si el arrendamiento ha sido otorgado por escritura pública, inscrita en el registro de instrumentos públicos, antes de la inscripción hipotecaria."

Desde luégo se observa que el artículo 10 del Decreto acusado no se refiere a los contratos de arrendamiento escriturados y registrados antes de la inscripción hipotecaria; y respecto de los contratos de arrendamiento celebrados con posterioridad a dicha inscripción, que

son los mencionados en tal Decreto, tiene aplicación lo dispuesto en el artículo 2020, es decir, el acreedor está obligado a respetar el arriendo. Y como la acusación se funda en que dicho artículo 2023 del Código Civil, por cuanto ese artículo dispone que los contratos en él mencionados cesarán en sus efectos inmediatamente que el banco ejercite alguna acción judicial para hacer efectiva la obligación hipotecaria, y por cuanto la disposición civil citada declara que si por el acreedor o acreedores del arrendador se trabare ejecución y embargo de la cosa arrendada, subsistirá el arriendo, y se sustituirán el acreedor o acreedores en los derechos y obligaciones del arrendador; de todo lo cual, concluye el acusador, que la cesación intempestiva de los efectos de los contratos, ordenada por el Decreto, implica desconocimiento de ellos antes de que se extingan los derechos del arrendador sobre la cosa arrendada.

Es evidente que, según el artículo 2023 del Código Civil, trabada la ejecución y embargo sobre la cosa arrendada, de modo general debe subsistir el arriendo, sustituyéndose el acreedor o acreedores en los derechos y obligaciones del arrendador; empero, debe tenerse en cuenta que la disposición comentada, refiriéndose a la adjudicación de la cosa arrendada en la ejecución seguida para hacer efectiva la obligación hipotecaria, establece excepción, ordenando que en este caso se aplique lo dispuesto en el artículo 2020, esto es, que si el arrendamiento ha sido otorgado por escritura pública inscrita antes de la inscripción hipotecaria, el acreedor o acreedores a quienes se adjudique la cosa arrendada o hipotecada, deberán respetar el arriendo hasta que llegue la fecha de su terminación, según el contrato de arrendamiento, y si el arrendamiento ha sido otorgado de la misma manera, pero ha sido inscrito después de la hipoteca, el acreedor o acreedores a quienes se adjudique la cosa sobre que radica el arriendo no están obligados a respetarlo.

Y es natural que exista diferencia en los efectos del contrato de arrendamiento sobre fincas hipotecadas; pues quien realiza la inscripción hipotecaria con posterioridad a la inscripción del arrendamiento, supone la ley, con fundamento en la publicidad del registro de los instrumentos públicos, que sabe que la finca hipotecada está limitada en su uso en favor de un tercero, que ejerce este derecho en nombre de su deudor, y si concede un plazo a éste, mayor del de la duración del arriendo, tácitamente manifiesta su voluntad de sujetarse a las consecuencias del primitivo contrato, y de respetarlo en su ejecución hasta que termine. Al contrario, si el arrendatario inscribe su contrato después de hallarse inscrita la hipoteca, lo hace a sabiendas de que el uso de la finca que recibe está limitado por el advenimiento del día en que se cumpla el plazo de la obligación principal a que la hipoteca accede, y que el acreedor hipotecario, que goza de un derecho real sobre esa finca, puede en aquel evento trabar ejecución y embargo sobre ella, privándolo de ese uso, sin tener en cuenta el contrato de arrendamiento posterior al suyo, y respecto del cual el acreedor no tiene ninguna obligación que cumplir.

Es evidente también que la disposición del artículo 10 del Decreto acusado, cuando estatuye que los contratos de que allí se habla, celebrados con posterioridad a los contratos de préstamo con los bancos hipotecarios, cesarán en todos sus efectos inmediatamente que el banco acreedor ejercite alguna acción judicial para hacer efectiva la obligación hipotecaria, hace una determinación, que el artículo 2023 del Código Civil no cont
ctros términos, fija el criterio acerca del respet
tiato de arrendamiento y su consiguiente du
el caso que el Decreto prevé: duración que lim
mento en que el acreedor ejercite alguna acci
para hacer efectiva la obligación hipotecaria.

Tratándose, como efectivamente se trata, d
posición reformatoria del Código Civil, en lo
los efectos y duración de estos contratos, de ac
lo expuesto acerca del primer motivo de acu
reforma, procedente de una ley posterior, que
ter tiene el Decreto citado, por haberse exped
de las facultades extraordinarias concedidas p
greso al Presidente de la República, no es inc
rial, porque ella debe mirar al futuro, es dec
aplicable a los contratos que se celebren despu
la disposición del Decreto, y con esta condición
concluirse que ella viole los derechos adquirid
entendida así la disposición del artículo 10, no
quible.

Tercero. También el actor acusa la referi
ción, porque la juzga contraria al ordinal 3° d
4° del Acto legislativo número 3 de 1910, seg
sólo podrán concederse privilegios que se refi
ventos útiles y a vías de comunicación; porqu
ra que por medio de la disposición acusada,
Ejecutivo confiere a los bancos hipotecarios
gio de dar por terminados los contratos de arr
to, anticresis o cualquiera otro semejante, qu
cionen con bienes que estén hipotecados, pero
tad sólo la concede a los bancos hipotecarios
demás acreedores hipotecarios, lo que quiere
se concede a aquéllos una facultad y un dere
niega a los demás acreedores hipotecarios. "D
nora se expide—dice—una legislación de priv
las dos únicas instituciones bancarias hipot
existen en Colombia, y como este privilegio no
ni a un invento útil, ni a una vía de comunica
dudable que la disposición acusada viola
constitucional que acabo de invocar."

Y concluye:

"La legislación, y especialmente la legislació
mira al orden privado, ha de ser siempre gene
litaria, porque todos los ciudadanos, banquero
cos o pobres, influyentes o nó, han de gozar
nos derechos y de las mismas obligaciones;
caso que el Decreto acusado rompe con esa ig
rídica proclamada por nuestra Constitución,
una casta privilegiada, que puede desconocer
arbitrio los contratos de orden privado que se
brado al amparo de las leyes, como puede re
contratos, según lo juzgue conveniente a sus
simos intereses, y según sea la persona que
contrato."

Para decidir del mérito que esta acusación c
Corte avanza estos comentarios:

El artículo 4° del Acto legislativo número
en que la acusación se funda, está concebido

"Ninguna ley que establezca un monopolio
cerse antes de que sean previamente indem
individuos que en virtud de ella deban queda
del ejercicio de una industria lícita. Ningún
podrá establecerse sino como arbitrio rent
virtud de ley. Sólo podrán concederse privile
refieran a inventos útiles y a vías de comuni

Según lo tiene entendido esta corporación, el privilegio consiste en una gracia o prerrogativa que se concede a uno, libertándolo de alguna carga o gravamen, o confiriéndole algún derecho de que no pueden gozar **otros**.

Aplicada esta definición a los términos del artículo 10 del Decreto acusado, se observa que en éste no se trata de un privilegio, por cuanto la terminación de los contratos que se estatuye en dicho artículo, no es una gracia o prerrogativa que se concede a **uno solo** de los bancos hipotecarios, sino a todos los bancos que satisfagan las condiciones esenciales exigidas para serlo en las definiciones legales, consignadas en los artículos 3º y 4º de la Ley 45 de 1923. De manera que se trata no de un privilegio sino de una disposición de las llamadas en derecho constitucional "leyes de clase," en las cuales "no se confiere gracia particular a un individuo, sino que se reconocen derechos de modo indeterminado a **cuantos** individuos cumplan con ciertas condiciones que la misma ley establece"; y en este caso están todos los bancos hipotecarios o secciones hipotecarias de bancos comerciales, que en las circunstancias apreciadas por el legislador, podrán gozar del derecho que su calidad les confiere; de suerte que es la calidad genérica la que se tiene en cuenta para conferirles el derecho, no las circunstancias individuales, que en este caso sí determinaría el carácter de privilegio, según la definición antes expuesta. Debiendo concluirse que la verdadera comprensión de la definición de privilegio es razón suficiente para reconocer que en el caso del artículo 10 del Decreto acusado, no hay violación del artículo 4º del Acto legislativo número 3 de 1910, y que, por tanto, esa disposición es exequible; con la especial circunstancia de que esta doctrina ya parece consignada por la Corte, en sentencia de fecha siete de julio de mil novecientos treinta, publicada en la **Gaceta Judicial** número 1834, página 260.

Y si se entendiera el concepto de privilegio en el sentido que el acusador lo presenta, esto es, como facultad concedida sólo a unos con exclusión de los otros, se llegaría al absurdo de establecer una igualdad destructora de la organización social, y con este mismo criterio sería preciso desconocer la eficacia de todas las leyes, en virtud de las cuales, desde el punto de vista del derecho privado y del derecho público, se establecen garantías especiales de clases en favor de personas, como los menores de edad, las mujeres casadas, de los indígenas; en favor de ciertos bienes, como las minas; en favor de ciertos deudores, que gozan de los beneficios de competencia y excusión, de inventario, etc., etc.; o en favor de ciertos créditos y con relación a las causas que proceden, ora respecto de las personas a quienes pertenecen, bien sobre la clase de bienes sobre que recaen; y tampoco sería eficaz la prelación que sobre los dichos créditos la misma ley civil establece.

Menos serían eficaces las leyes sobre fueros militar y eclesiástico; sobre exenciones de derechos o contribuciones directas o indirectas; sobre inmunidades parlamentarias y jurisdiccionales; sobre condiciones relativas a la elegibilidad de ciertos funcionarios; y otras muchas leyes relacionadas con el derecho público interno.

Y es que estas leyes, llamadas de clase, desde el punto de vista civil, se refieren a personas o colectividades, que por sus circunstancias merecen un apoyo especial de parte del legislador, apoyo sin el cual no les sería posible realizar sus fines sociales, con menoscabo del progreso común, que para que sea efectivo, debe actuarse en todas las clases. Y precisamente de este criterio nace la verdadera igualdad jurídica, que se patentiza, por ejemplo, cuando el legislador complementa la capacidad jurídica de una persona en los casos en que la estima como incompleta o insuficiente; y en otros casos sanciona las actuaciones desprovistas de esta capacidad con la nulidad establecida, siempre en favor de esas clases, a las cuales se reconocen ciertas prerrogativas de que no gozan las otras, precisamente por su completa capacidad.

Y es para la Corte oportuno declarar su criterio en relación con el sentido que debe darse a la disposición del artículo 4º del Acto legislativo número 3 de 1910.

Este artículo usó indistintamente los conceptos de **monopolio** y **privilegio**, para referirse a la prohibición de no poder aplicar las leyes que establezcan los monopolios antes de haber sido previamente indemnizados los individuos que en virtud de ellas hubieran de quedar privados del ejercicio de una industria lícita, y para [illegible] la adquisición de arbitrios rentísticos, y para prohibir la concesión de privilegios distintos de los de inventos útiles y vías de comunicación.

El artículo constitucional que se comenta, como forma parte del título "De los derechos civiles y garantías sociales," es salvaguardia de la libertad de industria, ora para garantizar su libre ejercicio y la competente indemnización, en el caso de que el Estado aparezca como competidor, bien para prohibir la explotación exclusiva de alguna de ellas por parte de los individuos particulares en menoscabo del derecho de los demás. En este sentido, y por el uso que el constituyente hace de la palabra **privilegio**, es acertado interpretarlo, declarando que los privilegios prohibidos en el artículo en cuestión son aquellos que implican la explotación exclusiva a favor de un individuo o corporación privada, y con exclusión de los demás, de manera que se rompa la igualdad jurídica, haciéndo a unos de mejor condición que otros. Y así lo hacen comprender mejor los casos de excepción, relativos a inventos útiles y vías de comunicación; los primeros, porque implican una actividad intelectual exclusiva, pueden ser también materia de exclusiva explotación en favor del propietario; y los segundos, porque exigiendo un servicio público costoso, necesitan del privilegio, para que las empresas que a esta industria se dedican puedan indemnizarse suficientemente con los gastos hechos, hasta poner una vía de comunicación en estado de explotación. Además, de esta manera cumple el legislador la atribución constitucional que le corresponde, según el ordinal 18 del artículo 76, de fomentar las empresas útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo.

Entendida así aquella disposición constitucional, se disipa el falso concepto que incluye la creencia de que toda garantía o prerrogativa especial conferida por el legislador, por motivos también especiales, es un privilegio incluído en la prohibición del artículo 4º del Acto legislativo mencionado.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el dictamen del señor Procurador General de la Nación, declara que no es inexequible, por inconstitucional, en los conceptos en que aparece acusado, el artículo 10 del Decreto número 945 de 1932 (mayo 31), por el cual se adiciona y reforma el Decreto número 711 de 1932.

Publíquese, cópiese y notifíquese; envíese copia auténti-

de esta providencia al señor Ministro de Gobierno, ...sértese en la Gaceta Judicial y oportunamente archívese.

Enrique A. Becerra—José Joaquín Hernández—José Miguel Arango—Jenaro Cruz V.—Remigio González C. Germán B. Jiménez—Ignacio González Torres—Julio Luzardo Fortoul—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti. Francisco Tafur A.—Juan C. Trujillo Arroyo—Augusto N. Samper, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Luzardo Fortoul.

La última de las acusaciones formuladas contra el artículo 10 del Decreto 945 de 1932, es la de ser dicha disposición contraria al inciso 3°, artículo 4°, del Acto legislativo número 3 de 1910, según el cual, "sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación," y se funda en que por medio de tal disposición el Poder Ejecutivo confiere a los bancos hipotecarios el privilegio de dar por terminados los contratos de arrendamiento, antieresis o cualquiera otro semejante, que se relacionen con bienes hipotecarios, pero esa facultad sólo la otorga a los bancos hipotecarios y nó a los demás acreedores que disfruten de la misma garantía, con lo cual, añade el demandante, se expide una legislación de privilegio para las dos únicas instituciones bancarias hipotecarias, y que es violatoria del mencionado canon constitucional, por no referirse a inventos útiles ni a vías de comunicación.

El mencionado artículo establece:

"Artículo 10. Los contratos de arrendamiento, anticresis o cualquiera otro semejante, con excepción de los de prenda agraria, hasta de dos años de plazo, celebrados con posterioridad a los contratos de préstamo con los bancos hipotecarios, cesarán en todos sus efectos inmediatamente que el banco acreedor ejercite alguna acción judicial para hacer efectiva la obligación hipotecaria, salvo que dichos contratos hayan obtenido la aprobación del banco, o que éste convenga en que subsisten después de entablada la acción judicial."

Para el suscrito no es dudoso que la disposición transcrita es opuesta a la libertad de industria, consagrada en varios textos de la Constitución, y especialmente en el inciso final del artículo 4° del Acto legislativo número 3 de 1910, al preceptuar que "sólo podrán concederse privilegios que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación."

Los cortos vocablos de este canon encierran una sabia doctrina, a la par que una protectora salvaguardia de los derechos individuales. Para la recta interpretación de un mandato de la Constitución no basta detenerse en la contemplación de la estructura externa, ni en la simple fijación de su acepción gramatical. Es menester penetrar más allá del texto escrito, e indagar los móviles que hayan podido influir en el ánimo del constituyente para establecerlo y los fines que haya perseguido con su implantamiento.

Y cabe preguntar: ¿por qué motivo y con qué fin ha prohibido el constituyente conceder privilegios que no se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación? Ese motivo y ese fin no pueden ser otros que los de garantizar la libertad de industria, entendida en su más amplia acepción, o sea en la de "libre competencia industrial," con las excepciones establecidas respecto inventos útiles y las vías de comunicación, con procurar el fomento de los unos y de las otras.

Sin duda ha visto el constituyente, en su sabidu lo que se conoce con el nombre de "libre com industrial," y que no es otra cosa que el libre jue leyes económicas, es condición indispensable del industrial. En efecto: donde existe la libre com quien se dedica a explotar un ramo cualquiera dustria, se ve obligado, para no ser vencido por petidores, a tomar constantemente nuevas inici perfeccionar sus procedimientos, a elevar su técnica, a mejorar y abaratar sus productos, lo ne a determinar cada día un nuevo avance en la tiva industria. Donde deja de existir esa libre tencia, desaparecen como por ensalmo aquellos cos resultados, y las industrias permanecen es rias, cuando no languidecen o retroceden la mente.

La libre competencia es, por otra parte, un obligado de los principios democráticos en que man las instituciones republicanas, y que cons igualdad ante la ley de los miembros de la co social. Esa igualdad es especialmente necesar campo económico, porque todo lo que diga rel patrimonio y a los medios de subsistencia del i está íntimamente ligado a la conservación del a su perfeccionamiento, así en lo físico como en ral e intelectual, ya que aquellos elementos so pensables para el sostenimiento de la personali humana, y para su mejoramiento en los tres órd se dejan expresados.

La igualdad legal de las personas y entidad terreno económico es, además, una consecuenc protección que, con arreglo al artículo 19 del deben las autoridades de la República dispensar las personas residentes en Colombia en sus vidas y bienes"; pues deja de haber protección a los de una parte de los colombianos, desde el mom que la ley coloque a otra parte de éstos en mejo diciones para la lucha por la vida. Esta des constituye no tan sólo un desamparo para los de aquellos que resulten desfavorecidos por la un manifiesto agravio a tales intereses, una ve perjuicio que la desigualdad les ocasione pue hasta impedirles el ejercicio de una industria

Siguese de lo expuesto que toda medida ador el legislador o por el Poder Ejecutivo en uso de des extraordinarias, que coloque a unas person tidades en situación de ventaja respecto de ot ejercicio de una industria o actividad lícitas, la los textos constitucionales que se dejan rel y de manera especial el 4° del Acto legislativo de 1910, que tiene en mira garantizar la libre cia industrial, con las solas excepciones refere ventos útiles y a vías de comunicación.

Siguese igualmente que el artículo acusado, confiere solamente a los bancos hipotecarios gativa de hacer cesar en sus efectos, a volunt pectivo banco, los contratos de arrendamient sis y otros semejantes, celebrados por sus deu posterioridad a la inscripción hipotecaria, y en cluye de esa prerrogativa a los demás acreed tecarios, infringe los referidos cánones, ya qu estos últimos acreedores en una condición de dad que no se compadece con la libre comp

dustrial, y ya que el ejercicio del mutuo constituye una industria, como que requiere una serie de actividades, tales como el estudio de las seguridades, el examen de títulos, el cobro de intereses, la demanda en juicio de los deudores morosos, etc.

Y no se diga que aquí no se trata de un privilegio, sino de una ley de las llamadas "de clase," en razón de que la gracia o prerrogativa no se concede a uno solo de los bancos hipotecarios, sino a todos los bancos que satisfagan las condiciones requeridas para serlo, conforme a los artículos 3º y 4º de la Ley 45 de 1923. No es requisito esencial del concepto del privilegio el que éste se otorgue a una sola persona o entidad, y no a dos o más, ni a una clase o categoría de personas. Demostrado como queda, que lo que el artículo 4º de la enmienda constitucional de 1910 persigue es la garantía de la libre competencia industrial, no puede dársele a la palabra **privilegio**, allí empleada, la acepción de ser singular el sujeto en quien reside la gracia o prerrogativa, comoquiera que tal interpretación produciría el efecto inaceptable de hacer irrita la disposición, pues la libre competencia se rompe no solamente cuando la gracia se concede a una sola persona, sino cuando se otorga a varias y aun a muchas, y antes bien, la violación a la libertad de competencia es tanto mayor cuanto más extenso sea el número de los beneficiados con exclusión de otros.

A la anterior conclusión no se opone lo que se conoce con el nombre de "leyes de clase," por cuanto de una parte estas leyes, tales como las referentes a los militares, los menores de edad, las mujeres casadas, los indígenas y demás que se citan en el precedente fallo, ninguna relación tienen con la libertad de competencia industrial, y, por tanto, en nada se oponen ellas a los textos constitucionales que garantizan dicha libertad.

Tampoco se oponen las referidas "leyes de clase" al principio republicano de la igualdad de los miembros de la colectividad social ante la ley, pues esa igualdad consiste principalmente en que todos aquellos que se encuentren en unas mismas condiciones, estén regidos por unas mismas leyes. Mas no en que quienes se hallan en circunstancias diversas sean sometidos a una misma regla, porque esto vendría a constituir la suprema desigualdad, la suprema injusticia. Si se confiriera el mismo grado de capacidad civil a los menores de edad que a los mayores, se establecería un desequilibrio perjudicial a los primeros, cuya inexperiencia, escasez de criterio y falta de conocimiento de los negocios, podrían ser explotadas por los segundos. Así también las leyes militares han sido expedidas teniendo en consideración la organización especial del Ejército, la disciplina a que deben estar sometidos sus miembros, los derechos y obligaciones de éstos, etc. Se rompería el equilibrio social si a todos los colombianos se les pretendiera subordinar a un mismo patrón legal, sin tener en cuenta su edad, sexo, estado y condición. Esta igualación de quienes se encuentran entre sí, en circunstancias completamente diferentes, sería la encarnación misma de la más irritante de las desigualdades. Las "leyes de clase" encajan, pues, dentro del principio de la igualdad republicana, debidamente entendido.

Mas para que esas leyes respondan al citado principio, es menester que sus disposiciones se inspiren en el bien colectivo, y tengan por fundamento y razón de ser, la diferencia que realmente exista entre una clase de individuos y otra, como en los ejemplos que se dejan analizados, y que no se funden en una simple idea de gracia o favor a determinada clase de personas con detrimento de las demás, como en el caso en que se concediera una exención o prerrogativa a todos los individuos de la raza blanca con exclusión de las gentes de color, o a los de un bando político con prescindencia de los pertenecientes a otros partidos.

Y es por este aspecto por el que la disposición acusada ostenta su oposición al indicado principio de igualdad, desde luego que la prerrogativa, conferida solamente a los bancos hipotecarios, de hacer cesar los contratos de arrendamiento, anticresis, etc., celebrados por sus deudores, no tiene por base la diferencia que en el orden jurídico exista o pueda existir entre los créditos constituídos a favor de tales bancos y los de los demás acreedores hipotecarios, sino un espíritu de favor a estas instituciones.

En efecto: la ley civil coloca en un mismo pie de igualdad a todos los acreedores hipotecarios, en razón de ser una misma la naturaleza jurídica de la caución hipotecaria, sea quien fuere el dueño del crédito. Mas viene el artículo acusado y establece entre los acreedores bancarios hipotecarios y los demás acreedores hipotecarios una diferencia que no se justifica ante los principios jurídicos, para conceder a los primeros una preeminencia que se niega a los segundos, y no se inspira ni puede inspirarse sino en el propósito de otorgar una gracia, un favor especial a los citados bancos, colocándolos en una situación de superioridad respecto de los demás acreedores de la misma clase.

Así: si un crédito hipotecario se halla en poder de un particular está por ese hecho privado de la prerrogativa creada por el artículo 10 del Decreto; pero basta que ese particular le ceda el crédito a un banco hipotecario, para que la acreencia quede purgada de aquella situación de inferioridad, y entre sin otro requisito en el goce de la preeminencia que antes le era negada.

Para otorgar la gracia no se atiende, pues, a la naturaleza del crédito ni a sus condiciones jurídicas, sino al titular de él, y esto es lo que hace que la disposición acotada no entre en el concepto de ley de clase, según lo antes dicho, sino en el de ley de privilegio, opuesta como tal a los preceptos constitucionales atrás relacionados.

Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos treinta y cuatro.

Julio Luzardo Fortoul

El suscrito adhiere al anterior salvamento de voto, en todas sus partes.

Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos treinta y cuatro.

Ignacio González Torres

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Arango.

Sin reticencias considera la Corte que el artículo 10 del Decreto ejecutivo número 945, de 31 de mayo de 1932, es una disposición reformatoria del Código Civil, procedente de una ley posterior, ya que ese carácter tiene el mencionado Decreto, por haberse expedido en uso de facultades extraordinarias concedidas por el Legislativo al Ejecutivo, y sin vacilaciones afirma que él no puede aplicarse sino a los contratos celebrados con posterioridad a su vigencia. Lo que está pregonando que si se aplicare a los contratos anteriores o preexistentes a su vigencia, el artículo 10 sería inconstitucional.

enso que si el artículo 10 del Decreto acusado es una disposición reformatoria de la ley civil, él no encaja dentro de las facultades extraordinarias dadas al Presidente para conjurar la crisis, porque él no contiene medida precisamente indispensable para conjurarla.

En efecto: sostiene la sentencia que la reforma que introduce el Decreto (artículo 10) al Código Civil, procede de una ley, carácter que él tiene, por haber sido expedido en virtud de facultades extraordinarias concedidas al Ejecutivo, como lo reconoce el mismo fallo al principio de él, y si no es legislativo, por no llevar la firma de todos los Ministros, ni estar dictado en virtud de facultades concedidas por caso de guerra exterior ó conmoción interna, como lo preceptúa el artículo 33 del Acto legislativo número 3 de 1910, no puede decirse, como lo asienta la Corte, que tenga carácter de ley. Pero suponiendo que sí tenga ese carácter, él tampoco podría derogar las leyes, sino sólo suspender las que considere incompatibles o estorbosas al fin perseguido. Si en caso de guerra exterior o de conmoción interna, las más subidas calamidades que puedan sobrevenirle a un país, sólo se puede suspender las leyes, no se explica que en tiempo de paz se puedan derogar y reformar so pretexto de conjurar una crisis, y mayormente las civiles, que regulan los contratos de los particulares sobre intereses privados.

A vista de ojos aparece claro que, ordenar por un mero decreto ejecutivo la cesación de los contratos de arrendamiento, anticresis, etc., etc., celebrados por particulares sobre intereses privados, no es una medida precisamente indispensable para conjurar la crisis que en ese momento azotaba al país, pues con ella, ni se aumentaba la producción agrícola, minera o comercial de la Nación, fuentes de verdadera riqueza, ni se proporcionaba trabajo a los desocupados, ni se acrecentaba el medio circulante, ni se valorizaba la moneda, ni se ponía a los deudores en capacidad de atender a sus compromisos legales, pero sí se colocaba a los bancos hipotecarios en situación privilegiada, con mengua de los derechos de los otros deudores hipotecarios, que habían celebrado contratos idénticos a los ajustados por los bancos hipotecarios, bajo la egida del derecho común, que amparaba por igual a todas las personas, naturales o jurídicas, que celebraron esos pactos, sin distingos odiosos, y sin que sea valedero el argumento de que esos establecimientos llenan una función social digna de protección, ya que los colombianos sabemos por dolorosa experiencia que esos establecimientos bancarios son instituciones de castas, fuera del alcance de los pequeños industriales, de los pequeños agricultores, de los empleados y de todos aquellos que verdaderamente necesitan de su apoyo. Ejercen una industria, la bancaria, industria de lucro, en beneficio de particulares, reñida, en más de las veces, con la protección social.

Tampoco se oculta a nadie que el Decreto concede una gracia o privilegio a los bancos hipotetecarios, haciéndolos de mejor condición que al resto de los acreedores hipotecarios que han pactado contratos idénticos a los celebrados por los bancos hipotecarios, al amparo de las disposiciones legales que reglamentan esa garantía real, y es bien sabido, y principio no discutido de derecho público, que la mejor garantía de los ciudadanos contra la arbitrariedad, es el carácter de generalidad que debe tener la ley, que la esencial protección de la libertad consiste en que la autoridad no pueda tomar decisiones o ordenamientos individuales, sino dentro de los límites señalados con antelación de manera general y abstracta, por una regla general.

La ley, se sabe, para que lo sea, es indispensable que organice, cree, una situación jurídica general impersonal, objetiva, que contenga una regla de derecho, una norma para todos los asociados.

El Decreto acusado no organiza ni crea una situación jurídica general, ya que se refiere exclusivamente a los bancos hipotecarios; tampoco es impersonal, porque favorece a determinadas personas jurídicas, y por tanto no se le puede calificar de ley.

No se diga que en derecho constitucional hay leyes llamadas "de clase," porque hay que demostrar que ellas guardan armonía con el sistema republicano, y que no entrañan un atentado a la igualdad jurídica de las personas.

Si esas leyes de clase establecen condiciones distintas para adquirir derechos civiles y para hacerlos efectivos ante los Poderes del Estado, son leyes de privilegio, leyes de gracia, leyes de exclusión, opuestas al régimen republicano, a la igualdad jurídica, con ellas se llega a la gremialización o sindicalización, sistema de gobierno medioeval, há tiempo desaparecido.

Las leyes que la sentencia gradúa de "leyes de clase," como la protección de los menores, de las mujeres casadas, son verdaderas leyes de protección respecto de esas personas que se consideran inhábiles para ejercitar sus derechos por razón de la edad, del vínculo marital o de la ignorancia, como sucede con los indígenas, y esa protección se justifica por la inhabilidad que la ley le atribuye a esas personas, pero al presente se trata de personas igualmente capaces para adquirir y ejercitar sus derechos, iguales ante la ley, y en este evento no hay razón para hacer a una de estas personas de mejor calidad que la otra, cuando ambas tienen la misma capacidad jurídica para obligarse. Eso es evidente.

Las consideraciones de la sentencia sobre aplicaciones de los artículos 2020, 2023 y siguientes del Código Civil, son un requilorio forastero al punto constitucional discutido, que ni quita ni agrega nada al problema.

En suma, considero inconstitucional el artículo 10 acusado.

Bogotá, cuatro de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro.

José Miguel Arango

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Juan E. Martínez.

Estima la sentencia anterior que el artículo 10 del Decreto número 945, de 31 de mayo de 1932, no viola el artículo 31 de la Constitución, porque dicho artículo sólo debe mirar al futuro, es decir, sólo es aplicable a los contratos que se celebren después de regir la disposición.

Considero que la redacción del artículo es un tanto ambigua, y se presta a que en ella queden incluídos los contratos celebrados después del otorgamiento de la hipoteca y antes de comenzar a regir el Decreto.

Por lo mismo, el artículo ha debido ser declarado inexequible, según mi parecer, en cuanto en él se comprenden los contratos a que acabo de referirme.

Esto lo digo en el supuesto de que la disposición no fuera vulnerable, como lo es, por el aspecto del privilegio.

Acerca de este punto, hallo aceptables las razones expuestas en el primero de los salvamentos; porque, en efecto, no puede tomarse como una ley de clase la prerrogativa concedida a los bancos hipotecarios, que implica una gran ventaja sobre los otros acreedores hipotecarios; ventaja no fundada en verdadera distinción jurídica, que exista en favor de los créditos de aquéllos, y que, por tanto, no es otra cosa que una gracia especial otorgada a tales entidades.

Hé aquí porqué me aparto de lo resuelto en la sentencia.

Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos treinta y cuatro.

Juan E. Martínez

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Los señores Manuel Sandoval y Manuel José Muñoz, en su calidad de ciudadanos colombianos en ejercicio, fundados en los artículos 45 de la Constitución Nacional y 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, en libelo de fecha cuatro de abril del año en curso (mil novecientos treinta y cuatro), acusan por inconstitucionales las disposiciones contenidas en los artículos 3°, 4° y 5° (ordinal 3°), de la Ley 105 de 1931. Acompañaron a su demanda un ejemplar del Diario Oficial número 21823, donde aparece publicada dicha Ley, y pidieron que, previo traslado al señor Procurador General de la Nación, se hicieran por la Corte las declaraciones correspondientes.

Oído este alto funcionario, quien conceptúa adversamente a las pretensiones de los actores, se procede a determinar la eficacia de los razonamientos presentados para demostrar la inexequibilidad de las disposiciones que se acusan por inconstitucionales, así:

Las disposiciones controvertidas son del tenor siguiente:

"Artículo 3° Quien reciba el nombramiento en propiedad de un empleo judicial, para cuyo ejercicio se exigen condiciones de idoneidad, nacionalidad u otras, debe presentar al funcionario o corporación que hizo el nombramiento, el comprobante de que tiene las condiciones exigidas, con el objeto de obtener la confirmación de éste por medio de una resolución motivada, sin la cual no puede tomar posesión el nombrado ni ejercer el cargo.

"El término que tiene el nombrado para hacer tal presentación es el de un mes, contado desde el día en que reciba el nombramiento, si el empleado reside en el Departamento, Intendencia o Comisaría en que debe funcionar; de tres meses, si se encuentra en otro, y de seis meses, si está en el Extranjero.

"Lo dispuesto en este artículo es aplicable a los suplentes, cuando se les llame a desempeñar el puesto. Los interinos no necesitan presentar comprobante alguno.

"En el caso de que se trate de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, si las Cámaras están en receso, dentro del indicado término, el comprobante debe presentarse al Gobierno, para que por éste, con la firma del Presidente y del Ministro respectivo, se haga la referida confirmación.

"Si el nombrado reside en el territorio de la República, el pliego que contenga el nombramiento debe serle entregado bajo recibo, por conducto de una autoridad política, y si en el Extranjero, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores.

"Artículo 4° El nombrado puede acreditar que reúne las condiciones exigidas por la Constitución o la ley, con los medios probatorios ordinarios.

"Cuanto a la de ser versado en la ciencia del derecho, sólo puede acreditarla con su título, expedido por una Facultad oficial o privada.

"Artículo 5° El nombramiento para un empleo judicial queda insubsistente:

. . . . . .

"3° Por la falta de confirmación del nombramiento en los casos en que ella se exija."

. . . . . .

Los conceptos en que según los acusadores, estas disposiciones violan el Estatuto Nacional, aparecen en esta síntesis que se hace de su demanda:

"Estas tres disposiciones de los artículos mencionados, relacionadas entre sí o en conjunto, violan de manera flagrante la letra y el espíritu del artículo 150 de la Constitución Nacional, que establece que para ser Magistrado de la Corte Suprema se requiere demostrar la versación o idoneidad por uno de los tres medios siguientes:

"a) Con la prueba de haber desempeñado la Magistratura en alguno de los Tribunales de Distrito Judicial.

"b) Con la prueba del ejercicio de la profesión de la abogacía por cinco años a lo menos.

"c) Con la prueba del profesorado en jurisprudencia en algún establecimiento público."

Como se observa, esta disposición en ninguna parte trae como condición *sine qua non*, el título o diploma de abogado, expedido por un establecimiento público o privado, como lo prescribe el inciso 2° de la Ley acusada, en su artículo 4°, ni menos la sanción de la caducidad del nombramiento. Hay en la redacción de tal artículo una exigencia que no se basa en el texto constitucional, y que es obra exclusiva del legislador de 1931, ya que el constituyente no lo faculta para hacer la mentada exigencia.

"Un estudio hecho a espacio, y con la atención que es debida, para resolver problema tan delicado, lleva a la conclusión de que las disposiciones acusadas violan asimismo la letra y el espíritu del artículo 154 de la Constitución Nacional citada, y con mayor abundancia de razones, pues es obvio que si no exigió el constituyente título de abogado para el desempeño de la Magistratura de la Corte Suprema, es decir, para el empleo de la mayor categoría judicial, con menos razón puede exigirla para un empleo secundario, para un puesto inferior, ya que lo lógico es suponer que mientras más alta sea la clase o jerarquía del puesto o empleo, se requieren mejores conocimientos, y por tanto, mayores seguridades y precauciones para la escogencia del candidato y para cerciorarse de su competencia.

"De manera más extraña todavía, o con menos razones o motivos, se atentó contra la disposición del artículo 157 *ibidem*, porque el constituyente sólo estableció como condición para el desempeño de la judicatura, ser ciudadano en ejercicio, estar versado en la ciencia del derecho y gozar de buena reputación, y explicó de manera precisa y clara, que la versación en la ciencia del derecho no es indispensable respecto de los Jueces Municipales. En particular, el inciso 2° del artículo 157, que se menciona, ha sido contrariado por el legislador

de 1931, y su orden o mandato pugna contra el querer del constituyente.....

"Las disposiciones de la Ley procedimental, y en conjunto, violan las disposiciones de los Actos legislativos números 1º de 1918 y 1º de 1921, puesto que todos ellos se refieren al ejercicio de profesión de la abogacía, y en manera alguna a la administración de justicia, cuyo título y artículo permanecen intocables. Y no se diga que por el hecho de haber legislado sobre la reglamentación de la abogacía, se pueden aplicar las disposiciones de la reglamentación a los empleados del Poder Judicial por analogía o similitud, toda vez que existen disposiciones constitucionales aplicables al caso, y en segundo lugar, porque las leyes constitucionales distinguen por su fuerza intrínseca e imperativa que se les da, y que las hace supremamente obligatorias y que imponen su respeto. No se puede creer que las disposiciones del Título XV de la Constitución hayan sido sustituídas por las de los Actos inmediatamente indicados antes, ya que son dos cosas distintas e incompatibles, el ejercicio de la profesión de la abogacía y el de la administración de justicia y diversas y opuestas sus funciones. Si entre tales actos no hay semejanza, las disposiciones para un caso dado no tienen aplicación en el otro, y ante todo recordemos que las disposiciones de la ley no derogan, ni adicionan las disposiciones constitucionales, porque sería tanto como sentar el principio de la derogatoria o reforma tácita, para lo cual no tiene facultad el legislador, toda vez que las leyes constitucionales, como fundamentales que son, no pueden modificarse sino en la forma prevista, es decir, con los debates reglamentarios y en dos legislaturas distintas. En otros términos, por tratarse de leyes fundamentales, cuya existencia debe ser respetada, ellas son inmutables jurídicamente, y no cabe su derogación tácita, porque ello equivaldría a desconocer el propio Derecho Público interno. Al disponer en forma taxativa el legislador de 1931, que sólo se puede acreditar la versación de la ciencia del Derecho con el título de abogado, expedido por una Facultad oficial o privada, se reafirma o adiciona lo dispuesto por los artículos 150 154 y 157 de la Constitución Nacional, lo cual, a la luz del común sentido, es inaceptable, porque el legislador ordinario no puede tocar en manera alguna las leyes fundamentales, ya que esto sería nada menos que atentar contra la soberanía, en virtud de que el legislador deriva su derecho de existencia de la Constitución o ley suprema, y mal puede querer cambiar la base en donde él mismo apoya o sustenta, y acabar con el sér que le da la vida.

.....

"Estas tres disposiciones acusadas, estudiadas a fondo, se oponen contra lo establecido en el artículo 57 de la Constitución Nacional, y en particular atentan contra lo consignado en el Título V de la misma obra, puesto que los Poderes Públicos son limitados y están separados. El constituyente no dicta leyes, ni el legislador ordinario actos legislativos, y, por lo tanto, recordar que los actos se adicionan, reforman o derogan por otros actos, lo mismo que las leyes ordinarias se adicionan o reforman por otras leyes. El legislador ordinario, al agregar una nueva condición para el desempeño de un empleo, adiciona el acto del constituyente e invade con las disposiciones de la ley acusada el campo constitucional. Las leyes constitucionales o actos son distintos de las leyes ordinarias, ya que cada uno de tales poderes tiene un papel qué desempeñar y una función distinta, puesto que son distintos también sus atributos.

'Las disposiciones dichas, ya separadamente, ya en conjunto, atentan también contra la disposición del artículo 62 de la Constitución Nacional, puesto que la ley solamente puede determinar los casos o calidades necesarios para el desempeño de ciertos empleos, cuando ellos no están previstos por el constituyente. De modo, pues, que estando determinadas claramente en el texto las condiciones requeridas para ser empleado del Poder Judicial, de la Corte, Tribunal o Juzgados, está vedado el legislador para obrar en la forma hecha. El constituyente no ha hecho exigencia tan aventurada, o como consta del artículo 4º del nuevo Código Judicial; pasó el límite de las atribuciones que tiene, al exigir, de manera perentoria, título de abogado para el desempeño del empleo del orden judicial. En resumen: el legislador hizo uso de una facultad o derecho que no tiene, y violó, por lo tanto, de manera indirecta, la disposición del artículo 18 de la Constitución Nacional.

"No sólo las disposiciones ya nombradas fueron quebrantadas por las disposiciones del nuevo Código Judicial, porque también, a toda luz meridiana, lo fue del mismo modo la del inciso 3º del artículo 4º del Acto legislativo número 3 de 1910, desde que la redacción del artículo 4º, inciso 2º, del Código Judicial, o ley acusada, contiene un mandato, que por la forma imperativa en que se encuentra concebida, engendra un monopolio, que a la vez constituye un **privilegio,** pues dice:

.....

"Sólo puede acreditarla con su título de abogado, expedido por una Facultad ofical o privada.....,' equivale esto a decir que únicamente los abogados titulados pueden ser nombrados para los empleos judiciales, cosa que, en puridad de verdad, no es distinta de un privilegio, establecido contra la prohibición constitucional, atentatorio por demás contra el principio de la libertad del trabajo y con el sofisma de la falta del título facultativo se quiere cubrir el error, ya que se coarta a muchas personas idóneas el derecho de trabajar, o sea arrendar sus servicios al Estado, y en cambio, se les circunscribe a otros que se creen únicos para poder servir y recibir los empleos del ramo Judicial. Es absurdo que de hecho se inhiba a unos individuos a trabajar, a contratar con el Poder Público sus servicios. Y no se diga que lo hecho es obra de una reglamentación para prestar los servicios so capa de idoneidad, porque en todo caso falta el acto o ley fundamental que dé la competencia especial al legislador para establecer la reglamentación o condición para ser miembros del Poder Judicial, y menos a base de monopolios o privilegios. Los artículos dictados para ser tenidos en cuenta, sea siquiera por analogía con el ejercicio de la abogacía, no pueden serlo por falta de ley constitucional para el caso, toda vez que la profesión de abogado es **incompatible con el empleo judicial,** y esta la causa, razón o motivo de la prohibición para gestionar tales empleos del orden judicial en causa propia, siquiera, y ésta también la causa de la prohibición para gestionar en los mismos casos los miembros del Ministerio Público. De manera pues, que faltando la facultad constitucional, lo hecho está minado por su base.

"En resumen: las disposiciones de los artículos 3º, 4º y 5º (ordinal 3º) de la Ley 105 de 1931, violan las siguientes disposiciones: 18, 57, 62, 150, 154 y 157 de la Constitución Nacional; 4º y 7º del Acto legislativo número 3 de

1910, y los siguientes Actos: 1° de 1918 y 1° de 1921, si se les considera que son aplicables éstos, o que tienen relación con la ley acusada."

Para resolver acerca de la acusación, fundada en la violación de los artículos 150, 154 y 157 de la Carta Fundamental, que se hallan inspirados en el mismo intento, la Corte los aprecia en su conjunto, y sobre sus mandatos avanza estas consideraciones:

En estos artículos quiso el constituyente señalar las condiciones que a su juicio debieran llenar los funcionarios encargados de la administración de jusiticia, y entre ellas fijó, de una manera especial, las relativas a la idoneidad, precisamente, y a diferencia de los otros ramos de la administración, cuyo ejercicio no requiere especiales condiciones técnicas, porque estimó razonablemente que se trata de una de las más importantes cuanto difíciles funciones oficiales.

Las disposiciones de estos tres artículos reclaman, así en los Magistrados de la Corte Suprema como en los otros Magistrados y Jueces, excepto los Municipales, el ser idóneos para ejercer el cargo, ya de una manera explícita, según los términos del artículo 157, ya de un modo implícito en las disposiciones de los artículos 150 y 154, cuando exige para los Magistrados de la Corte Suprema que esa idoneidad se demuestre con hechos pertinentes y ostensibles, como haber sido Magistrado de alguno de los Tribunales Superiores de Distrito, o haber ejercido con buen crédito, por cinco años a lo menos, la profesión de abogado o el profesorado en jurisprudencia en algún establecimiento durante el mismo tiempo (artículo 150), o haber, durante tres años por lo menos, desempeñado funciones judiciales o ejercido la abogacía con buen crédito, o enseñado Derecho en un establecimiento público, si se trata de los Magistrados de los Tribunales Superiores, según el artículo 154.

Y como en el artículo 157 sólo se exige a los Jueces, excepto los Municipales, la versación en la ciencia del derecho, de una manera abstracta, como ya se dijo, se dejó al legislador la determinación del modo de acreditar este requisito con aquellas pruebas que según las circunstancias de cultura relativa se tuvieran presentes en el momento de hacerla efectiva. Y por esto, y por cuanto en la Constitución no aparece estatuída la manera de hacer esa demostración, como en los casos de los artículos 150 y 154 pudo el legislador de 1931 disponer, como en efecto dispuso, que la versación en la ciencia del derecho, de que trata el artículo 157, se estableciera en lo futuro sólo con el título de abogado, expedido por una Facultad oficial o privada, según el artículo 4° de la Ley 105, que es materia de la acusación, y cuya base no es otra que la facultad conferida al legislador por el artículo 62 de la Carta Fundamental, que dice:

"La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; la responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos en la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación, y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público."

De suerte que, como conclusión, debe reconocerse que corresponde a la ley la determinación de los antecedentes y calidades necesarios para el desempeño de los empleos, en los casos que la Constitución no haya previsto, dado que las circunstancias de progreso científico en el país varían, y porque no sería de sabios legisladores permanecer atados a un solo y único concepto, siendo así que las distintas modalidades de los tiempos obligan a adecuar la legislación a ellas, de forma que ésta traduzca en sus estatutos el actual momento que la Nación viva. Y precisamente para aprovechar esos avances científicos fue por lo que, aparte de los casos contemplados en la Constitución, ésta dejó al legislador la facultad de hacer aquellas determinaciones; y cuando la ley estatuye sobre el particular, no hace otra cosa que cumplir la facultad que constitucionalmente ha recibido, según el artículo 62 citado de la Carta, concluyéndose que no existe violación constitucional en las disposiciones de los artículos acusados, en el concepto de ser contrarios a las de los artículos 150, 154, 157 y 62 del Estatuto Fundamental.

La violación del artículo 57 de la Constitución, con fundamento en la separación de los Poderes Públicos allí consagrada, y en el concepto que el legislador ordinario, al agregar una nueva condición para el desempeño de un empleo, adiciona un acto del constituyente, e invade con las disposiciones de la ley acusada el campo constitucional, puesto que cada uno de tales poderes tiene un papel qué desempeñar y una función distinta, porque son distintos sus atributos; esta violación, a juicio de la Corte, no existe, porque desde el punto de vista general, el mismo constituyente atribuyó, en el artículo 62 de la Carta, al legislar la facultad de determinar las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos en la Constitución.

De manera que tratándose del caso concreto del artículo 4°, inciso 2°, del Código Judicial, no habiendo hecho la Constitución la fijación de la prueba relacionada con la versación de la ciencia del derecho que deben tener los Jueces, excepto los Municipales, no existe el ejercicio de una atribución del constituyente, sino la aplicación práctica de una facultad que corresponde al legislador por virtud del artículo 62 citado.

Tampoco existe violación, ni directa ni indirecta, del artículo 18 de la Constitución, en las disposiciones acusadas, porque este artículo, que exige como condición previa para ejercer funciones electorales y poder desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, la calidad de ciudadano, está perfectamente armonizada con la disposición principal consignada en el artículo 3° del Código Judicial, que obliga al nombrado para ejercer en propiedad un empleo judicial, a comprobar las condiciones exigidas; y como aquella calidad de ciudadano no se ha exceptuado en ninguna de las disposiciones acusadas, hay que concluír que ellas en ninguna forma contradicen la disposición constitucional mencionada.

Sostienen los actores que en particular se ha violado el inciso 2° del artículo 157 de la Constitución, que dice que el requisito de la versación en la ciencia del derecho no es necesario respecto de los Jueces Municipales, contra lo cual pugna el mandato del legislador de 1931. Pero como en parte alguna aparece establecida para dichos Jueces la obligación de hacer esa comprobación, la violación es sencillamente imaginaria, dado que el dicho artículo 4° establece solamente que deberá acreditarse con el título que allí se habla, la versación en la ciencia del derecho; pero es claro que ello deberá ser así cuando esta condición se exige, no cuando ella no sea necesaria; y como tal requisito no es indispensable, conforme a la

Constitución, respecto de los Jueces Municipales, aquella exigencia no puede referirse en el artículo 4º cuestionado a dichos Jueces.

Sobre este mismo tema el señor Procurador General de la Nación agrega:

"Y está bien que no se exija a los Jueces Municipales estar versados en la ciencia del derecho ni ser abogados titulados, porque así queda obviada la dificultad práctica de hallar en los Distritos Municipales (sobre todo en los de menos importancia), hombres que llenasen esas condiciones que pudieran servir los empleos judiciales inferiores."

Acerca de las violaciones del Acto legislativo número 1º de 1921, y de los artículos 4º y 7º del Acto legislativo número 3 de 1910, el señor Procurador General de la Nación hace esta exposición, que la Corte acoge:

"Finalmente, son del todo infundadas las razones que se exponen en el párrafo VIII de la demanda, desde luégo que las disposiciones acusadas no han dado a nadie el monopolio o privilegio de juzgar, ya quien sea apto para ello y cumpla las condiciones legales, puede ser nombrado Juez.

"Siempre que la ley exige un requisito, quedan excluídos quienes no lo llenen, pero es claro que ello no implica la constitución de un monopolio o privilegio.

"Si el legislador, en desarrollo de la Constitución, fija un modo de comprobar la versación en la ciencia del derecho, quienes no lo acrediten así no podrán ser Jueces de las categorías superiores, pero ello no quiere decir que haya quedado monopolizada la función de juzgar, o que se haya otorgado un privilegio. Con la misma lógica habría que negar la facultad constitucional del legislador para determinar las condiciones necesarias para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución (artículo 62).

"Considero, pues, señores Magistrados, que las disposiciones acusadas no son inconstitucionales, y que es precisamente como un desarrollo y reglamentación del Estatuto orgánico como las ha dictado el legislador, y me opongo, por tanto, a que las declaréis inexequibles."

Lo expuesto es suficiente para que la Corte Suprema, reunida en pleno, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el dictamen del señor Procurador General de la Nación, declare, como efectivamente declara, que no son inexequibles por inconstitucionalidad, como violatorios de los artículos citados de la Constitución y de los Actos legislativos en referencia, en el concepto en que han sido acusadas, las disposiciones de los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 105 de 1931, sobre organización y procedimiento civil.

Publíquese, notifíquese y cópiese; envíese copia al señor Ministro de Gobierno; insértese en la **Gaceta Judicial** y oportunamente archívense los autos.

Enrique A. Becerra — José Miguel Arango — Tancredo Nannetti — Jenaro Cruz V. — José Joaquín Hernández — Ignacio González Torres — Remigio González G. — Germán B. Jiménez — Juan E. Martínez — Julio Luzardo Fortoul. Francisco Tafur A. — Juan C. Trujillo Arroyo — El Secretario, Augusto N. Samper.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Germán B. Jiménez.

Considero que si la Constitución sólo exige, expresamente, la condición de ser versado en la ciencia del derecho para ser Juez Superior o de Circuito (artículo 157), a la vez que la requerida para ser Magistrado de los Tribunales Superiores es "haber durante tres años, por lo menos, desempeñado funciones judiciales o ejercido la abogacía con buen crédito, o enseñado derecho en un establecimiento público" (artículo 154), y para ser Magistrado de la Corte Suprema, es "haber sido Magistrado de alguno de los Tribunales Superiores de Distrito o de los antiguos Estados, o haber ejercido con buen crédito, por cinco años, a lo menos, la profesión de abogado o el profesorado en jurisprudencia en algún establecimiento público" (artículo 150), es porque en esos artículos (150 y 154) se establece la presunción de quien ha desempeñado funciones judiciales durante tres años, o ha ejercido la abogacía con buen crédito, o enseñado derecho en un establecimiento público, está versado en la ciencia del derecho.

Estimo, por tanto, que al establecer el nuevo Código Judicial, en su artículo 4º, que la condición de ser versado en la ciencia del derecho sólo puede acreditarse con el título de abogado, expedido por una Facultad oficial o privada, desconoce la presunción que al respecto establecen, de modo claro e indubitable, los citados artículos 150 y 154. De donde resulta el absurdo de que, según la Constitución, quien ha desempeñado durante tres años un Juzgado Superior o de Circuito, puede ser Magistrado de un Tribunal Superior sin necesidad de exhibir el título de abogado, en tanto que, según el nuevo Código Judicial, quien ha hecho serios y profundos estudios de derecho y ha ejercido con buen crédito, por más de cinco años la profesión de abogado, o el profesorado en jurisprudencia en un establecimiento público, o ha desempeñado por más de tres años una magistratura del Tribunal Superior o de la Corte Suprema, no puede ser Juez de Circuito, si no presenta el título de abogado, expedido por por una Facultad pública o privada. No creo que como ponderadamente se hace notar en la decisión que precede, tamaña aberración, que entraña la recta aplicación del artículo 4º de la Ley 105 de 1931, pueda ser considerada como una conquista del progreso científico del país y fiel traducción del actual momento que vive la Nación.

Quien ha sido por tres años Juez Superior o de Circuito, Magistrado del Tribunal Superior o de la Corte, o ha ejercido con buen crédito la profesión de abogado, o el profesorado en jurisprudencia, no sólo tiene a su favor la presunción de ser versado en la ciencia del derecho, sino que ha dejado de ser una incógnita para el público en cuanto a su competencia y a su moralidad y pulcritud en esas disciplinas. Lo único que podría objetarse es que, el hecho de haber ejercido con buen crédito la profesión de abogado sólo puede acreditarse por medio de la prueba testimonial, cada vez más desacreditada y peligrosa como medio de certeza; pero sabido es que a los mismos peligros que ofrece ese medio probatorio están sujetos la honra, los bienes de la familia, y en algunos lugares, hasta la vida de los ciudadanos; y no son raros los casos en que la misma falacia entrañan ciertos títulos expedidos por algunas Facultades privadas y aun por las públicas.

Preferible sería que se estableciera rigurosamente la carrera judicial, comenzando por la judicatura municipal, como parece que, hasta hace poco, estaba en la mente del Gobierno; y que no se pudiera ser Magistrado de Tribunal Superior sin haber sido Juez Superior o de Circuito ni Magistrado de la Corte, sin haber sido Magis-

trado de Tribunal Superior; pero, concretándome al caso de la demanda decidida por la Corte en el fallo que precede, creo que el artículo 4° del Código Judicial, en su segunda parte, pugna abiertamente con los artículos 150 y 154 de la Constitución, puesto que desconoce y posterga la presunción de estar versado en la ciencia del derecho que ellos consagran a favor de quien acredita que se halla en alguno de los casos allí expresados.

Son estas las razones en que fundo mi salvamento de voto.

Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos treinta y cuatro.

Germán B. Jiménez

Acojo en todas sus partes el anterior salvamento de voto del doctor Jiménez.

Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos treinta y cuatro.

José Miguel Arango

SALA DE CASACION CIVIL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre quince de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Los señores José Jesús, Pedro Nolasco y Pedro Nel Cadavid y otros herederos de Antonio Cadavid H., presentaron ante el Juez del Circuito de Girardota una demanda contra el señor Carlos Cadavid C., para que por sentencia se declarara:

"Primero. Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato sobre constitución de renta vitalicia consignado en la escritura número mil novecientos diez y ocho, de mayo de mil novecientos veintisiete, pasada ante el Notario 2° del Circuito de Medellín, por la cual Antonio Cadavid le transmitió el dominio de una finca raíz, situada en el paraje de Las Salinas, del Municipio de Copacabana, determinada en el aparte o numeral 1° de la precedente relación, al demandado Carlos Cadavid C., a cambio de una renta vitalicia de ciento cincuenta pesos, pagaderos por trimestres vencidos.

"Segundo. Que como consecuencia de la nulidad pronunciada el demandado está en la obligación de restituir a la sucesión ilíquida del señor Antonio Cadavid H., representada por sus herederos, la finca determinada en el numeral 1° de los hechos fundamentales de esta demanda, en el término de tres días, contados desde que se ejecutorie la sentencia, con sus frutos naturales y civiles, considerado dicho demandado como poseedor de mala fe en los términos del artículo 962 del Código Civil. El monto del valor de estos frutos se determinará por peritos en este mismo juicio o en otro distinto.

"Tercero. Que el demandado debe pagar las costas de este juicio."

Son estos los hechos del libelo:

"1° En la sucesión de Rosenda Castrillón se adjudicó al señor Antonio Cadavid H. una finca territorial, con casa de habitación, mejoras y anexidades, ubicada en el paraje de Las Salinas, del Municipio de Copacabana, y determinada por estos linderos:

'Por el pie, con predio de Leonidas Marulanda; por un costado, con el riachuelo de Piedras Blancas, con fincas o terrenos de los señores Heraclio Sánchez y Lorenzo Sierra, y por un amagamiento, con finca del Municipio de Medellín; por la cabecera, con predio perteneciente a los herederos del señor Baltasar Múnera, y por el otro costado, con predios de los señores Jesús María Cadavid, Ismael y Pastor Múnera, Pedro Quintero, Carlos Zapata, Ramón Zapata, hasta el amagamiento del Atajo; éste abajo, con predios de Alejo Cuenca, Manuel Hernández, Nicolás Builes y José D. Calderón.'

"2° Por escritura número mil novecientos diez, de diez y ocho de mayo de mil novecientos veintisiete, pasada en la Notaría 2ª del Circuito de Medellín, Antonio Cadavid H. expresó transferirle el dominio de la finca mencionada en el aparte anterior, al señor Carlos A. Cadavid C., hijo de aquél, mediante la constitución de una renta vitalicia de ciento cincuenta pesos, pagaderos por trimestres vencidos. Allí se expresó que en la fecha del otorgamiento de ese instrumento, estaba ya Cadavid C. en posesión material de la finca, y que el señor Eladio Escobar E. firmó a ruego de Antonio, por impedimento físico de éste.

"3° Cuando a Antonio Cadavid H. se le hacía firmar en esa forma ese contrato, sufría demencia senil y amnesia, y, por consiguiente, ni tenía lucidez en sus facultades intelectuales ni podía prestar su consentimiento para la celebración válida de una convención de la naturaleza de la que se consignó en la escritura número mil novecientos diez, citada.

"4° Pocos días después de otorgada aquella escritura, se pidió la interdicción judicial del demente, y en ese juicio, para cumplir los mandatos legales a fin de establecer el estado de salud del presunto interdicto, se proveyó al examen pericial, por expertos, que fueron los médicos doctores Juan B. Moreno R., Miguel Posada y Gregorio Gómez Henao, quienes examinaron al enfermo en tres veces, en los días veintitrés, veinticuatro y veinticinco de junio de mil novecientos veintisiete, y llegaron a las conclusiones de que da razón el acta suscrita en Copacabana el último de los días citados.

"5° En esa detallada exposición se destaca el concepto de los peritos, consignado en dos veces, que queremos consignar aquí, de que al enfermo lo instruyeron o trataron de enseñarle 'prácticas de simulación,' que fallaron ante la completa amnesia del demente.

"6° Acordes con esas sospechas de los peritos, resulta la oposición que a la marcha del juicio de interdicción presentó el señor Carlos Cadavid H., pero la maniobra no dio resultado, porque el enfermo falleció el veintitrés de septiembre último, cuando se procuraba detener o dilatar la terminación del juicio.

"7° El veintitrés de septiembre de mil novecientos veintiocho, como se expresó, murió el señor Antonio Cadavid H., y son sus herederos los suscritos demandantes, a saber: José Jesús, María viuda de Abel Muñoz, Pedro Nolasco, Pedro Nel, Ramón, Rosa Elvira casada con Aureliano Montoya, Ana Francisca, casada con Israel Cadavid; Arsenia, que murió, casada con Emiliano Hernández, y que dejó los siguientes hijos: Francisco, Ramón y Emilia Hernández C., mayores, soltera la última; Rosa, Jesús, Gabriel, Carlos Enrique, Antonio, Joaquín Emilio, Luis Eduardo, José Israel, Esperanza, Rubén, Margarita y Hernando Hernández, menores, a quienes representa su padre Emiliano Hernández, y Carlos A. Cadavid C., el demandado; todos vecinos de Copacabana.

"8° Cuando Antonio Cadavid H. otorgó la escritura mil novecientos diez, citada atrás, sobre constitución de renta vitalicia, carecía de lucidez en sus facultades intelectuales, y de allí que ese contrato adolezca de nulidad absoluta por falta de voluntad y consentimiento en

el otorgante Cadavid H. A este propósito dijeron los peritos:

"Antonio Cadavid (alias Coco), sufre la demencia senil e amnesia. Estas lesiones vienen evolucionando sin intermitencia, y sí con agravamientos, desde hace un mínimum de veinte años, cada día peor, pues las lesiones nerviosas nunca tienen curación, y en este caso mucho menos; pues la pérdida de la vista y la arterioesclerosis son acicate constante para la continua evolución de su mal.

"Antonio Cadavid (alias Coco), es completamente irresponsable de sus actos, y los negocios que hubiere hecho con anterioridad a dos años, y los que hiciere de hoy en adelante, son completamente nulos; pues el mencionado Cadavid no tiene ninguna de las facultades que caracterizan al sér racional, en especial la inteligencia y la voluntad, pues queda sentado que de la memoria carece, no la tiene, desde hace más de diez años, en estado normal; encontrándose, además, como se encuentra, no sólo su psiquismo, sino también su cuerpo físico en completo desequilibrio." "

El demandado rechazó la acción, manifestando que cuando Cadavid H. celebró el contrato acusado, tenía el pleno uso de sus facultades mentales; "y tan en su cabal juicio se hallaba —agrega— que fue él quien pensó y estudió y propuso el negocio en las condiciones que informa la escritura, y que yo acepté, sin que me inspirara el deseo de un lucro, desde luégo que por lo aleatorio del contrato yo iba sometido a pagar tal vez una suma mayor de lo que la finca valía, pues ello dependía de lo que durara la vida de mi padre. Y fue él quien espontáneamente se hizo trasladar a Medellín, donde consultó abogados, les expresó su intención, e hizo que le redactaran la póliza, para ir luégo a la Notaría a hacer extender la escritura."

El cinco de septiembre de mil novecientos treinta, el señor Juez dictó sentencia absolutoria del demandado.

Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín, mediante la suya, proferida el diez y siete de septiembre de mil novecientos treinta y uno.

El apoderado de los demandantes interpuso recurso de casación que el Tribunal le otorgó, y que la Corte admitió en auto de diez y ocho de abril postrero.

En la demanda de casación se impugna la sentencia, en primer lugar, por ser violatoria del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, y en segundo, por ser igualmente violatoria del artículo 1741 del Código Civil, a causa de la errónea apreciación de las declaraciones que hay en el proceso, de algunos facultativos.

Como se ve, estos dos motivos pertenecen a la primera causal.

Para sustentar el primer motivo, el recurrente analiza los términos del contrato contenido en la escritura número mil novecientos diez, pasada en la Notaría 2ª de Medellín el diez y ocho de mayo de mil novecientos veintisiete.

Expone que, según las voces del instrumento, Antonio Cadavid transfiere en dominio y posesión, a título de renta vitalicia, una finca rural, con casa de habitación y demás mejoras y anexidades, y que Carlos A. Cadavid C. se obliga a pagar como renta vitalicia al otorgante Antonio Cadavid H., la cantidad de ciento cincuenta pesos oro colombiano, al vencimiento de cada período de tres meses, contados desde la fecha de la escritura en adelante, y durante toda la vida de éste.

La manera como está redactado este contrato, enseña que fue Antonio Cadavid quien constituyó o quiso constituir una renta a favor de Carlos del mismo apellido.

"Los términos claros en que el contrato fue expresado, sin vaguedades ni oscuridades, están pregonando inequívocamente que fue Antonio Cadavid quien dio en renta vitalicia la finca a Carlos Cadavid, y que éste se obligó a pagarla con la suma de ciento cincuenta pesos trimestrales."

Son condiciones esenciales del contrato de renta, en la legislación colombiana:

1ª Que la renta debe ser en dinero; y

2ª Que el precio de esa renta, que puede ser pagado en dinero o en bienes muebles o raíces, ha de entregarse para que el contrato se perfeccione (artículos 2290 y 2292 del Código Civil).

A la luz de estos principios, no es difícil comprender que el contrato entre Antonio y Carlos Cadavid no se perfeccionó, o si se perfeccionó, adolece de nulidad absoluta, por transgresión de las normas a que debía sujetarse, o degeneró en otro contrato diferente.

Hé aquí porqué:

a) Fue Antonio Cadavid quien constituyó la renta a favor de Carlos Cadavid, y le transfirió a éste una hacienda con dicho fin. Adviértese que aquí no se tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2290 del Código Civil, acerca de que la renta debe pagarse en dinero, con lo cual se incurrió en la sanción del artículo 6º ibídem. La entrega de una finca a un tercero para que se deduzca de ella una renta a favor de ese tercero, es quizás un contrato de anticresis; mas en tal caso no adquiere el beneficiado el dominio.

b) Carlos Cadavid es el acreedor de la renta vitalicia, y en ese carácter se comprometió a pagarle o retribuirla con una suma trimestral de ciento cincuenta pesos; de donde se sigue que el precio de la pensión es una suma indeterminada que no se entregó, y cuya entrega sólo se debía por cuotas periódicas. No entregado el precio de la renta, por no ser determinado, y por haberse establecido una forma de pago periódico, es claro que no se perfeccionó el contrato, al tenor del artículo 2292.

Nótese, pues, cómo el contrato, en el cual se quiso estipular una renta vitalicia, adolece de nulidad absoluta, por estar concebido en forma adversa a la que la ley dispone expresamente. Ni podría argumentarse que la interpretación del contrato debe hacerse en forma adversa a como está redactado, ya que la interpretación sólo cabe cuando hay oscuridad o deficiencia en las cláusulas, "y en el caso presente la claridad que ilumina al contrato extingue toda oscuridad, y lo enseña tal como quedó analizado."

No puede afirmarse que quien constituyó la renta es Carlos Cadavid, porque éste terminantemente dice que da la suma en retribución, o sea en pago; de modo que él es pagador del precio, y, por lo tanto, deudor de éste y acreedor a la pensión que con una finca dio Antonio Cadavid a título de renta vitalicia.

"La nulidad de que estoy tratando—añade el recurrente—aparece en el mismo contrato. Por consiguiente, conforme al artículo 15 de la Ley 95 de 1890, debió declararla el Juez a quo. Al no hacerlo así, violó esa ley sustantiva."

Es posible que se diga que el desconocimiento de algunas disposiciones legales en el contrato no trae como

consecuencia la nulidad de éste, sino que da lugar a que tome una denominación distinta. Empero, en este caso hubo un error de hecho, que recae sobre la especie del contrato que se ejecutó, y ese error dejó viciado el consentimiento (artículo 1510 del Código Civil), y por consiguiente afectado de nulidad el contrato (artículo 1502).

Se considera:

La nulidad del contrato por el aspecto que se aduce en la acusación no fue debatida en las instancias, y ni siquiera la sugirió la parte demandante durante ellas. La alegación implica, por tanto, un medio nuevo en casación, y como tal inaceptable. Varias veces ha establecido la Corte que en este recurso extraordinario no se puede suscitar una cuestión que no ha sido materia de controversia en las instancias del juicio. (Véase, por ejemplo, la sentencia de veintinueve de noviembre de mil novecientos diez y nueve. Gaceta Judicial, tomo XXVII).

Fuera de esto, el recurrente no ha demostrado que el sentenciador hubiera incurrido en un manifiesto error de hecho al apreciar el contrato de la citada escritura número mil novecientos diez; y solamente sobre la base de la existencia de ese error sería dable inquirir si hubo transgresión del artículo 15 de la Ley 95 de 1890.

Para la Corte es correcta la inteligencia dada al contrato por las partes y por los falladores de las instancias.

Antonio Cadavid expresó que le transfería la finca a Cadavid C. a título de renta vitalicia, lo cual significa que el motivo que lo inducía a desprenderse del dominio del inmueble, era el deseo de adquirir en cambio una renta vitalicia. De su lado, Cadavid C. se obligó a pagar a Antonio una renta vitalicia de ciento cincuenta pesos, por periodos trimestrales, en compensación, es decir, en cambio de la finca que recibía. Así, pues, Antonio Cadavid era el acreedor de la renta, por la cual había dado como precio la finca, y Cadavid C. era el deudor. Si título es la causa en virtud de la cual se posee algo, el contrato de renta vitalicia era a la vez el título de la renta que poseía el mencionado Antonio (artículo 670 del Código Civil), y del dominio y la posesión del inmueble que adquirió Cadavid C.

En las estipulaciones del contrato de la escritura número mil novecientos diez no advierte la Sala ninguna que esté en pugna con los requisitos esenciales del aleatorio de renta vitalicia, y estima que la versión manifestada en la demanda de casación, disloca ese contrato del molde regular en que fue formado.

No acreditado, pues un error evidente de hecho en la apreciación del contrato, no hay porqué examinar si hubo quebrantamiento del artículo 15 de la Ley 95 de 1890 en la sentencia recurrida.

En el segundo motivo se alega errónea apreciación de los certificados expedidos por los facultativos Juan B. Moreno, Miguel Posada y Gregorio Gómez Henao, y equivocada valuación jurídica de los testimonios de Nicanor González U., Alberto Jaramillo y Emilio Quevedo; por todo lo cual fue infringido en la sentencia el artículo 1741 del Código Civil.

Expone el autor del recurso que, según está comprobado en el proceso, Antonio Cadavid fue declarado en interdicción por sentencia del Juez del Circuito de Girardota, fechada el catorce de octubre de mil novecientos veintisiete, a la cual precedió un examen médico legal, practicado en el enfermo durante tres días consecutivos.

Para disminuir el valor probatorio del concepto de los facultativos, se traen dos argumentos:

1º Que fue rendido en el juicio de interdicción, distinto del actual juicio ordinario; y

2º Que fue expresado algunos días después de celebrado el contrato que se tacha de nulo.

El dictamen pericial estableció un hecho. Rendido precisamente en un juicio que tenía por objeto conocer el estado mental de Antonio Cadavid, dejó consagrado como cierto y evidente el hecho de que el nombrado señor era un demente senil, completamente irresponsable de sus actos; de suerte que los negocios que hubiera efectuado con anterioridad de dos años debían mirarse como nulos. La demencia senil de don Antonio, de hipótesis se convirtió en realidad, que el Juez acogió para pronunciar el decreto de interdicción, y esa realidad no tuvo una existencia limitada al juicio especial.

Las pruebas en juicio, cuando son completas, le dan vida jurídica a un hecho que antes sólo la tenía extrajudicial. Así, pues, merced al concepto de los médicos, la demencia senil de Antonio Cadavid tomó cuerpo en el mundo jurídico, y determinó la incapacidad absoluta de éste. Si dicho concepto fue estimado como prueba para prevenir la nulidad de los actos posteriores al decreto de interdicción, también tiene que servir de prueba de la nulidad de los actos anteriores, en el lapso de dos años, porque los médicos reconocedores no sólo dijeron que Cadavid sufría de demencia senil cuando lo examinaron, sino que afirmaron que la enfermedad databa de dos años antes.

El concepto médicolegal, junto con el decreto de interdicción, fueron presentados aquí como prueba; y como los médicos, autores del concepto, ratificaron con juramento sus aseveraciones, no puede remitirse a duda que ese examen pericial debe ser considerado como tal dentro del juicio ordinario. No fueron, por tanto, declaraciones aisladas de médicos lo que los demandantes trajeron en el término probatorio, sino un examen relativo a hechos, que los facultativos vieron y apreciaron para deducir con seguridad que Cadavid era un demente senil, examen que forma plena prueba (artículo 80 de la Ley 105 de 1890).

Se considera:

El Tribunal manifestó que el dictamen pericial del juicio de interdicción no tiene en el presente sino el alcance de una declaración más o menos fundada.

No dice el impugnador qué clase de error cometió el Tribunal al emitir este concepto; pero admitiendo que quiso referirse a uno de derecho, la Corte no halla fundada la objeción.

En la teoría de las pruebas judiciales se discute el valor que revistan en un juicio las practicadas en otro, y algunos autores sostienen que los resultados de una prueba sobre la existencia de determinado hecho pueden tener eficacia en cualquier juicio, con tal que dicha prueba haya sido practicada en contradicción de las mismas partes; que el hecho sea idéntico, y que se hayan observado las formas prescritas por la ley para la producción de la prueba.

El Código Judicial, vigente cuando instauró el actual proceso, disponía que la confesión judicial hecha en juicio probaba en otro diverso, y que las declaraciones de testigos practicadas fuera del juicio necesitaban ratificación (sin menoscabo, por supuesto, de los casos particulares en que se aceptaban informaciones sumarias); pero nada

establecía acerca del mérito que tuviera en un juicio una prueba pericial cumplida en otro.

La Sala, concretándose al punto que ahora se debate, estima que el dictamen médico-legal, levantado en el juicio de interdicción de Antonio Cadavid, no tiene en el actual juicio ordinario completo valor, en perjuicio de las pretensiones del demandado, que no fue parte en aquel juicio especial (o al menos no está acreditado que lo hubiere sido); y para apoyar esta conclusión, reproduce y acoge lo expuesto en la sentencia de casación, proferida el siete de diciembre de mil novecientos veintitrés, en el juicio de Ismael Pinilla contra Manuel y José Pablo Higuera:

"La primera razón en que el Tribunal se funda para desechar el referido dictamen, en cuanto a la época inicial de la demencia, es la de que el concepto de los médicos sobre ese punto no fue dado en este juicio con citación de la parte contraria, sino en el de interdicción de la demente, por lo cual semejante concepto no forma en este proceso sino una prueba sumaria.

"En opinión de la Corte, el Tribunal no yerra en esta apreciación de derecho. La misión de los peritos, llamados a dar su dictamen sobre el estado mental de la señora Higuera de Pinilla, en la época en que se promovió el juicio de interdicción de ella, se reducía a conceptuar —después del examen de la paciente, en tres días consecutivos—si ésta se hallaba en esos días en estado de enajenación mental que la hiciese incapaz de obligarse por sí misma, sin que fuese preciso, para los efectos de la declaración de interdicción, que señalasen la época en que la demencia empezó con seguridad o en que pudo empezar. Si el concepto de los peritos sobre este punto —por más terminante y categórico que fuese—tuviera carácter definitivo o decisivo, quedarían desde luégo condenados como nulos todos los actos y contratos ejecutados o celebrados por el demente antes del decreto de interdicción y sin defensa alguna los terceros que con él hubiesen contratado, porque no les quedaría campo para acogerse a la presunción que consagra el inciso 2º del artículo 553 del Código Civil, puesto que de antemano quedaba establecido un estado habitual y permanente de demencia, anterior al decreto de interdicción, por virtud de un dictamen que los interesados en la validez de los actos del demente no han podido combatir por falta de ocasión, y que ha sido dado por unos peritos en cuyo nombramiento no intervinieron, y a quienes hubieran podido recusar. Por eso el dictamen de que se trata, en cuanto al estado de demencia en que hallaron a la paciente, en los días en que la reconocieron, es válido, y fue suficiente para que con fundamento en él se decretase la interdicción; pero no puede apreciarse del mismo modo para el efecto de tener como cierto que la demencia data de cinco años antes de mil novecientos once, porque no era atribución de los peritos determinar retroactivamente la duración de ese estado, con perjuicio de terceros que no intervinieron ni podían intervenir en el juicio de interdicción." (Gaceta Judicial, tomo XXX).

De otro lado, no se trajo a este proceso la prueba de que el Tribunal hubiera confirmado el decreto de interdicción, cuya consulta era forzosa (artículo 223 de la Ley 105 de 1890).

No se descubre, por tanto, error de derecho en la apreciación que el sentenciador le da en este juicio al dictamen de los facultativos, rendido en el de la interdicción.

Alega el recurrente que el Tribunal, al analizar el examen pericial de que se ha hablado, consideró que el valor probatorio de él había quedado desvirtuado por las declaraciones de otros médicos aducidos por la parte demandada.

Trataron estos médicos al paciente para curarlo de una enfermedad de los ojos, pues era ciego; y afirman que no advirtieron que estuviera demente. Pero en este caso los señores médicos no dan una opinión que hubieran obtenido de un examen médico-legal, pues sus observaciones se dirigían a la enfermedad de los ojos y no a la de la mente. Hay un certificado expedido por el doctor Quevedo el quince de febrero de mil novecientos veintinueve, y otro del doce del mismo mes y año, emanado del doctor González, y en ambos se da como fecha terminal de los análisis, en Antonio Cadavid, el diez y ocho de marzo de mil novecientos veintisiete, y se afirma que hasta esa fecha dicho señor era un hombre alentado; mas tanto estos certificados, como las declaraciones, no contienen sino vagas opiniones sin fundamento, formados a la ligera, en los breves instantes en que formulaban algunos remedios para los ojos del desdichado ciego.

El doctor González certifica que durante mucho tiempo recetó para sus ojos al señor Antonio Cadavid H. (alias Coco), y que pudo apreciar el estado de sus facultades mentales. De igual manera se expresan los otros médicos. Deducen, por consiguiente, el buen estado mental del enfermo, de las observaciones ligeras que pudieron hacer en el corto instante en que examinaban los ojos. Exteriorizan así un parecer sin estudio meditado y sacado de las apariencias, y fácil es comprender el error de que puede adolecer semejante opinión, si se tiene en cuenta que no siempre la demencia senil se revela en las palabras de un instante de conversación.

Las certificaciones y declaraciones de los médicos, traídas por el demandado, no tienen más fuerza que la de un indicio leve, incapaz, por lo mismo, de destruir la plena prueba de la demencia senil aducida por la parte demandante; prueba plena que no consiste en declaraciones o certificaciones aisladas, sino en el estudio detenido y consciente, practicado de consuno por tres distinguidos facultativos, a quienes se encomendó la misión de conceptuar sobre la enfermedad mental de la demencia. El dictamen de esos médicos, que forma prueba completa, no ha sido refutado ni desmentido.

"Es cierto que, conforme a la doctrina del artículo 553 del Código Civil, cuando no hay decreto de interdicción judicial, es necesario, para invalidar el acto o contrato, que se pruebe que quien verificó el acto o contrato estaba entonces demente. Pero el dictamen pericial a que me he referido llena ese requisito, porque en él se dijo que la demencia senil provenía de dos años antes. Y en ese término fue cuando se cumplió el contrato tachado de nulo.

"Considero, por las razones que dejo expuestas—termina el autor del recurso—que hubo error en la apreciación de las pruebas del demandante, y ese error condujo necesariamente al desconocimiento del artículo 1741 del Código Civil."

Se considera:

Se aseveró antes que el dictamen del juicio de interdicción no posee en éste fuerza de plena prueba.

Los peritos que lo dieron declararon aquí como testigos.

La parte demandada, a su turno, hizo recibir las declaraciones de los doctores Emilio Quevedo, Nicanor Gon-

zález y Alberto Jaramillo, las cuales se hallan transcritas en la sentencia recurrida.

Las conclusiones de los dos grupos de deponentes riñen entre sí, y al respecto manifiesta el Tribunal:

"Quien lea con meditación y de una manera consciente, tanto el dictamen rendido por los doctores Gregorio Gómez, Miguel Posada y Juan B. Moreno, como los testimonios de los doctores Nicanor González U., Alberto Jaramillo Arango y Emilio Quevedo, queda perplejo delante de semejantes contradicciones de esos científicos. Es imposible que la mente se incline a favor de alguno de ellos, máxime cuando la reputación profesional, competencia y honorabilidad de los tres últimos está consagrada de una manera casi unánime por la fama pública.....

"Puede afirmarse, sin faltar a la lógica y a las reglas que han sido admitidas para ver de obtener el verdadero valor del testimonio humano, que las pruebas traídas por las partes contendoras se encuentran casi equilibradas, y de aquí que no se vea una razón fuerte y positiva, capaz de determinar cuál de éstas está con la verdad."

En virtud de la desestimación de las dos series de testimonios, y apoyándose en las disposiciones del inciso 2º del artículo 553 del Código Civil y del artículo 321 del Judicial, fue como el fallador de la segunda instancia se decidió a confirmar el proveído del inferior.

Es de advertir que los doctores Quevedo y Jaramillo declaran que fueron llamados exprofeso para examinar el estado de las facultades intelectuales de Antonio Cadavid H., y que el doctor González, después de referir que varias veces recetó al mismo sujeto para sus afecciones del aparato visual, agregó:

"No le hice examen especial al señor Cadavid H. sobre las facultades mentales, el cual hubiera considerado absolutamente necesario, por haber llegado a la convicción íntima de que hasta cuando le hice el último examen estaba en el goce completo de sus facultades mentales; del trato que en diversas ocasiones tuve con el señor Cadavid H., pude cerciorarme, con criterio verídico y completo ante la ciencia, sobre la perfecta coordinación de sus ideas, sobre la frescura de su memoria, sobre el vigor de su voluntad y sobre la lucidez cabal de sus facultades mentales....."

En vista de esto, no es dable sostener que las aserciones de los médicos de que se trata fueron originadas por un examen superficial y presuroso del estado mental de Antonio Cadavid.

Ahora bien: si el estudio crítico de los dos grupos de testimonios condujo al sentenciador a la consecuencia de que, por hallarse equilibrados, no debía tomarlos en cuenta, no se nota desacierto patente en semejante medida. Recuérdese que, según doctrina de casación, la Corte no puede desechar la apreciación que hace el Tribunal, de no estar demente el otorgante de un testamento (o de un contrato, es lícito añadir), deducida de las pruebas del proceso, sino en caso de error evidente; pues no habiéndolo, es preciso respetar la soberanía del Tribunal en la estimación de tales pruebas (casación de 21 de febrero de 1922; Gaceta Judicial, tomo XXIX). De otro lado, como principio de hermenéutica, el artículo 75 de la Ley 105 de 1890, le imponía al Juez la prescindencia de las declaraciones contradictorias cuando eran iguales por el número y por las circunstancias de los dichos y las personas; y el Tribunal vio, sin duda, estar comprendidas en este caso las atestaciones encontradas del juicio.

Síguese de lo anterior, que no se ha demostrado ningún error manifiesto de hecho ni error de derecho en la calificación de las pruebas aducidas por las partes, y que, por tanto, no se puede afirmar jurídicamente que Antonio Cadavid estuviera demente cuando celebró el contrato controvertido. Luego el sentenciador no desconoció el artículo 1741 del Código Civil, que establece la nulidad absoluta de los actos y convenciones de las personas absolutamente incapaces.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve no infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia, e insértese en la Gaceta Judicial. Remítase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado 1º del Circuito de Sogamoso, Enrique Muñoz Torres instauró juicio ordinario contra Jesús María Camargo Chaparro y Ramón Grosso, para que se hicieran estas declaraciones:

"1ª Es nulo y de ningún valor legal el testamento cerrado que ante cinco testigos otorgó por documento privado de veinticuatro de octubre de mil novecientos veintinueve, el señor Juan Chaparro Muñoz, y que con posterioridad a su apertura fue protocolizado por medio de instrumento público de catorce de diciembre del mismo año, otorgado bajo el número 677, en la Notaría 2ª del Circuito de Sogamoso.

"2ª Es nulo y de ningún valor legal el testamento cerrado que ante cinco testigos otorgó por documento privado de trece de noviembre de mil novecientos veintinueve, el señor Juan Chaparro Muñoz, y que con posterioridad a su apertura fue protocolizado por medio del mismo instrumento público a que se refiere la declaración anterior.

"3ª Es nula y de ningún valor legal la inscripción y registro que en la Oficina de Registro de instrumentos públicos del Circuito de Sogamoso se hizo con fecha once de diciembre de mil novecientos veintinueve, a los folios 120 a 126 del Libro 2º, bajo las partidas 181 y 182, de los testamentos a que se refieren las dos declaraciones anteriores.

"4ª Son nulas y de ningún valor legal las actuaciones y diligencias judiciales de apertura y publicación de los testamentos a que se refieren las tres declaraciones anteriores, y que fueron protocolizadas por el mismo instrumento número 677, de la Notaría 2ª de Sogamoso, el día catorce de diciembre de mil novecientos veintinueve.

"5ª Es nula y de ningún valor legal la escritura pública de fecha catorce de diciembre de mil novecientos veintinueve, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Sogamoso, bajo el número 677, por medio de la cual se protocolizaron los dos testamentos del señor Juan Chaparro Muñoz y las diligencias judiciales de su apertura y publicación.

"6ª En consecuencia, los bienes relictos por causa de muerte del señor Juan Chaparro Muñoz, corresponden a sus herederos abintestato, y deben dividirse entre éstos, en conformidad con las disposiciones legales que rigen la sucesión intestada.

"7ª El demandante Enrique Muñoz Torres, en su carácter de primo hermano legítimo del señor Juan Chaparro Muñoz, es heredero abintestato, sin perjuicio de terceros de mejor derecho.

"8ª Que se condene a los demandados a restituir a la sucesión intestada de Juan Chaparro Muñoz, dentro de los seis días siguientes a la notificación de la sentencia, los bienes hereditarios, juntamente con todos sus frutos percibidos, a partir de la fecha de contestación de la demanda."

En subsidio de las anteriores declaraciones el demandante pidió se hicieran éstas:

"1ª Es válido, y subsiste el legado que del potrero La Playa, determinado por sus linderos especiales, hizo en el numeral 2º de la cláusula 5ª de su primer testamento, el señor Juan Chaparro Muñoz a favor de Manuel, Gabriel y Enrique Muñoz Torres y de Alfredo Muñoz Muñoz, por cuanto la cláusula que lo contiene no fue revocada por el testamento posterior.

"2ª Es válida, y subsiste la institución de herederos universales hecha en el numeral 13 de la cláusula 5ª del primer testamento del señor Juan Chaparro Muñoz a favor de Alfredo Muñoz Muñoz y otros, por cuanto no fue revocada por el segundo.

"3ª Es nula y de ningún valor legal la cláusula 7ª del segundo testamento del señor Juan Chaparro Muñoz, por medio de la cual dispone de una parte de sus bienes para comisiones secretas.

"4ª El remanente de los bienes, derechos y acciones de la sucesión del señor Juan Chaparro Muñoz, formado por aquéllos, de que éste no dispuso por testamento, y de los que a éstos acrecen de la cláusula 7ª del segundo de sus testamentos, corresponde a sus herederos universales instituidos en el numeral 13 de la cláusula 5ª del primer testamento."

Se funda la demanda en los hechos siguientes:

"1º El día cinco de diciembre de mil novecientos veintinueve falleció en Sogamoso el señor Juan Chaparro Muñoz.

"2º El difunto no dejó ascendientes ni descendientes legítimos, ni hermanos ni cónyuge, ni hijos naturales.

"3º El demandante Enrique Muñoz Torres es pariente en cuarto grado colateral de consanguinidad legítima con el difunto.

"4º El día nueve de diciembre de mil novecientos veintinueve presentó el señor Ramón Grosso al Juzgado del Circuito de Sogamoso, para su apertura y publicación, dos pliegos cerrados, que dijo contener dos testamentos cerrados del señor Juan Chaparro Muñoz, otorgados ante cinco testigos.

"5º Los pliegos a que se refiere el hecho anterior, se consignaron por don Juan en manos del señor José del Carmen Becerra, Notario 1º del mismo Circuito, con la consigna de entregárselos en la puerta del Juzgado a una de las personas que el depositante indicó al depositario.

"6º El depositante le dijo al depositario, a tiempo de hacerle el depósito, que las cubiertas cerradas, selladas y lacradas que le entregaba contenían dos testamentos.

"7º Ninguno de estos dos testamentos fue otorgado por instrumento notarial.

"8º En los proyectos de testamento, suscritos con fechas veinticuatro de octubre y trece de noviembre de mil novecientos veintinueve, declara el señor Juan Chaparro Muñoz que se halla en su entero y cabal juicio en esas fechas.

"9º Ninguno de los cinco testigos ante quienes se otorgaron los testamentos afirma este hecho, ni el de haber oído la manifestación que en voz clara y perceptible, de modo que todos ellos lo vieran, oyeran y entendieran, ha debido hacerles el testador, de que en la cubierta que se les presentaba se contenía su testamento o última voluntad.

"10. Las fechas de las cartas privadas o proyectos de testamento no coinciden con las fechas en que los testamentos se otorgaron ante cinco testigos.

"11. Estos proyectos, que constan en documentos privados, fueron registrados ilegalmente en el libro destinado al registro de instrumentos públicos.

"12. La inscripción que de ellos se hizo en la Oficina de Registro, no está ajustada a las disposiciones legales sobre registro de testamentos.

"13. Ni el auto judicial que dispuso la apertura y publicación de estos proyectos, impropiamente calificados de testamentos; ni el que los declaró nuncupativos y ordenó su registro y protocolización, fueron notificados en forma legal.

"14. La protocolización que de estos testamentos cerrados se hizo, una vez que por decreto judicial se declararon abiertos, fue hecha en la oficina de un Notario distinto del que se dice haber autorizado el otorgamiento de los dos testamentos cerrados.

"15. Los testamentos protocolizados por la escritura número 677 de la Notaría 2ª de Sogamoso, el día catorce de diciembre de mil novecientos veintinueve, no fueron otorgados ante Notario.

"16. Los albaceas demandados no han promovido el juicio de sucesión testamentaria.

"17. Los albaceas demandados han dispuesto de los bienes de la sucesión sin ajustarse a las disposiciones legales.

"18. En los testamentos protocolizados por la escritura 677, de catorce de diciembre de mil novecientos veintinueve, en la Notaría de Sogamoso, dispuso el señor Juan Chaparro Muñoz de una parte, y no de la totalidad de sus bienes.

"19. Los herederos abintestato no han promovido causa de sucesión intestada sobre el remanente de bienes, derechos y acciones de que el testador no dispuso por testamento.

"20. En el lapso corrido entre el primero y el segundo de sus testamentos, hizo el testador ventas de algunas de sus propiedades, por valor recibido.

"21. En el segundo de ellos no dispuso el testador del dinero procedente de estas ventas.

"22. Las principales ventas de propiedad del testador, hechas durante el lapso indicado, se otorgaron en la Notaría 1ª de Sogamoso, por escrituras números 1224 y 1305, de mil novecientos veintinueve, a favor de Ramón Grosso la primera, por $ 4,000; y a favor del mismo y de Lucrecia Jarro Rodríguez, la segunda, por $ 8,000.

"23. Muerto el vendedor, los adquirentes Grosso y Jarro Rodríguez le traspasaron las mismas fincas adquiridas por ellos al albacea de la mortuoria, señor Jesús María Camargo Chaparro, quien les restituyó la suma misma que el difunto había recibido en pago de ellas.

"24. El albacea testamentario, Jesús María Camargo Chaparro, es tenedor de los bienes de la sucesión, y como tal los maneja y administra.

"25. La venta a que se refiere el hecho número 23, consta en el instrumento público número 1342, de mil novecientos veintinueve, otorgado ante el Notario 1° de Sogamoso.

"26. Las fincas recuperadas por el albacea con dinero de la sucesión, acrecen el patrimonio hereditario intestado, pero no están inventariadas.

"27. Los $ 12,000 que recibió el testador por virtud de las ventas a que se refiere el hecho número 22, no se han inventariado por los albaceas.

"28. Los encargos secretos contenidos en la cláusula 7ª del testamento segundo, contravienen a expresas disposiciones legales.

"29. Las órdenes dadas a los albaceas en la cláusula 8ª del mismo, pugnan contra las fórmulas procedimentales señaladas por las leyes.

"30. Se ordena en dicha cláusula a Jesús María Camargo Chaparro y a Ramón Grosso, albaceas, que inmediatamente después de abierto el testamento entreguen sin inconveniente a Jesús María Camargo Chaparro y a Ramón Grosso, legatarios, los legados que por el mismo testamento se les hicieron.

"31. No hay constancia en las Notarías públicas del Circuito de Sogamoso, de que haya otorgado el señor Juan Chaparro Muñoz testamentos solemnes cerrados, en los días veintiséis de octubre y catorce de noviembre de mil novecientos veintinueve.

"32. En los protocolos de dichas oficinas no hay constancia de la diligencia a que se refiere la interpretación auténtica que del artículo 1080 del Código Civil fijó el Ministerio de Gobierno en Resolución de 29 de noviembre de 1887, publicada en el Diario Oficial número 7245, interpretación obligatoria para los Notarios."

En escrito posterior, el actor adicionó la demanda en la parte petitoria, así:

Declaración 1ª bis:

"Que se condene a los demandados Jesús María Camargo Chaparro y Ramón Grosso, en su carácter de albaceas, a la restitución de todas las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales, raíces o muebles, que correspondan a la sucesión del señor Juan Chaparro Muñoz, así como de todos los papeles de la referida sucesión que posean o se encuentren en su poder."

Declaración 2ª bis:

"Que en la restitución de los bienes de la herencia se comprendan los aumentos que hayan tenido los bienes desde que están en poder de los demandados, y los frutos naturales y civiles de las cosas hereditarias que a ellas hayan acrecido con posterioridad a la contestación de la demanda."

Declaración 3ª bis:

"Que los demandados son responsables de los deterioros o enajenaciones hechas con anterioridad a la restitución, conforme a la ley."

Como hechos fundamentales de estas peticiones, el demandante enumera los siguientes:

"33. El segundo testamento del finado Juan Chaparro Muñoz no es obra suya, ni fue dictado ni escrito por el testador, ni por persona rogada por él para que lo escribiera en una máquina distinta de la de su uso personal; y por consiguiente este testamento expresa la voluntad de otras personas, no la del testador.

"34. En el acto de entrar los comparecientes a la diligencia de otorgamiento de este segundo testamento, el catorce de noviembre de mil novecientos veintinueve, a la alcoba del señor Chaparro Muñoz, se hallaba este señor aletargado y en estado soporífero, incompatible con el uso pleno de sus facultades mentales.

"35. Por artes de prestidigitación quedó suplantada la primera foja útil en el testamento firmado por el señor Chaparro Muñoz, el trece de noviembre de mil novecientos veintinueve, y sustituida por otra, que es apócrifa.

"36. Este escamoteo pudo verificarse dejando la envoltura del testamento cerrada en apariencia, de modo de poder extraer su contenido sin necesidad de romperla.

"37. El ex-Notario señor Becerra, después de la muerte de don Juan, llamó urgentemente a su casa a las señoritas Lucrecia J. Rodríguez, ahijada de don Juan, hoy señora de Segundo Mesa, y María Tibavija, novia del demandado Ramón Grosso, para exigirles que en caso de ser llamadas a declarar en el sumario seguido en averiguación de las causas de la muerte de don Juan, dijeran en sus declaraciones que habían visto al Notario entrar varias veces a la pieza del moribundo, con ruana, y que tal vez en alguna de esas ocasiones llevaba la máquina de escribir escondida debajo de la ruana. Ellas le contestaron que declararían la verdad, y solamente la verdad."

Los demandados, negando algunos de estos hechos, aceptando y aclarando otros, se opusieron a la acción. El treinta de enero de mil novecientos treinta y uno, el Juez de la causa sentenció así:

"a) No hay lugar a declarar la nulidad del testamento otorgado por el doctor Juan Chaparro Muñoz, con fecha veintiséis de octubre de mil novecientos veintinueve, y de consiguiente, se absuelve a los demandados de los cargos formulados contra ellos, en lo pertinente de la demanda.

"b) Declárase nulo, y de ningún valor ni efecto, el testamento otorgado por el mismo doctor Chaparro Muñoz el catorce de noviembre del año indicado en el punto anterior. En consecuencia, los demandados deben restituir a la sucesión del mencionado doctor Chaparro Muñoz, o a quien la represente, los bienes raíces y muebles, papeles y demás efectos que en condición de albaceas, con tenencia de bienes, administran hasta el presente.

"c) Declárense no probadas las excepciones perentorias propuestas por los demandados al contestar la demanda corregida y aclarada.

"d) No es el caso de hacer las demás declaraciones contenidas en la parte petitoria de la demanda, y, por tanto, se absuelve a los albaceas demandados de los cargos puntualizados en ellas; y

"e) No se hace condenación especial en costas."

Enrique Muñoz Torres y Jesús María Camargo Chaparro apelaron de esta sentencia. El Tribunal Superior de

Santa Rosa de Viterbo, en sentencia de diez y nueve de noviembre de mil novecientos treinta y uno, revocó la de primera instancia, y en su lugar dispuso:

"Declárase absolutamente nula la cláusula séptima del testamento otorgado por Juan Chaparro Muñoz, el día catorce de noviembre de mil novecientos veintinueve, por medio de la cual dispone de una parte de sus bienes para comisiones secretas.

"No hay lugar a hacer más declaraciones, ni principales ni subsidiarias, de las pedidas en la demanda principal y adicionada, y, por tanto, se absuelve a los demandados de los cargos comprendidos en ellas.

Dice el recurrente:

"No se hace condenación en costas."

El demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal. El recurso fue declarado admisible por la Corte, en auto de fecha once de abril de mil novecientos treinta y dos.

El recurrente alegó como causal de casación el ordinal 1º del artículo 520 de la Ley 105 de 1931, y señaló como violados los artículos 1080, 1078, 1055, 1740, 1741 del Código Civil; 11 y 15 de la Ley 95 de 1890; 632, 846, 1218 y 1232 del Código Judicial antiguo.

"El artículo 1080 del Código Civil dispone que 'lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al Notario y los testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz, y de manera que el Notario y los testigos lo vean, oigan y entiendan salvo el caso del artículo siguiente), que en aquella escritura se contiene su testamento....' Si lo que constituye la esencia del testamento cerrado es la presentación de éste al Notario y los testigos, y la manifestación de viva voz que debe hacer el testador, de manera que todos lo vean, oigan y entiendan; si se omite alguna de estas cosas, que son la esencia de esa clase de testamentos, éstos serán nulos.

"La constancia de que se han cumplido esos requisitos legales y esenciales, debe constar en la misma cubierta, que es la que constituye el título externo del testamento cerrado, la cubierta reemplaza la escritura, y en ella debe aparecer que se cumplieron los requisitos de que trata el artículo 1080 del Código Civil.

"La leyenda de tales cubiertas se encuentra tanto en las diligencias de inspección ocular llevada a cabo por el Tribunal de Santa Rosa, de que se habló, como a los folios 8 vuelto y 9 del cuaderno número 14, y dicen:

'Testamento. En el Municipio de Sogamoso (aquí la fecha de cada una), ante mí José del Carmen Becerra P., Notario 1º principal de este Circuito, y los testigos señores Ascensio Granados, Alejandro Lasprilla, Miguel Quintana, Campo Elías Angarita y Rafael Antonio Vargas, mayores y vecinos de esta ciudad, y en quienes no concurre ninguna causal de impedimento, compareció el doctor Juan Chaparro Muñoz, varón y vecino de esta ciudad, quien hallándose en su entero y cabal juicio, presentó esta cubierta cerrada y sellada con cinco sellos de lacre rojo, y me manifestó delante de los testigos expresados que dentro de tal cubierta se encontraba su testamento.

'En fe de lo cual se firma esta diligencia por el testador, los testigos expresados y por mí, de lo cual doy fe (firmas del testador, los testigos y el Notario).'

"Esta cubierta es del testamento de veintiséis de octubre citado. La leyenda de la cubierta del testamento de catorce de noviembre de mil novecientos veintinueve, es la misma que se ha transcrito, y los testigos fueron los señores Fermín Vargas M., Segundo Mesa, Pedro Antonio Sierra O., Jorge Vargas C. y Pedro A. Estepa.

"Como se ve, en las cubiertas no se encuentra la constancia de que se hayan llenado los requisitos esenciales ordenados por el artículo 1080 del Código Civil, esto es: la constancia de que el testador presenta ante el Notario y los testigos, una escritura cerrada, declarando de viva voz, y de manera que el Notario y los testigos lo vean, oigan y entiendan, que en aquella escritura se contiene su testamento; faltaron, pues, los requisitos indispensables para la validez del testamento"

En los siguientes pasajes de la sentencia recurrida constan los conceptos del Tribunal:

"Hecho 9: 'Ninguno de los cinco testigos ante quienes se otorgaron los testamentos afirma este hecho, ni el de haber oído la manifestación que en voz clara, perceptible, de modo que todos ellos lo vieran, oyeran y entendieran, ha debido hacerles el testador de que en la cubierta que les presentaba se contenía su testamento o última voluntad.'

"El no haber oído y visto los testigos instrumentales, en el acto de la entrega, que el testador debió hacer al Notario, de la cubierta cerrada que éste manifestara que allí dentro estaba contenido su testamento, sí es causal de nulidad del testamento; pero no lo es el hecho de que en las declaraciones que hayan rendido el Notario y los testigos en el acto de la apertura no hayan afirmado tales cosas, porque la ley no exige esto. Lo que es obligatorio, como requisito indispensable, es que antes de abrir el testamento, 'el Notario y los testigos reconozcan ante el Juez su firma y la del testador, declarando, además, si en su concepto está cerrado, sellado y marcado, como en el acto de la entrega.' Es en el acta del otorgamiento que se escribe sobre la cubierta contentiva del pliego testamentario donde debe quedar la constancia de los requisitos imperativamente exigidos por el artículo 1080 del Código Civil, y ya se dejó escrito en esta sentencia que tales formalidades tuvieron pleno cumplimiento en el otorgamiento de los dos testamentos de Juan Chaparro Muñoz. Allí está, en efecto, la constancia escrita de que ante los cinco testigos, Juan Chaparro Muñoz, en uso de su entero y cabal juicio, le entregó al Notario las cubiertas cerradas y selladas, con sellos de lacre rojo, manifestando (declarando, dando a conocer, Diccionario), delante de los testigos, que dentro de la cubierta estaba contenido su testamento. Juan Chaparro Muñoz entendía y podía hacerse entender en lenguaje español, de tal modo que su manifestación ante el Notario tuvo que ser entendida y oída por los testigos, delante de quienes se hizo o se dio a conocer, y quienes habían sido llamados con ese objeto.

"Sobre la existencia de las cubiertas no se ha insinuado duda alguna por parte del actor, quien tampoco ha dicho en ningún estado de este pleito que no son auténticas las leyendas que en ellas se lee, en el protocolo adonde fueron llevadas con la demora, que ya vimos que ningún efecto produce desde el punto de vista de la validez de los actos testamentarios. En estas condiciones, estas cubiertas prueban plenamente, mientras no se demuestre lo contrario, todo lo que la ley permite probar con este instrumento público y auténtico, esto es, que el testador presentó el pliego cerrado, diciendo que contenía su testamento, que lo hizo ante

cinco testigos sin impedimento legal, y quienes oyeron y vieron tal cosa, que el testador estaba en uso pleno de su salud mental, y sobre todos los demás hechos que el Notario enuncia, como verificados por él o sucedidos en su presencia. El instrumento público hace plena fe contra los declarantes, en cuanto a la verdad de las declaraciones consignadas en él bajo sus firmas (artículo 1759, Código Civil)."

Se considera:

Además de lo expuesto por el Tribunal, en las cubiertas de los testamentos de Juan Chaparro Muñoz se llenaron todas las formalidades señaladas por el inciso 4º del artículo 1080 del Código Civil. Huelga agregar que con arreglo al artículo 11 de la Ley 95 de 1890, "cuando se omitiere una o más de las designaciones prescritas en el artículo 1073, en el inciso 4º del 1080 y en el inciso 2º del 1081, no será por eso nulo el testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, notario o testigo."

Por ende, el cargo es infundado.

"Por el análisis que he hecho—dice el recurrente—de las leyendas de las cubiertas que contenían los testamentos, y de las declaraciones de los testigos de los testamentos, que rindieron el día de su apertura, se demuestra de manera terminante y clara que no se llenaron los requisitos esenciales exigidos por el artículo 1080 ya citado, y que la falta de esos requisitos determina la nulidad de los testamentos. Tampoco se procedió en la apertura de ellos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1218 del Código Judicial—vigente en ese entonces—y que dice:

'Llegada que sea la hora señalada, el Juez, acompañado de su Secretario y de los interesados que hayan concurrido, procederá a examinar a los testigos y al Notario, y a la publicación y apertura del testamento, todo de conformidad con las leyes sustantivas de la Nación, ordenando después su protocolización, así del testamento como de todo lo actuado, para su apertura y publicación.'

"Tal artículo ordena que se procederá en todo de acuerdo con las leyes sustantivas de la Nación. Entre estas leyes sustantivas está el artículo 1080 del Código Civil, que señala los requisitos esenciales que debe tener todo testamento cerrado. El Juez que procedió a la apertura de los testamentos no interrogó a los testigos del testamento, sobre si habían visto y oído que el testador, de viva voz y de manera que el Notario y los testigos lo vieran, oyeran y entendieran que había presentado al Notario delante de los testigos una escritura cerrada, y que en ella se contenía su testamento."

Se considera:

En el estudio del cargo precedente se demostró que los testamentos se otorgaron de acuerdo con el artículo 1080 del Código Civil. Respecto de las declaraciones del Notario y los testigos, cabe observar que sus testimonios se amoldan a lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 1082, según el cual "no se abrirá el testamento sino después de que el Notario y los testigos reconozcan ante el Juez su firma y la del testador, declarando, además, si en su concepto está cerrado, sellado o marcado, como en el acto de la entrega."

El cargo es infundado.

"El demandante señor Enrique Muñoz Torres—dice el apoderado del recurrente—señaló entre los fundamentos de la demanda, el marcado con el número 14, en el cual expresa que la protocolización de los testamentos cerrados y de las diligencias de apertura y publicación, fue hecha en la oficina de un Notario distinto del que dice haber autorizado tales testamentos.

"El Tribunal, en su sentencia, se expresa así:

'Esta formalidad de la protocolización del testamento cerrado no está consignada en la ley sustantiva, ni figura entre los requisitos que, según el artículo 1082 del Código Civil, es preciso acomodar su publicación y apertura, y cuya omisión invalida el acto testamentario, al tenor del artículo 11 de la Ley 95 de 1890. De manera que, si en este caso que se estudia, se hubiera prescindido de ella, sería por lo menos necesario hacer un estudio a fondo para determinar si la omisión de esa formalidad adjetiva podría determinar la invalidez testamentaria; pero no se ha negado el cumplimiento de este requisito, exigido por el artículo 1232 del Código Judicial, y que constituye, sin duda alguna, una importantísima formalidad, digna por esto de figurar en la ley sustantiva, sino lo que se ha alegado como causal de nulidad es el hecho de que tal protocolización se haya llevado a cabo en la Notaría 2ª del Circuito de Sogamoso, debiendo haber sido en la oficina del Notario 1º, según el citado texto legal, por haber sido este funcionario quien autorizó el otorgamiento de los testamentos.'

"No me explico cómo el Tribunal se atreve a negar que el actor, en este juicio, hubiera expresado su inconformidad por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1232 del Código Judicial nombrado; cuando en el hecho 14 de la demanda, que el mismo Tribunal transcribió inmediatamente antes del concepto que acabo de copiar, se expresa claramente esa inconformidad, cuando se dice que los testamentos y la actuación de su apertura se protocolizaron en una Notaría distinta de la que los autorizó. Dada la importancia que le da el Tribunal al cumplimiento del requisito exigido por el artículo 1232 citado, cuando expresa: 'que constituye sin duda una importantísima formalidad, digna por esto de figurar en la ley sustantiva'; y dado que el demandante sí señaló la falta de tal requisito, como causal de nulidad, el Tribunal ha debido obrar de acuerdo con la doctrina que acababa de sentar.

"Acuso, pues, la sentencia de errónea interpretación de la demanda y desconocimiento de ésta; y mi cargo nace de que el Tribunal no apreció el hecho 14 de la demanda, ni apreció la confesión que a ese hecho dio el demandado y albacea Ramón Grosso al contestar la demanda, violando así el artículo 1232 citado."

Se considera:

El recurrente transcribe algunos fragmentos de los apartes en que el Tribunal analiza el artículo 1232 del antiguo Código Judicial. Es menester copiar en seguida los apartes completos, a fin de fijar con claridad las tesis que sostiene el juzgador, y poner de relieve que el Tribunal acertadamente estudió lo concerniente al hecho 14 de la demanda.

Expresa el Tribunal:

"Hecho 14. 'La protocolización que de estos testamentos cerrados se hizo una vez que por decreto judicial se declararon abiertos, fue hecha en la oficina de un Notario distinto del que se dice haber autorizado el otorgamiento de los testamentos cerrados.'"

"Esta formalidad de la protocolización del testamen-

to cerrado no está consagrada en la ley sustantiva; no figura entre los requisitos que según el artículo 1082 del Código Civil, es preciso acomodar su publicación y apertura, y cuya omisión invalida el acto testamentario, al tenor del artículo 11 de la Ley 95 de 1890. De tal modo que si en el caso de estudio se hubiera prescindido de ella, sería por lo menos necesario hacer un estudio a fondo para determinar si la omisión de esta formalidad adjetiva podría determinar la invalidez testamentaria; pero no se ha negado el cumplimiento de este requisito, exigido por el artículo 1232 del Código de Procedimiento, y que constituyen, sin duda alguna, una importantísima formalidad, digna por esto de figurar en la ley sustantiva, sino que lo que se alega como causal de nulidad es el hecho de que tal protocolización se haya llevado a cabo en la Notaría 2ª del Circuito de Sogamoso, debiéndolo haber sido en la oficina del Notario 1º, según el citado texto legal, por haber sido este funcionario quien autorizó el otorgamiento de los testamentos.

"Por el Secretario del Juzgado, que llevó a efecto la apertura y publicación de los testamentos de Chaparro Muñoz, según práctica acostumbrada en las oficinas judiciales, y que no pugna con ninguna disposición legal, fueron llevados con lo actuado, y posteriormente sus cubiertas, a la Notaría 2ª del Circuito, por haberlo así ordenado el Juez en la diligencia de apertura, procedimiento este que mereció la aprobación de esta Superioridad, según puede verse en la copia auténtica de la decisión, de fecha diez de abril de mil novecientos treinta, traída oportunamente como prueba en esta segunda instancia del juicio. Para aceptar la verdad del hecho, de que es indiferente la protocolización de los documentos aludidos en cualquiera de las Notarías del mismo Circuito, basta parar mientes en la significación y objeto de esta formalidad, que no comunica por sí misma al documento protocolado mayor fuerza y firmeza de la que originariamente tengan, y que reduce únicamente a dar custodia y seguridad a las piezas que se lleven al protocolo. Desde el punto de vista legal, la misma custodia y seguridad ofrece una Notaría que otra, de la misma manera que cualquier Notario merece idéntica fe para todos los actos en que presta su fe pública. Si esto no fuera verdad, la cancelación de los instrumentos públicos no podría hacerse ante cualquier Notario de la República (artículo 2º, Ley 8 de 1898)."

La lectura de los pasajes transcritos, harto claros y sólidos, ponen de manifiesto lo infundado del cargo. Es de observarse, además, que la violación del artículo 1232 del antiguo Código Judicial no se ha sancionado por el legislador con la nulidad del testamento.

Sostiene el recurrente que la sentencia recurrida infringió el artículo 1078 del Código Civil, con arreglo al cual "el testamento solemne cerrado debe otorgarse ante un Notario y cinco testigos."

"De la inspección ocular—expresa el recurrente—que practicó el Tribunal sentenciador en el protocolo de la Notaría 2ª de Sogamoso, donde protocolizaron primero los testamentos y luégo la cubierta de ellos, aparece que en la cubierta que contenía el testamento de veintiséis de octubre de mil novecientos, faltó el apellido del testigo 'Rafael Ant.' por 'estar rota la cubierta, lo mismo que donde se escribió,' así dice la leyenda sobre esto, se puso en la inspección del día veinticinco de junio de mil novecientos treinta y uno.

"De manera que siendo la cubierta de un testamento cerrado, el comprobante de que se otorgó o nó, con las formalidades legales, si en dicha cubierta no aparece la firma de uno de los testigos, no se ha cumplido la disposición del inciso 6º del artículo 1080 del Código Civil, que establece que en la cubierta de un testamento cerrado debe haber siempre siete firmas: la del testador, la del Notario y las de cinco testigos; siete firmas que deben expresar el nombre y apellido de cada uno de los firmantes; como en la cubierta del testamento de veintiséis de octubre faltó el apellido del nombre de Rafael Ant., éste no puede considerarse como testigo del testamento. Y el hecho de no haber anotado el Tribunal la falta de ese testigo, por apreciación errónea de las pruebas emanadas de las leyendas de las cubiertas, y de la constancia que se dejó sentada en la inspección ocular, verificada por el mismo Tribunal, y de que se ha hecho mención, y por la falta de apreciación de las mismas, violó dicho Tribunal el ordinal 6º del artículo 1080 del Código Civil."

Se considera:

Alega el recurrente que en la cubierta que contenía el testamento de veintiséis de octubre de mil novecientos veintinueve, faltó el apellido del testigo Rafael Antonio Vargas, conforme consta en la inspección ocular practicada por el Tribunal. Observa la Corte que en la copia de esa cubierta, expedida anteriormente por el Notario, aparece el nombre y apellido de ese testigo así: "testigo, Rafael Ant. Vargas" (cuaderno 15, folio 8). Ese testigo, además, reconoció en debida forma su firma en la práctica de la diligencia de apertura y publicación del testamento, declaración que firmó así: "Rafael Ant. Vargas M." (cuaderno 1º, folio 9). La firma de este testigo está, por ende, perfectamente autenticada en el juicio. Las cubiertas de los testamentos, además, se protocolizaron tardíamente, sin hecho ni culpa de los demandados, a causa de haber formado parte de un sumario. En la diligencia de inspección se hizo constar:

"Testigo: Rafael Ant. V (aquí falta la terminación del apellido, por estar rota la cubierta, lo mismo que donde se escribió)" (cuaderno 15, folios 13 vuelto y 14).

"En el testamento de catorce de noviembre de mil novecientos veintinueve—dice el recurrente—también faltó un testigo, que fue el señor Jorge Vargas C.; éste no compareció a la apertura del testamento, y entonces el señor Juez dispuso que los otros testigos y el Notario abonaran la firma del testigo Jorge Vargas C. Al efecto: en las diligencias de apertura de los testamentos, que están insertas en la escritura número 677, de catorce de diciembre de mil novecientos veintinueve, se ve a los folios 10 vuelto y 11 de la citada escritura, que los testigos Fermín Vargas M., Segundo Mesa, Pedro Antonio Sierra O. y Pedro A. Estepa, y el Notario José del Carmen Becerra P., abonaron en una sola acta, no en declaraciones separadas, como ha debido hacerse, la firma del testigo Jorge A. Vargas H., expresando que 'la firma que aparece al pie de la nota que dice testamento, fecha el catorce de noviembre del corriente año, y en la cual se lee: 'Jorge A. Vargas H.' la vimos poner de puño y letra del señor Vargas H. al pie de la expresada nota, en el acto mismo en que todos la firmamos, en la fecha indicada y podemos asegurar, por el conocimiento que tenemos del mencionado Jorge A. Vargas H., y por haber dicho (sic) otras estampadas por el mismo señor, en correspondencia privada, que dicha firma es la misma que él, como antes se dijo, acostumbra en todos sus actos pú-

blicos y privados.' Así afirmaron en un acta el Notario y los testigos mencionados; pero resulta que ellos abonaron la firma de Jorge A. Vargas H., y quien firmó la cubierta fue Jorge Vargas C.. No se abonó, pues, la firma de Jorge Vargas C., quien firmó la cubierta en referencia, sino que abonaron la firma de Jorge A. Vargas H., que no figura en la cubierta. La leyenda de las cubiertas de los dos testamentos, se encuentra en la diligencia de inspección ocular que hizo el Tribunal, con fecha cinco de junio de mil novecientos treinta y uno. De suerte que habiendo abonado una firma distinta de la que figura en el testamento de catorce de noviembre, tántas veces citado, éste quedó con sólo cuatro testigos."

Se considera:

El cargo es infundado, puesto que el Tribunal está en lo cierto al afirmar que "hay otros puntos, como la confusión en que se incurrió al abonar la firma del testigo Jorge A. Vargas sobre la letra inicial de su segundo apellido completamente aclarada en el juicio, en el sentido de la identidad personal, que no deben ser objeto de capítulo especial en esta sentencia, porque no hacen parte integrante de los motivos del pleito, determinados por las causales enunciadas en los hechos fundamentales de la demanda, y otros por no tener la entidad suficiente para ser considerados como causales de nulidad testamentaria, tales como haber llevado los testamentos para su protocolización al Secretario del Juzgado, y haber sido el Notario el depositario de dichos testamentos."

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

1ª No se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, el diez y nueve de noviembre de mil novecientos treinta y uno.

2ª Condénase en las costas del recurso a la parte recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintitrés de noviembre de mil novecientos treinta y dos.

Los doctores Alfredo Afanador y Roberto Jaramillo solicitan que se declare terminado el juicio a que se refieren, por pago efectivo, y libres y a paz y salvo el señor Jesús M. Matiz y la Compañía Colombiana de Seguros, por razón del contrato de seguros."

Considerando esta petición con criterio liberal, puede estimarse como un desistimiento del juicio, y en ese evento habrá que negarla, porque ante la Corte sólo se puede desistir del recurso de casación, no del juicio, por disponerlo así claramente el artículo 461 de la Ley 105 de 1931, disposición que no fue modificada por el legislador, a pesar de la observación de la Corte al respecto para que se adicionara en el sentido de permitir que se pudiera desistir del juicio ante ella.

Esta decisión está respaldada por el auto de fecha de diez de agosto del año en curso, donde se dijo:

"Respecto de la desistencia de la acción, se observa:

"De acuerdo con el artículo 461 del Código Judicial, las partes pueden, separada o conjuntamente, desistir del pleito, reconvención, incidente o recurso que hayan propuesto, desistimiento que, como lo previene el inciso 2º de esa disposición, debe hacerse ante el Juez que está conociendo del juicio, incidente o recurso de que se trate.

"La Corte—como es sabido—sólo conoce del recurso de casación y nó del juicio; de consiguiente, ante ella apenas puede desistirse de este recurso. Fue esta la doctrina constante de la Corte por mucho tiempo, cuando aún estaba vigente el Código Judicial adoptado por la Ley 57 de 1887. Posteriormente modificó esa doctrina, permitiendo que ante ella pudiera desistirse, no sólo del recurso de casación que se hubiera concedido, sino también del juicio principal. Esa doctrina de la Corte no ha sido aceptada por el Código Judicial vigente, pues claramente expresa la disposición del artículo 461, que el desistimiento debe hacerse ante el Juez que está conociendo del juicio, incidente o recurso de que se trata. Como la Corte sólo conoce del recurso de casación, no tiene ella jurisdicción, de conformidad con el citado artículo, para decretar la desistencia de la acción."

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega lo solicitado.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre veinticuatro de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Ante el señor Juez 5º de este Circuito, Eusebio Cortés, en su propio nombre, y como representante de la sociedad colectiva de comercio, domiciliada en esta ciudad, bajo la razón social de Eusebio Cortés e Hijos, promovió demanda ordinaria contra la entidad denominada Banco de Colombia, de esta ciudad de Bogotá, y representada por su Gerente, el señor Ernesto Michelsen, y contra el señor César Sánchez Núñez, para que con citación y audiencia de ambos se declare:

"a) El Banco de Colombia de esta ciudad está en la obligación de entregarme cancelado, y con la correspondiente nota de subrogación, el documento relacionado en el hecho 3º de esta demanda.

"b) El Banco de Colombia de esta ciudad está en la obligación de pagarnos los perjuicios que Eusebio Cortés e Hijos y el suscrito hemos sufrido por su resistencia a declarar cubierta la cuota que en el referido documento corresponde al señor César Sánchez Núñez.

"c) El señor César Sánchez Núñez, a virtud de la extinción que por mi conducto se hizo de la obligación solidaria que adeudábamos al Banco de Colombia, por la suma de cuatro mil novecientos cuarenta y cuatro pesos ochenta y dos centavos moneda legal ($ 4.944-82), está obligado a pagarme, de acuerdo con el artículo 1579 del Código Civil, la parte o cuota que a él correspondía en esa deuda, o sea la suma de mil seiscientos cuarenta y ocho pesos veintisiete centavos ($ 1.648-27), con sus respectivos intereses, desde el día cinco de julio de mil no-

vecientos diez y seis, en que celebró esta novación, hasta el día en que me haga el pago.

"d) Para el caso de que no se acceda por usted a ordenar la entrega del documento relacionado en el hecho 3º de esta demanda, y que el Banco de Colombia conserva en su poder, pido se declare que la misma sentencia que ponga término a este pleito sirva de título para hacer efectivo el referido cobro a mi codeudor señor César Sánchez Núñez.

"Pido también a usted, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 281 del Código Judicial, que prevenga al demandado Gerente del Banco de Colombia, que mantenga en su poder, bajo le responsabilidad legal consiguiente, el documento o título del crédito discutido, mientras terminen los trámites del presente juicio."

En apoyo de estas peticiones invocó el demandante los artículos 1588, 1602, 1603, 1605, 1625, 1634, inciso 1º; 1704 y sus concordantes del Código Civil, y los siguientes hechos:

"1º Por escritura número 887, de cinco de junio de mil novecientos diez y seis, otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá, que en copia registrada acompaño, en mi propio nombre y en el de la Sociedad que representaba, celebré con los acreedores mencionados en tal escritura, y con una Junta compuesta de los señores Ferdinand Focke, Carlos Westendorp y Pomponio Guzmán, en sus caracteres allí indicados, un convenio, según el cual esta Junta, mediante ciertas condiciones y garantías, asumió el pago de mis deudas, quedando yo y la Sociedad que represento a paz y salvo con nuestros acreedores enumerados en dicha escritura. Por consiguiente, al tenor del artículo 1690, numeral 3º del Código Civil, se efectuó por medio de tal convención una novación, que consistió en la sustitución de un nuevo deudor primitivo.

"2º Entre las obligaciones que comprendió el contrato de novación citado, figura la de diez mil setecientos veinticinco pesos cuarenta y dos centavos ($ 10.725-42), de que eran responsables al Banco de Colombia de esta ciudad, mi firma, la de la Sociedad comercial que represento, la del señor Pomponio Guzmán y la del señor César Sánchez Núñez, como codeudores solidarios.

"3º Una de las obligaciones de que trata el hecho que precede es del tenor siguiente:

'Banco de Colombia.

'Nosotros, Eusebio Cortés, Eusebio Cortés & Hijos y César Sánchez Núñez, mayores de edad y vecinos de Bogotá, declaramos que el Banco de Colombia nos ha abierto un crédito flotante por la cantidad de quinientos mil pesos en papel moneda, y que nos sujetamos a las siguientes condiciones:

'1ª El término por el cual podemos hacer uso del crédito será de seis meses, pero es potestativo del Banco hacerlo cerrar antes, dándonos aviso con treinta días de anticipación.

'2ª Durante el plazo abonaremos al Banco un interés de doce por ciento (12 por 100) anual, que se liquidará sobre el saldo diario que hubiere a nuestro cargo.

'3ª Pero si durante el plazo cambiare el Banco el tipo de los intereses que cobra ordinariamente, pagaremos intereses de acuerdo con la respectiva resolución, desde el día en que se anuncie por medio de carteles fijados en la Oficina de Caja del mismo Banco.

'4ª El Banco podrá, en cualquier tiempo, dentro del plazo señalado, disponer la suspensión del crédito concedido, y entonces será nuestra obligación pagar dentro de los treinta días siguientes el saldo que haya a nuestro cargo.

'5ª El plazo podrá prorrogarse, y será suficiente constancia del acuerdo respectivo, la nota en que así se exprese al pie de este documento, suscrito por el Gerente del Banco.

'6ª Puesto que desde hoy queda en la caja del Banco, a nuestra disposición, la suma de quinientos mil pesos ($ 500,000), expresamente nos obligamos a pagar esa cantidad y sus intereses, al doce por ciento anual, al Banco de Colombia, el día dos de agosto de mil novecientos catorce, fecha en que se vence el plazo de esta obligación; pero quedará como derecho nuestro excepcionar en la respectiva ejecución, fundándonos en las pruebas que resulten de los libros del Banco.

'7ª Si incurriéremos en mora, es decir, si no pagamos el día dos de agosto de mil novecientos catorce, abonaremos por el saldo que quede a nuestro cargo, durante la mora, y sin perjuicio del cobro judicial, un interés del uno y medio por ciento mensual; y

'8ª Contraemos solidariamente las obligaciones que reza este documento.

'Firmamos en Bogotá, ante testigos, a dos de febrero de mil novecientos catorce.

'Eusebio Cortés—Eusebio Cortés e Hijos—César Sánchez Núñez—Testigo, Ricardo V. Pinzón—Testigo, Luis L. Castillo.'

"4º El suscrito hizo al Banco de Colombia la siguiente solicitud por escrito:

'Señor Gerente del Banco de Colombia—En su Despacho.

'Sírvase expresar a continuación qué obligaciones había a cargo del suscrito y de Eusebio Cortés e Hijos, con especificación de la cantidad, etc., el día cinco de julio de mil novecientos diez y seis, antes de ser firmada la escritura número 887, de esa misma fecha, sobre dación en pago de Eusebio Cortés a A. Held y otros, en la Notaría 1ª de Bogotá.

'Señor Gerente.

'Bogotá, octubre 3 de 1922.

'Eusebio Cortés.'

"A esta solicitud, contestó el Banco:

'El Banco de Colombia hace constar:

'Que el día cinco de febrero de mil novecientos diez y seis, antes de firmarse la escritura número 887, adeudaba el señor Eusebio Cortés, en unión del señor Pomponio Guzmán, mancomunada y solidariamente, la suma de cinco mil setecientos ochenta 60|100 pesos, y en unión del señor César Sánchez Núñez, la cantidad de cuatro mil novecientos cuarenta y cuatro 82|100 pesos, también mancomunada y solidariamente, y que el Banco de Colombia no ha relevado ni cancelado la responsabilidad de los codeudores del señor Eusebio Cortés.

'Bogotá, diciembre 13 de 1922.'

'Julio Caro'

'(Sello del Banco).'

"5º En los cómputos que se hicieron en la escritura número 887 ya mencionada, se hizo figurar como materia de la novación, no solamente la parte que en esta obligación de $ 4.944-84 correspondía a la Casa comercial

que represento y al suscrito, sino la totalidad de la deuda. Se incluyó, pues, para que fuera cancelado, como en efecto lo fue de modo expreso por el señor Gerente del Banco de Colombia, todo el crédito pasivo a cargo de Eusebio Cortés e Hijos, de César Sánchez Núñez y del suscrito.

"6º Al tenor de los artículos 1576 y 1704 del Código Civil, la novación verificada entre el acreedor (Banco de Colombia) y uno de los deudores solidarios de la obligación expresada de $ 4,944-82, libertó a los otros, mejor dicho, al otro deudor solidario, que en este caso lo era el señor César Sánchez Núñez.

"7º No obstante la exactitud de estas conclusiones, muy claras, el señor Gerente del Banco de Colombia parece no haber entendido la naturaleza de la operación o convenio celebrado por medio de la escritura número 887 ya citada, y afirma que aún está vigente hoy con respecto al señor César Sánchez Núñez, en una parte proporcional, el crédito que el Banco tenía contra este señor y contra el suscrito y la Casa comercial que represento. En otros términos: el señor Gerente del Banco de Colombia pretende convertir en obligación divisible la solidaria que con el Banco contrajimos los tres mentados deudores, obligación que de uno u otro modo quedó cubierta íntegramente; pues la novación se hizo, como dejo dicho, no por la cuenta que a mí y a la Sociedad de Eusebio Cortés e Hijos correspondía en la deuda, sino por el total de ella.

"8º Según el artículo 1579 del Código Civil, el deudor solidario que paga la deuda o la extingue por algún medio equivalente al pago (novación en este caso), queda subrogado en la acción del acreedor, con todos sus privilegios y seguridades. Es evidente que la principal seguridad para el deudor que ha pagado la constituye el quedar en su poder el documento origen de la obligación y la correspondiente nota de pago, con los cuales pueda repetir contra su codeudor por la parte que a éste correspondía en la deuda.

"9º En el presente caso, si bien está a mi disposición la escritura número 887, en que aparece de modo claro que lo pagué o extinguí por medio de una novación la deuda total de $ 4,944-82, que con el señor César Sánchez Núñez adeudaba al Banco de Colombia, carezco del documento base de la referida obligación, el cual conserva en su poder, y se niega injustamente a entregarme, el señor Gerente del Banco de Colombia.

"10. Esta resistencia del Banco me ha ocasionado y me sigue ocasionando graves perjuicios, pues por una parte carezco del título claro y expreso que nuestras leyes exigen para hacer valer un derecho ejecutivamente, y por otra, el referido señor Sánchez Núñez, valiéndose de la oscuridad con que el Banco hace aparecer las cancelaciones por mí hechas, ha promovido una serie de litigios relacionados con este asunto, que me han ocasionado y me están ocasionando aún cuantiosos gastos.

"11. Aun cuando en la cláusula 6ª de la escritura número 887 citada, se dice que los acreedores que en ella intervinieron entregan sus títulos a la Junta que se sustituyó en las obligaciones de Eusebio Cortés y Eusebio Cortés e Hijos, es lo cierto que ese traspaso no se ha verificado, como lo acredito con las posiciones que acompaño. No me corresponde, pues, demandar de los miembros de la referida Junta la entrega del documento o título en que consta mi citada obligación, sino del Banco de Colombia, en cuyo poder existe; todo ello de acuerdo con el artículo 276 del Código Judicial."

Ambos demandados contestaron la demanda, oponiéndose a las pretensiones del actor; aceptaron algunos hechos y negaron los demás, y el demandado Sánchez Núñez propuso las excepciones perentorias de carencia de acción, petición antes de tiempo, por no haberse completado el pago, y en subsidio, la de prescripción de la acción ejecutiva. El Banco de Colombia opuso también la excepción de prescripción, y la de no estar dirigida la demanda contra persona obligada a responder. El demandado Sánchez Núñez, en escrito separado, propuso demanda de reconvención contra Eusebio Cortés, en su propio nombre y como apoderado de Eusebio Cortés e Hijos, para que se declare:

"a) Que con fecha dos de febrero de mil novecientos catorce se contrajo una obligación solidaria para con el Banco de Colombia por Eusebio Cortés e Hijos, Eusebio Cortés y César Sánchez Núñez, por la suma de quinientos mil pesos papel moneda de entonces, de mutuo a interés y en la forma de crédito flotante, la cual valía el día cinco de julio de mil novecientos diez y seis la suma de cuatro mil novecientos cuarenta y cuatro pesos con ochenta y dos centavos moneda corriente.

"b) Que dicha obligación, no obstante ser solidaria, correspondía pagarla, en realidad de verdad, a los tres obligados, por iguales partes, no por relación al Banco, sino por las relaciones de los tres obligados.

"c) Que habiendo yo tenido al principio el total del dinero, y habiendo después entregado una suma de dinero a Cortés, la proporcionalidad de las obligaciones que a cada uno correspondía, era así: la tercera parte que me correspondía a mí satisfacer al Banco de Colombia la parte en dinero que me correspondía a mí entregar a Cortés, para que él, a su turno, como Gerente de Eusebio Cortés e Hijos, la satisficiere, completándola, al Banco, y en virtud de esta parte de sentencia del Juzgado 4º del Circuito en lo Civil de Bogotá, pronunciada en juicio ordinario de cuentas de Eusebio Cortés e Hijos contra César Sánchez Núñez, sentencia reformada por el Tribunal y dejada en firme por el fallo de casación, y la parte la que correspondía a satisfacer a Eusebio Cortés, y que yo probé habérsela entregado en el curso del mencionado juicio.

"d) Que todas las obligaciones o terceras de que trata el punto anterior están satisfechas al Banco, en virtud de la cancelación que éste hizo en la escritura 887, de cinco de julio de mil novecientos diez y seis, pasada ante el Notario 1º de Bogotá.

"e) Que los señores Eusebio Cortés e Hijos y Eusebio Cortés no tienen derecho ninguno a subrogarse en los derechos del Banco, porque no pagaron la deuda, o, mejor dicho, no la satisficieron en la parte que correspondía a César Sánchez Núñez, una vez que sólo satisficieron un cuarenta por ciento, y además, porque se estipuló expresamente que los documentos cancelados, pero sin nota de cesión, se entregarían a la Junta de adquirentes, de que trata la escritura ya mencionada.

"f) Que en defecto de las declaraciones del punto anterior, se declare que la subrogación que puede caberles a Eusebio Cortés e Hijos y Eusebio Cortés en contra mía es, solamente, en cuanto a lo pagado por ellos, superior a las dos terceras partes del crédito, efectivamente, en cuanto a capital (y no pagando intereses sino desde que los hicieron efectivos los acreedores), pues ellos esta-

ban obligados por sí mismos a pagar esas dos terceras partes. Para el caso de que resultase esta declaración, pido igualmente se declare que en esa parte que a mí se me condene, está comprendida, o es la misma, la suma a que se refiere el fallo del Juzgado 4° que cito antes, ya reformado."

Esta reconvención se funda en los siguientes hechos:

"Primero. Eusebio Cortés e Hijos, Eusebio Cortés y César Sánchez Núñez abrieron solidariamente en el Banco de Colombia un crédito flotante por quinientos mil pesos papel moneda el dos de febrero de mil novecientos catorce, que venció el dos de agosto del propio año.

"Segundo. El día cinco de julio de mil novecientos diez y seis, Eusebio Cortés e Hijos y Eusebio Cortés llevaron a cabo una negociación, que no fue cesión de bienes, ni dación en pago, en la cual los acreedores de ellos cancelaron todas las obligaciones para con ellos, y en cambio esas obligaciones las adquirieron unos cuantos de los acreedores, por sí y en representación de otros, a cambio de recibir algunos bienes de los Cortés.

"Tercero. Los acreedores no alcanzaron a recibir de sus nuevos deudores, los cuales limitaron expresamente su responsabilidad, sino un cuarenta por ciento del valor de sus respectivas acreencias.

"Cuarto. Los acreedores expresamente perdonaron intereses durante ocho años, a contar desde el día cinco de julio de mil novecientos diez y seis, de manera que el cuarenta por ciento recibido fue solamente de capitales.

"Quinto. Los acreedores no recibieron, fuera del cuarenta por ciento, ni un centavo más a cuenta de sus acreencias.

"Sexto. Los señores Eusebio Cortés e Hijos promovieron contra mí, en el Juzgado 4° del Circuito en lo Civil de Bogotá, un juicio de cuentas por un negocio que se llevó a cabo con los quinientos mil pesos, de que trata el crédito abierto en el Banco de Colombia.

"Séptimo. En el Juzgado 4°, hechas todas las cuentas, computadas las ganancias del negocio y dejándome en mi poder solamente una tercera parte del capital para satisfacerla yo al Banco de Colombia (hablo en el concepto del Juez), se me condenó a pagar a Cortés la suma de $ 3,442-13.

"Octavo. El Tribunal de Cundinamarca, en virtud de haber probado yo que había entregado sumas a Cortés, en cuantía superior a una tercera parte, reformó el fallo del Juez, en el sentido de condenarme a pagar solamente alrededor de una tercera parte del capital (algo menos que no preciso, por no tener a la vista la cantidad).

"Noveno. Estando extinguida la obligación en su totalidad, por la escritura 887 de mil novecientos diez y seis, citada, es claro que quedó cumplida la obligación mía de satisfacer al Banco la suma, y quedó extinguida también la obligación de pagarle la tercera parte a Cortés, de que tratan las sentencias a que me vengo refiriendo, sin olvidar que aquí se trata punto distinto, y distinto motivo del tratado en el juicio de cuentas."

Ninguno de los contrademandados contestó la de reconvención.

El Juez, por sentencia de diez y siete de febrero de mil novecientos veintiocho, decidió la controversia en estos términos:

"Demanda principal.

"1° Condénase al Banco de Colombia, Sociedad domiciliada en Bogotá, y representada por el señor Ernesto Michelsen, a entregar dentro de tres días de ejecutoriada esta sentencia, a Eusebio Cortés e Hijos, sociedad colectiva de comercio, domiciliada en esta capital, y a Eusebio Cortés, debidamente cancelado el documento privado, de fecha dos de febrero de mil novecientos catorce, en que los señores Eusebio Cortés e Hijos, Eusebio Cortés y César Sánchez Núñez se confiesan deudores del Banco de Colombia por la suma de quinientos mil pesos papel moneda ($ 500,000 p. m.), que recibieron en forma de crédito flotante.

"2° Condénase al mismo establecimiento bancario a pagar a los prenombrados señores Cortés e Hijos y Cortés los perjuicios que les haya podido ocasionar por su resistencia a declarar cubierta la cuota que en el referido documento corresponde. Estos perjuicios se ventilarán en juicio separado.

"3° Declárase a los señores Eusebio Cortés e Hijos y Eusebio Cortés, subrogados en los derechos del Banco de Colombia, contra César Sánchez Núñez, por razón del documento nombrado en el punto 1° de esta parte resolutiva, y en consecuencia se condena al señor César Sánchez Núñez a pagar a los demandantes, dentro de seis días de ejecutoriada esta sentencia, la suma de mil seiscientos cuarenta y ocho pesos veintisiete centavos ($ 1,648-27), y sus intereses convencionales, desde el día cinco de julio de mil novecientos diez y seis hasta el día en que verifique el pago.

"Demanda de reconvención.

"a) Declárase que, con fecha dos de febrero de mil novecientos catorce, se contrajo una obligación solidaria para con el Banco de Colombia por Eusebio Cortés e Hijos, Eusebio Cortés y César Sánchez Núñez, por la suma de quinientos mil pesos papel moneda ($ 500,000 p. m.), de mutuo a interés y en la forma de crédito flotante, la cual valía el día cinco de julio de mil novecientos diez y seis la suma de cuatro mil novecientos cuarenta y cuatro pesos ochenta y dos centavos ($ 4,944-82).

"b) Declárase que en las obligaciones entre los coobligados la suma enumerada en el anterior aparte era divisible entre ellos por partes iguales.

"c) Declárase que las obligaciones contraídas para con el Banco, por medio del documento de dos de febrero de mil novecientos catorce, están extinguidas por virtud del contrato que consta en la escritura número 887, de cinco de julio de mil novecientos diez y seis, pasada ante el Notario 1° de Bogotá.

"Niéganse las demás peticiones hechas en la demanda de reconvención.

"Condénase en costas a los demandados."

Del fallo anterior interpusieron apelación el representante del Banco de Colombia y el señor César Sánchez Núñez, y al revisarlo el Tribunal decidió:

"Demanda principal.

"Declárase probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería en la entidad demandante Eusebio Cortés e Hijos, y en consecuencia absuelve a los demandados de todos los cargos aducidos contra ellos en la demanda por dicho demandante.

"Absuélvese al Banco de Colombia, Sociedad domiciliada en Bogotá, y representada por el señor Ernesto Michelsen, de los cargos aducidos en la demanda principal por el demandante Eusebio Cortés.

"Declárase a Eusebio Cortés subrogado en los derechos del Banco de Colombia contra César Sánchez Núñez, por razón del documento de fecha dos de febrero de mil novecientos catorce, en virtud del cual Eusebio Cortés e Hijos, Eusebio Cortés y César Sánchez confiesan ser deudores del Banco de Colombia por la suma de quinientos mil pesos papel moneda ($ 500,000 p. m.), que recibieron en forma de crédito flotante, y en consecuencia, se condena al señor César Sánchez Núñez a pagar a Eusebio Cortés, dentro de seis días de ejecutoriada esta sentencia, la suma de ochocientos veinticuatro pesos con trece y medio centavos moneda corriente ($ 824-13½ m. c.), y sus intereses convencionales, desde el día cinco de julio de mil novecientos diez y seis hasta el día en que se verifique el pago.

"Demanda de reconvención.

"a) Declárase probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería de la entidad contrademandada Eusebio Cortés e Hijos, y en consecuencia se absuelve a dicho demandado de todos los cargos aducidos contra él en la demanda de reconvención.

"b) Declárase que con fecha dos de febrero de mil novecientos catorce se contrajo una obligación solidaria para con el Banco de Colombia por Eusebio Cortés e Hijos, Eusebio Cortés y César Sánchez Núñez, por la suma de quinientos mil pesos papel moneda ($ 500,000 p. m.), de mutuo a interés y en la forma de crédito flotante, la cual valía el día cinco de julio de mil novecientos diez y seis, la suma de cuatro mil novecientos cuarenta y cuatro pesos ochenta y dos centavos moneda corriente ($ 4,944-82 m. c.).

"c) Declárase que en las relaciones entre los coobligados la suma a que se ha hecho referencia en la parte anterior es divisible entre ellos por iguales partes.

"d) Declárase que las obligaciones contraídas para con el Banco, por medio del documento de dos de febrero de mil novecientos catorce, están extinguidas, por virtud del contrato que consta en la escritura número 887, de cinco de julio de mil novecientos diez y seis, pasada ante el Notario 1° de Bogotá.

"Estas declaraciones comprenden únicamente al contrademandante César Sánchez Núñez y al contrademandado Eusebio Cortés.

"Niéganse las demás peticiones hechas en la demanda de reconvención en contra del contrademandado Eusebio Cortés.

"Queda en estos términos reformada la sentencia de primera instancia.

"No se hace condenación en costas."

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación uno de los demandantes, recurso que se declaró admisible, y por ello entra la Corte a decidirlo.

En la demanda se alegaron las causales primera y segunda de las que reconocía la Ley 169 de 1896, vigente cuando se interpuso el recurso.

Causal segunda.

Como el Tribunal declaró de oficio probada la excepción de ilegitimidad de la personería de los demandantes Eusebio Cortés e Hijos, y por ello absolvió a los demandados de los cargos por aquéllos formulados, el apoderado del recurrente Eusebio Cortés, después de hacer presente que podría prescindir de atacar la sentencia en ese punto, por haber obrado en el juicio, no sólo como representante de dicha sociedad, sino en su propio nombre, acusa la sentencia en el primer carácter y con apoyo en la causal segunda, por haber resuelto el Tribunal sobre punto que no fue objeto de la controversia, desde luégo que ambas partes aceptaron expresamente la personería de Eusebio Cortés e Hijos, y sin embargo el Tribunal, usurpando jurisdicción, declaró probada aquella excepción.

A esto le basta a la Corte observar que si el Tribunal hubiera reconocido sin jurisdicción la excepción de que se habla, habría procedido por errores de hecho o de derecho, lo cual no es objeto de la causal segunda, sino de la primera. En la forma propuesta es, pues, inadmisible el cargo.

Causal primera.

Comprende varios motivos:

Primero y segundo motivo. Errores de hecho.

Son antecedentes de estos cargos los siguientes:

Por la escritura número ochocientos ochenta y siete (887), de cinco de julio de mil novecientos diez y seis, otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá, los señores Eusebio Cortés e Hijos y el señor Eusebio Cortés declararon que tenían a su cargo numerosos créditos a favor de varias personas y entidades, y también cuantiosos bienes para responder de aquéllos; pero que como se hallaron en dificultades para recoger ese pasivo, celebraron con los acreedores el convenio contenido en la misma escritura, por el cual varios de ésos acreedores tomaron a su cargo la obligación de cancelar dentro del plazo de cinco años aquellas obligaciones, mediante la venta que los señores Eusebio Cortés, personalmente, y Eusebio Cortés e Hijos hicieron de sus bienes a los acreedores delegados para pagar. Entre los acreedores de los señores Eusebio Cortés e Hijos y Eusebio Cortés, que firmaron dicho arreglo, figuraba el Banco de Colombia, que tenía a su favor un crédito por quinientos mil pesos papel moneda, procedente de un crédito flotante que les había abierto a los primeros, y de que respondían como codeudores solidarios con el señor César Sánchez Núñez. En virtud del compromiso que contrajeron los acreedores delegados para hacer el pago, éstos y todos los demás acreedores, inclusive el Banco de Colombia, representado por su Gerente, hicieron constar en la cláusula sexta de aquella escritura lo siguiente:

"Todos los comparecientes declaran canceladas las obligaciones que hoy pesan sobre Eusebio Cortés e Hijos y sobre Eusebio Cortés, quienes quedan libres de responsabilidad en razón de los créditos enumerados en la cláusula segunda de este instrumento, por cuanto los acreedores aceptan la delegación aquí pactada, y entregan sus títulos a los prenombrados adquirentes con nota de cancelación."

Como el señor César Sánchez Núñez, codeudor del Banco de Colombia en la obligación primitiva, procedente del crédito flotante, no suscribió el compromiso contenido en la citada escritura 887, primeramente citada, y por ello el Banco entendió que conservaba acción contra dicho codeudor Sánchez Núñez, y parece que éste manifestó estar dispuesto a pagar al Banco de Colombia

la parte que a aquél correspondía en la deuda solidaria primitiva, el mismo Banco se negó a entregar a los señores Eusebio Cortés e Hijos y a Eusebio Cortés, personalmente, el respectivo documento de obligación, debidamente cancelado, en virtud del compromiso suscrito por el Gerente del Banco en la citada escritura ochocientos ochenta y siete (887).

Por esta negativa del Banco de Colombia, los señores Eusebio Cortés e Hijos y Eusebio Cortés en su nombre y representación, y también en su propio nombre, promovieron el juicio contra dicho Banco, para que en primer término se le condene a entregarles el documento cancelado. El Juez decretó de conformidad esta prestación, pero el Tribunal revocó el fallo en esa parte, y absolvió al Banco. Para llegar a esta conclusión el Tribunal, apreciando los términos de la cláusula sexta de la escritura 887, ya transcrita, expresó lo siguiente:

"En estas condiciones es claro que la primera petición de la demanda, en que se pide la entrega de tal documento por uno de los deudores que intervinieron en su cancelación, estaba llamada a prosperar, y así lo reconoció la sentencia de primera instancia. Pero para el caso no se puede prescindir de lo estipulado en la cláusula sexta de la escritura número 887, tántas veces citada, que acredita la novación de la obligación, y en donde los comparecientes acreedores, entre los cuales se constata (sic) el representante del acreedor Banco de Colombia, hacen constar lo siguiente: (sigue la transcripción de la cláusula sexta).

"Hubo, pues,—continúa el Tribunal—una estipulación expresa, en el sentido de que eran los acreedores adquirentes en aquella convención, o sean los señores A. Held G., Amsinck Incorporated, Fábrica Nacional de Tejidos, en liquidación, y Pomponio Guzmán, los que quedaban con el derecho de recibir los respectivos títulos debidamente cancelados. Y así desaparece el derecho que la parte demandante pretende hacer efectivo mediante la primera petición de la demanda, la que, en consecuencia, debe ser negada....."

El recurrente ataca la sentencia, y sostiene que el Tribunal incurrió en dos errores de hecho evidentes en la apreciación de la cláusula sexta del contrato, ya transcrita.

En desarrollo del primer error de hecho, dice el autor del recurso que la citada cláusula sexta no contiene, como lo cree el Tribunal, ninguna obligación de hacer, ni la creación de ninguna deuda, ni nada que se relacione al futuro; que por consiguiente no es cierto que dicha cláusula hubiera conferido derecho a los acreedores que nombre el Tribunal para "recibir los títulos debidamente cancelados," porque para ello habría sido preciso que la cláusula dijera: "y se compromete a entregar sus títulos a los prenombrados adquirentes," lo cual no expresa dicha cláusula, sino que es meramente declarativa de una entrega presente que no se verificó, ni tuvo ninguna aplicación práctica ni efecto jurídico, por lo cual el Tribunal incurrió en evidente error de hecho al leer "entregarán," donde dice entregan, confundiendo así el presente con el futuro, y la declaración errónea de un hecho que decía efectuarse y que no se efectuó, con una obligación de hacer en el futuro a favor de los adquirentes que nombra la cláusula. Que la entrega de los títulos cancelados no fue la causa de la cancelación de las obligaciones sino la declaración de los acreedores de aceptar la delegación; declaración contenida en las primeras frases de la cláusula, de modo que al interpretar el Tribunal que la entrega de los títulos fue la causa de la cancelación de ellos, incurre en el absurdo de confundir el efecto con la causa, lo que provino—dice el autor del recurso del error de la redacción de la póliza, en que se estableció cierta incongruencia en el sentido de la frase. Que la cláusula sexta del contrato que se considera, sólo tiene valor y produce sus efectos jurídicos hasta donde dice "la delegación allí pactada"; pero que el resto de dicha cláusula no podía "afectar en manera alguna los naturales efectos jurídicos del contrato, y mucho menos producir la consecuencia de establecer una obligación en favor de los adquirentes de los bienes."

El otro error de hecho de que trata el segundo motivo consiste en que a juicio del autor del recurso, el Tribunal, al apreciar la cláusula sexta de la escritura 887, entendió que los "prenombrados adquirentes" de que habla el sentenciador, podían ser los señores A. Held, G. Amsick Incorporated, Fábrica Nacional de Tejidos, en liquidación, y Pomponio Guzmán, cuando tanto en el hecho como en el derecho, adquirentes fueron, según la escritura citada, tanto los acreedores que recibieron los bienes para el pago de las acreencias de Eusebio Cortés y Eusebio Cortés e Hijos, como estos últimos, porque adquirieron las obligaciones a cargo de otras personas, como la de pagar la pensión de doscientos pesos durante tres años, y eran, además, quienes debían adquirir los documentos cancelados, correspondientes a las obligaciones que pagaban, porque si las obligaciones canceladas estaban en poder de los acreedores y las entregaban al deudor que pagaba, es claro—dice el recurrente—que quien las recibía y las adquiría, tenía que ser deudor.

Respecto de estos errores de hecho observa la Corte, en primer término, que es doctrina suya la de que el Tribunal es soberano en la interpretación de los contratos; que ésta sólo puede variarse en casación, cuando es manifiestamente errónea, de acuerdo con los términos del contrato y las pruebas del proceso; y que cuando una cláusula puede prestarse a varias interpretaciones, la adopción por parte del juzgador, de cualquiera de ellas, no genera error evidente, porque donde hay duda no puede ocurrir error manifiesto en la interpretación (Casación de 27 de abril de 1916, tomo XXIV, y casación de 11 de octubre de 1924, tomo XXXI, Gaceta Judicial, página 148, 1ª).

Ahora, no habiéndose extinguido por pago total las obligaciones a cargo de los demandantes, sino que únicamente se efectuó una novación, en que se constituyeron nuevos deudores a los antiguos para pagar en el plazo de ocho años, los acreedores primitivos, entre los cuales figura el Banco de Colombia, fueron quienes quedaron con derecho a conservar en su poder los documentos de esas acreencias para entregarlos a los deudores delegados cuando éstos acabaran de pagar, y ya que respecto de aquéllos y éstos, las obligaciones continuaron vigentes al tiempo de celebrarse el contrato contenido en la escritura 887, de cinco de julio de mil novecientos diez y seis. De esta suerte no es exacto, como lo entiende el recurrente, que en virtud de esa convención no quedara nada para el futuro que implicara derecho de parte de los primitivos acreedores para retener aquellos documentos; pues si los delegados no llenaban su compromiso, los primeros necesitaban los títulos de sus créditos para hacerlos valer contra los segundos. Síguese de esto que en virtud de aquella convención, no es de los acreedores primitivos de quienes los demandantes quedaran con derecho de exigir la entrega de los títulos, sino de los delegados, cuando efectuaran el pago total

de las acreencias; y consecuencialmente el sentenciador no incurrió en los errores de hecho que alega el recurrente al interpretar la última parte de la cláusula sexta de la escritura 887 citada, en el sentido de que era a los adquirentes delegados para hacer el pago a quienes debían entregarse los títulos cancelados, porque si bien la forma verbal "entregan," empleada en dicha cláusula, se halla en tiempo presente, pero el Tribunal tuvo en cuenta lo que se deja dicho, o sea que el pago completo de las deudas se hacía en tiempo futuro, y consiguientemente también la entrega de los títulos. Es sabido que el presente de indicativo se emplea no solamente para expresar las verdades eternas sino las de duración indefinida. Cierto que, como lo dice el recurrente, los deudores demandantes quedaron con obligaciones a cargo de otras personas, pero no por eso con el derecho de exigir inmediatamente la entrega de los títulos cancelados de los acreedores primitivos.

Por último, no indicó el recurrente la disposición legal que el sentenciador violara con los errores de hecho alegados, lo que era indispensable para fundar el cargo. (Casación de 24 de agosto de 1925, tomo XXXI, Gaceta Judicial, página 217).

Tercer motivo. Violación de los artículos 1622 del Código Civil y 209 del Código de Comercio, por error de derecho.

Dijo el Tribunal:

"En las posiciones que el señor Gerente del Banco de Colombia absolvió ante el Juzgado 4º Civil del Circuito, fue sometido a la siguiente pregunta:

'¿Diga usted cómo es cierto que a pesar de estar extinguida la obligación a que se refiere la pregunta anterior, el Banco no ha querido cancelar, ni entregar cancelado, a quien corresponde, el documento en que tal obligación consta?'

"El absolvente contestó así:

'La obligación está extinguida en cuanto se refiere a los señores Eusebio Cortés e Hijos, pero no lo está en cuanto al señor Sánchez Núñez, quien expresamente ha manifestado al Banco su voluntad de pagar la parte que le corresponde en esta deuda, y por este motivo el Banco retiene en su poder el documento o título de la deuda a favor del Banco y a cargo de las personas mencionadas en la primera pregunta. Sin embargo, el Banco está dispuesto a certificar que los señores Eusebio Cortés e Hijos y Eusebio Cortés están libres de responsabilidad en razón del crédito mencionado, como lo ha declarado el Banco por escritura pública número 887, de cinco de julio de mil novecientos diez y seis, otorgada en la Notaría 1ª de esta ciudad.'

"De esta posición se desprende, evidentemente—continúa el Tribunal—que el Banco, por medio de su Gerente, ha estimado que la obligación no fue cancelada en relación con César Sánchez Núñez, uno de los obligados, y que ésta fue la razón que obligó al Banco a negarse a entregar el título cancelado a los señores Eusebio Cortés y Eusebio Cortés e Hijos, pero no está acreditado en los autos que esta acreencia del Banco haya ocasionado perjuicio al demandante, ya que él no puede derivarse del hecho de no haber entregado el título al demandante, porque ya se vio que su obligación en tal sentido se refería a los adquirentes en la escritura de novación, y la opinión del Banco demandado, en el sentido de que el señor César Sánchez Núñez estuviera libre o nó de su obligación con el Banco, en nada afecta los derechos al respecto del demandante con relación al mismo Sánchez Núñez, derechos que, como se verá en otra parte de este fallo, puede hacer efectivos aun contra la opinión del Banco demandado."

Considera el autor del recurso que con los conceptos anteriores el Tribunal violó el artículo 1622 del Código Civil, al tenor del cual las cláusulas de un contrato se interpretan unas por otras, dándole a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad; o por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia; o por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes. Y el artículo 209 del Código de Comercio, que da derecho a todo el que paga una deuda a exigir, además del título de ella, un recibo. En desarrollo de este cargo, dice el recurrente que todas las cláusulas del contrato contenido en la escritura número 887, de cinco de julio de mil novecientos diez y seis, tienen por fin principal el pago que hizo Eusebio Cortés de todas las acreencias a su cargo, luego es indudable que el sentido que mejor conviene a la cláusula sexta, es el de que eran los señores Eusebio Cortés e Hijos y Eusebio Cortés, individualmente considerados, los prenombrados adquirentes que tenían y tienen derecho a recibir los documentos cancelados; que, además, está probado en autos que todas las partes dieron a la cláusula sexta del contrato de que se viene hablando, una interpretación absolutamente distinta; pues por lo que respecta al Banco de Colombia, su Gerente declaró en posiciones que el único motivo para no entregar a los demandantes el título cancelado de su obligación, ha sido el de estimar que la deuda no quedó extinguida o cancelada respecto del codeudor César Sánchez Núñez, pero no que entendiera que ese título debía entregarlo a los acreedores adquirentes, señores Guzmán, Compañía de Tejidos y otros, que es la interpretación práctica que le han dado los demandantes a la cláusula sexta. De modo que al no acoger el Tribunal esa interpretación práctica dada por las partes al contrato en la cláusula sexta, incurrió, dice el recurrente, en error de derecho en la apreciación de dicha prueba, y con tal error violó, por falta de aplicación, los artículos 1622 del Código Civil y el 209 del Código de Comercio.

Se observa:

No dice el recurrente si el anterior error de derecho se deduce de los de hecho alegados en los primeros cargos, y si así fuera, no podría reconocerse tal error, por no aparecer comprobado de modo evidente.

Ahora, puede ser cierto que todas las cláusulas del contrato contenido en la escritura 887, de julio de mil novecientos diez y seis, tuvieran por fin pagar las acreencias a cargo de los demandantes; pero como el pago no se hizo inmediatamente, y en su totalidad, sino mediante una nueva convención en que algunos acreedores, previo el traspaso de bienes que se les hizo, tomaron a su cargo el pago de las deudas a largo tiempo, no se imponía que el Tribunal dedujera, por esa sola convención, como consecuencia necesaria e ineludible, la de que los títulos de las acreencias primitivas hubieran de pasar canceladas, o inmediatamente, a poder único de los deudores, que son los demandantes, máxime cuando los adquirentes acreedores no han sido oídos en este juicio como partes en el contrato de que habla la escritura 887; circunstancias todas estas que obran en apoyo de la interpertación que dio el Tribunal a la última parte de la cláusula sexta de dicho contrato, y dejan sin fundamento el error de derecho que alega el recurrente, y con él

la violación de las disposiciones que cita, pues no siendo únicamente los demandantes y el Banco las partes en dicho contrato, sino también los acreedores adquirentes, cuyo parecer en el particular no consta en autos, no aparece que el Tribunal hubiera desatendido la interpretación práctica que todas las partes le hubieran dado al contrato, y con ella la violación de tales disposiciones.

Cuarto motivo. Violación del artículo 1118 del Código Civil. Esta disposición establece que "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras."

Arguye el recurrente que, constante que la intención de los contratantes fue, y no podía ser otra, que la de que los deudores que pagaron los documentos cancelados recibieran éstos, al resolver otra cosa el Tribunal, violó dicha disposición, por no haberla aplicado, incurriendo por ello en error de derecho.

Este cargo tiene la misma respuesta que el anterior, pues no aparece cuál sea la interpretación que dieran a la cláusula sexta todos los contratantes que la suscribieron.

Quinto motivo. Violación del artículo 276 del Código Judicial, porque esta disposición establece que la demanda sobre entrega de una cosa determinada debe dirigirse contra el poseedor de dicha cosa; y que como así procedieron los actores al demandar del Banco de Colombia, como poseedor del documento que tanto en el hecho como en el derecho corresponde al señor Eusebio Cortés, al negar el Tribunal tal acción, violó por error de derecho aquel precepto legal.

Se contesta:

El Tribunal no negó la acción sobre entrega del documento por no haberse dirigido contra su poseedor, sino por otra causa, que, como ya se ha visto, no es errónea. Por consiguiente es ineficaz el cargo.

Motivo sexto. Violación de los artículos 1579, 1668, inciso 3º; 1670 del Código Civil, en relación con el 751 de la misma obra. El primero, porque establece que "el deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades; el segundo, porque según él, se efectúa la subrogación por ministerio de la ley, y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio del que paga una deuda a que se haya obligado solidaria o subsidiariamente"; el tercero, porque consagra el principio de que "la subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros, obligados, solidaria y subsidiariamente a la deuda"; y el artículo 751 del Código Civil, porque establece que "se puede pedir la tradición de todo aquello que se deba, desde que no haya plazo pendiente para su pago."

Dice el recurrente que tanto de la confesión del demandado, hecha en posiciones, y en la contestación de la demanda, como de lo que consta en la cláusula sexta del contrato, aparece, como lo reconoce el Tribunal, que la obligación cuya entrega se pide en el primer postulado de la demanda, es una obligación solidaria a cargo de Eusebio Cortés, César Sánchez Núñez y Eusebio Cortés e Hijos, a favor del Banco de Colombia, la cual fue pagada por el señor Eusebio Cortés, efectuándose ipso jure el fenómeno de la subrogación a favor de Eusebio Cortés, de que hablan esas disposiciones; que efectuada tal subrogación legal a favor de Eusebio Cortés, se traspasaron a éste con acción correspondiente los privilegios y seguridades que existían a favor del acreedor primitivo; pero que para ejercer Eusebio Cortés su acción contra César Sánchez Núñez, por el pago que aquél hizo al Banco de Colombia de la obligación suscrita por Sánchez Núñez, necesita que el Banco le entregue el documento en que dicha obligación constaba, por ser la única seguridad que el acreedor primitivo tenía contra los deudores solidarios, y en la cual quedó subrogado Eusebio Cortés, y por lo mismo, dueño del citado documento, convirtiéndose así el Banco de Colombia en deudor de Eusebio Cortés del mismo documento, y de consiguiente en la obligación de hacerle tradición de él, conforme al artículo 751 del Código Civil; y que como el Banco no tenía plazo para entregarlo, ni había intervenido decreto judicial en contrario, es indudable el derecho de Eusebio Cortés para pedir que la justicia hiciese la primera declaración de la demanda principal, en que los demandantes solicitaron la entrega de tal documento, declaración que el Juez de primera instancia decretó de conformidad, pero que el Tribunal, violando las disposiciones sustantivas antes citadas, revocó dicho fallo.

Se considera:

El Tribunal no dijo que el demandante Eusebio Cortés no hubiera quedado subrogado en la acción del Banco de Colombia contra el codeudor Sánchez Núñez, por la novación efectuada mediante el convenio habido entre dicho Banco, los demás acreedores del señor Cortés y este último; ni que el codeudor que ha pagado o extinguido la deuda por alguno de los medios equivalentes al pago, no quede también subrogado en la acción del acreedor, con sus privilegios y seguridades, para hacer efectiva la cuota que correspondía a los otros codeudores en la deuda. Tampoco ha dicho el Tribunal que, no obstante la extinción de la deuda a favor del Banco de Colombia y a cargo de César Sánchez Núñez y de los señores Eusebio Cortés e Hijos y de Eusebio Cortés, personalmente, no tengan los últimos derecho a que se les entregue cancelado el documento en que constaba esa obligación. Lo que el Tribunal ha declarado, interpretando la cláusula sexta del contrato, es que habiéndose dicho en ella que los acreedores aceptan la delegación aquí pactada, y entregan sus títulos a los prenombrados adquirentes con nota de cancelación, todos los acreedores entendieron que eran los adquirentes de los bienes quienes quedaron con derecho a recibir tales títulos debidamente cancelados, interpretación que, como se dijo atrás, no va contra la evidencia de los hechos, ni contra los efectos de la extinción de las obligaciones contempladas en las disposiciones que cita el recurrente, cuando las partes, en uso de la libertad de estipular, establecen otra cosa, siempre que no sea contra el orden público o las buenas costumbres. Como a esta conclusión va la interpretación del Tribunal, no puede concluirse que sea en el hecho y en derecho errónea. El cargo no es, pues, fundado.

Motivo séptimo. Violación del artículo 1634 del Código Civil, al tenor del cual, "para que el pago sea válido debe hacerse al acreedor mismo."

En apoyo de este cargo arguye el recurrente que adquiriendo todo deudor solidario, que paga una deuda, el derecho de recibir del acreedor el título constitutivo de ella, este acreedor queda, desde el momento en que se

le hace el pago, convertido en deudor de quien tiene el derecho de recibir el título constitutivo de esa deuda.

Luego—continúa el autor del recurso—el Banco de Colombia en este caso no quedaba exonerado de la obligación de entregar a Eusebio Cortés el documento cancelado, sino entregándoselo a Cortés, y por lo mismo, al no tener en cuenta el Tribunal la disposición anterior para darle aplicación, la ha violado.

Se contesta:

El Tribunal no ha dicho que la falta de estipulación en contrario no sea el deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, quien queda con el derecho de recibir el título de la deuda, sino que, dada la estipulación de los acreedores con los deudores solidarios, de que aquéllos entregaban los títulos cancelados a los adquirentes de los bienes, hay que entender que se convino o estipuló que eran éstos quienes por el momento tenían derecho a recibir los títulos de esas acreencias. Y teniendo, como se ha visto, fundamento esa interpretación del Tribunal, o no habiéndose comprobado que sea manifiestamente errónea, el cargo carece de base.

Violación de los artículos 1610, 1612, 1614, 1616 y 2341 del Código Civil.

Dice el recurrente que el Tribunal, al negar la acción de perjuicios a favor de los demandantes, y sostener que el derecho de reclamar el documento materia de la acción primera de la demanda principal, radicaba en los adquirentes de los bienes, violó las disposiciones anteriores por error de hecho evidente en la interpretación de la cláusula sexta, y error de derecho; pues que tal acción de perjuicios está consagrada en dichas disposiciones que el Tribunal dejó de aplicar. En segundo lugar, porque el sentenciador dijo que si bien el Banco citado había creído erróneamente que la deuda no había quedado extinguida respecto del codeudor Sánchez Núñez, declaró que "esa creencia del Banco bien pudo ocasionar perjuicios a Sánchez Núñez, pero en ningún caso a Eusebio Cortés e Hijos y a Eusebio Cortés; que la indemnización de perjuicios sólo tiene cabida, agrega el Tribunal, cuando se ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, lo que quiere decir que la petición segunda de la demanda carece de fundamento jurídico."

Contra esto arguye el autor del recurso, de un lado, que no se trata de una simple acreencia del Banco, sino de actos positivos que éste ejecutó para resistirse a entregar a los demandantes el documento cancelado, y en gestiones para cobrar a Sánchez Núñez la misma obligación, como está demostrado con las confesiones del Gerente de dicho Banco, en posiciones que absolvió, prueba ésta que el Tribunal no tuvo en cuenta, y por ello incurrió en manifiesto error de hecho y de derecho en su apreciación. De otro lado, porque el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 2341 del Código Civil, al afirmar que no puede aplicarse al caso del pleito esta disposición, y negar por ello los perjuicios demandados, sin tener en cuenta que tal disposición, al hablar de delito o culpa comprende, no solamente el delito o culpa penal, sino también el delito o culpa civil; y que el Banco incurrió en una omisión, que le es imputable civilmente con todas sus consecuencias, al negarse a entregar el documento cancelado al señor Cortés, según lo confiesa su Gerente, y que el segundo le exigió repetidas veces. De modo que al desconocer el Tribunal la existencia de este hecho, incurrió en error manifiesto de hecho en la apreciación de las confesiones del Banco por medio de su Gerente, y al negar las consecuencias jurídicas de tales hechos, violó, por no haberlo aplicado, el artículo 2341 del Código Civil. Que también lo violó por errónea interpretación, al desconocer que aquella omisión del Banco de Colombia en entregar el documento infirió daño al demandante Cortés, como si no estuviera demostrado, con claridad meridiana, dice el autor del recurso, el perjuicio sufrido por la parte demandante, quien tuvo que promover este costoso pleito para poder hacer uso de sus derechos contra el señor César Sánchez Núñez, cuya obligación quedó cancelada para con el Banco por el pago que a éste hizo el demandante.

Se considera:

En cuanto el cargo en su primera parte se funda en el error de hecho y de derecho en que incurriera el Tribunal al interpretar la cláusula sexta del contrato, no es fundado, por lo que ya se dijo al contestar el primer cargo. Y por lo que respecta al concepto del Tribunal, de que la indemnización de perjuicios no podía reconocerse, estima la Corte que el Tribunal sólo quiso decir en el aparte completo sobre el particular, que esos perjuicios no podían derivarse del hecho u omisión del Banco en no entregar al demandante el documento en que constaba el crédito, porque su obligación se refería a los adquirentes delegados, en virtud de la novación, concepto que también es consecuencia de la interpretación de la misma cláusula del contrato, y por lo mismo no es violatoria de las primeras disposiciones que cita el autor del recurso. En otros términos, el Tribunal entendió que no habiendo quedado obligado el Banco de Colombia a entregar inmediatamente a los demandantes los títulos cancelados, no había fundamento para reconocer perjuicios. Y al citar el sentenciador el artículo 2341 del Código Civil, sólo quiso dar a entender que no siendo la omisión del Banco hecho que debiera, ni tratándose de parte del Banco de actos distintos de los consiguientes al ejercicio de sus derechos, no era aplicable tal disposición, lo que no es interpretarla erróneamente, según el principio en ella consignado.

Motivo noveno. Se acusa en este punto la sentencia por error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas relacionadas con la personería de la parte demandante, al declarar el Tribunal que no se comprobó esa personería, no obstante aparecer—dice el autor del recurso—de las declaraciones de todas las partes en la escritura número 887, de cinco de julio de mil novecientos diez y seis, acompañada a la demanda, y de las confesiones de los demandados, tanto en posiciones como en la contestación de la demanda, que todos aceptaron la personería de dicha parte.

A esto se observa que si bien es cierto que ninguno de los demandados en el juicio ha hecho objeción a la personería de los demandantes, y que en las declaraciones de la escritura 887, de cinco de julio de mil novecientos diez y seis, se propedió como si existiera la Sociedad de Eusebio Cortés e Hijos, de un lado, la existencia de una sociedad colectiva de comercio no se comprueba con la confesión de las partes, o asentimiento acerca de su existencia, sino con prueba escrita, en que se llenen determinadas formalidades legales, y de otro, como el recurrente no cita en este cargo disposición legal que se hubiera violado por el Tribunal, como consecuencia de error de hecho, el cargo de que se trata resulta sin fundamen-

to legal. (Casación de 24 de marzo de 1925. Gaceta Judicial, tomo XXXI, página 217).

Motivo décimo. Violación de los artículos 82 de la Ley 105 de 1890, 463 del Código Judicial y 25 de la Ley 100 de 1892. Considera el recurrente que el Tribunal violó las disposiciones anteriores por error de derecho, porque la primera establece que "constituye excepción perentoria todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida, si alguna vez existió," y la excepción de ilegitimidad de la personería no es perentoria, porque no mira a la obligación misma, sino dilatoria, al decir de las dos últimas disposiciones citadas.

Se considera:

El cargo no es fundado, porque si bien la ilegitimidad de la personería es dilatoria, cuando se refiere a casos como los que contempla el artículo 25 de la Ley 100 de 1892, es perentoria, y puede declararla de oficio el juzgador cuando se trata de la personería sustantiva de la parte, o falta de prueba legal de la existencia de dicha parte, que fue lo que el Tribunal decidió en este caso, y por consiguiente no puede reconocerse que hubiera interpretado erróneamente las disposiciones que cita el autor del recurso.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma la sentencia de fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos treinta, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este juicio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Vistos:

Bernardo Ramírez, como heredero en su condición de padre legítimo de Inocencia, Aura María y Eliecer Ramírez Baquero, demandó a Mercedes Baquero de Acuña y a las señoritas Elena, Bárbara, Tulia, Edelmira, Virginia Baquero, y a los señores Eduardo, Manuel y Luis Baquero, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nulo, o que se rescinda el acto contenido en la escritura número 1629, con fecha veinte de octubre de mil novecientos ocho, otorgada ante el Notario 2° de Bogotá, y que las partes vuelvan al estado anterior en que se hallaban antes del otorgamiento de la escritura número 1629.

"Segunda. Que se condene a los demandados a restituir a la herencia del señor Antonio Baquero las tres cuartas partes que le correspondían por gananciales habidos en la sociedad conyugal formada entre el señor Antonio Baquero y la señora Edelmira Ramírez de Baquero.

"Tercera. Que los herederos de Antonio Baquero conservan su derecho a las tres cuartas partes de los gananciales que correspondían al señor Antonio Baquero en la sociedad conyugal mencionada, y el derecho a los frutos producidos por esos bienes.

"Cuarta. Que se proceda a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta, formada entre el señor Antonio Baquero y la señora Edelmira Ramírez de Baquero, liquidación que ha de verificarse previo inventario y avalúo de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable, en el término y forma previsto para la sucesión por causa de muerte, y siguiendo para la partición las reglas legales para la partición de bienes hereditarios.

"Quinta. Que se condene a los demandados en las costas del juicio."

El Juez falló la controversia absolviendo a los demandados, por cuanto el actor había omitido presentar la prueba del contrato acusado de nulo, y apelada esta sentencia, el Tribunal de Bogotá la reformó, y declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería de la parte demandante, y en consecuencia absolvió a los demandados de los cargos de la demanda.

Contra este proveído se interpuso recurso de casación, el cual se estudia y decide, por estar ajustado a las normas legales.

El Tribunal, para declarar la excepción de ilegitimidad de la personería por parte del demandante, consideró que en el expediente no existía la prueba de carácter de herederos de Inocencia, Aura María y Eliecer Ramírez del señor Antonio Baquero, como tampoco aparece que los demandados sean herederos del señor Baquero, en su condición de hijos legítimos.

El recurrente ataca el fallo por no haber apreciado el sentenciador los hechos de la demanda, aceptados irrestrictamente por los demandados, hechos en los cuales se establece la filiación legítima, tanto del demandante como de los demandados, sin citar la disposición pertinente sustantiva que se haya violado con motivo de la no apreciación de esos hechos.

Para rechazar el cargo, basta considerar que la Corte, en sinnúmero de decisiones, ha establecido como doctrina firme e invariable que la prueba de confesión no es admisible en ningún caso para establecer el carácter de heredero de una persona con respecto a otra. Esas pruebas son de carácter solemne y no pueden suplirse por las supletorias, sino en los casos y en los términos previstos por la ley civil.

Lo dicho está confirmado, entre otras, por las sentencias de 30 de julio de 1921, tomo XXIX, página 20, Gaceta Judicial, y 30 de octubre de 1920, tomo XXVIII, página 235, Gaceta Judicial.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

Primero: No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha septiembre doce de mil novecientos treinta.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

El doctor Joaquín Águdelo, en su condición de apoderado de Ismael Correa & Compañía, denunció ante la Gobernación de Antioquia, como baldío, un lote de terreno denominado La Hermilda, en el paraje de Pavas, del Municipio de Puerto Berrío, comprendido por los siguientes linderos:

"Por el Oriente, con aberturas de propiedad de Pedro Icaza, Ernesto Machado y Jesús Duque; por el Norte, con aberturas de Jesús Duque y el doctor Vicente Duque; por el Occidente, con aberturas del doctor Marco A. López y José García, y por el Sur, con aberturas de Ernesto Machado, José J. Ortega y Ramón Carvajal."

Al denuncio se opusieron el señor don Francisco de Villa, como socio Vicepresidente y Liquidador de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, constituída por la escritura pública número 478, de siete de agosto de mil ochocientos setenta y ocho, otorgada en la Notaría 1ª de Medellín, y el doctor Isaías Cuartas, como apoderado del señor Juan Bautista Arango M., en su condición de Presidente Liquidador de la Sociedad que lleva el mismo nombre de la anterior, constituída por la escritura pública número 319, otorgada el veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, en la Notaría 1ª de Medellín.

Se copian en seguida las demandas de la oposición, que ante el Juez competente formalizaron los actores:

La demanda del señor Villa es como sigue:

"Yo, Francisco de Villa, mayor de edad y de este domicilio, como socio y liquidador de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, constituída por la escritura pública número 478, de siete de agosto de mil ochocientos setenta y ocho, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito, expongo respetuosamente a usted lo que sigue, con el objeto de formalizar mi oposición al denuncio del terreno que, como baldío, y llamado La Hermilda, hicieron los señores Ismael Correa y Compañía.

"Hechos:

"1º Soy socio y Vicepresidente Liquidador de dicha Sociedad.

"2º Al haber de esa Sociedad introdujo el señor Francisco J. Cisneros, por haberlas adquirido del Gobierno de Antioquia, doscientas mil hectáreas de terreno, cien mil por remate verificado de conformidad con la Ley antioqueña 36 de 1877, y cien mil en virtud de cesión que le hizo el mismo Gobierno.

"Aquellas primeras cien mil hectáreas formaban parte de las doscientas mil de que trata la Ley 63 de 12 de junio de 1872, y las segundas cien mil, son las mismas de que habla la Ley 18, de 4 de marzo de 1874.

"3º Los socios fundadores conmigo de esa Sociedad fueron los señores Francisco Javier Cisneros y Jorge Bravo; aquél le cedió sus acciones al Departamento de Antioquia, y yo adquirí las que pertenecían al señor Bravo, quedando en consecuencia, como únicos socios, el Departamento de Antioquia y yo.

"4º En virtud del contrato de transacción que consagra la escritura de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito, bajo el número 692, el Departamento de Antioquia, representado entonces por su Gobernador, señor Juan P. Arango B., y yo, convinimos, por exigencia de éste, en reconstituir, por cuanto ya había expirado el término de su duración, la mencionada Sociedad, sobre las bases generales de la misma, y así lo hicimos, según la escritura número 319, otorgada en dicha Notaría 1ª, el veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve.

"5º De algún tiempo acá se viene sosteniendo que este contrato de restitución es absolutamente nulo, y en apoyo de esa tesis se cita el artículo 472 del Código de Comercio, relacionado con el artículo 2º de la Ley 42 de 1898, si bien aquel precepto sólo habla de nulidad absoluta entre los socios.

"6º Con las cien mil hectáreas rematadas por el señor Cisneros, se le cedió al rematador el derecho de elegir en territorio antioqueño el lugar en que quisiera tomarlas, y ese derecho pasó a la primitiva Sociedad, pues al introducirlas a ella, nada se reservó el aportante. Las cien mil hectáreas de la Ley 18 las localizó ella misma a uno y otro lado del ferrocarril de Antioquia, en lotes alternados de a diez mil hectáreas, o sea en los términos de la concesión 3ª del artículo 1º de esa Ley.

"7º Tanto estas cien mil hectáreas como las doscientas mil a que se refiere la citada Ley 63, y por consiguiente las cien mil que remató el señor Cisneros, están destinadas a objetos especiales por esas mismas leyes.

"8º Durante la existencia activa de la primera Sociedad Agrícola y de Inmigración, ella tomó posesión de esas doscientas mil hectáreas a uno y otro lado del ferrocarril de Antioquia, construyendo caminos en beneficio de éste y del Estado; montando potreros de pastos artificiales; estableciendo allí inmigrantes extranjeros y trabajadores o colonos del país, etc., etc.

"9º El terreno denunciado como baldío por los señores Ismael Correa & Compañía, está ubicado en Puerto Berrío, esto es, en donde se hallan las doscientas mil hectáreas a que tiene derecho la Sociedad Agrícola y de Inmigración, si es que no le pertenecen en propiedad, o bien, el terreno forma o puede formar parte del que con mucha anterioridad al denuncio se destinó a objetos especiales, por leyes que están vigentes y que deben cumplirse, y tiene los linderos que especifica la Resolución número 92, de 26 de mayo de 1925, visible al folio 26 del expediente.

"Razones de derecho.

"En virtud de las cesiones que consagran las citadas Leyes 63 y 18, la Nación se desprendió de los derechos que tenía en las tierras cedidas, y los traspasó al cesionario, de quien pasaron a la Sociedad Agrícola y de Inmigración esas doscientas mil hectáreas, merced al remate, cesión y aporte de que se ha hecho mérito en algunos de los hechos anteriores.

"Si el contrato sobre reconstitución de la Sociedad adolece de nulidad absoluta, como se sostiene, las cosas se hallan en el mismo estado que tenían durante la celebración de aquel contrato, porque los actos o contratos absolutamente nulos no cambian el estado jurídico de las cosas a que se refieren.

"Síguese de aquí que los bienes introducidos a la primitiva Sociedad Agrícola y de Inmigración, permanecen aún en ella, porque aunque esté disuelta, no está liquidada.

"Síguese también que el denuncio de los señores Is-

mael Correa y Compañía, a quien afecta o puede afectar es a esta Compañía, y que a mí, como Vicepresidente y socio liquidador de ella, es a quien corresponde defender sus derechos, pues para tal caso tengo facultad, según el artículo 541 del Código de Comercio, relacionado con el 590 ibídem.

"Hago notar que el Presidente, señor Francisco Javier Cisneros, murió desde hace bastante tiempo, según es público y notorio en Colombia.

"Como a las tierras cedidas por esas Leyes 63 y 18, se las destinó a objetos especiales, no se puede darles ninguna otra aplicación, como se les daría adjudicándolas a quien las denuncia como baldías.

"Como ya lo insinué, la demanda que formulo es para el caso en que por cualquier motivo no se hagan las declaraciones de la que ha formulado el Presidente y Liquidador, señor Juan B. Arango M., o su apoderado, doctor Isaías Cuartas.

"En mérito de lo expuesto, y en los caracteres de que hablé atrás, demando en juicio ordinario a los señores Ismael Correa y Compañía, Sociedad domiciliada en esta ciudad, para que con su citación y audiencia se hagan en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"a) Que las tierras dichas están destinadas a objetos especiales y no se les puede dar otras aplicaciones, y que tanto por ello, como en virtud de las mismas cesiones, perdieron el carácter de tierras baldías denunciables, desde que entraron en vigor aquellas leyes, por otras personas que el cesionario o aquellas a quienes él las haya transmitido en todo o en parte.

"b) Que la Sociedad por quien hablo tiene derecho preferente a los demandados sobre el terreno denunciado por ellos, bien haga parte de las cien mil hectáreas rematadas por el señor Francisco J. Cisneros, o de las cien mil que a éste le cedió el Gobierno de Antioquia.

"c) Que a los demandados no se les puede adjudicar el terreno denunciado como baldío, mientras no se les entreguen materialmente a la Sociedad demandante, una vez determinadas, las referidas doscientas mil hectáreas, y eso en el caso de que aquel terreno no se comprenda en ellas, pues si se comprendiere, no se les podrá adjudicar.

"d) Que si los demandados se opusieren a esta demanda, se les condene en las costas del juicio, porque esa oposición sería evidentemente temeraria."

Iguales peticiones hizo el señor doctor Isaías Cuartas, como apoderado del señor Juan B. Arango M., Presidente o Liquidador de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, reconstituída por el instrumento público mencionado atrás.

Contestó la Sociedad demandada rechazando las pretensiones de los actores, negando la mayor parte de los hechos, y oponiendo a la acción del primer demandante las siguientes excepciones:

"1ª La de prescripción.

"2ª La de carencia absoluta de acción.

"3ª La de carencia absoluta de personería sustantiva de parte de la Compañía en cuyo nombre habla el opositor.

"4ª Carencia de personería en el opositor para representar a la Compañía en cuyo nombre dice obrar."

A la demanda del doctor Cuartas opuso estas excepciones:

"1ª Carencia absoluta de personería sustantiva de parte de la supuesta Sociedad Agrícola y de Inmigración.

"2ª Carencia de personería de parte de Juan B. Arango M. para representar a la mencionada Compañía.

"3ª La nulidad absoluta de las enajenaciones que hizo el Estado Soberano de Antioquia de las cien mil hectáreas que remató el señor Cisneros, provenientes de la Ley 63 de 1872. El Gobierno de Antioquia no podía destinar esas hectáreas a otro objeto que al de inmigración, y aparece de manifiesto que las cedió al señor Cisneros a título de venta, para amortizar con su valor la deuda pública del Estado; la Ley 63 de 1872 envuelve una concesión modal, cuyo destino no puede cambiarse por el concesionario."

El Juez del conocimiento falló así la controversia:

"1º Declárase improcedentes las demandas de oposición incoadas por los señores Francisco de Villa y Juan B. Arango M., en nombre de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, de que se ha hecho mérito.

"2º No es el caso de hacer las declaraciones pedidas por los mismos señores De Villa y Arango en las demandas de fechas diez y seis de octubre de mil novecientos veinticinco, y por consiguiente se absuelve al demandado Ismael Correa y Compañía de los cargos contenidos en dichas demandas.

"3º Reconócese la existencia de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la Sociedad denominada Agrícola y de Inmigración, para ejercitar el derecho de oponerse al denuncio del terreno baldío conocido con el nombre de La Hermilda, de que trata este juicio.

"4º Declárase probada la ilegitimidad de los señores Francisco de Villa y Juan B. Arango M. para representar a la Sociedad Agrícola y de Inmigración en el presente juicio.

"5º Ejecutoriado que sea este fallo, devuélvase el expediente a la Gobernación, para los fines legales."

El Tribunal Superior de Medellín reformó esta sentencia en los términos siguientes:

"a) Se revoca el numeral 4º de la parte resolutiva de la sentencia apelada, y en su lugar se declara que no hay lugar a resolver sobre personerías adjetivas en sentencia de fondo.

"b) Se confirman los numerales 1º, 2º, 3º y 5º de la misma."

Los apoderados de las Compañías opositoras interpusieron contra la providencia anterior recurso de casación, y lo fundaron oportunamente.

Alegan las causales primera y segunda de casación.

La sentencia del Tribunal confirmó los puntos 1º, 2º, 3º y 5º de la sentencia del Juez.

En el punto tercero este último fallo reconoció la existencia de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la Sociedad denominada Agrícola y de Inmigración para ejercitar el derecho de oponerse al denuncio del terreno baldío conocido con el nombre de La Hermilda, de que trata este juicio.

Como fundamento para la confirmación de este punto de la sentencia, el Tribunal hace el razonamiento siguiente:

"La primera cuestión que se presenta en el estudio del pleito es si está probada la existencia legal de las Socie-

dades que aparecen como demandante y demandada. Las sociedades comerciales se forman y prueban por medio de escritura pública, registrada conforme al Código Civil. Pero es preciso que de la escritura pública se registre un extracto en la Secretaría del Juzgado de Comercio donde se establezca el domicilio social, dentro de los quince primeros días inmediatos a la fecha de la escritura, y que dicho extracto se publique en un periódico del Departamento (artículos 465 y 470 del Código de Comercio). Lo dicho es aplicable a las sociedades colectivas de comercio tanto como a las anónimas, sean comerciales o simplemente civiles (artículos 2090 del Código Civil; 551 del Código de Comercio, 2° de la Ley 42 de 1898).

"Hay personas jurídicas y personas naturales. La personalidad de los individuos de la especie humana no nace de la ley: es anterior a ella. La ley no hace sino reconocerla. No así las de las personas jurídicas, que no existe sino por virtud de las leyes. Es que las personas jurídicas no existen en la realidad, son una mera ficción legal (artículo 633 del Código Civil). De modo que si en juicio se demanda a una persona jurídica, o en nombre de ella, es preciso comprobar todos los hechos que las leyes señalan para que en la ley misma se acepte la ficción. Los individuos no pueden formar personas jurídicas que no estén expresamente autorizadas por la ley, y no pueden formarlas sino cumpliendo todos los requisitos y formalidades exigidos por la ley para ello.

"Para la formación de sociedades colectivas de comercio y de sociedades anónimas, que son personas jurídicas, son precisas las solemnidades de que ya se ha hablado.

"Una de las demandas fue presentada en nombre de la Sociedad constituida por medio de la escritura pública numero 478, de siete de agosto de mil ochocientos setenta y ocho. Esta Sociedad está disuelta por la expiración del término que se le señaló. Respecto de la otra Sociedad demandante se observa esto: se trajo al proceso copia parcial de la escritura de constitución (folios 15 a 18 del cuaderno de pruebas de los demandantes). Pero no hay constancia de que un extracto de ella haya sido registrado en el Juzgado, de acuerdo con los artículos 469 y 470 del Código de Comercio, y 2° de la Ley 42 de 1898. Existe, por el contrario, prueba de que tal registro no se hizo. De la constitución de la Sociedad demandada tampoco se trajo prueba legal. El extracto del folio 6° del cuaderno de pruebas es sólo de una escritura de reforma, no de la de constitución."

Los recurrentes alegan la primera causal de casación, en lo referente a esta parte del fallo, y en los nueve ordinales siguientes concretan su acusación:

"1° Que para el efecto de haberse perfeccionado el contrato en virtud del otorgamiento y registro de la escritura de constitución de esa Sociedad, los artículos aplicables son el 551 en relación con el 465 del Código de Comercio, y con el 2090 del Código Civil.

"2° Que la sentencia viola esos artículos por interpretación errónea, pues considera que el contrato social no se perfeccionó con el otorgamiento y registro de la escritura social, sino que para ello se necesitaba, además, la publicación y el registro del extracto de esa escritura.

"3° Que la sentencia viola, por interpretación errónea, el artículo 472 del Código de Comercio, por entenderlo en el sentido de que la falta de la publicación y el registro de la escritura no se limita a producir nulidad absoluta entre los socios, sino que es absolutamente nulo, sin ninguna limitación.

"4° Que la sentencia incurre en error de derecho en la apreciación de la prueba que suministra la escritura constitutiva de la Sociedad, porque considera que por sí sola no acredita la existencia legal de la Sociedad, sino que se necesitaba, además, del registro y de la publicación del extracto, y viola con ello los artículos 1759 del Código Civil y 681 del Código Judicial.

"5° Que la sentencia viola, por indebida aplicación o por interpretación errónea, la primera parte del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, por haber declarado de oficio, si así fue como lo hizo, la ilegitimidad de la personería sustantiva o la inexistencia de la Sociedad.

"6° Que la sentencia viola de iguales modos la segunda parte del mencionado artículo 15, si así fue como lo hizo, por haber declarado la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la Sociedad, por haber alegado esa excepción el demandado.

"7° Que la sentencia viola directamente el artículo 26 de la Constitución, por haber declarado la nulidad absoluta del contrato social o la existencia de la ilegitimidad sustantiva de la misma, sin intervención de los contratantes.

"8° Que la sentencia viola directamente el artículo 134 de la Ley 105 de 1890, por haber omitido darle cumplimiento.

"9° Que la sentencia viola, por indebida aplicación o por interpretación errónea, los artículos 469 y 470 del Código de Comercio, por haber considerado que sin su previo cumplimiento no puede admitirse probada la existencia de la Sociedad Agrícola y de Inmigración."

Considera la Corte que, conforme al artículo 472 del Código de Comercio, la falta de las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470 del mismo Código, están equiparadas a la omisión de la escritura social en cuanto a sus efectos. Esas faltas, como la de la escritura social, producen absoluta nulidad entre los socios. De modo que no puede alegarse que sin las solemnidades prescritas en los artículos 472 y 470 del Código de Comercio, prueba por sí sola la escritura social la existencia de la Sociedad.

Ahora, en cuanto a los efectos que respecto de terceros produce la falta de los requisitos anteriores, el Código prevé los diferentes casos que pueden ocurrir en las correspondientes relaciones jurídicas. Los socios no pueden alegar el incumplimiento de las solemnidades prescritas para la formación de la Sociedad contra terceros interesados en la existencia de ella (artículo 477); ni el tercero que hubiere contratado con una sociedad que no hubiere sido legalmente constituida, podrá sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones (artículo 479 del Código de Comercio); pero en el presente caso no se trata de un tercero ligado contractualmente a una Sociedad constituída de manera ilegal.

Conforme a la escritura pública número 319, de veinticuatro de mayo de mil ochocientos noventa y nueve, otorgada en Medellín, que es la prueba traída para acreditar la personería de una de las Sociedades demandantes, los socios resolvieron reconstituir la antigua Sociedad Agrícola y de Inmigración, constituida en mil ochocientos setenta y ocho, con la misma razón social, con los mismos derechos y obligaciones, pero cambiando los socios y señalando término para la duración. Ahora

bien: el extracto de la escritura en que tales cosas se hicieron, no fue registrado ni publicado conforme lo mandan los artículos 469 y 470 del Código de Comercio; por lo mismo, esa reconstitución de la Sociedad, hecha, como se ha dicho, variando en puntos sustanciales la Sociedad primitiva, no produce efecto alguno contra terceros, de acuerdo con el artículo 465 del Código de Comercio, y de allí que el Tribunal no haya errado al declarar la excepción de ilegitimidad de la personería de la Compañía demandante.

En lo tocante a la otra entidad actora, o sea la Compañía constituída por la escritura pública número 478, de siete de agosto de mil ochocientos setenta y ocho, extendida en Medellín, dice el recurrente:

"Vamos a estudiar ahora el primitivo concepto del Tribunal en relación con la primitiva Sociedad, o sea la constituída por la escritura número 478, de siete de agosto de mil ochocientos setenta y ocho, extendida en la Notaría 1ª del Circuito de Medellín. Lo que respecto de ella dice el fallo del Tribunal, es que no tiene existencia legal, por motivo de haberse disuelto por la expiración del término que debía durar, y por consiguiente que carece de personería para ejercer la acción que en su nombre estableció don Francisco de Villa.

"Cierto es que la Sociedad se disolvió por el motivo que indica la sentencia, pero no es cierto que por ese motivo se hubiera extinguido por completo y quedado sin personería para ejercer aquella acción. Las Sociedades, sean de la clase que fueren, tienen dos períodos de existencia, uno desde que se constituyen hasta que se disuelven, y otro desde que se disuelven hasta que se liquidan, en ambos con personería: en el primero, para cumplir los fines que se hayan propuesto y para intervenir en los juicios que promuevan o que se les promuevan a ellas; en el segundo, para verificar su liquidación, vender sus bienes o dividirlos entre los socios, para defenderlos judicialmente por activa o por pasiva, pagar sus deudas y cobrar sus créditos, haciendo todo esto por medio de liquidador, que es quien las representa en juicio, activa y pasivamente (artículo 541 del Código de Comercio). Sobre esto es bien clara la sección sexta del capítulo 1º del Título 7º del libro 2º del Código de Comercio, en cuanto a las sociedades colectivas, y también respecto de las anónimas, conforme al artículo 590 de la misma obra, así como los artículos 2141 del Código Civil y 298 del Código de Comercio de 1853, que rigió en Antioquia hasta 1887.

"Obsérvese que el señor De Villa demandó con el carácter de Liquidador, y que tenía ese carácter porque era administrador de la Sociedad, según el artículo 16 de los estatutos, y el que el administrador de una sociedad anónima es su liquidador, según los citados artículos 590 y 298. Observamos también que la demanda del señor De Villa fuera para el evento de que la del señor Juan B. Arango M., en su calidad de representante o de liquidador, o de su apoderado general para pleitos, fracasara por cualquier motivo, y que fracasó, según la sentencia recurrida, y la de primera instancia.

"No es, pues, cierto que la Sociedad a que venimos refiriéndonos se hubiera extinguido por completo y quedado sin personería a causa de haberse disuelto, sino que por ese motivo entró en el segundo período de su existencia, y que por haber llegado al evento previsto en la demanda, debió decidirse sobre ella, ya que contra su constitución no se hizo ningún reparo.

"De los anteriores comentarios deducimos:

"Que la sentencia viola, por interpretación errónea, los artículos 2141 del Código Civil y 298 del Código de Comercio de 1853; 540 y 541 del Código de Comercio vigente, por cuanto los entiende en el sentido de que por haberse disuelto la Sociedad a causa de haber expirado el término de su duración, quedó perfectamente extinguida y sin personería para ejercer la acción contenida en la demanda de su liquidador señor Francisco de Villa, y que esos artículos son los aplicables al caso del pleito."

Pero a esto se observa que el Tribunal entró a estudiar en el fondo la demanda, y a considerar todas las cuestiones sometidas a su decisión, por lo cual hay que entender que el fallo relativo a la excepción de ilegitimidad de la personería de la Sociedad Agrícola y de Inmigración se refirió a la Sociedad que se dijo reconstituída en mil ochocientos noventa y nueve, y de la cual se trató anteriormente; pues de otro modo habría bastado el reconocimiento de esa excepción para fallar el pleito, como lo hizo el señor Juez de la primera instancia. Es de evidencia inmediata, que faltando la capacidad para demandar, no es el caso de considerar y de resolver las peticiones de quien carece de personería para demandarlas.

Entra, pues, el recurrente a establecer su acusación de fondo en el asunto en la demanda de casación, que distingue con el epígrafe de **tercer concepto**, y expresa:

"Dice la sentencia:

'En seguida se estudian las cesiones hechas por el Estado Soberano de Antioquia.'

"Y efectivamente, hace un estudio de ellas; pero respecto de este punto puede decirse exactamente lo mismo que del anterior, porque no ha sido materia del debate, y porque sobre él nada resolvió la sentencia recurrida: sin embargo, no está por demás observar lo siguiente, respecto de varios de los puntos que toca el Tribunal al hacer aquel estudio:

"Es cosa incontrovertible, porque está consignada en las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874, que la Nación le cedió al Estado Soberano de Antioquia doscientas mil hectáreas de tierras baldías por la primera, y cien mil por la segunda, para los fines concretos que respectivamente indican esas leyes. Tampoco puede dudarse de que en virtud de esas cesiones, el Estado Soberano de Antioquia adquirió derechos sobre las tierras cedidas, y sobre que esos derechos podía cederlos a quien quisiese, por lo mismo que eran suyos, ni más ni menos que como una persona natural puede ceder a otra, sea también natural, o una entidad pública o jurídica, lo que le pertenece. El artículo 669 del Código Civil es claro sobre el particular, y comprende tanto a las personas naturales como a las jurídicas de cualquier clase, porque no hace distinción ninguna. El Estado de Antioquia sí pudo, pues, ceder al señor Francisco J. Cisneros, como efectivamente le cedió, sus derechos en cien mil de las doscientas mil hectáreas de la Ley 63, y en las cien mil hectáreas de la Ley 18, ni más ni menos que como la Nación le cedió al Estado de Antioquia, por medio de esas Leyes, trescientas mil hectáreas de tierras baldías. El mismo Tribunal reconoce en su sentencia que por medio de esas cesiones el Estado Soberano de Antioquia adquirió el derecho ad rem sobre las mentadas tierras. Ni en los Códigos Fiscales que han regido en Colombia, ni en ley alguna de las expedidas por nuestro Congreso, hay disposición que prohíba hacer las cesiones de que hemos hablado, ni las

que hizo el señor Cisneros a la Sociedad Agrícola y de Inmigración, de los derechos que había adquirido del Estado Soberano de Antioquia. Esta Sociedad, si es, pues, dueña de los derechos que le cedió el señor Cisneros.

"Estas últimas cesiones aparecen en la escritura número 334, de ocho de junio de mil ochocientos setenta y ocho, de la Notaría 1ª de Medellín, y en los contratos del Estado de Antioquia con el señor Francisco J. Cisneros, documentos que en copia auténtica figuran en el expediente.

"De manera que si las teorías del Tribunal, contrarias a las nuestras, fueron motivos para el fallo que profirió, éste está afectado de error de derecho o de hecho en la apreciación de la prueba que suministran las referidas cesiones, y viola directamente, o por interpretación errónea o por indebida aplicación, las citadas Leyes 63 y 18, en sus artículos 1º de la primera, y concesión 3ª del 1º de la segunda, y el artículo 669 del Código Civil.

"Conforme a la concesión 3ª del artículo 1º de la Ley 18 de 1874, el Estado de Antioquia podía tomar en un solo globo las trescientas mil hectáreas que le fueron cedidas por la Nación, puesto que al hacerle esa concesión se le facultó para tomar las doscientas mil hectáreas de la Ley 63, en los espacios entre los lotes alternados de a diez mil hectáreas de la Ley 18, a uno y otro lado de la vía férrea. Pues esto mismo, a pesar de la opinión contraria del Tribunal, ha podido y puede hacerlo la Sociedad Agrícola y de Inmigración, pues este derecho se lo cedió el Estado Soberano de Antioquia, y éste a dicha Sociedad. La prueba de esto, irrefutable por cierto, la suministra el artículo 8º de la Ley antioqueña XXXVI de 1877, y la escritura número 334, de ocho de junio de mil ochocientos setenta y ocho, de la Notaría 1ª del Círculo de Medellín; pues en aquel artículo se le ordenó al Administrador General del Tesoro, que se cediera al rematador, que lo fue el señor Francisco J. Cisneros, 'todos los derechos y acciones a que por ellos tiene derecho' (el Estado de Antioquia), de conformidad con la Ley nacional 63, de 12 de junio de 1872, y con el inciso 3º del artículo 1º de la Ley nacional 18, de 4 de mayo de 1874, y porque dicho Administrador cumplió ese mandato en la citada escritura, pues como otorgante de ella dijo:

'..... cediendo y traspasando, como cede y traspasa también dicho señor Cisneros, todos los derechos que al Estado corresponden sobre las tierras baldías a que se refiere la Ley nacional 63, de 12 de junio de 1872, y los que le fueron reservados al Estado, y a éste corresponden, según lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 1º de la Ley nacional 18, de 4 de mayo de 1874.'

"Y si esto puede decirse respecto de la primitiva Sociedad Agrícola y de Inmigración es por completo aplicable a la segunda Sociedad del mismo nombre, porque en el artículo 1º de los estatutos de esta última se estipuló:

'La nueva Sociedad queda constituída en todos los bienes, acciones y derechos pertenecientes a la antigua Sociedad Agrícola y de Inmigración, los cuales, así como los compromisos y obligaciones de aquélla aportan a ésta los actuales socios.'

"De suerte que la nueva Sociedad viene a quedar desde esta fecha sustituyendo en todo a la primera, tanto en sus derechos como en sus obligaciones.

"Si por acuerdo entre los Gobiernos cedente y cesionario se expidieran bonos, y realmente se expidieron, esto no aniquiló el derecho proveniente de las cesiones, sino que antes lo confirmó, porque precisamente se expidieron los bonos con el carácter de nominales, por motivo de que las cesiones se habían hecho, y de que en virtud de ellas se había creado tal derecho; pues debe observarse que esos bonos se refieren únicamente a las tierras cedidas, sin que pueda sostenerse, jurídicamente hablando, que esos bonos descartaron las leyes cedentes, y quedaron éstos como únicos títulos de las tierras cedidas, de tal manera que sin la presentación de ellos ningún derecho a las tierras pueden alegar los demandantes. Por el contrario, los verdaderos títulos son las Leyes 63 y 18, como muy acertadamente lo ha expresado esa Corte Suprema, diciendo:

'La ley en la generalidad de los casos es siempre el título remoto de un derecho, como sucede en las ventas; en otros, es título próximo, título único de derecho, como cuando el legislador hace una cesión a una persona jurídica o entidad de derecho público (tomo XXVIII de la Gaceta Judicial de 1921).'

"Por supuesto que tales bonos eran innecesarios, porque, tanto conforme al Código Fiscal de mil ochocientos setenta y tres, como al que viene rigiendo desde mil novecientos doce, no se han exigido para el caso de una cesión de tierras baldías, hecha por una entidad especial a una entidad pública, como medio de adquirir derecho en ellas, ni para la efectividad de ese derecho. En efecto: el artículo 904 de aquel Código, dice que 'para obtener la declaratoria de los derechos expresados en los números 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 901, el Gobernador, Presidente, Prefecto, Alcalde, Procurador o Agente del Ministerio Público del Estado, Territorio, ciudad, villa o Distrito, Rector o Director del respectivo establecimiento de educación, ocurrirá al Poder Ejecutivo por conducto de la Secretaría de lo Interior y Relaciones Exteriores, fundando su petición en el acto legislativo que otorgue el derecho'; y el segundo de dichos Códigos, en su artículo 97 dice que 'cuando una ley destine un baldío para un objeto determinado, se debe dictar por el Ministerio respectivo, previo el levantamiento del plano, una resolución semejante.'

"Como se ve, ni en uno ni en otro caso se necesitan bonos.

"Esto fue precisamente lo que hizo la Sociedad por medio de su apoderado doctor Climaco A. Palau, según el memorial del folio 24 vuelto del cuaderno de pruebas de los demandantes.

"Deducimos de lo anterior conclusiones exactamente iguales a las deducidas en el punto precedente, en los términos en que dejamos constancia de ellas, con ésta otra más.

"Que la sentencia viola directamente, o por interpretación errónea, los citados artículos 904 y 97, que serían los aplicables al caso del pleito, si éste debiera decidirse por leyes posteriores a las que regían cuando se ejecutaron los actos origen de los derechos que alegan los demandantes, contra lo que dispone el artículo 2683 del Código Civil."

Considérase:

Se ha transcrito todo el aparte en que el recurrente desarrolla los reparos hechos a la sentencia, porque tal aparte contiene los puntos fundamentales del litigio.

Se dice que el Tribunal violó por interpretación errónea o por indebida aplicación, las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874, por las cuales la Nación cedió al Estado Sobe-

rano de Antioquia doscientas mil hectáreas de tierras baldías por la primera y cien mil por la segunda, para los fines concretos que indican tales Leyes; que hubo error de derecho y de hecho en la apreciación de las escrituras por las cuales fueron cedidas doscientas mil hectáreas, primero por el Departamento de Antioquia, al señor Francisco J. Cisneros, y luégo por éste a la Compañía demandante, violación y errores que llevaron al Tribunal a no admitir el derecho que dicha Compañía tiene para oponerse a que se le adjudique a la Sociedad de Ismael Correa y Compañía el terreno baldío llamado La Mermilda; pero a esto se observa que el sentenciador no desconoce la fuerza de esas leyes, sino que expresa que los interesados en la primera cesión, la Unión y el Estado Soberano de Antioquia, aceptaron la forma previa, consistente en la expedición de bonos territoriales, que en virtud de ese hecho, y sin que se hayan anulado los bonos o la resolución por la cual se expidieron, es claro que el Estado de Antioquia no pudo, ni lo pueden sus sucesores, alegar la ley y los bonos como títulos separados, sino unidos y dependientes entre sí.

En efecto: el señor Francisco J. Cisneros, en virtud de remate verificado ante el Consejo de Estado del Estado Soberano de Antioquia, adquirió cien mil hectáreas de las tierras baldías destinadas por la Ley 63 de 1872, para el fomento de la inmigración; la adjudicación se hizo a razón de doce y medio centavos la hectárea, pagados en dinero o en billetes de la deuda pública, computados al cincuénta por ciento. Llenadas las formalidades consiguientes, y hecho el pago del remate, el Administrador General del Tesoro del Estado Soberano de Antioquia expuso:

"Que por cuanto están cumplidas por el señor Francisco J. Cisneros las obligaciones detalladas por los incisos 1° y 4° del artículo 6° de la Ley 34, de 4 de diciembre de 1877, expedida por la Asamblea legislativa del Estado, por la cual se fomenta una Sociedad Agrícola y de Inmigración (Registro Oficial número 42), cumpliendo con lo ordenado por el Poder Ejecutivo en su Resolución, fecha veinte de abril de mil ochocientos setenta y ocho, que queda inserta, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 8° de la Ley 36, ya citada, otorga:

"Que a nombre del Estado Soberano de Antioquia cede, endosa y traspasa al ya mencionado señor Francisco J. Cisneros, natural de la Isla de Cuba, y ciudadano de los Estados Unidos de América, los veinte (20) títulos de tierras baldías, números veinte a treinta y nueve, de a cinco mil hectáreas cada uno, expedidos por el Gobierno Nacional a favor del Estado Soberano de Antioquia, con fecha tres de junio de mil ochocientos setenta y seis, cedido y traspasado, como cede y traspasa también al dicho señor Cisneros, todos los derechos que al Estado correspondan sobre las tierras baldías a que se refieren la Ley nacional 63, de 12 de junio de 1872, y los que fueren reservados al Estado, y que a éste corresponden, según lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 1° de la Ley nacional 18, de 4 de mayo de 1874."

Como se ve, el Administrador General del Tesoro endosó al señor Cisneros los veinte títulos de tierras baldías, números veinte a treinta y nueve, de a cinco mil hectáreas cada uno, expedidos por el Gobierno Nacional a favor del Estado Soberano de Antioquia, en cumplimiento de la Ley 63, de 12 de junio de 1872.

En lo referente a las cien mil hectáreas adquiridas por el señor Cisneros como cesionario del contrato como constructor del ferrocarril de Antioquia, el Gobierno del Estado se comprometió a obtener del de la Unión títulos de propiedad por cien mil hectáreas de tierras baldías, a ambos lados de la línea, y en lotes alternados de los que se reservaría el Estado.

Debió obtener el señor Cisneros tales títulos, desde luégo que la escritura número 478, de siete de agosto de mil ochocientos setenta y ocho, otorgada en Medellín, por la cual se constituyó la Compañía Agrícola y de Inmigración, aparece como parte del capital de dicha Compañía doscientas mil hectáreas de tierras en títulos de baldíos. En tal escritura se expresa que las acciones que el señor Cisneros representa en la Sociedad, proceden de la concesión que le hizo el Gobierno de cien mil hectáreas de tierras baldías como fomento a la Empresa del Ferrocarril de Antioquia, y por consiguiente pertenecen a él y a sus consocios en dicha Empresa.

El señor Cisneros cedió luégo los derechos que tenía en la Sociedad Agrícola y de Inmigración al Departamento de Antioquia.

El otorgamiento de títulos de baldíos era el medio establecido por el Código Fiscal de 1873 para hacer efectivas las concesiones hechas por un acto legislativo a los Estados Soberanos y a los Territorios de la Unión, así como a las demás entidades públicas o privadas o a cualquier individuo. La reglamentación la verificó dicho Código por medio de sus artículos 899 y siguientes, de los cuales es pertinente reproducir los artículos 908 a 910, que dicen:

"Artículo 908. Cualquiera Secretaría de Estado, a la cual se dirija una solicitud de adjudicación de tierras baldías, según los artículos anteriores, la pasará con todos los documentos del expediente a la Oficina de Estadística, para que los examine y proponga al Secretario respectivo el proyecto de resolución."

"Artículo 909. Dictada la resolución acordando el derecho a una entidad reclamante, a un individuo, a una compañía, la Secretaría respectiva expedirá un certificado que así lo acredite, firmado y sellado por el Secretario, y refrendado por el Jefe de la Oficina de Estadística, con expresión clara y precisa de si el derecho es a tomar las tierras baldías en determinada ubicación o en cualquiera localidad de las disponibles, a elección del interesado."

"Artículo 910. Los certificados de que habla el artículo anterior serán presentados en la Oficina de Estadística, con el objeto de que se anoten en el registro respectivo. Una certificación expedida de esa manera y debidamente registrada, es el documento comprobante del derecho a determinado número de hectáreas de tierras baldías, o más bien un título de concesión. La partida que se asiente en el respectivo registro será firmada por el Secretario que hubiere expedido el certificado, y también por el Jefe de la Oficina de Estadística. En el certificado se pondrá constancia del registro y de su folio, la cual será firmada por el jefe de la oficina que la puso."

Estas disposiciones fueron reproducción, con variaciones accidentales, del decreto expedido en uso de facultades legales por el Presidente de los Estados Unidos de Colombia, el siete de enero de mil ochocientos setenta, el cual demuestra que desde entonces el modo de concretar el derecho a tierras baldías, concedidas por actos legislativos, era la expedición de certificados por la autoridad competente. El artículo 10 del Decreto dice:

"Una certificación expedida de esta manera, y debidamente registrada, es el documento comprobante del

derecho a determinado número de hectáreas de tierras baldías, o más bien un título de concesión."

Ahora bien: como esos títulos eran transmisibles por vía de endoso, aparte de que ellos eran el medio para comprobar el derecho otorgado por la ley, resultaría que, si se demostrara el derecho, como lo pretende el recurrente, con la sola cita de las leyes, la Nación tendría que responder dos veces de sus obligaciones de concesionario de baldíos: una, a los que alegan como título las leyes, y otra, a los tenedores de los títulos de concesión, que pueden presentarse a reclamar sus derechos.

Es de observar que los títulos entregados al señor Cisneros fueron subdivididos en porciones de cinco mil hectáreas, y que, por lo mismo, pudieron pasar a manos de muchos cesionarios por la vía de endoso.

Dice el recurrente que la sentencia viola, por interpretación errónea, el artículo 904 del Código Fiscal de 1873 y el 97 del Código Fiscal vigente, que son aplicables al caso del pleito, si éste debiera decidirse por leyes posteriores a las que regían cuando se ejecutaron los actos origen de los derechos que alegan los demandantes, contra lo que dispone el artículo 2683 del Código Civil.

Aunque este reparo es condicional, y por lo tanto impreciso, basta observar que el artículo 904 del Código Fiscal de 1873 está relacionado con los siguientes del mismo Código, que se han transcrito, y que no excluyen en la formalidad de los certificados o títulos de cesión los baldíos cedidos por leyes de los Estados o Territorios de la Unión.

En el presente caso no se trata de una porción determinada, sino determinable: cien mil hectáreas de terrenos baldíos a uno y otro lado de la línea del ferrocarril, en lotes alternados de diez mil hectáreas, con los que se reserva la Nación o el Estado Soberano de Antioquia, y sobre esa base debieron expedirse los títulos de baldíos, con ubicación determinada, como lo indicaba el artículo 909 del Código Fiscal; pero sin poder precisar la situación ni los linderos, cada lote de diez mil hectáreas, en una comarca cuya extensión se ignora.

Cosa distinta es el caso que previó el artículo 97 del actual Código Fiscal, del cual sería tipo la Ley 40 de 1881, cuyo artículo 1º dice:

"Cédense al Distrito de El Plato las islas de Bote y Cascajal, formadas por el río Magdalena frente al expresado Distrito, con el fin de que sean pobladas y cultivadas."

En esa ley se trata de cuerpo cierto, de algo definido por límites precisos, no de hectáreas de tierras baldías, aplicables en una vasta porción de territorios.

El autor del recurso observa que el apoderado de la Compañía, doctor Clímaco Palau, hizo la determinación de los lotes de terrenos baldíos en los cuales debían cumplirse las leyes de 1872 y 1874, según aparece del memorial que en copia figura en autos.

Según esa copia, el doctor Clímaco Palau pidió al señor Ministro de Obras Públicas el cumplimiento de las leyes expresadas, en nombre de la Sociedad demandante, y señaló los linderos de los lotes que en virtud de ellas deberían adjudicarse a la expresada Sociedad. Pero de las mismas copias aparece que el Ministro no accedió a la solicitud, y que el doctor Clímaco Palau pidió que fuese revocada la resolución ministerial.

El Tribunal concluye, después de los conceptos que han sido materia de la acusación anterior, la cual no ha prosperado, que las entidades opositoras no han podido probar los derechos que alegan a las tierras, sino mediante la presentación de los bonos-títulos de concesión, debidamente cedidos o endosados, si fueren nominativos o a la orden. Pero como no lo han hecho, ningún derecho se les puede reconocer en este litigio.

Este fundamento es decisivo para sustentar la sentencia.

Luego entra el Tribunal a razonar en el supuesto de que las Sociedades opositoras poseyeran en la forma regular los bonos respectivos de las tierras de que se habla en la demanda, y en esa hipótesis sostiene que dichas Sociedades no tienen prelación sobre los derechos que alega como denunciante la entidad demandada, prelación que es, en definitiva, dice el Tribunal, el derecho que se alega como fundamento de la oposición.

Sobre esa base hipotética dice el sentenciador:

"En materia civil la ley no reconoce otras causas de preferencia que las instituídas en el Título 40 del libro 4º del Código de la materia (artículo 2508). Entre esas causas ninguna aprovecha a los bonos de baldíos. Los derechos que alegan las Sociedades opositoras pueden ser considerados como obligaciones de género a cargo de la Nación, y por ello no pueden oponerse dichas Sociedades a que la Nación enajene baldíos de la misma clase o género, mientras no comprueben que sólo queden suficientes para la adjudicación a que tales Sociedades puedan tener derecho (artículo 1657 del Código Civil). Pero esa prueba no se ha dado en este juicio.

"Los representantes de las entidades demandantes fundan la preferencia que alegan en las Leyes 63 y 18, de las cuales sostienen que son especiales. No se puede negar que tales leyes son especiales, pero su especialidad no puede comprender sino las materias de que ellas tratan, y entre éstas no se encuentra la preferencia. Si esa preferencia se funda en la facultad de escoger, se contesta que la misma facultad tienen y han tenido los que pretenden adquirir baldíos mediante la ocupación y el cultivo."

Luego, en el mismo orden de ideas, cita varias disposiciones sobre baldíos, para demostrar que según ellas no puede alegarse prelación.

El recurrente combate estos razonamientos del Tribunal, y sostiene:

"Que los artículos aplicables para decidir las peticiones de las demandas son el 1º de la Ley 63 de 1872, y el 1º en su inciso 1º, y en su concesión 3ª de la Ley 18 de 1874.

"Que la sentencia viola directamente esas disposiciones y el artículo 2683 del Código Civil.

"Que la sentencia viola, por indebida aplicación o bien por interpretación errónea, los artículos 1565 y 1567 del Código Civil, y el Título 40 del libro 4º de dicho Código.

"Que la sentencia viola, por indebida aplicación, todos los artículos que cita el Código Fiscal vigente, porque esas disposiciones son de carácter general, o para los casos comunes, y la controversia se rige por disposiciones especiales, o sea por las indicadas en la primera de estas consecuencias.

"Que la sentencia viola directamente los artículos 1º y 4º de la Ley 61 de 1874, y 2º de la Ley 48 de 1882, o viola esas leyes por aplicación indebida, pues están derogadas desde que entró en vigencia el actual Código Fiscal."

Observa la Corte que si, como dice el Tribunal, no se han presentado en este litigio los bonos o títulos de concesión que se expidieron para dar cumplimiento a las

Leyes de 72 y 74, sobre la argumentación que recaiga sobre un hecho que no ha sido demostrado.

Además, la acusación primordial es la de la violación de las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874, por no haber sido aplicadas al caso del pleito, y ya se ha visto que tales Leyes por sí solas no acreditan el derecho que alegan los demandantes para oponerse a la adjudicación de las tierras baldías solicitadas por Ismael Correa & Compañía, y por lo mismo para sustentar la prelación que se alega.

Critica el recurrente la denominación de obligaciones de género a las contraídas por la Nación, pues conforme al artículo 1565 del Código Civil ellas no tienen cabida sino respecto de bienes muebles. El punto le parece claro al recurrente, porque el artículo dice:

"Obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinados," un caballo, por ejemplo; y porque el artículo siguiente explica muy bien el primero. No había porqué dar la prueba que echa de menos la sentencia.

El concepto del Tribunal, que el recurrente ataca, está expuesto así:

Los derechos que alegan las Sociedades opositoras pueden ser considerados como obligaciones de género a cargo de la Nación, y por eso no pueden dichas Sociedades oponerse a que la Nación enajene baldíos de la misma clase o género, mientras no comprueben que sólo quedan suficientes para la adjudicación a que tales Sociedades puedan tener derecho (artículo 1657 del Código Civil), pero esa prueba no se ha presentado en este juicio.

Considera la Corte que esta argumentación descansa sobre el supuesto de que aparte de las Leyes de 72 y 74, se hubieran presentado los títulos bonos o títulos de concesión necesarios para comprobar el derecho de las Compañías opositoras, títulos que, como se ha visto, no se han presentado; pero fuera de estas circunstancias, que por sí solas bastarían para desechar el reparo que se estudia, estima la Corte que no es desacertado el concepto del Tribunal, desde luégo que, conforme a la Ley 63, de 12 de junio de 1872, lo cedido por la Nación al Estado de Antioquia fueron doscientas mil hectáreas de tierras baldías, que podían tomarse en cualquier localidad del Estado donde hubiera baldíos. De manera que se trataba de hectáreas indeterminadas, desde luégo que no se expresaron ni su ubicación precisa ni sus linderos.

Con respecto a las cien mil hectáreas de tierras baldías, cedidas al Estado de Antioquia por la Nación, según la Ley 18, de 1874, en lotes alternados de diez mil hectáreas, con los que se reserva la Nación a ambos lados de la línea del ferrocarril de Antioquia, aunque se señaló la ubicación no se determinaron esos lotes, de manera que la Nación no quedaba impedida para disponer de sus baldíos en esa región, cuya superficie se ignora, mientras quedaran tierras a uno y otro lado de la línea para dar cumplimiento a la ley.

Califíquense o no como de género las obligaciones que contienen esas leyes, es lo cierto que no hablándose de una porción de territorio definida por linderos, sino de hectáreas indeterminadas de tierras baldías en el territorio situado a uno y otro lado de la vía férrea, la obligación podía cumplirse dando terrenos baldíos donde los pidieran sus adjudicatarios, según sus títulos, sin que esto implique prohibición para la entidad cedente de disponer de tierras baldías en esas regiones, siempre que conserve una extensión que le permita cumplir con las leyes de cesión.

Insostenible es la tesis de que en más de cincuenta años, o indefinidamente, hubieran de permanecer incultos los baldíos nacionales ubicados en el territorio antioqueño, o los existentes a uno y otro lado de la línea del ferrocarril de Antioquia, mientras a los cesionarios les viniera en talante pedir con las formalidades legales la adjudicación de las doscientas mil hectáreas de tierras baldías que la Nación otorgó al Departamento de Antioquia en las vastas extensiones de sus tierras incultas.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín el seis de marzo de mil novecientos treinta y uno, y condena en costas a la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese esta sentencia en la **Gaceta Judicial**, y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diciembre dos de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

En diciembre de mil novecientos veinticuatro, admitió la Gobernación del Departamento de Antioquia el denuncio del baldío denominado **Casamora**, que a título de cultivador y ocupante con ganados, solicita en adjudicación el señor Bernardo Mora, y por una extensión de dos mil cuatrocientas hectáreas, aproximadamente.

Al denuncio se opusieron en tiempo oportuno el señor Juan B. Arango, como Presidente de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, "su liquidador, si estuviere disuelta," y el señor Francisco de Villa, en su condición de Vicepresidente Liquidador de la primitiva Sociedad Agrícola y de Inmigración, y como socio de esta Sociedad. La Gobernación remitió el expediente al Tribunal Superior de Medellín para que decidiera sobre la oposición. El Tribunal adelantó el juicio ordinario respectivo, pero al tiempo de fallar observó que se había incurrido en nulidad por incompetencia de jurisdicción. Puesta en conocimiento de las partes la causal de nulidad, éstas ratificaron lo actuado, y por ello se dispuso que el negocio pasara al Juez del Circuito de Yolombó, competente para decidirlo.

Ambas oposiciones se formularon por separado. La del señor Arango contiene estas declaraciones:

"a) Que las tierras cedidas por las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874, y por consiguiente, a las doscientas mil hectáreas de tierras a que se refiere esta demanda, se les señalaron destinos especiales, y no se les puede dar otra aplicación; de tal manera que perdieron el carácter de tierras baldías denunciables por personas diferentes del cesionario o de aquellas que le han sucedido en sus derechos desde que entraron en vigor aquellas leyes.

"b Que la Sociedad demandante tiene derecho preferente al demandado respecto del terreno que éste denunció, bien haga parte de las cien mil hectáreas rematadas por el señor Francisco J. Cisneros, o de las cien mil hectáreas de que trata la citada Ley 18.

"c) Que al demandante no se le puede adjudicar el terreno que denunció, mientras no se determinen y se le

entreguen materialmente a la Sociedad demandante las mencionadas doscientas mil hectáreas, y eso en el caso de que aquel terreno no se comprenda en ellas, pues si se comprendiere, no se le podrá adjudicar.".

La demanda de oposición del señor De Villa pide iguales declaraciones a la anterior, más la de condenación en costas al denunciante. Las razones y fundamentos jurídicos son, como lo dice el Tribunal, semejantes en las dos demandas, y respecto de la personería que ambos actores invocan para incoar la acción a nombre de la Soicedad Agrícola, el señor Arango M. expresa que obra en su condición de Presidente Liquidador de dicha Sociedad, fundada por los estatutos que constan en la escritura pública número 319, de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, Notaría de Medellín, y el señor De Villa, com socio y Viceprosidente de la misma Sociedad, constituída por la escritura número 478, de siete de agosto de mil ochocientos setenta y ocho.

Los hechos en que se funda la primera demanda de oposición son éstos:

"1º Por la Ley 63, de 12 de junio de 1872, el Congreso de los Estados Unidos de Colombia le cedió al Estado de Antioquia doscientas mil hectáreas de tierras baldías para el fomento de la inmigración, y ordenó al Poder Ejecutivo Nacional la inmediata entrega de ellas al Presidente del Estado cesionario, tomándolas del territorio antioqueño en el lugar donde dicho Presidente las solicitara, quien las destinaría a aquel fin de la manera que estimase conveniente a los intereses del mismo Estado. La facultad de destinación pasaba a la legislatura desde que se reuniera, en la parte en que el Presidente no las hubiera distribuído (sic).

"2º Haciendo uso de esta facultad, la legislatura dispuso por la Ley 36, de 4 de diciembre de 1877, que cien mil de aquellas doscientas mil hectáreas se vendiesen en licitación pública al licitador que cumpliera las condiciones establecidas en la misma Ley, entre ellas la de constituir una sociedad agrícola y de inmigración. El remate se hizo ante el Consejo del Estado por el señor Francisco J. Cisneros, a quien aquél le adjudicó las cien mil hectáreas, según Resolución de 4 de mayo de 1878.

Además, al señor Cisneros se le cedieron, respecto de las tierras que remató, las facultades o derechos y acciones otorgadas al Estado de Antioquia por la referida Ley 63, y por el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 18, de 4 de mayo de 1878. La constitución de la Sociedad la verificó el señor Cisneros por la escritura número 478, otorgada en la Notaría de este Circuito.

"3º Por esta Ley el Congreso de los Estados Unidos de Colombia le hizo al Estado Soberano de Antioquia varias concesiones para auxiliar y facilitar la construcción y explotación del Ferrocarril que había contratado con el señor Francisco J. Cisneros, entre ellas la de cien mil hectáreas de tierras baldías a ambos lados del camino, en lotes alternados de a diez mil hectáreas, con las que se reserva la Nación o el Estado de Antioquia, en caso de que éste tome allí las que se le han cedido por leyes anteriores.

"4º Estas tierras se las cedió dicho Estado al señor Cisneros para que fueran suyas a perpetuidad, o de la persona o personas a quien él las enajenase, y el señor Cisneros las introdujo, juntamente con las cien mil que había rematado, a la Sociedad Agrícola y de Inmigración, cuyos primitivos y únicos socios fueron el mismo señor Cisneros, don Francisco de Villa y don Jorge Bravo. Las acciones del señor Cisneros pasaron al Departamento de Antioquia y las del señor Bravo al señor De Villa.

"5º En virtud del contrato de transacción que narra la escritura número 692 de 24 de marzo de 1899, de la Notaría 2ª de aquí, se reconstituyó dicha sociedad, según aparece de la escritura de esa fecha, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito, bajo el número 319, por diez años; pero en el artículo 22 de sus Estatutos se estipuló que vencido aquel término, la sociedad se consideraría prorrogada hasta que se pidiera su liquidación, lo que no podría pedirse sino un año después por lo menos, de la fecha en que se continuasen los trabajos agrícolas. A esta Sociedad se introdujeron todos los haberes de la primera, y ambas están ilíquidas.

"6º Aunque por varios motivos, como los litigios entre los dos socios (el Departamento de Antioquia y don Francisco de Villa), la Sociedad suspendió los trabajos agrícolas que había emprendido, no descuidó por ello solicitar del Gobierno la entrega de las referidas doscientas mil hectáreas y el reconocimiento de sus derechos en ellas.

"7º La nombrada Sociedad lo hizo saber al Gobierno que las cien mil hectáreas rematadas por el señor Cisneros las tomaba en el Distrito de Puerto Berrío, a uno y otro lado del ferrocarril de Antioquia, en lotes alternados de a diez mil hectáreas, con las que le corresponden por razón de la citada Ley 18 de la cesión, y aporte de que he hecho mérito.

"8º A las tierras de que tratan las citadas leyes se les dieron destinos especiales por esas mismas leyes.

"9º El terreno denunciado como baldío por el señor Bernardo Mora está en el Distrito de Puerto Berrío, esto es, en el lugar de la ubicación de las doscientas mil hectáreas, a que tiene derecho preferente la Sociedad por quien hablo, si es que no le pertenece en propiedad, sin que falte más que su determinación y entrega material."

Los fundamentos de hecho de la demanda del señor De Villa son, en sustancia, iguales a la del señor Arango M., más el 8º, en que dijo aquél:

"Durante la existencia de la primitiva Sociedad Agrícola y de Inmigración, ella tomó posesión de sus doscientas mil hectáreas a uno y otro lado del ferrocarril de Antioquia, construyendo caminos en beneficio de éste y del Estado, montando potreros de pastos artificiales, estableciendo allí inmigrantes extranjeros y trabajadores o colonos del país, etc."

Las razones en derecho de la demanda del señor Arango son, en síntesis, estas:

"1ª Las Leyes 63 y 18 transmitieron al cesionario doscientas mil hectáreas, y pasaron a la primitiva Sociedad Agrícola y de Inmigración por remate, cesión y aporte.

"2ª Esas 200,000 hectáreas pasaron a la segunda sociedad por efecto de la reconstitución.

"3ª La cesión de la Nación se refirió a tierra y no a bonos, y habiéndosele dado a aquéllas destino especial, no se les puede dar otra aplicación y perdieron ante terceros el carácter de baldías.

"4ª La nulidad absoluta del contrato de reconstitución de la Sociedad Agrícola de Inmigración, caso de haberla, requiere la plenitud del juicio ordinario para que sea declarada con audiencia de todas las partes. Además, caso de ser declarada, la opositora tiene el carácter de sociedad de hecho con personería activa y pasiva."

En las razones de derecho de la oposición del señor De Villa, que por ser en sustancia idénticas a las transcritas del señor Arango M. y por eso no se copian, se encuentra una parte que dice:

"Si el contrato sobre reconstitución de la Sociedad adolece de nulidad absoluta, como se sostiene, las cosas se hallan en el mismo estado en que se hallaban al tiempo del contrato, porque los actos y contratos absolutamente nulos no cambian el estado jurídico de las cosas a que se refieren. De suerte que esta demanda, aunque ya queda implícitamente dicho, es para el caso en que se declare en cualquier forma dicha nulidad en la acción ejercida por el señor Juan B. Arango M., en el mismo asunto, o bien, en términos generales la ineficacia de la acción.

El denunciante Mora como demandado en las oposiciones anteriores, contestó por medio de apoderado ambas demandas. Aceptó algunos hechos, negó los fundamentales, contradijo las razones de derecho y se opuso a las pretensiones de los demandantes. Propuso, además, las excepciones de "carencia absoluta de personería sustantiva de parte de la Sociedad Agrícola y de Inmigración," y "carencia de personería de parte del señor Juan B. Arango M. para representar a la mencionada Sociedad." Formuló estas excepciones a la oposición del señor Arango M., y a la del señor De Villa: prescripción, carencia absoluta de acción y las mismas que formuló a las del señor Arango M.

Con fecha 23 de junio de 1926 falló el Juez la controversia en estos términos:

"1° Declárense improcedentes las demandas de oposición incoadas por los señores Francisco de Villa y Juan B. Arango, en nombre de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, de que se ha hecho mérito.

"2° No es el caso de hacer las declaratorias pedidas por los mismos señores De Villa y Arango en las demandas de fechas 17 y 18 de mayo de 1925, y por consiguiente se absuelve al demandado señor Bernardo Mora de los cargos contenidos en dichas demandas.

"3° Reconócese la existencia de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la Sociedad denominada Agrícola y de Inmigración, para ejercitar el derecho de oponerse al denuncio del terreno baldío conocido con el nombre de Casamora, de que trata este juicio.

"4° Declárase probada la excepción de ilegitimidad de la personería de los señores Francisco de Villa y Juan B. Arango, para representar a la Sociedad Agrícola y de Inmigración en el presente juicio.

"5° Ejecutoriado que sea este fallo, devuélvase el expediente a la Gobernación para los fines legales."

Por apelación concedida contra dicho fallo, el Tribunal Superior de Medellín, por el suyo, de doce de diciembre de mil novecientos treinta, decidió:

"1° Confírmanse los numerales 1°, 2°, 3° y 5° de la sentencia apelada;

"2° Revócase el numeral 4° En su lugar no cabe pronunciamiento alguno, ante la confirmación de los numerales anteriores; y

"3° No hay lugar a condenar en costas."

Los opositores interpusieron recurso de casación contra dicha sentencia, recurso que la Corte admitió y procede a decidir mediante el estudio de la demanda de casación.

Alegaron los recurrentes la causal primera de las que reconocía el artículo 2° de la Ley 169 de 1896 y con apoyo en ella acusan la sentencia por violación directa de disposiciones sustantivas, y por errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas. Los motivos son varios.

Primero. Violación de los artículos 469, 470 y 551 del Código de Comercio; 2° de la Ley 42 de 1898; 1759 y 2090 del Código Civil, y 681 del Código Judicial, que dejó de regir.

Anota el Tribunal que la escritura número 478 de siete de agosto de mil ochocientos setenta y ocho, Notaría 1ª de Medellín, por la cual se dice fue constituída la primera Sociedad Agrícola y de Inmigración, de la cual alega el señor Juan B. Arango ser Presidente y Liquidador, no vino completa a los autos; que también se presentó la escritura número 692, de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, contentiva de la transacción amigable entre el Departamento de Antioquia y el señor Francisco J. Cisneros, en que se consignó esta cláusula:

"El otorgante De Villa desiste de solicitar la liquidación de la Sociedad Agrícola y de Inmigración y antes conviene en aceptar como condición puesta por el Gobierno, como base indispensable y esencial para que este contrato surta efecto, la reconstitución de la Sociedad Agrícola y de Inmigración sobre las mismas bases sobre que está constituída, haciendo sólo las modificaciones que se desprenden de esta transacción y de las que de común acuerdo resuelva el otorgante De Villa y el representante del Departamento. Que en la escritura número 319 de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, otorgada en seguida, se declaró reconstituída la Sociedad Agrícola y de Inmigración con todos los bienes, acciones y derechos pertenecientes a la antigua Sociedad. Anota igualmente el sentenciador que en los preámbulos de esta escritura reconocieron los otorgantes que se había vencido el término fijado para la duración de la sociedad anterior, sin que hubiera sido liquidada, lo que en concepto del Tribunal implica que fue intención de los otorgantes pactar una nueva sociedad, pero que en esta nueva sociedad no se cumplieron los requisitos de registro y publicación del extracto social, ordenados por los artículos 469 y 471 del Código de Comercio y 2° de la Ley 42 de 1898, pues que de ello no hay constancia, lo que implica ilegitimidad en la personería sustantiva del opositor Arango, por cuanto formula una oposición en nombre de una sociedad que no existe legalmente, y dice en seguida el sentenciador:

"Se alega, en efecto, que la sanción establecida en el artículo 472 del Código de Comercio atañe únicamente a las relaciones entre los socios y no en provecho de terceros. A esto se observa que tal nulidad es absoluta porque conforme al artículo 1740 del Código Civil, la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben, en consideración a la naturaleza de determinados actos o contratos, provocan tal sanción. Ahora bien: las formalidades de registro y publicación del extracto de las sociedades mercantiles, han sido estatuídas por la ley en consideración al orden público y a la naturaleza solemne de tales compañías, y adviértase que de acuerdo con

el artículo 473 del Código de Comercio: ni el cumplimiento tardío de las solemnidades prescritas, ni la ratificación expresa, ni la ejecución voluntaria del contrato, lo purgan del vicio de nulidad.

"Según el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, la nulidad absoluta puede alegarse por todos los que tengan interés en ella, excepto las personas que hayan intervenido en el acto o contrato a sabiendas del vicio. Huelga decir que este precepto es aplicable al caso cuestionado por ministerio del artículo 182 del Código de Comercio. Contribuye también a alejar toda duda el texto perentorio del artículo 480 del Código de Comercio, según el cual 'los actos enumerados en la segunda parte del artículo 465, no producen efecto alguno contra terceros si no fueren escriturados, registrados y publicados en la forma que designa el artículo 470 ibidem.' La reforma del Código (Ley 42 de 1898) en este punto llevó la explicitud a una ordenación expresa en el sentido de que el artículo 480 se aplica a las sociedades anónimas, y es evidente, por tanto, que si la prórroga o alteración de una sociedad no surte efecto alguno contra terceros sino mediante el registro y publicación anotados, con mayor razón si se trata de una nueva sociedad que omite tales solemnidades.

"El Departamento y don Francisco de Villa—continúa el Tribunal—reconocieron en la escritura número 319 de 24 de marzo de 1898, que la Sociedad constituída en 1878 estaba disuelta por haberse vencido el plazo de su duración. Por manera que si se trató de fundar una nueva Sociedad para darle vida a la anterior, fue menester que se llenaran los requisitos anotados, y como se omitieron, dicha nueva Sociedad o la Sociedad reconstituída no puede surtir efectos contra terceros; consecuencialmente éstos pueden alegar en su favor la nulidad o la falta de efecto de las estipulaciones sociales."

Dicen los recurrentes que el Tribunal acogió el concepto de que la Sociedad Agrícola y de Inmigración no existe porque no se registró y publicó el extracto del contrato social, conforme lo ordenan los artículos 469, 470 y 471 del Código de Comercio y 2° de la Ley 42 de 1898, pero que como el mismo Tribunal reconoce de modo expreso que no hay prueba de que se hubieran omitido el registro y la publicación del extracto, el concepto no tiene base y viola por indebida aplicación los artículos acabados de citar, porque confirma el fallo de primera instancia (numeral 3°), en que se reconoce la existencia de la excepción de ilegitimidad de la personería de la Sociedad Agrícola y de Inmigración y su derecho para oponerse al denuncio del baldío Casamora, porque esta excepción se fundó en que dicha Sociedad no adquirió vida jurídica, por la omisión de los aludidos registro y publicación.

Que en las sociedades comerciales en general—continúan los recurrentes—y en las civiles anónimas, como lo es la Agrícola y de Inmigración, hay que considerar dos cosas, desde la vigencia de la Ley 42 de 1898: la manera como se forma y prueba la sociedad, y el alcance que tiene respecto de ella el no registro y publicación del extracto del contrato social. La primera se cumple con el otorgamiento y registro de la correspondiente escritura pública, respecto de las colectivas, porque así lo prescribe el artículo 456 del Código de Comercio (465 quizá quiso decirse), y respecto de las demás porque así lo enseñan los artículos 551 y 598 del mismo Código y 2° de la citada Ley 42 de 1898. Sí, pues, para probar la existencia de una sociedad y consiguientemente su personería jurídica, la ley no exige más que el otorgamiento y registro de la correspondiente escritura pública, es claro—dice el autor del recurso—que esa existencia y personería están acreditadas de modo pleno respecto de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, porque para esos fines se otorgó la escritura número 319 de 24 de marzo de 1899, aunque fuera cierto que no se hubiera registrado ni publicado el extracto de esa escritura. Luego al desconocer el Tribunal la existencia y personería sustantiva de dicha Sociedad, violó por interpretación errónea—dice el autor del recurso—los artículos 456 y 551 del Código de Comercio; 2090 del Código Civil y 2° de la Ley 42 de 1898, porque considera que el contrato social no se perfeccionó por falta de registro y publicación del extracto; que incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba que suministra la escritura citada, con lo cual violó los artículos 1759 del Código Civil y 681 del Código Judicial.

Se observa: el Tribunal no ha dicho que la Sociedad Agrícola y de Inmigración no se constituyera por la escritura número 319 de 24 de marzo de 1899, a que se refiere el recurrente, sino que no se ha comprobado que se hubiera registrado y publicado el extracto social, como lo ordenan los artículos 469 y 470 del Código de Comercio, aplicable a las sociedades, sin distinción, según el artículo 2° de la Ley 24 de 1898, omisión que produce nulidad absoluta, al tenor expreso del artículo 472 ibidem. Ahora, no basta, como lo pretenden los recurrentes, que se constituya una sociedad, conforme a esas disposiciones, para que pueda obrar, sino que debe llenar además el requisito indispensable del registro y publicación, porque si fuera suficiente la escritura de constitución, no diría el numeral 1° del artículo 472 del Código de Comercio que la omisión de la escritura social, y la de cualquiera de las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470, produce nulidad absoluta entre los socios, lo que claramente implica que el legislador asimiló la parte de esas formalidades al requisito del otorgamiento de la escritura social; y porque el argumento que saca el Tribunal de lo dispuesto en el artículo 480, en relación con el 465 ibidem, para el caso, es concluyente. En efecto, el Tribunal se refiere, lo mismo que los recurrentes, a la sociedad Agrícola y de Inmigración que se dijo reconstituir por la escritura 319 de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, Notaría de Medellín. Si, pues, por esta escritura se trató de modificar la primitiva Sociedad en alguna forma, esta modificación, conforme al texto terminante del artículo 480 del Código de Comercio, no producía efecto alguno contra terceros, sin el registro y publicación de la manera que designa el artículo 470 ibidem, aunque hubieran sido escriturados, porque la disposición exige conjuntamente esos tres requisitos. Y como tales registro y publicación no se comprobaron, no incurrió el Tribunal en interpretación errónea de los artículos 456 y 551 del Código de Comercio; 2090 del Código Civil, y 2° de la Ley 42 de 1898, ni en error de derecho en la apreciación de la prueba que suministra la escritura 319 de marzo de 1899, Notaría de Medellín, con el cual violara también el artículo 1759 del Código Civil y 681 del Código Judicial, anterior, porque la disposición del artículo 480 del Código de Comercio, en relación con el 465 de la misma obra, es de preferente aplicación como especial en la materia. El cargo no es, pues, fundado.

Segundo motivo. Violación del artículo 472 del Código de Comercio.

Dijo el Tribunal que la nulidad por haberse omitido el

registro y la publicación del extracto social es absoluta por éstos motivos: porque esas formalidades, al tenor del artículo 1740 del Código Civil, han sido establecidas en consideración a la naturaleza de dichos contratos, porque de acuerdo con el artículo 473 del Código de Comercio, ni el cumplimiento tardío de tales solemnidades, ni la ejecución voluntaria del contrato, lo purgan de ese vicio: porque según el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, les está vedado alegar la nulidad absoluta a quienes han intervenido en el acto o contrato; porque siendo las personas jurídicas creadas por la ley, para que se las reconozca como tales en los juicios por activa o por pasiva, es necesario que acrediten que en su formación se han llenado los requisitos exigidos por aquélla para que puedan obrar contra terceros, de acuerdo con los artículos 480 y 479 del Código de Comercio y Ley 42 de 1898, y porque la Corte tiene establecido que la nulidad absoluta puede ser declarada a petición de parte cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, no precisamente haciendo tal declaración, sino desconociendo derechos y obligaciones resultantes del acto o contrato de esa especie.

Objetan los recurrentes que si bien es cierto que el artículo 472 del Código de Comercio establece que la omisión de la escritura social o de cualquiera de las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470 del citado Código, produce nulidad, ello es de modo general, y únicamente entre los socios; que tan cierto es esto, que el artículo 479 de la propia obra estatuye que "el tercero que ha contratado con una sociedad que no ha sido legalmente constituída, no puede por esta razón sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones."

De manera que—continúan los recurrentes—conforme a estas disposiciones, los terceros pueden ser compelidos por la Sociedad a cumplir sus obligaciones y recíprocamente, la Sociedad puede también ser obligada a cumplir las suyas; lo que patentiza, a juicio de los recurrentes, que la Sociedad tiene existencia y personería respecto de terceros, aunque se hayan omitido el registro y publicación del extracto social; que para entender las cosas de la manera como lo hizo el Tribunal, habría que borrar el artículo 472 citado, y mientras el legislador no lo derogue, hay que aplicarlo en su verdadero sentido, y al no haberlo interpretado así el sentenciador, violó tal disposición.

Considera la Corte que el Tribunal no contempló en su fallo el caso del artículo 479 del Código de Comercio, sino el de la Sociedad Agrícola y de Inmigración reconstituída por la escritura número 319 de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, Notaría de Medellín, pero sin el cumplimiento de las formalidades del registro y la publicación del extracto social, y es claro que habiendo incurrido dicha sociedad en esas omisiones, le es aplicable el artículo 480 del Código de Comercio, según el cual los actos enumerados en la segunda parte del artículo 465 de la misma obra, entre los cuales figuran la prórroga de la sociedad y cualquiera otra reforma del contrato social, no producen efecto alguno contra terceros, como ya se dijo en el cargo anterior, si no fueren escriturados, registrados y publicados en la forma que designa el artículo 470 ibidem. Si, pues, por dicha escritura se quiso reconstituir o modificar la Sociedad primitiva pero sin el registro y la publicación del extracto social, mal puede haber errónea interpretación del artículo 472 del Código de Comercio, por parte del Tribunal y por consiguiente violación de tal precepto al declarar que la Sociedad Agrícola y de Inmigración allí reconstituída no tiene personería sustantiva para obrar contra el tercer denunciante señor Mora, puesto que el Tribunal sólo se ajustó a lo establecido en el citado artículo 480 del Código de Comercio. El cargo es, pues, infundado.

Tercer motivo. Violación del artículo 1740 del Código Civil.

Arguyen los recurrentes que el Tribunal violó esta disposición por cuanto declaró que no se cumplió a faltar el registro y la publicación del extracto social, no obstante, agregan los recurrentes, que estos requisitos no forman parte del contrato, que esa disposición se refiere a los requisitos que debe contener el contrato en sí mismo, y que conforme al artículo 1501 del Código Civil y 552 del de Comercio, el requisito esencial sobre constitución de sociedad anónima civil o comercial se cumplió respecto de la Sociedad Agrícola y de Inmigración con el otorgamiento de la escritura del año de 1899, que en copia obra en autos, y porque la solemnidad del registro y la publicación del extracto social no son parte del contrato, pues, que se cumplen en el término de quince días, y si no se llenan en ese tiempo, los socios, no la sociedad, incurren en una pena.

Igualmente infundado encuentra la Corte este cargo, porque si bien es cierto que las formalidades del registro y la publicación del extracto social no hacen parte del contrato y se cumplen después de su celebración u otorgamiento de la escritura respectiva en que se constituye la sociedad conforme al Código Civil, la ley comercial misma, cuyas disposiciones se han citado en el cargo anterior, ha establecido a la vez que la omisión de tales formalidades posteriores al contrato lo dejan sin efecto alguno contra terceros distintos de aquellos con quienes la sociedad ha contratado.

Por lo demás, los expositores de derecho mercantil dicen que la nulidad por incumplimiento de las formalidades del registro y la publicación del extracto social, puede ser invocada como acción o como excepción. (Véase Lion Caen y Renault. **Tratado de las Sociedades**, tomo II, número 215).

El mismo principio establecía el numeral 7º del artículo 479 del Código Judicial que regía cuando se promovió este juicio. Esto naturalmente con la excepción del artículo 479 del Código de Comercio, cuyo alcance, ya se dijo, no es el caso de determinar aquí.

Motivo cuarto. Violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890.

Consideran los recurrentes que el Tribunal viola en su fallo esta disposición, porque ella exige un interés efectivo en el que alega la nulidad, es decir, porque el contrato le cause perjuicio real, y al denunciante Mora ningún perjuicio le causó el contrato celebrado por la Sociedad Agrícola y de Inmigración en marzo de mil ochocientos noventa y nueve: luego dicho denunciante opositor no pudo alegar la nulidad por inexistencia de las sociedades opositoras, con apoyo en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, ni el Tribunal reconocerla como excepción de legitimidad de la personería sustantiva de aquéllas, máxime cuando el vicio no aparece de manifiesto en el contrato.

Sostienen también los recurrentes que el Tribunal violó el artículo 26 de la Constitución Nacional y el mismo artículo 15 de la Ley 95 de 1890, el primero directamente y el segundo por indebida aplicación e interpretación errónea, en el siguiente aparte del fallo:

"Se ha alegado también por los interesados de la Sociedad Agrícola que la nulidad no puede reconocerse sin audiencia de todos los interesados en el contrato de sociedad. A esto se responde que el debate no rueda sobre una acción de nulidad, sino sobre la existencia legal de las sociedades opositoras. Las personas son naturales o jurídicas. Estas las reconoce la ley como una ficción (artículo 633 del Código Civil), siempre que en su formación se llenen los requisitos que la misma ley establece, de forma que en un debate judicial en que por activa o por pasiva se presenten estos vicios, es menester comprobar los hechos que las mismas leyes señalan para aceptar la ficción. Sin demostrar estas circunstancias, no se puede tener como parte actora o como parte opositora a ninguna persona jurídica. Ello es obvio y por eso huelga la cita de los diversos textos legales que tratan este punto. En el particular tiene sentada la Corte esta doctrina: la disposición del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, según el cual la nulidad absoluta debe ser declarada por el Juez sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, no significa precisamente que en la parte dispositiva de la sentencia se pronuncie sobre la nulidad, sino que el Juez no puede otorgarle ningún valor a un acto o contrato afectado manifiestamente de nulidad absoluta, para efecto de declarar derechos u obligaciones emanadas de él, sin que para ello sea necesario que alguna de las partes haya pedido la declaración de nulidad. (Casación de 15 de junio de 1892, Gaceta Judicial, página 261; Casación de 17 de agosto de 1893, Gaceta Judicial, tomo IX, página 2ª; 12 de septiembre de 1909, Gaceta Judicial, tomo XIX, página 40, Jurisprudencia de la Corte, números 2591 y 2594).

En apoyo de este cargo dicen los recurrentes que el párrafo de la sentencia de la Corte citado por el Tribunal reposa sobre la base de que el vicio de nulidad absoluta aparezca manifiestamente en el contrato, lo que no ocurre en el caso que se contempla de la Sociedad Agrícola y de Inmigración y por consiguiente tal doctrina no le es aplicable; al contrario, sí le son aplicables decisiones de la misma Corte en las cuales ha dicho que el contrato o acto viciado de nulidad absoluta tiene existencia real aunque viciosa, que no equivale a la nada, que crea una situación jurídica que subsiste y produce efectos mientras no se declare judicialmente la nulidad; y además, que, como la acción de nulidad tiene por objeto destruir el vínculo de derecho formado entre las partes contratantes y restablecer las cosas al estado anterior, es claro que esa declaración no puede ser hecha sin audiencia de las respectivas partes contratantes, doctrina inspirada sin duda, dicen los recurrentes, en el artículo 26 de la Constitución, según el cual nadie puede ser condenado sin que se le haya oído y vencido en juicio, con observancia de la plenitud de formas propias de él, y en el artículo 846 del Código Judicial, al tenor del cual la sentencia dada en un pleito no perjudica sino a las partes, a sus herederos y a los que después adquieran la cosa que fue objeto del litigio.

De suerte que, continúan los recurrentes, por amplio que se considere el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, ni el Juez de la primera instancia, ni el Tribunal, pudieron por sí ni a petición del demandado denunciante, declarar que la Sociedad Agrícola y de Inmigración no tienen personería sustantiva, o lo que es igual, que no adquirió existencia legal, o que el contrato constitutivo de ella es absolutamente nulo, porque en el juicio en que se hizo la declaración no figuran los contratantes, que lo fueron el Departamento de Antioquia y don Francisco de Villa, que es persona diferente de los socios individualmente considerados y el señor Mora.

Respecto de los dos cargos anteriores, o sea de la violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890 y 26 de la Constitución fundada en las consideraciones hechas por los recurrentes y relativas a la persona que puede alegar la nulidad absoluta, con audiencia de quienes puede declararse y los efectos del acto o contrato mientras se hace tal declaración de nulidad, observa la Corte que son en realidad extraños al caso que se contempla y por consiguiente no acreditan dichos cargos porque en definitiva el Tribunal sólo decidió lo relativo a la falta de personería sustantiva de la Sociedad Agrícola y de Inmigración reconstituída en el año de 1899, para obrar contra el tercero denunciante del baldío Casamora, con apoyo en el artículo 480 del Código de Comercio, por no haber cumplido dicha Sociedad con la obligación legal de registrar y publicar el extracto social, sin que el Tribunal declarara nulidad absoluta del contrato en la parte resolutiva de su fallo, caso afirmativo en el cual podrían tener cabida tales alegaciones. Por eso no prosperan tales cargos.

Motivo sexto. Violación de los artículos primeros de las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874, por interpretación errónea y por error de hecho al apreciar la Resolución del Ministerio de Hacienda de once de marzo de mil novecientos diez y seis y de la sentencia del Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—de 23 de septiembre de 1923.

Anotan los recurrentes que el Tribunal dice que ninguna de las dos leyes citadas determinaron por sus linderos las tierras que se cedieron por ellas, pues que la primera sólo expresa que la Nación cede al Estado de Antioquia doscientas mil hectáreas de tierras baldías de las existentes en el territorio antioqueño, para el fomento de la inmigración, en el lugar que eligiera el Presidente de dicho Estado, y la segunda que cede cien mil hectáreas para auxiliar y facilitar la construcción y explotación del Ferrocarril cuya construcción se había contratado con el señor Cisneros, a ambos lados de la vía y en lotes alternados de a diez mil hectáreas cada uno; que esa determinación no se hizo ni pedido la adjudicación de las tierras, por lo cual no se sabe si el terreno denunciado por el señor Mora forma parte de alguna de aquellas cesiones.

A estos conceptos del Tribunal observan los recurrentes:

1ª Que la concesión 3ª de las hechas en la Ley 18 de 1874 al Estado de Antioquia dice:

"Cien mil hectáreas de tierras baldías a ambos lados del camino, y en lotes alternados de a diez mil hectáreas con las que se reserva la Nación o el Estado de Antioquia en el caso de que éste tome allí las que se le han cedido por leyes anteriores."

Que esta Ley facultó, pues, al Estado de Antioquia o a su Presidente, para tomar las doscientas mil hectáreas de que habla la Ley 63 de 1872, únicas que se le habían cedido antes, en los espacios que mediaran entre aquellos lotes alternados.

2ª Que la Ley antioqueña número 36 de 1877, ordenó al Administrador General del Tesoro, entre otras cosas, que cediera al que rematase las cien mil hectáreas de que

trata la misma Ley, todos los derechos y acciones que tenían el Estado de Antioquia, de conformidad con la Ley nacional 63, de junio de 1872, y con el inciso 3° del artículo 1° de la Ley nacional 18, de mayo de 1874, y el administrador cumplió ese deber en la escritura otorgada por él en Medellín el 8 de junio de 1878, número 334, pues allí dijo el otorgante en relación al señor Cisneros, que había sido el rematador de dichas cien mil hectáreas.... cediendo y traspasando, como cede y traspasa también a dicho señor Cisneros, todos los derechos que al Estado (de Antioquia) corresponden sobre las tierras baldías a que se refiere la Ley nacional 63, de junio de 1872 y los que le fueron reservados al Estado y a éste corresponda, según lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 1° de la Ley nacional 18, de 1874. Con esto queda dicho, anotan los recurrentes, que respecto de las cien mil hectáreas de las doscientas mil de la Ley 63, adquirió el señor Cisneros el derecho de tomarlas a lado y lado del Ferrocarril, con las cien mil de la Ley 18; que este derecho pasó a la primitiva Sociedad Agrícola, porque el señor Cisneros aportó a ella todo lo que había adquirido del Estado de Antioquia, según el contrato social, y de esta primera sociedad pasó todo lo que ella tenía a la segunda, de acuerdo con el artículo 1° de sus estatutos.

3° Que en ese estado las cosas, el doctor Climaco A. Palau, como mandatario de la nueva Sociedad, le dirigió un memorial al Ministerio de Obras Públicas, encargado en esa época de los asuntos de baldíos, con fecha diez y nueve de mayo de mil novecientos once, en que le dijo lo que puede resumirse así: que tanto las cien mil hectáreas de tierras baldías cedidas al Estado Soberano de Antioquia por la Ley 18 de 1874, como las otras cien mil de que habla la Ley 63 de 1872, que pasaron a poder del señor Francisco Javier Cisneros, y unas y otras después a la Sociedad Agrícola y de Inmigración formada por el Departamento de Antioquia y el señor Francisco de Villa, debían adjudicarse a esta Sociedad en un lote continuo; y que como en el Distrito de Puerto Berrío había un lote de baldíos que excedía de trescientas mil hectáreas, pedía al efecto que allí se hiciera la adjudicación, tomando por base la línea del Ferrocarril y en dos lotes que el memorialista determina por linderos.

4° Que el lote de baldíos denunciado por el señor Mora se comprende dentro de los linderos de aquellos dos lotes.

5° Que de lo anterior aparece, contra lo que dice el Tribunal, que sí se determinó por sus linderos el terreno (las doscientas mil hectáreas) de que habla el litigio y que se pidió su adjudicación con las formalidades legales.

6° Que en virtud de la solicitud del doctor Palau se reconocieron a la Sociedad Agrícola sus derechos a las cien mil hectáreas de la Ley 18 de 1874, y que si se le negaron las otras cien mil, esa negativa fue anulada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 23 de septiembre de 1918, que los recurrentes anuncian en copia, pero que no presentaron. Que en virtud de ese memorial del doctor Palau y de la copia del fallo del Consejo de Estado, es inexplicable que el Tribunal le haya desconocido sus derechos a la Sociedad Agrícola, pues que si bien es cierto que no vino a los autos la copia del memorial del doctor Palau sin culpa de la Sociedad, porque en tiempo se pidió dicha copia al Ministerio respectivo, no es justo que la Sociedad soporte los perjuicios provenientes de un empleado; que lo justo en tal caso es que la Corte, en auto para mejor proveer, pida dicha copia; que esa copia en realidad no era necesaria para reconocer los derechos de la autoridad judicial desde el momento que ya habían sido reconocidos por la administrativa, pues que esos derechos nacieron de las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874 y pasaron a la Sociedad opositora; que lo de la mensura de las tierras, levantar planos y pedir adjudicación, se hacen porque se tienen aquellos derechos y únicamente para determinar el terreno en que éstos radican y datan en este caso desde cincuenta años antes de que el señor Mora denunciase el terreno. Que se trata de un derecho adquirido con justo título invulnerable por leyes posteriores, conforme al artículo 31 de la Constitución.

De todo lo anterior deducen los recurrentes que la sentencia es violatoria por interpretación errónea de las citadas Leyes 63 y 18, porque el Tribunal entiende que para adquirir derechos en las tierras a que ellas se refieren, se necesitaba determinarlas por linderos, solicitar su adjudicación y obtenerla; e incurre el mismo fallo en error de hecho evidente al estimar la prueba que suministran la sentencia del Consejo de Estado y la Resolución número 50 del Ministerio de Hacienda, de once de marzo de mil novecientos diez y seis.

Obsérvase:

El Tribunal no desconoció que por la Ley 63 de 1872 se cedieron al Estado Soberano de Antioquia doscientas mil hectáreas de tierras baldías destinadas al fomento de la inmigración, tomándolas en el territorio antioqueño en el lugar que indicara el Presidente de dicho Estado; que por la Ley 18 de 1874, se cedieron también otras cien mil hectáreas de tierras baldías al mismo Estado para tomarlas a ambos lados del camino o vía férrea de Puerto Berrío o Barbosa, en lotes alternados de a diez mil hectáreas, con las que se reservara la Nación o aquel Estado en los mismos puntos; que la Ley 46, de mayo de 1875, ordenó al Poder Ejecutivo hiciera un contrato con el Gobierno del Estado de Antioquia sobre el pago de una suma de dinero a que se refería una de las concesiones de la Ley 63 de 1872 (de la 18 de 1874, debió decirse); que ese contrato se hizo y en relación con las cien mil hectáreas se reconoció (artículo 1°), que al Estado de Antioquia o a quien representara sus derechos, se expedirían títulos por las cien mil hectáreas; que en el contrato de construcción del ferrocarril de Antioquia celebrado el 14 de febrero de 1874, entre dicho Estado y el señor Cisneros, aprobado por la citada Ley 18 de 1874, se estipuló que el Gobierno de Antioquia practicaría las diligencias necesarias para que el Gobierno Nacional otorgara entre otras concesiones, éstas:

"4° Títulos de propiedad por cien mil hectáreas baldías a ambos lados de la línea en lotes alternados con los que se reserve el Estado; que hecha la concesión de las cien mil hectáreas por la Ley 18 de 1874, en el contrato adicional del Estado de Antioquia con el señor Cisneros, de dos de mayo de mil ochocientos ochenta y dos, se estipuló (artículo 22), que las cien mil hectáreas de esa Ley se cedían al señor Cisneros. También reconoce el sentenciador que en cumplimiento de la Ley 63 de 1872, el Estado Soberano de Antioquia expidió la Ley 36 de 1877, en la cual se dispuso ceder al individuo o compañía que lo solicitara, las cien mil hectáreas de tierras baldías en bonos territoriales de los que poseía el Estado, en los términos y las condiciones establecidas en dicha Ley; que en la escritura número 478 de siete de agosto de mil ochocientos setenta y ocho, por la cual los señores Fran-

cisco Javier Cisneros, Jorge Bravo y Francisco de Villa, constituyeron la primitiva Sociedad Agrícola y de Inmigración, se estipuló que el objeto de la Sociedad era el de "adquirir en propiedad las cien mil hectáreas de que trata la Ley 36 antioqueña y las otras cien mil a que tenía derecho el señor Cisneros como contratista del Ferrocarril de Antioquia, con un capital limitado consistente en esas doscientas mil hectáreas (artículo 2° de dicho contrato). Que en la escritura número 319 de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, por la cual se dijo reconstituir la Sociedad Agrícola y de Inmigración, se estipuló que esta Sociedad se proponía hacer efectivos los derechos adquiridos por ella sobre las cien mil hectáreas de baldíos de que trata la Ley antioqueña 36 de 1877, y las otras cien mil hectáreas que pertenecían al señor Cisneros, y procederá inmediatamente a obtener, previas las formalidades legales, la posesión legal de dichas tierras," y obtenida que sea la adjudicación definitiva de las tierras, la citada Sociedad continuaría otras operaciones. Pero dice el Tribunal, y es exacto, que ni en la concesión hecha en la Ley 18 de 1874, ni en la sentencia número 36 de 1877, del Estado de Antioquia, se transmitieron cuerpos ciertos o tierras determinadas al señor Cisneros; que no hay prueba de que entonces, ni en la actualidad, se haya hecho elección determinada, ni mensura, ni adjudicación de las aludidas tierras, por lo cual no hubo tradición de ellas, sino de bonos de concesión o títulos territoriales, que era lo poseído por el Estado de Antioquia, según lo expresa el mismo legislador, cuando al referirse a la Ley 36 de 1877, expresó que la cesión de tierras baldías se hacía a base de bonos que poseía el Estado y no de cuerpos ciertos. Que para los dos grupos de cien mil hectáreas era menester la tradición, determinación y alinderación de las tierras, cosa que no aparece ni en aquellas leyes, ni en las transmisiones a las dos Sociedades, las que como el señor Cisneros sólo tenía bonos, que no son modos de adquirir, conforme a la ley; que quien tiene bonos no tiene tierras sino concesiones de baldíos, y para adquirirlas necesita la adjudicación, previa la mensura correspondiente, porque de acuerdo con el Decreto ejecutivo de 7 de enero de 1870, vigente en 1872, toda declaración de concesión de tierras baldías, aunque emanara de un acto legislativo, y aunque fuera en favor de los Estados, debía hacerse por la Secretaría del Interior o por la de Hacienda, previa una tramitación especial y una determinación clara y precisa, que era "el comprobante del derecho a determinado número de tierras, previo registro, que las sociedades opositoras requerían para acreditar su dominio a los baldíos, según el mismo Decreto, el certificado registrado de la autoridad que entonces hacía la adjudicación en que constaran el denuncio, mensura y aprobación del Poder Ejecutivo, y que ninguna adjudicación, de cualquier naturaleza que fuere, se tendrá como válida, si no constaba o no se probara por el documento dicho. Dice en seguida el Tribunal que después del Decreto del año de 1870, vino otro que rigió hasta 1875, con las mismas exigencias que las del anterior, y después el Código Fiscal del año de 1873 que conservó lo que requería el Decreto de 1870 (Título 10).

"Según la legislación de aquel entonces—continúa el Tribunal—las concesiones de tierras a los Estados Soberanos debían hacerse a base de expedición de títulos de concesión enajenables y transmisibles por endoso, sobrentendiéndose que para obtener la adjudicación de tierras a cambio de ellos, era preciso llenar las formalidades exigidas en el capítulo 4° del Título del expresado Decreto. Así lo decía perentoriamente el artículo 872, de manera que era menester denuncio, formación de expediente, alinderación, mensura, planos, adjudicación y entrega material. En la legislación posterior, hasta llegar a la actual, se mantuvo la exigencia de los mismos requisitos, con pocas variaciones de forma. (Véanse las Leyes 61 de 1874 y la 48 de 1882, artículo 4°). El Gobierno al expedir la circular de 15 de octubre de 1881 (Diario Oficial número 6230), en interpretación de los artículos 932 y 933 del Código Fiscal y 15 de la Ley 61 de 1874, manifestó que no podía considerarse efectuada y perfeccionada la tradición del dominio de tierras baldías si no se obtenía el título que acreditara la propiedad adquirida. Esa circular dice de modo textual:

"Este título—el de propiedad—lo constituyen en unos casos las diligencias de adjudicación, demarcación y entrega del terreno por los funcionarios nacionales que determinan las leyes y decretos ejecutivos sobre la materia, y en otros, la escritura pública registrada conforme al Código Civil, en la cual se contengan las diligencias que enumera el artículo 931 del Código Fiscal. Pero en todo caso, la tradición del dominio reposa sobre la adjudicación decretada por el Poder Ejecutivo Nacional; sin ésta, la tradición no tiene lugar aunque por leyes generales o especiales se haya hecho la concesión de tierras baldías. Pertinentes a este punto son las Leyes 56 de 1905 (artículos 3°, 4°, 9°, 17 y 27); 36 de 1907; 25 de 1908 (artículo 6°); el Decreto ejecutivo número 1279 de 1908 (Diario Oficial número 13), y por último, las Leyes en vigencia: la 110 de 1912; 71 de 1917 y 85 de 1920, y las que adicionan y reforman estas dos últimas."

Y concluye el Tribunal:

"Todas estas leyes y las resoluciones administrativas y circulares que se expidieron en aplicación e interpretación de ellas, lo mismo que los decretos reglamentarios, permiten concluir, de modo incuestionable, que cuando se expidieron las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874, y con posterioridad a la vigencia de éstas, la adjudicación de los baldíos, bajo cualquier título requería y requiere determinación, mensura y entrega, por más que a la concesión sirviera de título una ley especial. En otros términos, concluye el Tribunal, los actos legislativos que han hecho concesiones de tierras baldías desde 1870 hasta hoy, no son modos de adquirir el dominio de esas tierras, pues fue menester entonces y lo es hoy, el cumplimiento de ciertas formalidades que deben preceder a la adjudicación. Y si esto se dice de la ley, con mayor razón de los bonos o títulos de concesión.

Observa la Corte que si conforme a todo lo anterior, el Tribunal reconoció que la Sociedad Agrícola y de Inmigración, constituida en mil ochocientos setenta y ocho, adquirió por las Leyes 63 de 72 y 18 de 74, y los aportes que a ella hizo el señor Cisneros, derechos representados en bonos de tierras baldías, en número de doscientas mil hectáreas, para que se adjudicaran en el Estado Soberano de Antioquia, que es lo que tales leyes y contratos establecen, como se ve en los primeros apartes relacionados en este cargo, no violó el sentenciador dichas leyes y documentos por error de hecho ni por interpretación errónea.

Ahora: los recurrentes no han demostrado que el Tribunal hubiera incurrido en error de derecho al interpretar las distintas leyes y decretos en que el sentenciador

se apoya para deducir que la Sociedad Agrícola y de Inmigración no adquirió tierras por su determinación y adjudicación, mediante el registro del título respectivo. Y si este título registrado no se ha presentado, mal puede haberse violado por el Tribunal el artículo 31 de la Constitución Nacional, sobre derechos adquiridos, que se oponga al denuncio del señor Mora.

Por lo que hace al error de hecho en que se dice incurrió el Tribunal en la apreciación del memorial del señor Palau y de la sentencia del Consejo de Estado, y consiguiente violación de las mismas Leyes 63 y 18, hasta observar que en autos no figura ninguno de estos documentos. La petición de una prueba en los grados del juicio no es suficiente para acreditar el derecho, si esa prueba no se trae por la parte que la ha pedido.

Auto para mejor proveer sólo puede dictar la Sala después de casar un fallo y para resolver en instancia, antes nó.

Motivo séptimo. Violación de los primeros artículos de las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874.

Dijo el Tribunal:

"Para rechazar la primera petición de los oposicionistas, basta formular las deducciones que se desprenden de las premisas anteriores, a saber:

1ª Ni el Estado Soberano de Antioquia, ni el Departamento del mismo nombre, ni la Sociedad Agrícola y de Inmigración se han sujetado a las formalidades de la legislación fiscal para obtener el derecho in re, esto es, el dominio de determinadas tierras.

"2ª No ha habido adjudicación, tradición ni entrega material a aquellas entidades, ni en forma alguna se ha demostrado la posesión sobre el terreno Casamora, infirmando la prueba del denuncio que requiere el Código Fiscal para la viabilidad de él.

"3ª Ni la ley ni los títulos de concesión de la ley o el contrato que autorizó la expedición de bonos determinaron la singularidad de las tierras que es menester al denuncio la adjudicación y la entrega."

De ilógicos tachan los recurrentes estos razonamientos del Tribunal, porque aun siendo ciertos—anotan—lo que allí se dice por el sentenciador, eso no se oponía a que sea verdad que las referidas tierras de que hablan las Leyes 63 y 18, no se tuvo en cuenta que desde las primeras peticiones de la demanda se dijo que a tales tierras se les dio un destino especial, en términos que no se les puede dar otra aplicación, porque perdieron el carácter de tierras baldías denunciables por personas distintas del cesionario o de las personas a quienes los sucedieron en sus derechos, desde que entraron en vigencia aquellas Leyes. Que no hay duda de que a las tierras cedidas por las Leyes 63 y 18 se les dieron destinos especiales, las de la primera Ley, para el fomento de la inmigración, y las de la segunda, para auxiliar la construcción del ferrocarril, y por consiguiente no se les puede dar otra aplicación, destinándolas a cultivadores o colonos, porque de otro modo se desatenderían tales leyes, equivaldría a derogarlas, no por el legislador, único que puede hacerlo, sino por los que desconociesen los derechos al cesionario o a quienes lo representan; que las tierras cedidas para destinos especiales se sujetan a las leyes especiales que las ceden, y las destinadas a cultivadores o colonos, a las leyes generales sobre la materia; que sobre las primeras adquieren derechos exclusivos los cesionarios, y sobre las segundas, los ocupantes, que desde que se cede una cosa adquiere derecho en ella el cesionario, ya se haga la cesión por una entidad pública o por una persona natural, pues si así no fuera se desnaturalizaría el significado genuino de la palabra ceder; cesión que puede recaer sobre toda la cosa del cedente o sobre una parte de ella; pero en uno y otro caso el cesionario adquiere el derecho que se le cede; que tal fue lo que ocurrió con las tierras de que tratan las Leyes 63 de 1782 y 18 de 1874, tántas veces citadas. Que una cosa es el derecho que se cede y la posesión material de la cosa, derecho que subsiste aunque no se tenga esa posesión.

Por consiguiente—concluyen los recurrentes—el rechazo o desconocimiento por parte del Tribunal de las primeras peticiones de las demandas de oposición, implica violación por interpretación errónea de los artículos primeros de las Leyes 63 y 18, que son los aplicables de los en que se apoya la sentencia, porque los demás contemplan reglas generales en materia de baldíos, y porque casi todas ellas, las anteriores a mil novecientos doce, fueron expresamente derogadas por el artículo 450 del Código Fiscal, que empezó a regir ese año, fuera de que por reglamentar íntegramente la materia es aplicable el artículo 5º, numeral 3º, de la Ley 57 de 1887.

Se considera:

El Tribunal reconoció que las Leyes 63 y 18 fueran especiales sobre cesión de tierras baldías, pero dijo que no habiéndose determinado dichas tierras por mensura y linderos, presentación de planos, adjudicación definitiva hecha por el Poder Ejecutivo, posesión material y demás requisitos exigidos por el Decreto de 7 de enero de 1870, que regía cuando se expidió la primera de dichas Leyes, y el Código Fiscal de 1873, bajo cuya vigencia se expidió la segunda, no podía reconocerse por no haber presentado los opositores comprobantes, que tuvieran derecho preferencial en tales tierras, concepto que, lejos de implicar errónea interpretación de tales actos legislativos, se ajusta a ellos; porque es claro que para tener preferencia sobre una cosa es preciso saber primero cuál es esa cosa, de modo que no se confunda con otra similar; en este caso el número de hectáreas de tierras baldías para que por las concesiones de las citadas leyes hubieran quedado desde la expedición de éstas fueran del derecho, y salieran del campo de las que pueden adjudicarse a cultivadores o colonos. La misma Ley 63 de 1872 declara expresamente que "los gastos que ocasione **la mensura de las tierras cedidas por el artículo 1.º y los demás que sean necesarios para llevar a cabo la cesión** (lo subrayado es de la Corte), lo que implica que por la sola Ley no quedó perfeccionada la cesión de las tierras, como pretenden los opositores recurrentes. Otro tanto ocurre respecto de las cien mil hectáreas de que habla la Ley 18 de 1874, porque aunque ella dice que la cesión se realizaría sobre tierras baldías, a uno y otro lado de la línea del ferrocarril de Antioquia, era preciso la mensura y determinación de tales hectáreas, para separarlas de las que la Nación o el Estado tenían derecho de reservarse, conforme a la misma Ley, en una extensión que se ignoraba y se ignora. Es cierto que la ley puede ser título y modo de adquisición de una cosa raíz, cuando en ella se determina o singulariza dicha cosa, y que en la acción reivindicatoria no es necesario para que esta acción prospere, que el reivindicador haya poseído la cosa, pero es porque en el título mismo está determinada la cosa, y si es un terreno, por sus linderos, ya provenga el derecho del reivindicador de cesión o de

otro título. No habiéndose determinado en las mismas Leyes 63 y 18 las hectáreas de tierras baldías a que ellas se refieren por sus linderos, de modo de separarlas de las demás hectáreas que se reservó la Nación, no puede concluirse que el Tribunal incurriera en evidente error en la interpretación de tales leyes, al no reconocer a las Sociedades opositoras derecho preferente al del denunciante de dichas tierras.

Hay más: si tanto el Estado de Antioquia como el señor Cisneros solicitaron y obtuvieron la expedición de los bonos o títulos de las tierras cedidas por las Leyes 63 y 18 después de la expedición de éstas, conforme a las constancias de que tratan los folios 13 vuelto y 14 del cuaderno de pruebas del denunciante Mora, fue porque aquéllos entendieron que para perfeccionar la cesión de tierras„ de que hablan tales Leyes, necesitaban seguir la tramitación subsiguiente a la expedición de los bonos, o sea la mensura y adjudicación de las tierras, de acuerdo con el derecho común entonces, y no lo hicieron, ni consta que lo hayan hecho hasta el presente, sin que valga alegar, como lo hacen los opositores, que después se convencieron de que las solas Leyes les daban derecho preferente y perfecto a tales tierras sin aquellas formalidades, porque eso es apenas un concepto que resulta contradicho con el hecho de que por la Ley 7ª de 1881, el Gobierno Nacional ordenó expedir títulos de tierras baldías a uno y otro lado del ferrocarril de Antioquia, en cumplimiento de la Ley 18 de 1874: luego las solas Leyes no lo constituían.

Arguyen los recurrentes que algunas de las disposiciones legales y ejecutivas que cita la sentencia eran inaplicables al caso, por haber sido expresamente derogadas por el Código Fiscal que empezó a regir en mil novecientos doce, y por ser de carácter general. Pero la Corte observa, de un lado, que, como se ha dicho, las Leyes 63 y 18 no establecieron expresamente la excepción a las reglas generales que sobre el particular regían cuando se expidieron, sobre formalidades para adquirir el dominio perfecto de las tierras baldías de que tratan, y de otro, el hecho de que esas reglas generales hubieran sido derogadas expresamente, o por haberse regulado íntegramente la materia, no quiere decir que no rigieran en la época coetánea a la que contemplan las que son materia del litigio.

Tampoco parece siquiera comprobada la afirmación del demandante De Villa (hecho 8º de la demanda), que la Sociedad Agrícola y de Inmigración tomara posesión de las doscientas mil hectáreas de baldíos a uno y otro lado del Ferrocarril de Antioquia, y que continuara en esa posesión hasta la época en que el denunciante Mora entró a ocupar parte de esas tierras.

Motivo octavo. Violación de las disposiciones legales que cita la sentencia, por indebida aplicación, por ser generales y estar derogadas; violación otra vez de las Leyes 63 y 18 por errónea interpertación, y violación directa de la regla 1ª del artículo 3º de la Ley 57 de 1887.

Dicen los recurrentes que el Tribunal rechazó la segunda petición de la demanda (en cuanto al derecho preferente de los opositores), haciendo la consideración de que desde la Ley 5ª de 1848 (disposiciones que han regido sobre baldíos) hasta las demás, ha dominado el principio de que el colono o cultivador prefiere a cualquiera otro aspirante, y no cede su título sino ante otro que tenga título de propiedad, con tal que ese título anterior a la ocupación por el cultivador, lo que hace el Tribunal, anotan los recurrentes, con apoyo en leyes casi todas derogadas, y en un fallo de la Corte, según el cual "contra los cultivadores de baldíos no hay otro título que el de adjudicación de las tierras y los que se deriven de ese"; de donde concluye el sentenciador que no existe el derecho preferente que invocan las demandas sobre el terreno denunciado por el señor Mora, tanto menos cuanto que el denunciante comprobó que el terreno era baldío y que lo ocupaba con cultivos y ganados.

A esto observan los recurrentes que no es exacto que el principio de que habla el Tribunal haya tenido nunca el carácter de absoluto, por estos motivos: porque el artículo 1º de la Ley 51 de 1874, si bien daba a los colonos derecho de propiedad sobre los terrenos que cultivaran, estableciendo en ellos casa de habitación, etc., ese tenía lugar cuando no se había dado a tales terrenos un destino especial, de modo que en este caso ese destino preferia al derecho del cultivador; porque, conforme al artículo 4º de la misma Ley, los colonos que estén en posesión de tierras baldías serán considerados como propietarios de las porciones cultivadas y treinta hectáreas más; y que se entendían poseedores los que hubieran fundado habitación y cultivos permanentes por más de cinco años; pero que como el denunciante Mora no ha dado esa prueba, no se le puede reconocer ni como propietario ni como poseedor, no puede tener derecho preferente sobre las Sociedades opositoras, porque el artículo 2º de la Ley 48 de 1882, también citada en la sentencia, establece que al cultivador se le pueden disputar sus derechos en juicio ordinario, que es cabalmente lo que ocurre con lo que defiende el señor Mora. Pero que no había para qué entrar en esos detalles—continúan los recurrentes—porque el punto lo resuelve el principio de hermenéutica establecido en la regla 1ª del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, según el cual la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general, lo que equivale a decir que a las disposiciones generales sobre baldíos prefieren las especiales de las Leyes 63 y 18 citadas; mas si se tiene en cuenta que las tierras baldías destinadas a ciertos fines salen del rol de las que, conforme a las leyes generales sobre la materia, pueden denunciarse y adquirirse por cultivadores u ocupantes con ganados, de modo que quien ocupa las primeras entra en un campo vedado, lo que no es un simple raciocinio, sino un principio consagrado en la letra d) del artículo 69 del Código Fiscal actual y en el derogado, pues que según él, el que pretenda adquirir tierras baldías a título de cultivador o de ocupante con ganados, debe comprobar las circunstancias de que el terreno que pretende no está destinado a ningún servicio público, ni dentro de él extensiones correspondientes a minas de aluvión en explotación, de modo que si no da esa prueba, o si resulta la existencia de alguna de esas circunstancias, ningún derecho adquiere el denunciante contra los dueños de las minas o contra el favorecido con el servicio o uso especial, lo que se confirma, dicen los recurrentes, con lo establecido en el artículo 46 del Código Fiscal, pues que al hablar de la aplicación de los terrenos baldíos, dice, letra f):

"A objetos especiales que determine la ley."

De lo anterior, concluyen los recurrentes, que la negativa de la segunda petición de las demandas de oposición implica: violación de las disposiciones que cita la sentencia, violación directa por interpretación errónea de las Leyes 63 y 18, y violación directa, también de la regla 1ª del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, que es aplicable al punto controvertido.

Se observa:

Aunque sea cierto que las disposiciones legales que cita el cargo no prevalezcan sobre el principio legal de que las cosas muebles o inmuebles destinadas por la ley a objetos especiales, no pueden destinarse a otro objeto, en este caso los baldíos a cultivadores o colonos, el Tribunal no ha sentado la tesis contraria, sino que no habiéndose determinado por linderos en las mismas Leyes 63 y 18, tántas veces citadas, ni después por los medios legales entonces vigentes, las hectáreas de baldíos a que dichas Leyes se refieren, o sea que no sabiéndose cuáles eran esas hectáreas destinadas a objetos especiales, había que atenerse a los principios sobre baldíos, establecidos desde la Ley 8ª de 1848, y posteriores, según los cuales los cultivadores o colonos son protegidos por la ley, y sólo pueden ser vencidos en juicio contradictorio cuando el opositor aduzca título anterior y completo del dominio. No resultando de las leyes citadas la determinación de las cosas destinadas a objeto especial, el cargo de violación directa y por interpretación errónea de dichas leyes y de la regla 1ª del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, carece de base.

Por último, en cuanto el cargo se funda en no haber comprobado el denunciante Mora que en el terreno comprendido en el denuncio tuviera cultivos o los ocupa con ganados, también es infundado, pues de las declaraciones con que se acompañó el denuncio aparece la prueba de los hechos que niegan los recurrentes.

Dicen los recurrentes que el Tribunal negó la tercera petición de la demanda de oposición, relativa a que no se puede adjudicar al denunciante Mora el terreno, por ser consecuencial de las dos anteriores. A esto observan los recurrentes que si debió hacerse por las mismas razones que expusieron en el cargo anterior; pero como nada nuevo alegan, y ya se desechó el cargo anterior, nada queda por contestar.

Motivo noveno. Violación del artículo 2141 del Código Civil; 535, 590 y 541 del Código de Comercio vigente, y 251 del Código de Comercio de 1853, que regía en Antioquia cuando se constituyó la primera Sociedad Agrícola y de Inmigración. Este cargo se refiere a lo que dijo el Tribunal para reconocer que el señor Francisco de Villa, a quien representa uno de los concurrentes, no tenía personería para hablar en nombre de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, que se hizo constar en la escritura número 478, de agosto de mil ochocientos setenta y ocho.

Dijo el Tribunal:

"Para las pretensiones de la segunda demanda, la del señor De Villa (Francisco), que habla en nombre de la Sociedad de mil ochocientos setenta y ocho, se tropieza con la dificultad de no haber constancia en los autos de la representación de la Sociedad en liquidación, y como todo aquel patrimonio se dijo incorporado a la de mil ochocientos noventa y nueve, no hubo materia de liquidación, y por ende, patrimonio que quedara a cargo del señor Villa. Este habla a nombre de la Sociedad en liquidación, descartando así la Sociedad de hecho o comunidad. La escritura de constitución de la Sociedad de mil ochocientos setenta y ocho vino—ya se dijo—incompleta, por querer de la misma parte actora. En la copia faltan cláusulas importantísimas, que debiera tener a la vista el fallador para hacer los pronunciamientos en pro de la entidad de que habla el instrumento. Por ese áspecto habría que aplicar el artículo 542 del Código Judicial. Asimismo falta la prueba de que el señor Villa fue nombrado Liquidador de la Sociedad de mil ochocientos setenta y ocho. Al folio 32 aparece copia de un acta en que fue nombrado Vicepresidente, con fecha nueve de diciembre de mil ochocientos setenta y siete, pero se observa que este acto fue anterior a la constitución de la Sociedad (siete de agosto de mil ochocientos setenta y ocho), y mal puede admitirse como su personero a quien no fue nombrado por ella, ni durante su existencia. Y en hipótesis, admítase que el cargo se le confió durante la Sociedad, y así también habría perdido la representación al disolverse la Sociedad, porque según los artículos 536 y siguientes del Código de Comercio, esta personería incumbía al liquidador, este nombramiento no aparece en parte alguna. El nombramiento de liquidador debieron hacerlo los asociados, por tratarse de un verdadero contrato de mandato, relacionado con la nueva situación de la Sociedad y de los intereses de los socios. Que por eso ha dicho la Corte que "cuando una compañía está en liquidación, su personería radica en el liquidador. Es él quien liquida y cancela las cuentas, quien continúa y concluye las operaciones pendientes al tiempo de la disolución, quien representa en juicio a la Sociedad, activa y pasivamente."

De lo anterior dedujo el Tribunal que no está plenamente demostrado en autos la existencia legal de las Sociedades opositoras.

Dicen los recurrentes que la sentencia desconoce tanto la personería del señor Juan B. Arango M. como la del señor Villa, porque respecto de la primera aparece que la Sociedad constituida en mil ochocientos setenta y ocho se disolvió por haber llegado el tiempo de su duración; que no le quedó patrimonio, porque lo incorporó en la segunda Sociedad, reconstituida en mil ochocientos noventa y nueve; y la personería del señor De Villa, porque el carácter de Vicepresidente de aquella Sociedad que alega el señor De Villa, se la dio antes de constituirse la Sociedad, y porque no hay prueba de que se le hubiera nombrado liquidador, para que pudiera representar a la Sociedad, caso que ésta existiera.

Como es bien claro—continúan los recurrentes—la demanda del señor De Villa se estableció para el caso de que no prosperara la del señor Arango, porque se estimara que la segunda Sociedad no había tenido existencia, por no haberse publicado el extracto social, y habiéndose declarado inexistente la segunda Sociedad por la sentencia, en términos que no pasó a ella patrimonio alguno, por ser nula, conforme lo ha dicho la Corte en fallo que citan los recurrentes, hay que entender que las cosas quedaron como estaban en la Sociedad constituida en mil ochocientos setenta y ocho, y aunque ésta se hallaba en liquidación podía continuar las operaciones pendientes, y quedaba y quedó con personería para ser representada por medio de su liquidador, y a falta de éste por sus socios, conforme al artículo 2141 del Código Civil y a la sección 6ª del capítulo 1º, Título 7º, del Código de Comercio vigente, aplicable a las sociedades anónimas, conforme al artículo 590 del mismo Código, con la circunstancia de que según este artículo, el Administrador, Presidente o Gerente es el que debe hacer la liquidación, y de que, conforme al artículo 16 de los estatutos de la Sociedad, la administración de ella quedó a cargo de los socios, entre los cuales figuraba el demandante señor De Villa. Que esto mismo disponía el ar-

tículo 298 del Código de Comercio de 1853, que entonces regía en Antioquia.

De donde resulta—concluyen los autores del recurso—que es infundado el concepto del Tribunal, en cuanto entiende que por haberse disuelto la Sociedad Agrícola y de Inmigración, en cuyo nombre habla el señor De Villa, quedó sin representación el último para ejercitar la acción contra el demandado denunciante, y que por tanto tal concepto es violatorio, por interpretación errónea, del artículo 2141 del Código Civil, del artículo 535 del Código de Comercio vigente y del artículo 298 del Código de Comercio de 1853. Que además hay error de derecho en la apreciación de la prueba que suministra la escritura constitutiva de la Sociedad Agrícola, por cuanto a pesar de creer el Tribunal que ese contrato (el de mil ochocientos noventa y nueve), fue completamente nulo, sostiene que el patrimonio de la primitiva Sociedad pasó al dominio de la segunda, y no le quedaron a la primera bienes sobre qué hacer liquidación.

Se observa:

Aunque no se puedan tomar en cuenta violaciones del Código de Comercio de 1853, por no caer bajo el recurso de casación, conforme al artículo 149 de la Ley 40 de 1907, por no ser dicho Código ley expedida por el Estado Soberano de Antioquia, sino por la Nueva Granada, sí hay violación legal, sujeta a la revisión de la Corte, en cuanto el cargo se refiere a la falta de aplicación de los artículos 535 y 590 del Código de Comercio vigente, cuando se entabló la demanda, y no admisión de la personería del señor De Villa para representar a la Sociedad Agrícola y de Inmigración constituída en el año de mil ochocientos setenta y ocho, siendo dicho señor socio administrador de dicha Sociedad, con facultad de obrar como liquidador a falta de nombramiento de éste, por tratarse de una sociedad anónima, y disponerlo así el artículo 590 citado. Pero a pesar de este error del Tribunal, no puede casarse la sentencia, porque de un lado, en el hecho el Tribunal admitió tal representación, desde el momento que entró a estudiar en el fondo la demanda, lo cual no habría tenido lugar si hubiera rechazado esa personería; y de otro, porque, como se ha visto, no prosperan los cargos que hasta ahora se han formulado al fondo de la acción, y por último, porque el Tribunal reafirmó la sentencia de primera instancia, en cuanto negó la personería adjetiva del señor De Villa.

Motivo décimo. Violación de los artículos 251 del Código de Comercio de 1853, y artículos 590 y 531 del Código de Comercio vigente.

Arguyen los recurrentes que el Tribunal violó estos textos legales: el primero, porque lo que él prescribe fue lo que sucedió con la primitiva Sociedad Agrícola y de Inmigración, pues que sus constituyentes consignaron en documento privado, que elevaron después a escritura pública, los términos en que la establecían, y designaron para Presidente y Vicepresidente de ella, respectivamente, a los señores Francisco Javier Cisneros y Francisco de Villa, como consta en copia auténtica presentada y en la escritura pública que solemnizó aquel acto; que en vista de estas pruebas se reconoció personería al señor De Villa en otro juicio semejante al actual, revocando el sustanciador el auto en que la había negado. Que además, el señor De Villa procedió a obrar en las oposiciones, no sólo como Vicepresidente liquidador, sino como socio de la Sociedad disuelta, carácter que no tuvo en cuenta el Tribunal, y en el cual tenía derecho, en concepto de los recurrentes, para ejercitar acciones judiciales, aun en nombre de la Sociedad disuelta. Por último que, como se ha visto, el señor De Villa tenía también el carácter de liquidador con sus consocios Cisneros y Bravo, y como tal tenía a su cargo la liquidación de la Sociedad, sin que fuera necesario nombramiento de nuevo liquidador, como erróneamente lo creyó el Tribunal, así como también tenía la representación judicial y extrajudicial de la Sociedad disuelta, conforme al artículo 590 del Código de Comercio vigente, en relación con el artículo 541 de la misma obra, y por consiguiente, el desconocimiento del carácter de liquidador en el señor De Villa y de carencia de personería en él para representar a la Sociedad en esa calidad, implica violación directa o por interpretación errónea, no sólo del artículo 251 del Código de Comercio de 1853, sino de los artículos 590 y 541 del Código de Comercio vigente.

Se considera:

La violación del artículo 251 del Código de Comercio de 1853 no está sujeta al recurso de casación por lo que se deja dicho, y aunque el cargo tenga apoyo fundado en las demás disposiciones del Código de Comercio vigente, respecto de las sociedades anónimas, ya se dijo en la respuesta al cargo inmediatamente anterior, porqué no puede la Corte casar el fallo, desde luégo que esa personería está reconocida.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar la sentencia de fecha doce de diciembre de mil novecientos treinta, proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—El Secretario, Augusto N. Samper.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diciembre tres de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Jiménez).

Pide a la Corte el doctor Eduardo Guzmán Esponda que, previos los trámites establecidos en los artículos 555 a 561 del Código Judicial, declare que debe darse cumplimiento a la sentencia dictada por el Juez 1° Civil de San José de Costa Rica, capital de la República del mismo nombre, el nueve de febrero de mil novecientos veintisiete, por medio de la cual se pone en estado de interdicción, por causa de demencia crónica, a la señorita Leonor Guzmán Esponda, hermana legítima del actor, mayor de edad, soltera y de nacionalidad colombiana.

Con las partidas de origen eclesiástico que obran en autos, el demandante ha demostrado el carácter civil con que actúa en el juicio.

El señor Procurador General de la Nación, a quien previamente se ha oído, es de concepto que debe accederse a la petición del doctor Guzmán Esponda.

Abierto el juicio a prueba a solicitud del actor, se trajo a los autos copia auténtica de los artículos 1064 a 1071 del Código de Procedimientos Civiles de la República de Costa Rica, actualmente vigentes, de cuyas disposiciones resulta que los fallos dictados por los Tribunales ex-

tranjeros pueden cumplirse en aquella República, mediante el lleno de los requisitos que exigen las legislaciones de casi todos los países, y que el Código Judicial colombiano establece en su artículo 557.

Vencido el término probatorio, se ordenaron y surtieron los traslados prescritos por el artículo 560 del citado Código, habiendo, por tanto, sufrido este negocio la tramitación que le corresponde. El representante del Ministerio Público, al contestar el traslado, ratifica su concepto favorable a la petición que es materia de estas diligencias.

Para resolver lo que sea más conforme a derecho, se considera:

De acuerdo con el artículo 555 del Código Judicial, la sentencia dictada en un país extranjero tiene en Colombia la fuerza que le concedan los respectivos tratados existentes con ese país, y a falta de éstos, la que allí se otorgue a las sentencias proferidas en Colombia.

La prueba principal sobre la existencia del tratado público entre Costa Rica y Colombia no se ha allegado a los autos; pero, en cambio, sí se ha acreditado legalmente la supletoria, con la copia autorizada, debidamente autenticada, de los artículos 1064 a 1071 del Código de Procedimientos Civiles, de que se ha hecho mérito, que permiten la ejecución en Costa Rica de fallos dictados por Tribunales extranjeros. Esa prueba satisface, pues, la exigencia del artículo 555 del Código Judicial colombiano que, a falta de la prueba del tratado público, ordena darse al principio de la reciprocidad legislativa.

En lo que hace relación a las condiciones que enumera el artículo 557 del citado Código, ellas aparecen también del proceso, pues la sentencia cuya autenticidad se ha demostrado en legal forma, está ejecutoriada conforme a la legislación del país en que se dictó; no es ella contraria al orden público ni a las buenas costumbres; no afecta la jurisdicción nacional, y se pronunció a consecuencia del ejercicio de una acción personal.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que debe darse cumplimiento en Colombia a la sentencia de nueve de febrero de mil novecientos veintisiete, dictada por el Juez 1º Civil de San José de Costa Rica, República de Costa Rica.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, cinco de diciembre de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Ramona Torres demandó a su marido Abraham Abril para que se decretara la separación de bienes de la sociedad conyugal, y como fundamento de su demanda invocó el absoluto abandono en el cumplimiento de los deberes de esposo y padre, y los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra del marido, que ponen en peligro la vida de la demandante.

Los hechos están relacionados así:

"1º Yo estoy casada por el rito católico con el señor Abraham Abril.

"2º Yo soy madre de siete hijos nacidos en el matrimonio.

"3º Yo aporté al matrimonio varios bienes semovientes, dos terrenos ubicados en la vereda de El Turmal y Manacá, jurisdicción de este Municipio, y otros bienes adquiridos por herencia de mi padre.

"4º Mi marido no aportó bien alguno al matrimonio.

"5º Con el producto de los bienes aportados por mí, mi esposo ha comprado dentro del matrimonio varias fincas raíces, semovientes, etc.

"6º Mi marido dispuso de los semovientes aportados por mí al matrimonio.

"7º Mi marido comenzó desde hace unos dos años, poco más o menos, a darme mala vida, ultrajándome y maltratándome de obra, hasta hacerme imposible la paz y el sosiego doméstico.

"8º Mi marido me arrojó finalmente del hogar, junto con mis hijos, en el mes de febrero del corriente año, abandonándonos desde entonces y privándonos de toda clase de recursos.

"9º Mi marido ha seguido manejando mis bienes y los de la sociedad conyugal, sin pasarme suma alguna para proveer a mis necesidades y las de mis hijos, en términos que me he visto en la necesidad de demandarlo por alimentos y ejecutarlo por la pensión fijada en dicho juicio, la cual hasta el presente no ha querido reconocer.

"10. La conducta de mi marido está escandalizando a mis hijos y dándoles mal ejemplo, por las especies calumniosas que lanza en su presencia para que las transmitan."

El demandado a su vez contrademandó a la demandante para que se declarara:

"Primero. Que Ramona Torres no tiene derecho a exigirme alimentos, por cuanto ella sin razón se ausentó del hogar, llevándose a cinco de mis hijos, todo contra mi voluntad.

"Segundo. Que para exigirme alimentos Ramona Torres, tiene obligación de cumplir todas las obligaciones que le imponen las leyes como mujer, por cuanto el marido no está en mora de cumplir las obligaciones de su parte cuando la mujer deja de cumplir las suyas, sin razón y contra la voluntad del marido. Al hacer estas declaraciones pido que se tenga en cuenta que estoy listo a cumplir todas mis obligaciones y que es inexacto que haya dejado de cumplirlas, porque aun cuando Ramona abandonó el hogar sin causa, ante el Juzgado he denunciado un terreno para que él se remate y con el producto se alimente la referida demandada Torres.

"Tercero. Que Ramona Torres está en la obligación de devolverme todas las sumas que perciba por cuenta de alimentos y gastos de pleitos que me ha iniciado, por cuanto ella no ha cumplido sus deberes matrimoniales y se puso primero que yo en mora de cumplir, maliciosa y voluntariamente."

El Juez falló:

"No se decreta la separación de bienes entre los esposos Abraham Abril y Ramona Torres de Abril. No es el caso de hacer las declaraciones pedidas por el demandado en su demanda de reconvención. Como consecuencia de lo primero háganse cesar las medidas preventivas tomadas por auto de fecha diez y nueve de diciembre de mil novecientos veintisiete."

Ambas partes apelaron, y el Tribunal de Bogotá revocó el fallo y decidió:

"Decrétase la separación total de bienes entre los cónyuges Ramona Torres y Abraham Abril.

"No es el caso de hacer las declaraciones solicitadas por Abraham Abril en su demanda de reconvención, y por lo mismo se absuelve a la demandada Ramona Torres de los cargos formulados contra ella en este libelo.

"No es el caso de hacer condenación en las costas del juicio."

Recurrió en casación Abril, recurso que se admitió y que hoy se estudia.

Considera el recurrente, en primer lugar, que el sentenciador quebrantó los artículos 2º de la Ley 8ª de 1922 y el numeral 4º del artículo 154 del Código Civil, puesto que para que haya lugar a la separación de bienes por esa causal, se requiere que uno de los cónyuges haya abandonado en absoluto todos los deberes de esposo y padre o de esposa y madre, ya que según el artículo 28 del Código Civil, dice el recurrente, para que ese abandono dé lugar a la separación de bienes debe recaer no únicamente sobre uno o varios de los deberes de esposo, sino sobre todos los deberes del marido en su doble condición de marido y padre, porque las palabras de la ley deben interpretarse en su sentido natural y obvio.

Considera la Corte, que si bien la redacción del numeral 4º del artículo 154 del Código Civil, pudiera prestarse a la interpretación que le da el recurrente, su genuina inteligencia no puede llegar hasta esos extremos, pues bien se comprende sin mayores esfuerzos de dialéctica, que el abandono por parte de uno de los cónyuges, de alguno de los deberes que le incumben y que hiciera imposible la consecución de los fines para los cuales está constituído el matrimonio, sería causal necesaria de separación de bienes, por ejemplo, dejar el marido de suministrar a la mujer lo necesario según sus facultades, de tal manera que peligrará la vida de la mujer a causa de inanición. En este evento, quizás el mismo recurrente no se atrevería, para decretar la separación de bienes, a exigir que el marido hubiera abandonado de modo absoluto el cumplimiento de los demás deberes de marido.

Hay pues que interpretar este numeral en el sentido de que el abandono de cualquier deber indispensable para la vida matrimonial, induce causal de separación de bienes, sin que sea necesario el abandono absoluto de todos y cada uno de los deberes de esposo y padre o de esposa y madre; situación esta que queda naturalmente sometida a la apreciación del juzgador.

Pero suponiendo que no fuera así como se ha dicho la recta inteligencia del numeral 4º del artículo 154, es lo cierto que la sentencia tiene otro fundamento, cual es la causal del numeral 5º del citado artículo o sea, el trato cruel y los maltratamientos de obra, que el Tribunal conceptuó que estaba demostrado en autos, como se verá al considerarse el tercer motivo de casación alegado por el recurrente.

Considera éste que la sentencia violó el numeral 5º del artículo 154 en relación con el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922, por cuanto el Tribunal consideró que es suficiente para decretar la separación de bienes el que los ultrajes y los maltratamientos a que hace alusión el citado numeral 5º sean anteriores a la demanda, sin que tenga importancia el que esos maltratamientos hayan tenido lugar diez o quince años antes y que el efecto de esos maltratamientos o de esas injurias no subsista a la época de la iniciación del juicio; basta que el marido haya maltratado o injuriado alguna vez a su esposa antes de la demanda de separación de bienes, para que ésta pueda prosperar.

Se observa: en ninguna parte de la sentencia afirma el Tribunal que los maltratamientos pueden referirse a una época muy pretérita a la presentación de la demanda, ni allí en el fallo se pretende fijar la época en que se sucedían esos maltratamientos, a ese respecto se dijo:

"En estas condiciones, se llega a la conclusión de que los testigos citados son hábiles para declarar, por no estar demostrada la tacha que contra ellos se alegó; y como sus declaraciones concuerdan en el hecho y en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, hacen plena prueba al tenor de lo preceptuado en el artículo 607 del Código Judicial. Y se dice que concuerdan en el hecho y en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, porque todos ellos testifican sobre el hecho principal que les consta por haberlo presenciado de que Ramona Torres fue arrojada de la casa de su esposo; es cierto que no dicen la fecha precisa, pero sí todos concuerdan en que tal hecho tuvo lugar en los primeros meses del año de mil novecientos veintisiete.

".....Están pues acreditados los hechos de que, con anterioridad a la demanda, Abraham Abril había dejado de suministrar a su esposa e hijos lo necesario para su subsistencia, violando de modo completo uno de los deberes que tenía como esposo y padre (artículos 176, 179 y 257 del Código Civil), y que también, con anterioridad a la misma demanda, ultrajaba de obra a su esposa en condiciones que hacían imposible la tranquilidad del hogar. Lo que quiere decir que las causales alegadas por la demandante se hallan probadas."

El tercer reparo consiste en el error de hecho evidente y de derecho en que incurrió el sentenciador al apreciar las pruebas aducidas, y en que les dio un valor que no tienen y dejó de apreciar otras, violando así los artículos 606, 607, 608 y 626 del Código Judicial y 75 de la Ley 105 de 1890.

Así se funda este reparo:

"No indican los hechos en qué consistieron los maltratamientos y las injurias, ni indican la fecha en que tales maltratamientos e injurias tuvieron lugar, ni expresan debidamente los hechos en qué consiste el abandono absoluto, ni dan a conocer el modo adecuado como ellos tuvieron conocimiento de aquellos hechos. Se limitan a decir que por el conocimiento que tuvieron de los esposos Ramona Torres y Abraham Abril les consta que Abril ultrajaba a Ramona, que después la abandonó, que la maltrataba, en términos de poner en peligro su vida. ¿En qué consistía ese abandono? ¿Qué hechos lo constituyen? ¿Cuándo tuvo lugar ese abandono? ¿En qué consistían los maltratamientos que ponían en peligro la vida de la señora Ramona y hacían imposible la paz y el sosiego domésticos? ¿Cuándo tuvieron lugar los maltratamientos y las injurias y cómo tuvieron conocimiento los testigos de unos y de otras?"

El Tribunal transcribe en su fallo la parte pertinente de las declaraciones de los testigos, transcripción que se copia en seguida, como refutación a la acusación del recurrente:

Teófilo Camelo: "....Conozco personalmente a los esposos Abraham Abril y Ramona Torres, y por este conocimiento me consta que Abraham Abril ultrajaba constantemente a su esposa, maltratándola de obra y obli-

gándola muchas veces a guardar cama a consecuencia de los golpes que le daba. Esto me consta porque yo viví en su casa de habitación con ellos durante un año. Es verdad que el trato cruel que Abril daba a su esposa Ramona Torres ponía en peligro la vida de ésta y hacía imposible la paz y el sosiego domésticos. Me consta por haberlo presenciado que Abraham Abril arrojó a su esposa del hogar a principios del año pasado, obligándola a refugiarse con sus hijos en casa de su madre, señora Rudesinda Fernández de Torres."

Alejandro Camelo: "....Conozco personalmente a los esposos Abraham Abril y Ramona Torres, y me consta que un día cuya fecha no recuerdo salió una hijita de ellos a llamar a la señora Rudesinda Torres (sic) y decía que le estaba pegando su papá a su mámá:... Me consta porque lo he visto que Abraham Abril arrojó a su esposa del hogar y la obligó a refugiarse en casa de su madre, la señora Rudesinda Fernández de Torres. Me consta porque lo he visto y por ser vecinos, que la señora Ramona Torres, mientras vivió con su esposo y después de que éste la arrojó de su casa, ha observado buena conducta."

María Penagos de Torres: "....Conozco personalmente a los esposos Abraham Abril y Ramona Torres, y por este conocimiento me consta, por haber visto personalmente que el señor Abraham Abril ultrajaba constantemente a su esposa, maltratándola de obra, y muchas veces la ha obligado a guardar cama a consecuencia de los golpes que le daba. Esto me consta porque yo vivo junto a ellos y he presenciado. Es verdad que por el trato cruel que Abraham Abril le daba a su esposa Ramona Torres ponía en peligro la vida de ésta y se hacía imposibles la paz y el sosiego en el hogar; pues un día le dije yo al expresado Abril que no le pegara a su esposa, y que vivieran como Dios manda, y me dijo que él no era tan majadero para hacerse cargo de obligaciones ajenas, que más bien él se iba para el panóptico y ella para el cementerio. Me consta, por haberlo presenciado personalmente, que Abraham Abril arrojó a su esposa del hogar a principios del año pasado, obligándola a refugiarse con sus hijos en casa de su madre, señora Rudesinda Fernández de Torres. Me consta, por lo que he presenciado y por vivir cerca, que la señora Ramona Torres mientras vivió con su esposo y después de que éste la arrojó del hogar, siempre ha observado buena conducta."

Ascensión Torres: "....Conozco personalmente a los esposos Abraham Abril y Ramona Torres, y por el conocimiento que de ellos tengo me consta, por vivir cerca y por haberlo visto personalmente, que el señor Abril ultrajaba constantemente a su esposa, maltratándola de obra y obligándola muchas veces a guardar cama a consecuencia de los golpes que le daba. Es verdad que por el trato cruel que Abril le daba a su esposa Ramona Torres ponía en peligro la vida de ésta y hacía imposible la paz y el sosiego en el hogar, pues un día me dijo, hablando de ésto, que él se iría para el panóptico y ella para el cementerio, pero que él no vivía más con ella. Me consta, porque lo presencié, que Abraham Abril arrojó a su esposa del hogar a principios del año pasado, obligándola a refugiarse en casa de su madre Rudesinda Fernández de Torres, con sus hijos."

Felipe Quintero: "....Conozco personalmente a los esposos Abril-Torres y me consta que Abraham Abril ultrajaba constantemente a su esposa, maltratándola de obra y obligándola varias veces a guardar cama a consecuencia de los golpes que le daba. Es verdad que el trato cruel que Abril daba a su esposa Ramona Torres ponía en peligro la vida de ésta y hacía imposible la paz y el sosiego domésticos. Me consta que Abraham Abril arrojó a su esposa del hogar a principios del año pasado, obligándola a refugiarse con sus hijos en casa de su madre, señora Rudesinda Fernández de Torres."

Valentín Neme: "....Conozco personalmente a los esposos Abril-Torres y me consta, por el conocimiento que tengo, que Abraham Abril ultrajaba constantemente a su esposa de obra, obligándola varias veces a guardar cama a consecuencia de las muendas que le daba. Es verdad que el trato cruel que Abril le daba a su esposa Ramona Torres ponía en peligro la vida de ésta y hacía imposible la paz y el sosiego domésticos. Me consta que Abraham Abril arrojó a su esposa del hogar a principios del año pasado, obligándola a refugiarse en casa de su madre, señora Rudesinda Fernández de Torres, junto con sus hijos."

María de la Cruz Poveda: "....Conozco personalmente a los esposos Abraham Abril y Ramona Torres, y me consta por este conocimiento que Abraham Abril ultrajaba constantemente a su esposa, maltratándola de obra y obligándola a guardar cama a consecuencia de los golpes que le daba. Es verdad que el trato cruel que Abraham Abril daba a su esposa ponía en peligro la vida de ésta y hacía imposible la paz y el sosiego domésticos del hogar. Me consta que Abraham Abril arrojó de la casa, a principios del año pasado, a su esposa Ramona Torres, obligándola a refugiarse en casa de la madre, señora Rudesinda Fernández de Torres, junto con sus hijos."

Respecto del cargo relativo a la no apreciación por parte del sentenciador, de la confesión de Ramona Torres, con la cual se pretende demostrar que el demandado Abril no abandonó todos los deberes de esposo y padre, ya se ha dicho lo bastante al considerar la violación del numeral 4º del artículo 154 del Código Civil.

El no haber apreciado la sentencia del Juez de Choconta, que obligó a la señora Torres a vivir con su marido Abril, nada influye en este juicio de separación de bienes. Lo mismo se dice respecto del cargo por falta de apreciación de unas declaraciones relativas a la buena conducta de Abril.

Por estos motivos, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha cinco de noviembre de mil novecientos treinta y uno.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado 2º del Circuito de Pasto, Eloísa López de Díaz instauró juicio ordinario contra Francisco Haeberlin para que se hicieran estas declaraciones:

1º "Que la actora es dueña o propietaria de la parte de casa nueva de dos pisos, construida recientemente por el señor Francisco Haeberlin, ubicada en esta ciudad entre la antigua Carrera de Azuero, hoy carrera 6ª, y la antigua Calle de Tunja, hoy calle 7ª, cuadra tercera, y comprendida tal parte en estos linderos: por el frente a su entrada, con casa de los herederos de la señora Acelia Belalcázar, la citada carrera 6ª de por medio; por el costado izquierdo, con casa de la familia Vergara, calle 7ª por medio; por el costado derecho, con otra parte de la misma casa, construida por el ya nombrado señor Haeberlin, una línea imaginaria por medio que sea paralela a la línea recta de las paredes del costado izquierdo del edificio y trazada a la distancia de seis metros treinta y dos centímetros desde las indicadas paredes del costado izquierdo; y por el respaldo, con otra parte de la misma casa levantada por el señor Haeberlin, una línea imaginaria por medio que sea paralela a la línea recta de las paredes del frente del mismo edificio y trazada a la distancia de diez metros veintiséis centímetros desde las indicadas paredes del frente; la cual parte de casa reemplaza al antiguo edificio de dos pisos que existió hasta cerca de mediados de septiembre de 1927, derruido luégo por el señor Haeberlin, y ocupa el perímetro o lugar que ocupaba tal edificio, que se le adjudicó como lote número 2º en la división de una parte de la casa que fue de su tía señora Ruperta Delgado, hecha el 12 de junio de 1916, y aprobada por el Juez 3º de este Circuito el 14 de agosto del mismo año, lote que tenía las dimensiones anotadas antes y estos linderos: por el frente, a su entrada, con casa de la familia Vergara, Calle de Tunja por medio; por el costado izquierdo, con el lote de la señora Elena Calvache v. de López, línea transversal por medio; por el respaldo, con el lote número 3º, que se le adjudicó al señor Leonidas Santacruz J. y sus hijos, paredes por medio; y por el costado derecho, con casa de la familia Belalcázar, Carrera de Azuero por medio."

En subsidio pidió se declarara "que es dueña de la localidad o solar que ocupó el antiguo inmueble, consistente éste en una parte de casa de dos pisos de 10 metros 26 centímetros de largo por 6 metros 32 centímetros de ancho, que se le adjudicó como lote número 2º en la subdivisión de la casa que fue de la señora Ruperta Delgado, junto con la respectiva parte de casa nueva de dos pisos construída recientemente por el señor Francisco Haeberlin, que reemplaza al antiguo edificio derruído por el mismo señor Haeberlin, parte de casa ubicada en esta ciudad entre la antigua Carrera de Azuero y la antigua Calle de Tunja, por los linderos a que se refiere la partición mentada, la escritura número 192, de 22 de mayo de 1917, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito y la sentencia de 21 de marzo de 1928, del Juzgado 1º de este Circuito, confirmada por la de 6 de septiembre del mismo año. O que siendo, como ha sido y lo es, dueña o propietaria del edificio que se le adjudicó en la división hecha el 12 de junio de 1916, decidamente aprobada y protocolizada en la Notaría 2ª de este Circuito bajo la escritura número 418, de 6 de septiembre del mismo año, de una parte de casa ubicada en esta ciudad entre las antiguas Carrera de Azuero y Calle de Tunja, lo es igualmente ahora de la parte de casa nueva de dos pisos, casa construída recientemente por el señor Francisco Haeberlin, en toda la extensión del área o solar que ocupó su antiguo edificio al cual reemplaza o viene a reemplazar, en cierto modo, aquella parte del nuevo edificio, por los linderos que corresponden al lote número 2º de la partición de que se ha hablado, de la venta efectuada a Celso Cabrera P. y a que se refiere la sentencia de 21 de marzo de 1928."

2º "Que el señor Haeberlin, como poseedor del inmueble de que se trata, debe entregárselo o restituírselo, dentro de tres días de ejecutoriada la sentencia que se dicte, con todas sus accesiones, mejoras y frutos; considerándose y declarándose a dicho señor como poseedor de mala fe, ya para las prestaciones mutuas como para lo demás a que haya lugar."

3º "Que el nombrado señor Francisco Haeberlin está en la condición de comprador de cosa ajena respecto de su inmueble, y ha sido y es poseedor irregular y de mala fe del mismo inmueble, desde que lo compró a Leonidas Santacruz J. y Celso Cabrera P.; o que ha sido y es poseedor irregular de tal inmueble desde que lo compró, y que ha sido y es poseedor de mala fe desde antes o al tiempo de demolerlo y desde antes de construir sobre su área el edificio nuevo que allí se ve.

4º "Que debe ordenarse la cancelación, al respectivo Registrador de Instrumentos Públicos, de las inscripciones de las escrituras públicas número 362 de 23 de mayo de 1927, número 204 de 27 de junio de 1927 y número 296 de 1º de junio de 1920, en las cuales constan las transferencias hechas a Santacruz J., y por éste y Cabrera P. al demandado.

5º "Que el mismo señor Haeberlin debe pagarle a justa tasación de peritos, dentro de tres días de ejecutoriada la sentencia relativa a la reivindicación de que se trata, los frutos civiles, o sea los arrendamientos, percibidos o que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad y desde la fecha en que compró el inmueble en dos porciones, el 23 de mayo de 1927 y el 27 de junio del mismo año.

6º "Que el mismo señor Haeberlin debe pagarle a justa tasación de peritos, dentro de tres días de ejecutoriada la sentencia de reivindicación, el valor de los materiales de su antiguo edificio que se demolió y de los cuales materiales se apropió y dispuso; y

7º "Costas."

El demandado se opuso a la acción, y en cuanto a los hechos fundamentales de la demanda, los contestó así:

"a) Es verdad en cuanto a las dimensiones del lote número 2; en cuanto a lo demás, ya que la actora lo afirma, que dé la prueba.

"b) Es verdad, pero se declaró la nulidad de la escritura 192 de 22 de mayo de 1917, no porque la señora Eloísa López de Díaz tuviera derecho para obtenerla, sino porque Celso Cabrera P., demandado, no produjo la prueba de la prescripción de la acción rescisoria, consistente en que, desde 1916 (21 de enero), Eloísa López de Díaz era hábil y capaz para comparecer en juicio en virtud de la autorización que en esa fecha le concedió el señor Juez de este Circuito.

"Producida esta prueba, quedaba establecida la prescripción de la acción rescisoria, por haber propuesto la demanda de nulidad de la escritura 192 de 1917 fuera del cuatrienio legal, ya que en virtud de la autorización para comparecer en juicio, ese cuatrienio le corría desde la celebración del contrato. Niego este hecho en todo lo demás.

"c) Es verdad que Celso Cabrera P., por escritura nú-

mero 296, de 1° de junio de 1920, dio en venta a Leonidas Santacruz J. la sala expresada en la mentada escritura.

"Es verdad que el mismo vendedor Cabrera P., por escritura número 204, de 27 de junio de 1927, dio en venta al suscrito las dos tiendas indicadas en esta escritura; y

"Es asimismo verdad que por escritura número 362, de 23 de mayo de 1927, Leonidas Santacruz J. me dio en venta la casa de alto y bajo a que se refiere esta escritura, incluyendo en ella la sala que Cabrera P. había vendido a él por escritura 296, de 1° de junio de 1920. En virtud de esta compraventa, fui dueño de dos tiendas y del salón que existía sobre éstas, las que destruí por ser mías, porque estaban inservibles, para levantar el edificio moderno y elegante que he construído. Lo niego en lo demás.

"d) Lo niego en cuanto a que yo haya recibido los inmuebles que compré, en buen estado de servicio; por el contrario, eran viejos, cuarteados, la techumbre completamente inútil, antiestéticos. Prácticamente lo que compré fue el solar para edificar.

"e) ¿Dispuse a mi voluntad? Sí. ¿Dispuse en mi provecho? Nó, porque no había nada que pudiera aprovecharse.

"f) No es cuestión de hecho sino de derecho; pero no soy poseedor irregular, porque mis títulos no dimanan de personas incapaces; provienen de personas hábiles y capaces ante la ley, tales son los señores Celso Cabrera P. y Leonidas Satancruz J. Tampoco soy comprador de cosa ajena, porque la nulidad relativa produce efectos civiles mientras no sea declarada y, cuando yo compré, ni siquiera se había presentado la demanda de nulidad. En efecto, yo compré así:

"En escritura 204, de 27 de junio de 1927, a Celso Cabrera P., y en escritura 362, de 23 de mayo de 1927, a Leonidas Santacruz J. Y fue apenas el 9 de septiembre de 1927 cuando Eloisa López de Díaz demandó a Celso Cabrera P. por la rescisión de la compraventa contenida en la escritura 192, de 22 de mayo de 1917 (no obstante que tenía autorización para comparecer en juicio desde el 21 de enero de 1916). Compré, pues, a quienes eran dueños y podían vender y transmitir el dominio.

"g) Lo niego. Sabía que la señora Eloisa López era soltera, porque esta señora se dio de tal en la escritura 192, de 22 de mayo de 1917; cuando ella me descubrió su verdadero estado, yo ya había comprado y estaba terminando la demolición; y

"h) Es verdad en cuanto a la construcción del nuevo edificio; lo niego en cuanto a lo demás. El área que pudo ser de la señora López, viene a ser una pequeña parte de la totalidad de mi edificio."

El demandado propuso, además, las excepciones de prescripción de la acción rescisoria; nulidad de las sentencias de 21 de marzo y 6 de septiembre de 1928, proferidas por el Juez 1° del Circuito y por el Tribunal Superior de Pasto; prescripción adquisitiva del dominio sobre la sala o salón que existía sobre las dos tiendas; prescripción extintiva para reivindicar el área o solar, con sus tiendas y salón superior, y petición de modo indebido e improcedencia de la acción.

En sentencia de abril 7 de 1931, el Juez resolvió el pleito en estos términos:

"1° No es improcedente la demanda estudiada.

"2° No se han probado las excepciones perentorias alegadas por el demandado.

"3° Eloisa López de Díaz es dueña del solar que ocupó el antiguo edificio, consistente en una parte de la casa de dos pisos, que se le adjudicó como lote número 2° en la subdivisión de la casa que fue de Ruperta Delgado, contenida en la escritura de protocolización otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito bajo el número 418, de 6 de septiembre de 1916, junto con la respectiva parte de casa nueva de dos pisos, construída por Francisco Haeberlin, parte de casa ubicada en esta ciudad, entre la carrera 6ª, cuadra 6ª y calle 7ª, cuadra 3ª, por los siguientes linderos: por el frente a su entrada, con casa de los herederos de la señora Acelia Belalcázar, carrera 6ª por medio; por el costado izquierdo, con casa de la familia Vergara, calle 7ª por medio; por el costado derecho, con otra parte de la misma casa construída por Francisco Haeberlin, una línea imaginaria por medio que sea paralela a la línea recta de las paredes del costado izquierdo del edificio y trazada a la distancia de seis metros y treinta y dos centímetros, desde las indicadas paredes del costado izquierdo; y por el respaldo, con otra parte de la misma casa levantada por el señor Haeberlin, una línea imaginaria por medio que sea paralela a la línea recta de las paredes del frente del mismo edificio y trazada a la distancia de diez metros y veintiséis centímetros desde las indicadas paredes del frente.

"4° Francisco Haeberlin, como poseedor del inmueble especificado en el anterior punto, debe entregárselo a Eloisa López de Díaz con las cosas que forman parte o se reputan inmuebles, de acuerdo con el artículo 962 del Código Civil, dentro de tres días de ejecutoriada esta sentencia y siempre que la demandante le pague la suma de cinco mil pesos ($ 5,000) oro, como valor de mejoras o accesión o que se asegure tal valor a satisfacción, puesto que al poseedor vencido se le otorga el derecho establecido por el artículo 970 del Código Civil.

"5° Absuélvese al demandado de las demás peticiones formuladas en el escrito demandatorio de 11 de junio de 1930.

"6° Y en firme esta sentencia, comuníquese al señor Registrador de Instrumentos Públicos la cancelación de la inscripción cuya certificación aparece en el pliego de folios 54.

"Anota el juzgador que no cabe providenciar aquí sobre devolución del precio erogado por el demandado, cuya persecución la hará en la forma preceptuada por la ley civil en el capítulo de la obligación de saneamiento."

Por apelación de ambas partes, el Tribunal Superior de Pasto, en sentencia de enero 30 de 1932, reformó la de primer grado "para declarar como declara probada la excepción de prescripción adquisitiva de la pieza alta arriba mencionada, no siendo—por lo mismo—la señora Eloisa López de Díaz dueña sino de la tienda o solar (sic) de que antes se habló y que tiene un valor de cuatrocientos pesos ($ 400) moneda legal, y la confirma en lo demás."

La demandante interpuso casación. El recurso fue declarado admisible por la Corte. El recurrente aduce las causales primera y segunda del artículo 520 del Código Judicial.

Segunda causal.

Dice el recurrente:

"Ante todo—aunque este reparo aparezca en cierto modo intruso y de escasa significación, pues la importancia de mi demanda la vinculo en los siguientes motivos—anoto no estar el fallo consonante con las pretensiones oportunamente deducidas, por lo cual lo acuso, ya que asigna el valor de cuatrocientos pesos a una tienda o (sic), solar cuyo avalúo no fue objeto de la demanda ni de las excepciones."

Se considera:

Las prestaciones mutuas legalmente quedan incluídas en la demanda, de suerte que el juzgador siempre debe considerarlas en la sentencia, ora a petición de parte, ora de oficio. Esta es la doctrina de la Corte, establecida, entre otros fallos, en la sentencia de agosto 29 de 1922, cuya parte pertinente dice así:

"Respecto de la segunda causal dice el recurrente que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones deducidas en oportunidad por las partes, pues el sentenciador hizo declaraciones que no se habían demandado. Esas declaraciones son las decisiones del Tribunal respecto de las prestaciones mutuas, tales como los perjuicios, frutos, etc., consecuencias de la resolución del contrato decretada; declaraciones que efectivamente no se pidieron en la demanda, pero decisiones de este género, ha resuelto la Corte, no generan la segunda causal de casación, porque lo que constituye materia de prestaciones mutuas entre las partes es objeto comprendido ipso facto en el juicio, sin que haya necesidad de demandarlas expresamente." (Gaceta Judicial, XXIX, 248, 2ª).

En consecuencia, es improcedente la segunda causal.

Primera causal.

"Error evidente de hecho, dice el recurrente, al pasar con los ojos cerrados por sobre la partida de matrimonio de la actora, pues al declarar probada la prescripción adquisitiva—en parte—el fallo se pone en flagrante contradicción con tal prueba y de hecho desconoce el matrimonio; como también error de derecho, pues niega a esa pieza el valor y alcance legal, según el cual debe impedir la obra adquisitiva del tiempo que funde tal excepción. Dado el valor legal de esa prueba no cabe hablar de prescripción contra la actora colocada bajo la égida de la potestad marital. Así pues, ese error evidente de hecho y de derecho causa la infracción directa del artículo 2530, número 1º, del Código Civil, ya que se debió declarar suspendida la prescripción."

Se considera:

Dice el Tribunal que "salta a la vista que el demandado señor Francisco Haeberlin adquirió por prescripción extraordinaria el dominio de la sala que el señor Leonidas Santacruz J. compró al señor Celso Cabrera P., y como el señor Haeberlin alegó tal prescripción, hay que reconocerla a su favor, lo que se hará oportunamente, no estando por demás consignar aquí que el señor Santacruz no ha sido demandado."

El Tribunal incurrió en un error manifiesto, toda vez que en el juicio no hay prueba que acredite haberse cumplido la prescripción extraordinaria. Pero como el recurrente no acusó la sentencia por este motivo, la Corte carece de facultad legal para reconocer oficiosamente tal error, suficiente para casar la sentencia, si se hubiese alegado.

Como el tiempo para adquirir el dominio por prescripción extraordinaria no se suspende en favor de la mujer casada, el cargo es infundado (artículo 2532 del Código Civil).

"Cuanto a la buena o mala fe del señor Haeberlin —dice el recurrente—al adquirir la posesión del fundo, cuestión cardinal en este negocio, error hay evidente de hecho al pasar asimismo el juzgador con los ojos vendados por sobre el cúmulo de pruebas que voy a señalar. Las declaraciones de Alejandro Rosas, Jorge Coral Samper y Elena de Rosas, según las cuales el estado civil de la actora era en Pasto público y notorio. Las de Francisco Muriel, Leonidas Santacruz y Ludwig Brandt, prueba plena deslumbrante del conocimiento que Haeberlin tenía del vicio con que se arriesgó a comprar. La posición 3ª, en que dice 'procedió a comprar puesto que el título de Cabrera tenía diez años' y la declaración de su consultor Benjamín Sañudo, que demuestran el estudio con que se quiso asegurar el amparo de la prescripción. Otro indicio elocuente: Cabrera compró el 22 de mayo de 1917 y Haeberlin tuvo el cuidado de asegurarse con la media noche del 22 al 23 de mayo de 1927. Es necesario vendarse uno para no ver en esta montaña de pruebas la conciencia con que el demandado se embarcó (por fortuna para la justicia errando en su plan) en el negocio. 'Quiero saber quién me saca de allí una vez comprado.' Quien así confía su suerte a la sombra de una media noche debe sufrir las consecuencias."

Se considera:

En la prescripción extraordinaria se presume de derecho la buena fe. En cuanto a la sala, el Tribunal declaró, como se vio en el estudio del cargo anterior, probada en favor del demandado la prescripción extraordinaria. Más como el recurrente no acusó esta declaración, ella queda en firme, a pesar de no tener apoyo en los autos.

El cargo, por consiguiente, es improcedente.

Dice el recurrente:

"Se funda también la sentencia en que por haber adquirido a título de venta y por escrituras públicas registradas—'por haberlo comprado legalmente,' son los términos empleados—el demandado posee el predio con justo título y tiene ese otro requisito de la posesión regular. Semeja inspirarse el juzgador en la creencia de que el justo título requerido en el presente caso por la ley es el hecho escueto de haber pactado por escritura pública una compraventa, prescindiendo de que legal y verdaderamente el vendedor tenga o nó dominio qué transferir."

Se considera:

Según el artículo 2531 del Código Civil, "para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno." Atrás se analizó lo referente a la prescripción extraordinaria y se llegó a la conclusión de que la declaratoria hecha por el Tribunal está en firme por no haber sido acusada por el recurrente.

El cargo es improcedente.

Merced a las razones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

1º No se casa la sentencia recurrida, dictada en este

juicio por el Tribunal Superior de Pasto, con fecha treinta de enero de mil novecientos treinta y dos.

2° Se condena al recurrente en las costas del recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Inició se este juicio con la acción accesoria de embargo preventivo ante el Juzgado 2° del Circuito de Cartagena, por escrito de veintiséis de julio de mil novecientos veintinueve. Promovió la acción J. J. Gómez F., en su carácter de socio administrador de la sociedad comercial J. J. Gómez & Co.

"La Casa que represento—dijose en el escrito aludido—es agente en este puerto y en el de Barranquilla, de la Compañía de Navegación Marítima llamada Scandinavian West Indies Line Ltd., de Oslo (Noruega), y con tal carácter ha venido atendiendo, de tiempo atrás, el recibo y despacho de los vapores de dicha Compañía que han venido a Puerto Colombia y Cartagena, y ha hecho los gastos correspondientes a tales operaciones, inclusive los de suministro de fondos a los respectivos Capitanes de los vapores aludidos."

"Los gastos que ha hecho la Casa que represento—dice J. J. Gómez F.—que ascienden a $ 14,590-51, no los ha podido reembolsar la Compañía demandada, y como pretende demandar a ésta por esa suma, pide al Juez que decrete el embargo preventivo del vapor Pacífico, perteneciente a la referida Compañía, anclado en el puerto de Cartagena, y el secuestro preventivo de la suma de mil doscientas libras esterlinas (£ 1,200), que el Capitán de la nave, por orden y cuenta de la Scandinavian West Indies Line Ltd., ha puesto a las órdenes de la Casa de J. J. Gómez & Co., en poder de The Royal Bank of Canada, de la plaza de Cartagena."

Previas las formalidades y las comprobaciones que eran del caso, el Juzgado decretó el embargo de la nave y el de las mil doscientas libras esterlinas solicitado, por auto de veintinueve del mismo mes de julio.

Comunicada esa providencia al Capitán del vapor **Pacífico**, señor O. Gram, éste, en escrito de cinco de agosto siguiente, dijo al Juez:

"Vengo a pedir a usted que se sirva levantar el embargo preventivo de la nave **Pacífico**, mediante una fianza que yo prestaré a satisfacción del señor Juez, o mediante un depósito en dinero que puedo hacer en un banco de esta ciudad, por la cantidad que el señor Juez estime necesaria. Esto para responder o garantizar las resultas del juicio que se intentó por el señor J. J. Gómez F."

Luégo, como adicional a ese escrito, se presentó el de ocho de agosto, en que se concreta la oferta de depositar una suma de dinero para responder de las resultas del juicio; y el Juez, por auto de nueve del mismo mes, fijó esa suma en la cantidad de $ 18,000 oro legal, la que el expresado Capitán Gram depositó en el Juzgado, según diligencia de trece de agosto, que obra a foja 126 del cuaderno 1° de este proceso, con lo cual se levantó el decreto de embargo de que se ha hablado, por auto de catorce del citado mes de agosto.

Entretanto, la expresada Sociedad **J. J. Gómez & Co.**, representada por su socio administrador arriba dicho, había formalizado su demanda por escrito de fecha tres del mismo mes de agosto, diciendo:

"Vengo, por medio del presente, a proponer demanda ordinaria contra la referida Compañía de Navegación Marítima llamada Scandinavian West Indies Line Ltd., domiciliada en Oslo (Noruega), para que por sentencia definitiva, y con citación del representante legal de dicha Compañía, sea ella condenada a pagar a J. J. Gómez & Co. la suma de catorce mil seiscientos sesenta y cinco pesos con cuarenta y siete centavos ($ 14,665-47) oro americano, que la entidad demandada debe a J. J. Gómez & Co., por gastos que éstos hicieron en el recibo y despacho, en Puerto Colombia y Cartagena, de los vapores **Dicto** y **Euros**, pertenecientes a la Scandinavian West Indies Line Ltd., en los meses de mayo y junio de mil novecientos veintinueve, en su carácter de Agentes de dicha Compañía; que se la condene igualmente al pago de las sumas que J. J. Gómez & Co. compruebe que ha gastado en el recibo del vapor **Pacífico**, perteneciente a la misma Compañía, gastos que no puedo precisar, porque el vapor está en puerto, y ni la aduana ni los demás interesados han acabado de pasar las respectivas cuentas de gastos; que se condene igualmente a la Compañía demandada, a pagar a la Casa que represento, los intereses de demora de la suma arriba mencionada, los gastos de protesto, los costos y costas del juicio y los honorarios de abogado. Pido al mismo tiempo que el presente libelo sea agregado al expediente relativo a la acción de embargo preventivo del vapor **Pacífico**, y de las £ 1,200, en el cual obran documentos que hacen parte integrante de esta demanda."

Son hechos de la demanda:

"1° Los señores J. J. Gómez & Co. son Agentes en esta ciudad y en la de Barranquilla, donde tienen establecida una Sucursal, de la Compañía de Navegación Marítima llamada Scandinavian West Indies Line Ltd., domiciliada en Oslo (Noruega), y con ese carácter atendió al recibo y despacho de los vapores **Dicto** y **Euros**, llegados a Puerto Colombia y Cartagena en los meses de mayo y junio del presente año, respectivamente, y está atendiendo al recibo del vapor **Pacífico**, perteneciente a la misma Compañía, surto actualmente en la bahía de este puerto.

"2° Los señores J. J. Gómez & Co., en su carácter ya dicho, pagaron el valor de los gastos causados por el recibo y despacho del vapor **Dicto**, en Puerto Colombia, la suma de dos mil ciento noventa y siete pesos con cuarenta y cuatro centavos ($ 2,197-44) oro americano.

"3° Para reembolsarse de la referida suma, como estaba convenido, y como venía practicándose de tiempo atrás, los señores J. J. Gómez & Co. libraron una letra de cambio (que acompañé a la acción de embargo) a cargo de la Scandinavian West Indies Line Ltd., por la misma suma de dos mil ciento noventa y siete pesos con cuarenta y cuatro centavos ($ 2,197-44) oro americano, la cual fue tomada por The Anglo-South American Bank Ltd.

"4° La expresada letra fue protestada por los tenedores por falta de fondos, razón por la cual los libradores tuvieron que reembolsar al Banco el valor de ella, sus intereses y sus gastos.

"5ª Los señores J. J. Gómez & Co., en su carácter de Agentes de la Compañía nombrada, pagaron los gastos causados por el recibo y despacho en Cartagena, del mismo vapor Dicto, montantes a la suma de tres mil cuatrocientos setenta pesos con ocho centavos ($ 3,470-08) oro americano; y para reembolsarse esa suma libraron una letra, por igual valor, a cargo de la Compañía tántas veces nombrada y a favor de The Royal Bank of Canada, de esta ciudad, Banco el cual la tomó como de costumbre.

"6ª La referida letra, que lleva fecha de veintiocho de mayo de mil novecientos veintinueve, y está distinguida con el número 1905, y expresa que es girada por cuenta de gastos del vapor Dicto, fue protestada por los tenedores por falta de pago, razón por la cual los giradores tuvieron que reembolsar al Banco el valor de ella ($ 3,470-08), más los intereses en sesenta y dos días, equivalentes a $ 71-13 oro americano.

"7ª J. J. Gómez & Co. pagaron la suma de seis mil ciento cuarenta y cuatro pesos con cinco centavos ($ 6,144-05) oro americano, suma a que ascendieron los gastos causados en el recibo y despacho, en Puerto Colombia, del vapor Euros, en junio último, vapor perteneciente a la Scandinavian West Indies Line Ltd., y para reembolsarse de tal suma libraron una letra a cargo de dicha Compañía, por igual valor, letra que fue tomada por The Anglo-South American Bank Ltd.

"8ª La letra que se acaba de mencionar fue protestada por falta de pago, y los giradores tuvieron que reembolsar su valor y sus intereses y gastos al Banco que la había tomado.

"9ª J. J. Gómez & Co. pagaron la suma de dos mil ochocientos cincuenta y tres pesos con noventa centavos ($ 2,853-90) oro americano, por valor de los gastos causados en el recibo y despacho, en Cartagena, del vapor Euros, en junio último, vapor perteneciente, como se ha dicho, a la Scandinavian West Indies Line Ltd., y para reembolsarse de aquella suma, libraron una letra a cargo de dicha Compañía, por igual valor y a la orden de The Royal Bank of Canada, de esta ciudad, quien la tomó como de costumbre.

"10. La letra que se acaba de mencionar ha sido igualmente protestada por falta de pago, según aviso cablegráfico recibido por The Royal Bank of Canada, razón por la cual los giradores tendrán que reembolsar el valor de esa letra con sus intereses y gastos.

"11. En el recibo y descargue del vapor Pacífico, perteneciente a la misma Compañía, y actualmente en puerto, J. J. Gómez & Co. han hecho gastos cuyo monto demostraré en su debida oportunidad, los cuales no han sido reembolsados.

"12. Fue convenido entre la Scandinavian West Indies Line Ltd. y J. J. Gómez & Co., que el reembolso de los anticipos que éstos hicieran en el recibo y despacho de los vapores de aquella Compañía, les sería hecho en esta ciudad, y al efecto, se acordó con el Banco el siguiente procedimiento: J. J. Gómez & Co. presentarían al Banco los comprobantes de gastos de cada vapor de la Scandinavian West Indies Line Ltd., y sobre ellos el Banco entregaría a los mismos el valor de dichos gastos, a cambio de una letra contra aquella Compañía, servicio por el cual ésta abonaría al Banco un interés por comisión, que se incluiría en el valor de la respectiva letra, acuerdo que se ha cumplido invariablemente en todos y cada uno de los recibos y despacho de los vapores de la dicha Compañía, como consta en todas las cuentas de gastos pasadas por J. J. Gómez & Co. a la Scandinavian West Indies Line Ltd."

Se citan en seguida las disposiciones de derecho que invoca el actor, y se señala la cuantía del juicio en más de quince mil pesos.

Admitida la demanda se ordenó la notificación de ella a la entidad demandada, por medio de exhorto, librado al lugar de su domicilio, y, además, esa misma entidad fue emplazada por edicto en forma legal, para que compareciera a estar a derecho en el juicio, y transcurridos varios meses, por auto de veinticinco de abril de mil novecientos treinta, no habiéndose hecho representar en el juicio la Empresa demandada, el Juzgado nombró al doctor José Santos García defensor de ausente de la Sociedad de Navegación Marítima, tántas veces nombrada.

El defensor, debidamente posesionado, contestó la demanda el diez de mayo de mil novecientos treinta, aceptando los hechos marcados en ella con los numerales 1º a 7º, y el 9º, "por desprenderse de los documentos acompañados a la demanda," y negando los demás, por no constarle—dice—y por no estar comprobados en el expediente.

En primera instancia el juicio terminó por sentencia de veinticinco de noviembre de mil novecientos treinta, por medio de la cual se condena a la Compañía demandada a pagar, dentro del término de seis días de notificada la sentencia, a la Sociedad demandante, la suma de cinco mil ochocientos nueve pesos con sesenta y cinco centavos ($ 5,809-65), más los intereses sobre esa suma, al mayor tipo de la plaza, a partir del tres de agosto de mil novecientos veintinueve, hasta que se verifique el pago. Se le condenó igualmente a las costas del juicio.

La parte demandante apeló de ese fallo, y el cuatro de noviembre de mil novecientos treinta y uno, el Tribunal Superior de Cartagena lo reformó en estos términos:

"1º Condénase a la Compañía Scandinavian West Indies Line Limited, domiciliada en Oslo (Noruega), a pagar a los señores J. J. Gómez & Co. la cantidad de catorce mil seiscientos sesenta y cinco pesos con cuarenta y siete centavos ($ 14,665-47) oro americano, a que ascienden las sumas invertidas por éstos en los recibos de los vapores Dicto y Euros, en los meses de mayo y junio de mil novecientos veintinueve.

"2º Condénase a la misma Compañía a pagar a los demandantes, señores J. J. Gómez & Co., los intereses de esa suma, a la rata comercial de la plaza, desde que se hicieron los desembolsos hasta que se verifique el pago total de la suma a que se contrae esta sentencia (artículos 2184º del Código Civil y 212 y 219 del Código de Comercio); y

"3º Condénase asimismo a la Casa Scandinavian West Indies Line Limited a pagar la cantidad de veinticuatro pesos con ochenta y ocho centavos ($ 24-88) oro colombiano a que ascienden los gastos hechos en el recibo del vapor Pacífico, en el mes de junio de mil novecientos veintinueve, según comprobantes que obran en autos, y sus intereses legales desde la fecha en que se verificó el desembolso hasta que sean pagados éstos a los demandantes.

"No hay condenación en costas en esta instancia.

"Queda en los términos anteriores reformado el fallo apelado.

"Como en autos hay constancia de que a la orden del señor Juez 2° del Circuito está depositada la cantidad de diez y ocho mil pesos oro legal ($ 18,000), seis días después de ejecutoriado el auto de obedecimiento que se dicte por el inferior en relación con esta sentencia, y previa la liquidación de los intereses corrientes, mandará pagar de esa suma las cantidades que resulten deberse en virtud de esta sentencia y las costas de la primera instancia."

El representante de la entidad demándada interpuso ante el Tribunal el recurso de casación. Concedido éste, la Corte lo declaró admisible, en auto que está ejecutoriado.

Para resolver el recurso, se considera:

1' Dice el recurrente:

"La primera causal del recurso se funda en ser la sentencia violatoria de los artículos 835 y 846 del Código Judicial, disposiciones que son de carácter sustantivo, en cuanto la sentencia excede de lo pedido en la demanda, ya que se dispuso por el Tribunal que de la suma de $ 18,000 oro legal, depositada en el Juzgado, se mandara pagar, previa la liquidación de los intereses corrientes, las cantidades que resulten deberse y las costas de la primera instancia.

"En ninguna parte de la demanda—dice el recurrente—se ha solicitado el pago con la suma que ordenó el Tribunal, y al efecto basta ver la parte petitoria del libelo respectivo. Es, pues, evidente, que la sentencia del Tribunal condenó en exceso, y en un punto que no fue solicitado ni pretendido por el actor, y bajo este aspecto es casable la sentencia, al tenor del texto legal correspondiente..... No se discutió por los litigantes sobre esta materia, y viene a violarse un principio sustantivo consagrado en el artículo 835 del Código Judicial, en aplicación del principio básico consagrado en la Constitución en el artículo 26."

Como se ve, aquí invoca el recurrente la causal segunda de casación, y la funda en que, en su concepto, la sentencia condenó en exceso, y en un punto que no fue solicitado ni pretendido por el actor. Pero se observa: la congruencia que ha de guardar la sentencia, de acuerdo con los artículos 835 del Código Judicial y 2° de la Ley 169 de 1896, ha de conformarse con todas las demandas y pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes en el juicio.

La ley procesal que regía cuando se siguió el juicio, consagraba lo mismo que la ley actual: que el que haya demandado o intente demandar a otro para el cumplimiento de una obligación personal, puede pedir, para seguridad del pago, el embargo de bienes del demandado o presunto demandado en cantidad suficiente, para que el juicio no sea ilusorio en sus efectos. Es esa petición una acción accesoria que se dirige al Juez para asegurar la efectividad de la acción principal, y ya se vio que la Sociedad demandante comenzó por aquella petición accesoria con relación al vapor Pacífico, para asegurar los efectos de la demanda que iba a intentar, y que seguidamente intentó contra la Compañía Scandinavian West Indies Line Ltd.; que esa demanda (la principal), fue propuesta por escrito de tres de agosto de mil novecientos veintinueve, presentada en su fecha al Juzgado del conocimiento, diez días antes de que quedara sustituido el embargo del buque por la suma de $ 18,000; que el trece del mismo mes se depositó en efectivo, a la orden del Juzgado "para responder—dice la diligencia—de las resultas del juicio ordinario que en este Despacho adelanta la Sociedad J. J. Gómez & Co. contra la Scandinavian West Indies Line Ltd., por suma de pesos."

Estas consideraciones son suficientes para justificar la procedencia y perfecta congruencia del fallo recurrido con las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, en cuanto al condenar, como condena, a la Compañía demandada a pagar a los demandantes la suma de que trata el ordinal primero del fallo, con los intereses correspondientes, ordena que el pago se haga tomando dicha suma y la que arroje la liquidación de los intereses de los diez y ocho mil pesos, depositados precisamente para responder del cumplimiento de esa obligación, caso de que ella fuera declarada a cargo de la Compañía demandada. El cargo es infundado.

2° Dice el recurrente:

"También con la disposición del Tribunal, de aplicar la suma depositada en el Juzgado 2° a las resultas del juicio, se viola el artículo 846 del Código Judicial vigente al momento de proferirse la sentencia."

Transcribe en seguida la disposición del citado artículo, y agrega:

"Al folio 125 vuelto del cuaderno principal aparece una diligencia, según la cual el señor O. Gram consignó dinero suyo, y mediante memorial, que obra al folio 129, aclaró dicha diligencia y dejó a salvo los derechos del dueño de ese dinero, y el Juzgado dictó auto el nueve de agosto para que se dejara la constancia respectiva, ordenando que se llevara a conocimiento de los interesados. Así, pues, el demandante, antes de establecer su demanda, sabía a quién pertenecía dicho dinero, y si ha querido ejercitar acción sobre él, debía haber dirigido su demanda también contra el legítimo dueño de dicha suma, y pedir expresamente en la demanda la aplicación de dichos fondos al pago de lo que pudiera el Juez declarar en su favor.

"Bajo este aspecto, el Tribunal ha condenado a persona que no fue demandada, que no estuvo presente en el juicio, y que, por lo tanto, que no pudo hacer valer su derecho, con violación manifiesta del artículo 846 del antiguo Código Judicial."

Se considera:

El representante de los demandantes J. J. Gómez & Co., en escrito de veintiséis de julio de mil novecientos veintinueve, dirigido al Juez del conocimiento, expuso:

"Por esta suma (la de $ 14,590-51) oro americano, voy a intentar demanda contra la expresada Compañía Scandinavian West Indies Line Ltd., y deseando asegurar los efectos de mi acción, pido a usted que decrete el embargo preventivo del vapor Pacífico, anclado en este puerto actualmente, perteneciente a la misma Compañía, la cual lo envió a este puerto a la consignación de J. J. Gómez & Co., Agentes de ella, como he dicho atrás; y que decrete el secuestro preventivo de la suma de un mil doscientas libras esterlinas (£ 1.200), que el Capitán de la referida nave, por orden y cuenta de la Compañía Scandinavian West Indies Line Ltd., ha puesto a las órdenes de la Casa que represento, o sea la firma J. J. Gómez & Co., en poder de The Royal Bank of Canada, de esta ciudad."

El Juzgado, previo el juramento y la fianza que al efecto prestó el peticionario, resolvió así el incidente:

".....este Juzgado 2° del Circuito....., decreta el embargo preventivo del vapor Pacífico, anclado en

este puerto, bajo el mando del Capitán O. Gram, perteneciente a la Compañía Scandinavian West Indies Line Ltd., enviado al puerto de esta ciudad a la consignación de J. J. Gómez & Co., y el secuestro preventivo de la suma de un mil doscientas libras esterlinas (£ 1,200) que el Capitán de la referida nave, por orden y cuenta de la Compañía de Navegación nombrada, ha puesto a las órdenes de J. J. Gómez & Co., en poder del Royal Bank of Canada, de esta ciudad."

Notificado el embargo del vapor Pacífico a su Capitán O. Gram, éste, en escrito de cinco de agosto de mil novecientos veintinueve, dijo al Juzgado:

"Comienzo por manifestar a usted que el señor Gómez anda errado al decir que el buque Pacífico pertenece a la Compañía Scandinavian West Indies Line Ltd., Compañía que es deudora—según dicho señor Gómez afirma—de la Casa que éste representa. El citado vapor es hoy de la propiedad del señor E. B. Aaby, de la ciudad de Oslo (Noruega), como puedo comprobarlo con la documentación que tengo en mis manos y como más tarde lo comprobaré ante usted, en ejercicio de las acciones legales que intentaré por medio de apoderado.

"Por ahora vengo a pedir a usted que se sirva levantar el embargo de la nave Pacífico, mediante una fianza que yo prestaré a satisfacción del señor Juez, o mediante un depósito en dinero que puedo hacer en un banco de esta ciudad, por la cantidad que el señor Juez estime necesaria. Esto para responder o garantizar las resultas del juicio que se intente por el señor J. J. Gómez F."

Seguidamente, en escrito de ocho del mismo mes, el mismo Capitán O. Gram dijo al Juzgado:

"Adiciono mi petición anterior, sobre desembargo del vapor Pacífico, diciendo a usted que ofrezco depositar aquí, en un banco de la ciudad, la suma de quince mil dólares para responder de las resultas del juicio que el señor J. J. Gómez F. intente en virtud del embargo dicho y del secuestro de las mil doscientas libras esterlinas. Hago este ofrecimiento para que usted ordene levantar también el mencionado secuestro de las mil doscientas libras esterlinas."

El Juzgado, en auto de nueve de agosto, fijó en diez y ocho mil pesos oro legal la suma que debía depositar el peticionario, y el trece del mismo mes se extendió la correspondiente diligencia, en estos términos:

"En la ciudad de Cartagena, a los trece (13) días del mes de agosto de mil novecientos veintinueve, estando el Juzgado 2º del Circuito constituído en audiencia pública, compareció en él el señor O. Gram, quien entregó real y materialmente al señor Juez, y por ante el suscrito Secretario, el cheque número 2278, girado por la entidad bancaria denominada The Royal Bank of Canada, de esta plaza, por la suma de diez y ocho mil pesos ($ 18,000) oro legal, a cargo de la misma y a favor de este Juzgado, y para responder de las resultas del juicio ordinario que ante este Despacho adelanta la Sociedad J. J. Gómez & Co. contra la Scandinavian West Indies Line Ltd., por suma de pesos, a efecto de que sea levantado el decreto de embargo y secuestro preventivos dictados contra el vapor Pacífico y la suma de mil doscientas libras esterlinas (£ 1,200).

"Se firma para constancia la presente diligencia, por todos los que en ella han intervenido.

"Pedro Castillo Pineda—O. Gram—Otto G. Camargo Mlo., Secretario interino."

Seguidamente el Juzgado proveyó acerca del desembargo solicitado, en auto de catorce del citado mes de agosto, que termina así:

".... habiéndose llenado la exigencia requerida por el ordinal 4º del artículo 32 de la Ley 40 citada, es preciso acceder a lo que viene dicho.

"Por tanto, y a mérito de lo expuesto, este Juzgado.... levanta el decreto de embargo preventivo dictado contra el vapor Pacífico, perteneciente a la Compañía Scandinavian West Indies Line Ltd., y el secuestro de la suma de un mil doscientas libras esterlinas que el Capitán de la referida nave, por orden y cuenta de esta Compañía, puso a las órdenes de J. J. Gómez & Co., en poder del Royal Bank of Canada, de esta ciudad."

El artículo 32 de la Ley 40 de 1907, ordinal 4º, citado por el Juzgado, dispone que se levante el secuestro o embargo preventivos, "si la persona responsable otorgare fianza a satisfacción del Juez, o depositare en dinero una cantidad igual a la que se pretende asegurar con el secuestro o el embargo, en su caso."

Al pie del auto últimamente citado se halla la siguiente diligencia:

"En la fecha, notifico el auto anterior al señor O. Gram.

"Cartagena, agosto catorce (14) de mil novecientos veintinueve (1929), y dijo que renuncia la ejecutoria."

Cierto es que en autos (foja 129 del cuaderno número 1º), figura un escrito del Capitán O. Gram, en el cual dice:

"El depósito que he ofrecido hacer, de la suma de quince mil dólares, con los fines indicados, es con la reserva de que el dueño del vapor Pacífico y de las un mil doscientas libras esterlinas, puede reclamar sobre el embargo y el depósito o secuestro dichos, en el sentido de que tanto el vapor Pacífico y las dichas libras esterlinas son de su exclusiva propiedad, y no tuvo razón de ser el embargo y el secuestro en referencia. En una palabra, el señor E. B. Aaby tiene a salvo su derecho para reclamar ante usted sobre la ilegalidad del embargo y del secuestro mencionados, y para pedir que se le devuelvan los quince mil pesos oro americano que voy a depositar; pues única y exclusivamente haré el depósito con el objeto de seguir mi viaje y de no soportar más perjuicios, no porque tenga yo qué hacer con la deuda de la Scandinavian West Indies Line Ltd., ni el señor E. B. Aaby tampoco. Pido que se deje constancia de esto en el acta de depósito."

El Juzgado proveyó así:

"Agréguese a sus referentes con noticia de las partes, a fin de que quede constancia en los autos de la anterior manifestación que hace el memorialista."

Del texto de este auto, de nueve de agosto citado, y del de catorce del mismo mes, en la parte que se deja transcrita, así como también de la diligencia de depósito de los referidos diez y ocho mil pesos, resulta que esa suma no quedó depositada en condición distinta de la requerida por la Ley 40 de 1907, en su artículo 32, ordinal 4º, que viene transcrito, y conviene hacer constar que lo afirmado por el Capitán O. Gram en sus citados escritos de cinco y nueve de agosto, no estuvo, ni se halla en este proceso justificado con documento alguno, pues no presentó entonces, ni tampoco presentó después, la documentación que dijo tener en sus manos, ni ha ejercitado ninguna acción de las que anunció en su escrito

de cinco de agosto, ni ha hecho ninguna otra gestión distinta de la que queda dicha, encaminada a responder de las resultas del juicio con el depósito de los mencionados diez y ocho mil pesos para que fueran desembargados el vapor Pacífico y las mil doscientas libras esterlinas, embargadas como de propiedad de la Compañía demandada, sin que el expresado Capitán Gram, ni el señor E. B. Aaby, citado por él, hayan tratado siquiera de demostrar lo contrario en ninguna de las instancias del juicio.

De acuerdo con estas consideraciones, se observa: como en este cargo, tal como está planteado, no se hace valer un agravio inferido a la parte recurrente, sino a un tercero que, según el recurrente, no estuvo presente en el juicio, bastaría hacer notar que como uno de los objetos del recurso de casación es reparar los agravios que la sentencia haya inferido a los derechos del recurrente, la acusación es improcedente, si ella se refiere a agravios causados a terceros, como ocurre en el presente caso; pero conviene observar también que no es exacta la afirmación que hace el recurrente, de que el Tribunal ordena hacer efectiva la obligación demandada sobre fondos ajenos a esta litis, toda vez que los diez y ocho mil pesos de que se trata están directamente afectos al pago de la obligación que en la sentencia se declara a cargo de la Compañía demandada, pues a ese fin quedaron destinados, según lo expresa la diligencia de depósito de que ya se ha hecho mérito. Puesta la referida suma a disposición del Juez para responder de la obligación que en la sentencia definitiva se declarara a cargo del demandado, no es del caso entrar a considerar su procedencia, porque, como lo consagra el artículo 1630 del Código Civil, "puede pagar por el deudor cualquier persona a nombre de él, aun sin su consentimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor." El cargo, como se dijo, es improcedente.

3º Dice el recurrente:

"Otra causal de casación del fallo del Tribunal de Cartagena está fundada en la violación de los artículos 1757, 1761, 1763 del Código Civil, y 691 y 702 del Código Judicial, al darle valor a una serie de documentos privados que no han sido reconocidos en la forma que previenen los artículos citados.....

"Muchos de ellos—dice—son originarios de la parte demandante y confeccionados por ella misma, sin que puedan tener por sí solos carácter de plena prueba, sino a lo más servir de base para obtener la probanza de erogaciones hechas por la Casa demandante, mediante declaraciones, recibos reconocidos y otros elementos similares que no aparecen de autos. El Tribunal pretendió sanear la deficiencia anotada, declarando que las letras giradas por los demandados cobijaban estos gastos y los revestían de pleno valor, sin que esto pueda ser así, ya que la Ley 46 de 1923 no permite darle a una letra el valor suficiente a revalidar los gastos hechos por un girador a cargo de un girado, sino en el caso de aceptación expresa; y como aparece de autos que las letras no fueron aceptadas, la cobranza que se pretendió hacer con ellas queda sujeta únicamente a las disposiciones comunes sobre pruebas, y especialmente a las disposiciones generales contenidas en el Título XXI, libro IV, del Código Civil, y capítulos 8º y 9º del libro 2º, Título 2º, del Código Judicial antiguo. Hay, pues, violación de las disposiciones citadas, y son todas ellas de carácter sustantivo, por referirse a mérito probatorio de piezas o elementos aducidos por una de las partes."

Dirígese este cargo a impugnar los conceptos del Tribunal contenidos en los siguientes párrafos de la sentencia recurrida:

"Consta de autos—dice—por los comprobantes que figuran en el cuaderno principal del juicio, los cuales están reconocidos por sus firmantes, que los gastos ocasionados por el vapor Dicte, en su viaje de veintiséis de abril a primero de mayo, ascendieron a la suma de dos mil ciento noventa y siete pesos con cuarenta y cuatro centavos ($ 2,197-44) oro americano, inclusos en ellos el valor de la comisión bancaria y el de la comisión de la agencia desempeñada por los demandantes, a que se contrae el giro número 126, de diez y siete de mayo de mil novecientos veintinueve.

"Asimismo están comprobados los gastos hechos en el recibo del vapor Dicte, en veintisiete de mayo de mil novecientos veintinueve, que arrojan la suma de tres mil cuatrocientos setenta pesos con ocho centavos ($ 3,470-08) oro americano, a que se refiere la letra número 1905, de veintiocho de mayo de mil novecientos veintinueve.

"También lo están los gastos a que se refiere la letra número 1962, de seis de junio de mil novecientos veintinueve, por la cantidad de dos mil ochocientos cincuenta y tres pesos con noventa centavos ($ 2,853-90) oro americano, y los que se refieren a la letra número 130, de trece de junio de mil novecientos veintinueve, por la cantidad de seis mil ciento cuarenta y cuatro pesos con cinco centavos ($ 6,144-05) oro americano.

"Esas partidas ascienden a la cantidad de catorce mil seiscientos sesenta y cinco pesos con cuarenta y siete centavos ($ 14,665-47) oro americano."

Pero conviene hacer notar que lo dicho por el Tribunal en los párrafos aquí transcritos no es lo que constituye el fundamento principal del fallo, en cuanto a la comprobación del crédito que hacen valer los demandantes por valor de $ 14,865-47. Lo que en esos párrafos dice el Tribunal, puede apreciarse como argumentos subsidiarios, ya que en los párrafos anteriores aprecia otros documentos que obran en el proceso, de los cuales deduce que ellos demuestran palpablemente el reconocimiento por parte de la Compañía demandada de las sumas que expresan los cuatro giros de que se ha hecho mérito. Esos párrafos de la sentencia, que constituyen su principal fundamento, son de este tenor:

"Entre los distintos elementos probatorios—dice el fallo—figuran cuatro giros librados por la parte actora a favor de The Royal Bank of Canada y The Anglo-South American Ltd., que se expresan en seguida. Viene a continuación una detallada relación de esos cuatro giros, marcados con los números 1905, 1962, 126 y 130; y continúa así:

"Esos cuatro giros, en conjunto, ascienden a la cantidad de catorce mil seiscientos sesenta y cinco pesos con cuarenta y siete centavos ($ 14,665-47) oro americano, y ellos han venido a los autos en forma legal; están protestados por el señor Notario público de Oslo (Noruega); los protestos se hallan traducidos al castellano y autenticados por el Cónsul de Colombia señor Nellyon L. Ridtun, y, además, autenticada la firma de éste en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

"Es evidente que la Casa de J. J. Gómez & Co., según el convenio celebrado, y que se desprende de la carta de fecha veintidós de marzo de mil novecientos veintinueve, que obra en autos a folio 6 del cuaderno número 2 de pruebas del demandante, y de la respuesta dada por los representantes de la Casa demandada, estaba autorizada para girar inmediatamente después de desembolsada la cantidad a que ascendieran los gastos de recibo y descargue de los vapores de la Compañía por el monto de dicha cuenta, más las comisiones del Banco por el descuento del giro y comisiones de la Casa demandante.

"En esas condiciones, los señores J. J. Gómez & Co. se hallaban autorizados expresamente para girar, y, por tanto, se entiende que había la respectiva provisión de fondos, de conformidad con el artículo 775 del Código de Comercio, que dice:

'Se considera también realizada la provisión, cuando el librador estuviere expresamente autorizado por el librado o aceptante para girar a su cargo, o cuando éste hubiere admitido en propiedad, para cubrir su aceptación, mercaderías, efectos de comercio u otros valores.'

"Ese precepto legal, por no ser contrario a las disposiciones de la Ley 46 de 1923, está vigente.

"Luego el artículo 137 de la citada Ley 46 de 1923 prescribe que una promesa incondicional, por escrito, de aceptar una letra antes de ser girada, debe tenerse como una aceptación actual en favor de cualquier persona que en razón de tal recibe la letra por un valor determinado.

"Es fuera de duda que al contratar los señores J. J. Gómez & Co. con la Scandinavian West Indies Line Ltd., la forma como se le harían los pagos de las cantidades que invirtieran en su carácter de agentes o mandatarios, la condición esencial era el reembolso inmediato, en virtud del derecho que se les concedía a los libradores para girar por conducto de un banco, que en grado a la validez y eficacia de la promesa hecha por los girados de aceptar y pagar el valor de esos giros, servía de intermediario, mediante el descuento a cargo de los librados de pagar las sumas libradas, lo que patentiza aún más la aceptación expresa y anticipada de cubrir tales giros.

"También es de rigor observar que en autos figura un cable de la Casa demandada, de fecha seis de septiembre de mil novecientos treinta, en que manifiesta ésta que debido a las fuertes pérdidas causadas por circunstancias imprevistas y fuera de su control, se han visto obligados a suspender pagos; que están esforzándose en reorganizar la Compañía, y que les proponen tomar acciones por la suma adeudada; que el negocio es seguro, pero carecen de fondos. Ese documento obra a folio 149 del cuaderno principal.

"Los mismos actos notariales de protesto de los giros que obra en autos, contienen como única razón la exposición hecha por los librados de que no se pagaban los giros apuntados, porque la Compañía Scandinavian West Indies Line Ltd. había suspendido sus pagos, lo que en todo caso demuestra palpablemente el reconocimiento de las sumas que tales giros expresan."

Como se ha visto, con relación a estos conceptos del Tribunal, sólo arguye el recurrente:

a) "Que la Ley 46 de 1923 no permite darle a una letra el valor suficiente a revalidar los gastos hechos por un girador a cargo de su girado, sino en el caso de aceptación expresa"; y

b) Que como "las letras no fueron aceptadas, la cobranza que se pretendió hacer con ellas queda sujeta únicamente a las disposiciones comunes sobre pruebas, y especialmente a las disposiciones generales contenidas en el Título XXI, libro IV, del Código Civil, y capítulos 8° y 9° del libro 2°, Título 2°, del Código Judicial antiguo."

Son éstos meros conceptos del recurrente, que en derecho de casación no comportan una acusación; y siendo así que no están acusados los conceptos del Tribunal, contenidos en los párrafos últimamente transcritos, que son—como se ha dicho—el principal fundamento del fallo recurrido, no es necesario entrar a examinar si el Tribunal apreció erróneamente los documentos privados que indica el recurrente, pues como se dijo en casación de 9 de junio de 1920, "la Corte ha resuelto en varias decisiones que no es casable la sentencia por mala apreciación de determinadas pruebas, cuando el fallo no se funda únicamente en ellas, sino también en otras que han sido apreciadas jurídicamente o que no han sido acusadas por lo menos en casación, porque debe suponerse que el Tribunal apreció las pruebas en su conjunto." (**Gaceta Judicial**, XXVIII, 74, 2').'

4° Continúa el recurrente:

"También incurrió el Tribunal sentenciador en violación flagrante de los artículos 1757 y 2142 del Código Civil, y 331, 338 del Código de Comercio Terrestre, en cuanto dio por probado un contrato de mandato cuya existencia no aparece de autos. En efecto: como razón para declarar probado el contrato mencionado, acoge el Tribunal las siguientes razones del Juez a quo:

'Múltiples son los elementos de convicción traídos a los autos para demostrar la existencia del contrato aludido. Los testimonios de los señores Manuel Carrillo, Norberto Elguero y Pedro Ranjel....., justifican satisfactoriamente que entre la Sociedad demandante y el Capitán Heiding, en su carácter de representante de la Scandinavian West Indies Line Ltd., se acordó confiar a aquéllos la agencia de vapores de esta Compañía.'

"Hace en seguida un análisis de las declaraciones de los testigos citados, y dice que con ellas 'no se puede justificar satisfactoriamente, como lo asevera el Juez, y lo acoge el Tribunal, que entre la Sociedad demandante y el Capitán Heiding, en su carácter de representante de la Scandinavian West Indies Line Ltd., se acordó confiar a aquéllos la agencia de los vapores de esta Compañía.'"

Como adicional a este cargo, expone lo siguiente:

"La carta de fecha veintidós de marzo de mil novecientos veintinueve, que obra al folio 38 del cuaderno número 3, y que en copia privada, es decir, presentada por el actor en su favor, y sin reconocer por la persona a quien se dirigía, no puede estimarse como demostrativa de un contrato de mandato, y al estimarla el Tribunal como prueba del mandato, viola bajo todos los aspectos indicados en la causal primera de casación, establecida en el artículo 2° de la Ley 169 de 1896, los artículos 1505, 2142 del Código Civil, en relación con los artículos 331 y 338 del Código de Comercio Terrestre; pues el señor Heiding no estaba ni está facultado, según lo que aparece de autos, para cobrar y comprometer a la Compañía demandada, ni su gestión produce iguales efectos

que si aquélla hubiera contratado; de manera que esta apreciación del Tribunal violó directamente el artículo 1505 del Código Civil, porque dio por probada una representación que no existe en el señor Heiding."

Se observa:

No apreció el Tribunal las declaraciones de Carrillo y Elguero como prueba directa del contrato de mandato, sino como demostrativas de uno de los varios indicios en que funda su concepto sobre la existencia del mandato. Lo mismo ha de decirse con relación a la carta a que el cargo se refiere, traída a los autos como prueba del demandante, con citación de la parte demandada, y sin objeción de ésta. Pero sobre la existencia del mandato, la parte demandante quedó relevada del deber de probarla, toda vez que entre los hechos fundamentales de su demanda, adujo éste:

"1º Los señores J. J. Gómez & Co. son Agentes en esta ciudad y en la de Barranquilla, donde tienen establecida una sucursal, de la Compañía de Navegación Marítima llamada Scandinavian West Indies Line Ltd., domiciliada en Oslo (Noruega), y con ese carácter atendió al recibo y despacho de los vapores llamados Dicto y Euros, llegados a Puerto Colombia y Cartagena en los meses de mayo y junio del presente año, respectivamente, y está atendiendo al recibo del vapor Pacífico, perteneciente a la misma Compañía, surto actualmente en la bahía de este puerto."

El representante de la Compañía demandada contestó:

"Al primer hecho: lo acepto por desprenderse de los documentos acompañados a la demanda."

La aceptación de este hecho por la parte demandada dejó fuera del debate la existencia del mandato alegado por el actor, ya que acerca de ella las partes estaban conformes; y si no fue materia del debate en las instancias del juicio, no puede venir ahora el recurrente a impugnarlo en casación. El cargo es infundado.

5º Por último, dice el recurrente:

"Cabe también observar que el Tribunal violó el artículo 1757 del Código Civil, al aplicar erradamente el artículo 691 del Código Judicial antiguo, cuando dice:

'Es evidente que la Casa J. J. Gómez & Co., según el convenio celebrado, y que se desprende de la carta de fecha veintidós de marzo de mil novecientos veintinueve, que obra en autos al folio 6 del cuaderno número 2 de pruebas del demandante, y de la respuesta dada por los representantes de la Casa demandada, estaba autorizada para girar inmediatamente, después de desembolsada la cantidad a que ascendieran los gastos de recibo y descargue de los vapores de la Compañía, por el monto de dicha cuenta.....'.

"El cable, que se dice de respuesta a la carta de veintidós de marzo, citada, que forma el folio 40 del cuaderno número 3, no tiene valor probatorio, porque no ha sido reconocido por quien se asegura lo expidió o firmó, condición necesaria para que tenga valor, conforme al artículo 691, citado anteriormente."

Se observa:

Aduce el recurrente como motivo de casación que, en su concepto, la sentencia viola los preceptos legales citados en este cargo; pero lo que dice, para demostrarlo, es que el sentenciador le concedió valor probatorio a un documento que no tiene ningún valor ante la ley, lo que vale decir que el Tribunal incurrió en error de derecho, y, por tanto, la acusación debió haberse formulado por este motivo, como bien lo anota la parte opositora; pero para apreciar el fundamento de este cargo, conviene tener presente:

a) Que el Capitán J. Heiding fue quien, como representante de la Compañía demandada, puso a cargo de los demandantes la agencia de los vapores de dicha Compañía.

b) Que lo hecho por Heiding fue aceptado por ésta, según lo demuestran todos los actos que en ejecución del contrato se realizaron después de aquel convenio, y también algunos documentos que obran en el proceso.

c) Que atendida la propuesta de Heiding, los demandantes le dirigieron a éste la carta de veintidós de marzo de mil novecientos veintinueve, en estos términos:

'Refiriéndonos a la Agencia de los vapores de la Scandinavian West Indies Line Ltd., de Oslo, que usted, en su carácter de representante de ella quiere poner en nuestras manos en este puerto, le manifestamos a usted que tendremos mucho gusto en aceptarla, siempre que nuestra Casa sea reembolsada inmediatamente de los gastos que ocasione el recibo y despacho de sus vapores, para lo cual nosotros entregaríamos a un banco de esta ciudad las cuentas de gastos con sus comprobantes, y daríamos un giro a cargo de la Scandinavian West Indies Line Ltd., y a la orden del banco, por el monto de dicha cuenta de gastos, más lo que cobre el banco por pagarnos aquí dichas cuentas, pues no podríamos esperar a que de Noruega nos reembolsaran después esos valores, ya que nuestra Casa principal de Cartagena es la que ha de hacer esos gastos.

"Rogamos a usted contestarnos por cable si acepta o nó estas condiciones."

d) Que Heiding les contestó por medio del cablegrama a que se refiere el cargo que se examina, así:

"Acepto sus condiciones."

e) Que en el término probatorio de la primera instancia del juicio, la parte demandante presentó la carta y el cablegrama de que se ha hecho mérito, para que fueran tenidos como prueba de sus pretensiones en él; y el Juzgado, por auto de seis de junio de mil novecientos treinta, admitió esa prueba, "con noticia de la parte contraria," para "ser tenidos en cuenta todos esos documentos al momento de fallar."

f) Que el representante de la Compañía demandada fue personalmente notificado de ese auto, y no le opuso ninguna objeción a ese cablegrama, que la parte actora hace valer para deducir de él una obligación a cargo de la Compañía demandada. Ni en el acto de la notificación, ni en ninguna de las instancias del juicio, fue impugnado ese documento.

Ese cablegrama aparece puesto por Heiding en una negociación efectuada por él en representación de la Compañía demandada, y como tal lo hizo valer en el juicio la parte actora, para comprobar obligaciones a cargo de dicha Compañía, sin que el representante de ésta lo haya objetado o redargüido de falso en las instancias del juicio; luego no puede alegar ahora el recurrente, en casación, que "ese documento no tiene ningún valor probatorio"; pues aun en el concepto de simple documento privado, no reconocido judicialmente, la ley, bajo cuya vigencia fue apreciado, sí le otorgaba fuerza probatoria (artículo 702 del Código Judicial), y ello basta para declarar infundado este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Cartagena el cuatro de noviembre de mil novecientos treinta.

Con costas a cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

El quince de julio de mil novecientos tres, el Juez del Circuito de San Andrés decretó la formación de inventarios de los bienes de la sucesión del señor Antonio Arias González, y en los días diez de agosto y otros posteriores se practicó la diligencia.

El veintiuno de enero de mil novecientos catorce se hizo la partición judicial de los bienes.

La objetaron el apoderado de Felipe Cordero T. y Numa Pompilio García, cesionarios de los derechos de la cónyuge sobreviviente; y la señora Juana Nepomucena Arias, hermana del causante.

El Tribunal Superior de Bucaramanga, en providencia de diez y nueve de abril de mil novecientos quince, examinó las objeciones en virtud de apelación interpuesta contra el auto en que el Juez las falló y confirmó este auto. El Juez declaró fundada la primera objeción, "en cuanto que se dejó de adjudicar a aquéllos (Cordero y García) todos los bienes que les correspondían como tales (cesionarios)" y ordenó rehacer la partición en esta parte, "en el sentido de que se distribuyan los bienes quedantes, destinando la mitad para los cesionarios de la cónyuge supérstite como gananciales, y la otra mitad, que constituye la herencia, se divida en dos partes iguales, una para los representantes de la misma y la otra para distribuir entre los hermanos del causante en la proporción indicada en el artículo 1047 del Código Civil." Declaró infundadas las otras objeciones aducidas por el representante de Cordero y García y la alegada por Juana Nepomucena Arias.

Un nuevo partidor (por fallecimiento del primero) procedió a rehacer la partición y presentó su trabajo el veintisiete de octubre de mil novecientos diez y seis.

El Juez decretó el traslado de la nueva partición, la cual fue objetada por el apoderado de varios interesados.

Entre las objeciones, algunas de ellas nuevas, figura la de que no se hizo la partición "considerando la gran masa de bienes (con unas pocas e insignificantes excepciones) como de la exclusiva propiedad del cónyuge muerto, según constancias que hay en los inventarios, los cuales fueron aprobados sin que se objetaran legal y oportunamente en esa parte...."

El Juez, en proveído del treinta de julio de mil novecientos diez y siete, desechó las objeciones y aprobó la partición.

Empero, el Tribunal de Bucaramanga, en sentencia del tres de diciembre de mil novecientos veinte, revocó la decisión del Juez y no aprobó la partición reformada "por cuanto han sido estimadas fundadas las objeciones 4ª y 5ª de las propuestas por los señores José A. Pedraza y Leopoldo Quirós, interesados legítimamente en el negocio." Ordenó que el Juez le diera al asunto el curso legal procedente.

El diez y ocho de septiembre de mil novecientos veintiséis, el Juez decretó un inventario adicional, cuyo principal objeto era el catalogar los títulos de los inmuebles especificados en el primer inventario. Además, se practicó una inspección con peritos para identificar tales inmuebles a la luz de aquellos títulos.

La tercera partición se presentó el veinticuatro de julio de mil novecientos veintinueve, practicada por un nuevo partidor. Por sentencia del día treinta, el Juez la aprobó, y el Tribunal, mediante sentencia de seis de septiembre de mil novecientos treinta, confirmó la del Juez.

El apoderado de unos interesados interpuso recurso de casación, invocando las causales 1ª y 2ª del artículo 2º de la Ley 169 de mil ochocientos noventa y seis; pero no lo fundó ante el Tribunal.

Ante todo, ha de resolver la Corte si el recurso es admisible, con arreglo al artículo 10 de la Ley 90 de mil novecientos veinte.

Los avalúos de los inventarios y las liquidaciones y adjudicaciones de la partición se hicieron en papel moneda, como lo reconoce el recurrente mismo, como que una de sus objeciones versa precisamente sobre la infracción del artículo 127 del Código Fiscal, "porque los cómputos aritméticos de la partición se han verificado en papel moneda, siendo así que el patrón monetario es el peso de oro." Los bienes inventariados y adjudicados luégo en la partición fueron estimados pericialmente en setecientos treinta y nueve mil trescientos diez y nueve pesos, papel moneda.

Reduciendo esta cifra a moneda de oro en la proporción legal, resulta una cantidad superior en más del doble a la cuantía de tres mil pesos que, para el recurso de casación, fijaba el artículo 1º de la Ley 90 de mil novecientos veinte, vigente cuando se interpuso y concedió el de que aquí se trata. Por otra parte, el memorial de casación fue aducido en tiempo hábil y por persona competente.

Hé aquí porqué la Corte admite el recurso.

A esta Superioridad envió el recurrente un memorial, que hizo autenticar en Bucaramanga por un Magistrado del Tribunal y el Secretario; lo cual no es desechable, en sentir de la Corte, porque la expresión Juez nacional a que se refiere el numeral 3º del artículo 329 del Código Judicial (reformado, por lo demás, por el artículo 6º de la Ley 92 de 1920) puede tomarse en su sentido amplio o genérico, en el cual se comprenden los juzgadores de toda la jerarquía judicial (artículo 55 de la Ley 105 de mil ochocientos noventa).

El citado memorial no llena cumplidamente los requisitos que ha menester una demanda de casación; pero sí contiene en lo fundamental acusaciones propias del recurso; por lo cual no es dable rechazarlo desde el principio.

Se invocan dos causales de casación: ser la sentencia violatoria de ley sustantiva y error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Comprendese que las llamadas causales son dos motivos de la causal 1ª del artículo 2º de la Ley 169 de mil ochocientos noventa y seis.

Debe tenerse presente que, según el Código Judicial anterior, por el cual se rige el actual recurso, cuando se formulaban objeciones a la partición de los bienes de una herencia y el Juez declaraba probadas algunas de ellas, la tarea del partidor se limitaba a rehacer su trabajo de conformidad con la orden judicial, y verificada la reforma, el Juez debía aprobar la partición (artículos 1284, 1285 y 1286). Lo propio sucede con arreglo al Código Judicial ahora vigente (artículos 964 y 965).

Según esto (contrayéndose la Sala exclusivamente al Código aplicable aquí), de la partición reformada no se corría nuevo traslado, ni eran admisibles más objeciones.

Además, ha de advertirse que en el recurso de casación no pueden alegarse objeciones no deducidas en tiempo hábil ante el Juez, porque para el efecto de interponer útilmente dicho recurso es necesario que la parte que quiere acogerse a él haya usado en el juicio de todos los derechos que la ley le concede. Tal es la jurisprudencia sostenida por la Corte. Véase, por ejemplo, este paso, tomado de una sentencia de veintinueve de septiembre de mil novecientos veintitrés:

"Tratándose de la sentencia aprobatoria de una partición, el recurso de casación solamente puede prosperar respecto de aquellos puntos en que se han hecho valer contra la partición los medios que la ley concede; en otros términos, que el recurso de casación no constituye oportunidad para formular contra la partición objeciones que no se hayan hecho en tiempo oportuno." (Gaceta Judicial, tomo XXX).

Guiada por este criterio, la Sala pasa a examinar la demanda, con el fin de ver si hay en ella objeciones presentadas en oportunidad o reparos que se desprendan del solo texto de la partición impugnada, que es la tercera.

En relación con el primer motivo, se señalan como violados por la sentencia del Tribunal las disposiciones de los artículos 1377, 1394, 1398, 1042, 1781, 1502 y 1633 del Código Civil y 127 del Fiscal.

La transgresión del artículo 1377 del Código Civil se hace consistir en que, con arreglo a tal disposición, cuando se cede una cuota hereditaria, el cesionario tiene igual derecho que el cedente para pedir la partición; y como el sentenciador ha aprobado la partición en que se establece que ambos, cedente y cesionario, pueden intervenir en ella, "ha quebrantado, infringido o violado" aquel artículo. "Este artículo no significa que tanto al cedente como al cesionario deba hacérseles la adjudicación, sino que tanto derecho cuanto tenía el cedente tendrá el cesionario para recoger la herencia y para que se le adjudique todo lo que a aquél se le debía adjudicar."

"Ahora bien: todas las hijuelas contienen esta leyenda: '....para N. N. o quien represente sus derechos...'; si hay una cesión reconocida o demostrada debe hacerse la hijuela al cesionario, y en caso contrario al heredero directo o asignatario. Al tratar de la errada apreciación de pruebas—añade el recurrente—volveré sobre este punto."

El artículo 1394 ha sido violado porque el sentenciador aprobó una partición en que el partidor no distribuyó los bienes entre los consignatarios, sino entre personas indeterminadas. "Desde luégo que todas las cartillas contienen la frase **o de quien represente sus derechos**, el adjudicatario es indeterminado."

Se considera:

Estos reparos versan sobre defectos de redacción del acto de partición. Es verdad que en varias hijuelas se dice la expresión a que se refiere el impugnador, por ejemplo en la **cartilla de Ezequías Arias o de quien represente legítimamente sus derechos.** Mas de aquí no se sigue que el Tribunal hubiera desconocido que el cesionario puede intervenir en la partición. El partidor, o bien por la multiplicidad de los interesados, o bien por no estar aún decretadas algunas subrogaciones de derechos hereditarios, se acogió a la fórmula criticada, la cual puede ser incorrecta, mas no induce a la violación del susodicho artículo 1377 del Código Civil, en el sentido apuntado.

Ni aparece la transgresión del artículo 1394 ibidem, por motivo de la misma fórmula. Las hijuelas están adjudicadas nominativamente, agregándose que ellas pasan a quienes sean cesionarios de los adjudicatarios mencionados (que esto en puridad significa la fórmula); y esta consideración basta para concluír que no hay la indeterminación que se acusa.

Las violaciones de los otros artículos citados del Código Civil—1393, 1042, 1781, 1502 y 1633—no pueden ser directas, porque el Tribunal no los ha desconocido y ni siquiera se mencionan en el fallo. De existir, ellas serían consecuencia de errores evidentes de hecho o de errores de derecho, cometidos en la estimación de las pruebas.

Se acusa la infracción del artículo 1393 del Código Civil en relación con el 1394, porque la hijuela de deudas fue formada adjudicándole los muebles a Nepomucena Jerez, siendo así que, al tenor de los artículos citados, solamente es dable efectuar esa adjudicación a todos los coasignatarios u ordenar el remate de los objetos dedicados al pago de deudas. Empero, el partidor hizo la hijuela de bienes para cubrir las deudas, lo cual era su obligación según el artículo 1393; y si dicha hijuela fue adjudicada a la señora Jerez, ello pudo haber sido en virtud de convenio, en los términos del artículo 1397, porque no es admisible por lo absoluta la aseveración del recurrente acerca de que la adjudicación de la hijuela de que se trata solamente puede hacerse a cargo de todos los interesados. Ni los artículos 1393 y 1394 hablan de remate de bienes para pagar las deudas. El reparo, por tanto, es improcedente.

Agrega el recurrente que la sentencia quebranta el artículo 1042 al aprobar una partición en que no se asignan iguales partes a los hijos que representan una estirpe, porque José Angel y León Ortiz son cesionarios de José Crisanto y Teodora Arias y no se les adjudicaron a ambos dos octavos sino un octavo al uno y dos al otro. Mas a esto se responde que desde la primera partición el partidor le reconoció a León Ortiz dos octavas partes de la cuota hereditaria de Alejo Arias G. como cesionario de los derechos de José Policarpo, José Crisanto (en una mitad) y Teodora Arias (también en una mitad) y a José Angel Ortiz, solamente una octava parte en aquella misma cuota, como cesionario de las otras dos mitades de los derechos de José Crisanto y Teodora Arias. Para disponerlo así, el partidor tuvo a la vista las respectivas escrituras de cesión. Ahora bien: la primera partición no fue objetada por este aspecto, ni contra la segunda (que fue reforma de la primera) se adujo razón alguna por los interesados, de donde se desprende que, en casación, el reparo es una objeción nueva y como tal inaceptable, en armonía con la doctrina antes expuesta. Por lo demás, el apoderado de la contraparte que alegó ante la Corte

observa acertadamente que en el caso de estos coasignatarios no se trata de un fenómeno de representación sino de una cesión de derechos de herencia, que se gobierna por los artículos 1967 y siguientes del Código Civil. A estos adjudicatarios se les reconocieron derechos en la proporción en que ellos compraron.

Arguye el autor del recurso que el fallo viola el artículo 1781 del propio Código, porque se distribuyeron como pertenecientes a la sociedad conyugal habida entre Antonio Arias González y Nepomucena Jerez, bienes adquiridos por el causante antes del matrimonio. "En efecto, el causante casó con la Jerez en 1891, y casi todos los bienes fueron adquiridos por el causante mucho tiempo antes del matrimonio, y sin embargo se distribuyeron como si fueran pertenecientes a la sociedad conyugal: luego se violó en la partición y en el fallo que la aprueba el artículo citado, que ordena que solamente lo adquirido a título oneroso durante el matrimonio se tenga como de propiedad de la sociedad conyugal."

Como la objeción se enlaza con el segundo motivo alegado para solicitar la casación de la sentencia, se examinará al estudiarse éste.

Se ha infringido—prosigue el recurrente—el artículo 1502 del Código Civil, en relación con el 1633, porque en la dación en pago hecha en la hijuela de deudas a favor de Nepomucena Jerez se requiere, para que fuera válida, la capacidad legal de todos los herederos, de conformidad con los mencionados artículos, y como entre ellos figura Eloy Arias, quien es interdicto, se violan estos textos al aprobar una partición en que se procede de modo contrario a lo que mandan. Pero hay que tener en cuenta que el partidor advierte que los bienes raíces incluídos en la referida hijuela deben ser puestos en remate público, si hay menores interesados en el juicio; y aunque Eloy Arias no es ya menor, como se halla en interdicción por demencia, subsiste la razón para el remate. Habría sido, eso sí, más correcto que antes de hacerse el acto de partición se hubiera sacado a subasta una parte de bienes que prudencialmente se estimara suficiente para cubrir las deudas y los gastos, observándose el procedimiento del artículo 1292 del Código Judicial; pero, en todo caso, la necesidad de ocurrir al remate, establece que no se trata de una adjudicación directa de tales bienes a la cónyuge sobreviviente, por vía de dación en pago, sino de un encargo conferido a ella para que con el producto de ese remate, atienda a la satisfacción de las deudas y gastos. Dice literalmente la hijuela: ...."y con el producto o valor de todos estos bienes, que deberá recibir la señora Nepomucena Jerez, pagará ésta los siguientes créditos...." En el estado actual del negocio, cumple al Juez de la causa proveer lo conducente al remate antes de llevarse a cabo la protocolización. (Véanse los artículos 962 y 967 del Código Judicial de ahora). Dadas estas explicaciones, la objeción no se halla acreditada.

Manifiesta el recurrente que se encuentra quebrantado el artículo 127 del Código Fiscal, porque los cómputos aritméticos de la partición se han verificado en papel moneda, con olvido de que el patrón monetario es el peso de oro. A esto se contesta que el avalúo de los bienes en los inventarios se hizo en papel moneda, porque a la sazón no se había expedido la Ley 33 de mil novecientos tres (de veintiséis de octubre), que estableció como unidad monetaria de la Nación el peso de oro, y que los partidores para formar la cuenta debían tener presente las constancias de aquellos inventarios; fuera de que, como la objeción no se adujo oportunamente ante el Juez, constituye un medio nuevo en casación, acerca del cual no puede recaer una resolución de la Sala. (Huelga decir que al partidor también le habría sido legalmente factible convertir en oro las sumas de papel moneda, en la proporción debida).

En el segundo motivo se encierran, aunque no ordenadamente, algunas acusaciones sobre errores de apreciación de ciertas pruebas.

En primer lugar, se le imputa a la sentencia un error de hecho evidente en la estimación de la inspección ocular practicada por el Juez del Circuito de San Andrés en los días 28, 29, 30 y 31 de agosto de 1923 y de las escrituras número 619, de 2 de noviembre de 1889; número 53, de 8 de marzo de 1886; número 125 de 16 de agosto de 1885; número 60, de 4 de marzo de 1884; número 80, de 23 de agosto de 1872; número 208, de 24 de agosto de 1868, y número 359, de 14 de agosto de 1874.

Afírmase que en la apreciación de la inspección se incidió en el error acusado, porque el juzgador no la tuvo en cuenta y procedió como si ella no existiera, pues aprobó una partición que acepta como bienes sociales los que fueron adquiridos muchos años antes del matrimonio Arias-Jerez. Si el Tribunal le hubiera reconocido valor a la diligencia de inspección, habría encontrado necesariamente que los bienes partidos no fueron adquiridos durante el matrimonio y que, en consecuencia, son bienes propios del cónyuge muerto. Luego el sentenciador erró de hecho en la estimación de esa prueba y el error lo condujo a violar los artículos 1236, 1047 y 1830 del Código Civil, puesto que a la cónyuge se le adjudicaron tres cuartas partes de los bienes (dos, o sea la mitad, a título de gananciales y la otra cuarta parte a título de heredera del causante, concurriendo con los hermanos legítimos de éste), y apenas le correspondía la cuarta parte, al considerar los bienes, no como sociales, sino como propios del cónyuge difunto. Por tanto, el primero de los artículos mencionados fue violado por omisión y los otros dos por indebida aplicación. Si la inspección se hubiera tenido en cuenta, se habría improbado la partición, para disponer su reforma en el sentido de asignarles dos cuartas partes de los bienes a los hermanos legítimos en vez de una sola, que fue lo que se les reconoció.

El error de hecho en la apreciación de las escrituras susodichas consiste en que ellas demuestran que las fincas de **Guacal, Palma** y **Los Muertos** fueron conseguidas por Antonio Arias González mucho antes de su matrimonio con Nepomucena Jerez, y a pesar de ello el partidor las mira como bienes sociales y el Tribunal aprueba la partición, con nueva transgresión del artículo 1830, aplicándolo a un evento contrario del que semejante disposición contempla.

En este cargo queda también comprendido el enunciado antes respecto de la violación del artículo 1781 del Código Civil.

Se considera:

La materia del presente reparo fue debatida en las objeciones de la primera partición, por lo cual entra él de lleno en la jurisdicción del recurso que está decidiendo la Sala.

En dicha primera partición se obró sobre la base de que los bienes relictos eran propios del de cujus, y una mitad se le adjudicó a la cónyuge supérstite o a sus ce-

sionarios y la otra a los hermanos o a sus representantes, con apoyo en el artículo 1047 del Código Civil.

Esto fue objetado por los cesionarios de la cónyuge, quienes expresaron que en los autos no constaba jurídicamente que los bienes fueran del dominio exclusivo del causante, pues sólo existía sobre el particular lo manifestado por los interesados en un memorial, que no implica prueba bastante acerca de la procedencia de los bienes inventariados; por donde, en virtud de una presunción legal "han debido considerarse todos los bienes como pertenecientes al haber social y repartirse como tales, lo que no se verificó," con perjuicio para aquellos cesionarios. Así pues, con arreglo a la objeción, era preciso dar la mitad de los bienes al cónyuge sobreviviente a título de gananciales, y partir en dos la otra mitad, entre el mismo cónyuge y los hermanos del autor de la herencia.

Los falladores de ambas instancias aceptaron esta objeción y, en especial, el Tribunal la estudió espaciosamente, con el fin de llegar a la conclusión de que los bienes eran sociales por faltar la prueba de que hubieran sido adquiridos por Arias González antes de su matrimonio. Quedó así desechada la base que se había fijado para la partición, base que es la que ahora quieren restablecer los recurrentes en casación.

Después de improbada la segunda partición mediante providencia que dictó el Tribunal de Bucaramanga el tres de diciembre de mil novecientos veinte, un apoderado de varios herederos solicitó la práctica de un inventario adicional para incluir numerosas escrituras referentes a los bienes que figuraban en el inventario principal y solicitó asimismo que se verificase una inspección ocular con peritos para averiguar la identidad de tales bienes, "esto es, que los bienes que se inventariaron en el juicio fueron adquiridos por Arias González en virtud de todos aquellos títulos." (Memorial de José A. Pedraza, fechado el ocho de junio de mil novecientos veintiséis).

Las escrituras públicas fueron agregadas al expediente, formándose un cuaderno especial, y la diligencia de inspección con peritos se cumplió durante los días veintisiete, veintiocho, veintinueve y treinta de agosto de mil novecientos veintiocho.

A estos instrumentos y a esta inspección se contrae el cargo actual, porque se dice que el sentenciador incurrió en un error evidente de hecho al no apreciarlos.

Según el artículo 1284 del viejo Código Judicial, las objeciones a la partición podían versar sobre puntos de hecho "que aparecieren comprobados en el expediente" o sobre puntos de derecho. No era dable, por tanto, aducir objeciones sobre hechos no acreditados oportunamente en el proceso.

Surtido el debate de objeciones en el tiempo oportuno para ello, que fue el traslado que se corrió de la primera partición, y decretada la reforma de ésta, en el sentido de considerar los bienes como de la sociedad conyugal, quedó en firme tal base, contraria a la que al principio se había adoptado, y no se puede derribarla con pruebas practicadas posteriormente. La obligación del Juez y del Tribunal era inquirir si la reforma se había hecho de conformidad con lo ordenado y aprobar el acto reformatorio, al tenor del artículo 1286 del citado Código Judicial. Si esa reforma no aparecía ceñida a las órdenes, los juzgadores debían insistir en que se ciñera y nada más.

Síguese que el Tribunal, para resolver si aprobaba la tercera partición o sea la segunda reforma a la primera, no tenía por qué entrar a examinar las escrituras presentadas en el llamado inventario adicional (que en el fondo no es tal, sino una simple colección de títulos referentes a los bienes puestos en el inventario principal o único), ni la diligencia de inspección ocular con peritos. Mal podía, apoyándose en pruebas traídas fuera de tiempo hábil y en condiciones no autorizadas por la ley, desconocer la decisión ejecutoriada para los efectos del presente juicio, en lo tocante a la manera como había de partirse el acervo de bienes.

Luego el sentenciador no cayó en error de hecho ni de derecho al dejar de apreciar las escrituras y la inspección ocular, porque su misión, al proferir el fallo que está acusado ante la Corte, aparecía trazada por el artículo 1286 del Código Judicial entonces vigente.

Hubieran podido los recurrentes impugnar en este recurso de casación la estimación que el Tribunal les dio a las pruebas que tuvo a la vista para pronunciar el proveído del diez y nueve de abril de mil novecientos quince (la relación de títulos insertada en la diligencia cumplida por el Juez el diez de mayo de mil novecientos cuatro y el convenio consignado en el memorial suscrito por los interesados el diez y siete de agosto de mil novecientos doce); pero no lo hicieron así, sino que, como se deja explicado, han combatido desacertadamente el fallo por no haber tenido en cuenta unos elementos probatorios aducidos mucho tiempo después de transcurrida la ocasión legalmente propicia para objetar la partición.

En mérito de lo expuesto, no se admite el cargo que acaba de dilucidarse.

En segundo lugar, asevera el recurrente que fueron erróneamente apreciados la escritura número 111, de 25 de marzo de mil novecientos diez y nueve, otorgada ante el Notario de Concepción, y el auto de cuatro de junio de mil novecientos veintiuno, dictado por el Juez de la causa. Mediante aquélla, la cónyuge Nepomucena Jerez le vendió una cuota hereditaria a Ascensión Bermúdez y en el auto se reconoció la subrogación a favor del comprador. El error se hace consistir en que el partidor omitió el formarle hijuela a Bermúdez y en que le adjudicó bienes a la propia vendedora en razón del derecho que había vendido, con lo cual se quebrantó el artículo 1377 del Código Civil. Empero, el partidor expuso—y así es jurídicamente—que "los últimos cesionarios de los derechos correspondientes a los herederos reconocidos se subrogan por mandato del Juez y por ministerio mismo de la ley en los derechos adquiridos." De aquí que la omisión impugnada, aunque criticable, no alcanza a desconocer el derecho de Bermúdez. Por otra parte, éste ha estado asistido en el juicio por un apoderado distinto del que interpuso la casación, y el recurrente no ha alegado y demostrado el agravio que sufrieran sus representados con lo sucedido a Bermúdez. Por esto no prospera la inculpación.

En tercer lugar, manifiesta el autor del recurso:

"Igual observación hago en cuanto a la adjudicación hecha a Cristóbal Arias, quien había cedido a Tomás Jaimes y a Anastasio Orduz la décima parte del derecho que pudiera corresponderle." De ser admisible este reparo, bastaría para declararlo injustificado el no haber señalado el recurrente la prueba cuya mala apreciación condujo al Tribunal a cometer el error de hecho (artículo 9°, inciso 2°, de la Ley 90 de mil novecientos veinte).

De suerte que el recurso no prospera; si bien los que se crean agraviados pueden acudir luégo a la vía ordinaria, en demanda de reparación (artículos 1405 del Código Civil y 1286 y 1290 del anterior Código Judicial).

Por tanto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese y cópiese esta sentencia y publíquese en audiencia y en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diciembre doce de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

En escrito que fue repartido al Juzgado 1° en lo Civil del Circuito de Medellín, fechado el 20 de octubre de 1925, y luégo corregido y reformado por el de 1° de febrero de 1927, Francisco J. Restrepo G., por medio de apoderado, demandó, por la vía ordinaria, a Emiliano Sierra y Luis E. Restrepo V., para que se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que son nulas las siguientes actuaciones del juicio ejecutivo que el señor Emiliano Sierra propuso contra el señor Francisco J. Restrepo G., en demanda del 9 de abril de 1912, sustanciado tal juicio ante el señor Juez 2° del Circuito de Medellín:

"a) El desistimiento que se hizo constar en memorial de 5 de septiembre de 1912.

"c) El auto de esa misma fecha, con su notificación, verificada el cuatro de mayo de 1921.

"d) La orden de desembargo y de cancelación del embargo, impartida el 5 de septiembre de 1912.

"e) Las cancelaciones de ese embargo verificadas en la Oficina de Registro de Medellín, el 6 de septiembre de 1912, según comprobante número 85, del respectivo libro de cancelaciones, y en la de Girardota el 11 del mismo mes de septiembre de 1912, según comprobante número 76, de igual libro.

"f) Los autos de 21 de mayo y 17 de junio de 1921, con sus respectivas notificaciones.

"g) El auto del 16 de agosto de 1921 y su notificación; y

"h) Toda la actuación subsiguiente a éste último citado auto.

"Segunda. Que deben revivir el mencionado juicio ejecutivo y la tercería coadyuvante que el señor Luis E. Restrepo V. introdujo en memorial recibido en el respectivo Juzgado el 18 de abril de 1921. El juicio ejecutivo, para seguir el curso que le corresponde, quedará en el estado en que se hallaba a la fecha del auto de 9 de agosto de 1912, revocado por el de 28 de febrero de 1921, y la tercería coadyuvante seguirá con el trámite que le corresponde, teniendo en cuenta el artículo 56 de la Ley 40 de 1907, en razón de la declaratoria especialmente pedida contra el señor Sierra en la letra a) de esta reforma, declaratoria en que también se hará parte el tercerista señor Restrepo V.

"Tercera. Que se oficie a los señores Registradores de Instrumentos Públicos de Medellín y Girardota a efecto de que tomen constancia de la nulidad de las cancelaciones referidas en la letra e) del punto primero de esta parte petitoria, para que, en consecuencia, revivan los embargos registrados en una y otra oficina, respectivamente, el 3 de mayo de 1913, bajo el número 169, y el 13 de mayo de 1912, bajo el número 22.

"Cuarta. Que por consecuencia del fallecimiento del depositario de bienes, señor Luis Sierra, debe procederse en la forma legal (artículo 1039, Código Judicial, al nombramiento de otro, a quien, una vez posesionado y contra toda persona, debe hacérsele entrega real y material del inmueble a que se refiere la diligencia de depósito de 25 de junio de mil novecientos doce, a efecto de que, en relación con el expresado secuestro, las cosas vuelvan al estado en que quedaron en la referida fecha del 25 de junio de 1912.

"Subsidiariamente a los cuatro puntos anteriores: que, sin admitir oposición con fundamento en título de fecha posterior a la fecha del depósito de los bienes trabados en la mencionada ejecución, y no reclamados en el acto del depósito por tercera persona, aplicando el artículo 29 de la Ley 40 de 1907, se entreguen esos bienes, real y materialmente, a mi poderdante, señor Francisco J. Restrepo G.

"Quinta. Que los demandados, señores Sierra y Restrepo V., deben pagar las costas del juicio, si contradijeren la acción.

"Especialmente pido contra el señor Sierra, siempre a nombre de mi poderdante señor Restrepo G.:

"a) Que están totalmente extinguidos los créditos y obligaciones de que tratan las escrituras públicas números 1607, de 13 de octubre de 1905; 1983, de 29 de diciembre de 1905; 248, de 24 de febrero de 1909, todas de la Notaría 2ª de Medellín; 1286, de 16 de agosto de 1905, de la Notaría 1ª de igual Circuito, y 117 o 127, de 5 de agosto de 1907, de la Secretaría del Concejo del Municipio de San Pedro.

"b) Que, en consecuencia, debe cancelarse también la inscripción de tales escrituras, para cuyo efecto se oficiará al respectivo Registrador de instrumentos públicos.

"c) Que en un todo ha cesado el derecho del señor Emiliano Sierra a intervenir, como ejecutante, en el juicio ejecutivo que ante el señor Juez 2° del Circuito de Medellín y en contra del señor Francisco J. Restrepo G. promovió en demanda de 9 de abril de 1912.

"d) Que dicho señor Sierra debe pagar al señor Restrepo el valor de las costas a éste causadas en el referido juicio ejecutivo, a partir del 3 de octubre de 1912 y hasta que el señor Sierra se separe del debate.

"e) Que, por causa de dolo, es nulo el contrato consignado en la escritura número 1258, de 5 de septiembre de 1912, de la Notaría 2ª de Medellín.

"f) Que en consecuencia de la declaración inmediatamente anterior, debe cancelarse la inscripción de esa escritura y de ese contrato, y el señor Sierra queda en la obligación de rendir cuentas al señor Restrepo G., en el plazo legal, con respecto a los negocios de oro y demás operaciones referidas en los postulados primero, segundo y quinto de dicho instrumento, así como también debe restituir al mismo señor Restrepo G., en el plazo de la ley, la cantidad de cuatro mil quinientos pesos de oro y

los intereses de esta suma, devengados desde el 5 de septiembre de 1912, hasta el día en que se cumpla tal restitución o pago.

"Parágrafo. Para efectos de la cancelación de la inscripción de la referida escritura y el contrato en ella asentado, se oficiará a los respectivos señores Registradores de Instrumentos Públicos.

"Subsidiariamente a los puntos e) y f) y su parágrafo:

"1ª Que el señor Francisco Restrepo G. tiene acción contra el señor Emiliano Sierra, para repetir lo recibido por éste en especie y en importe de bienes rematados, en la ejecución que al señor Restrepo G. promovió, ante el señor Juez del Circuito de Girardota, en demanda de 16 de junio de 1913, con apoyo en la escritura número 1258, de 5 de septiembre de 1912, de la Notaría 2ª de Medellín.

"2ª Que, en consecuencia, el señor Sierra debe pagarle al señor Restrepo G., en el plazo legal, las siguientes cantidades líquidas: la de tres mil quinientos ochenta y tres pesos con sesenta y nueve centavos de oro ($ 3,583-69) y sus intereses, a razón del uno por ciento mensual, a partir de la fecha de la inscripción del remate de dicho bien (en la sentencia se determinará la fecha, según la prueba traída al debate); la cantidad de mil seiscientos dos pesos con cuarenta y seis centavos oro ($ 1,602-46), con sus intereses al uno por ciento mensual, liquidados a partir del 25 de junio de 1915, en adelante, y la de ochocientos pesos de oro ($ 800) y sus intereses al mismo tipo expresado, liquidados a partir del mes de febrero de 1915 en adelante. Total, en valor líquido, sin incluir los respectivos intereses, cinco mil novecientos ochenta y seis pesos con quince centavos de oro ($ 5,986-15).

"Más subsidiariamente a los mismos puntos e) y f).

"Que el señor Francisco J. Restrepo G. tiene acción contra el señor Emiliano Sierra, para repetir lo que éste cobrara y recibiera ejecutivamente con base en la citada escritura número 1258, de 5 de septiembre de 1912, y que, en consecuencia, dicho señor Sierra debe pagar al señor Restrepo G. en el plazo legal, la cantidad de cuatro mil quinientos pesos de oro y sus intereses, liquidados a razón del uno por ciento mensual, a partir de la misma fecha de la escritura en mención, y el valor de costas de la ejecución.

"Todavía más subsidiariamente a los mismos puntos e) y f): que por razón de dolo, fuerza mayor, condiciones no cumplidas, petición antes de tiempo o de un modo indebido o incompetencia de jurisdicción en el funcionario que conoció del respectivo juicio, el señor Francisco J. Restrepo G. tiene acción contra el señor Emiliano Sierra para repetir lo por éste cobrado judicialmente en el juicio ejecutivo que promovió contra el señor Restrepo G. con base en el contrato consignado en la referida escritura número 1258, de 5 de septiembre de 1912, y, en consecuencia, el señor Sierra debe restituir al señor Restrepo G., en el plazo legal, las cantidades especificadas en el numeral 2º de la primera parte subsidiaria de los puntos e) y f). (En la sentencia, al llegarse el caso de este pronunciamiento, se expresará tal cantidad con las modalidades, en concepto de intereses, que en dicho numeral 2º se mencionan). Y las costas de tal ejecución.

"g) Que el señor Sierra debe indemnizar al señor Restrepo G., mediante estimación pericial cumplida en este o en otro juicio, de los perjuicios causados con motivo del expresado juicio ejecutivo promovido por el señor Sierra, como queda dicho, con base en la citada escritura número 1258, de 5 de septiembre de 1912, incluyendo el valor de las costas en el debate invertidas por el señor Restrepo G.

"h) Que es nulo y debe reponerse todo lo actuado en el juicio ordinario que el señor Francisco J. Restrepo G. promovió contra el señor Emiliano Sierra, ante el señor Juez de Circuito de Medellín en demanda de 19 de octubre de 1920, sobre resolución del contrato asentado en la escritura número 1258, de 5 de septiembre de 1912, de la Notaría 2ª de Medellín, a partir del fallo de primera instancia de 2 de abril de 1923, inclusive, en adelante.

"Subsidiariamente a este punto h): que tal nulidad y reposición de lo actuado deben declararse y verificarse, respecto de dicho juicio ordinario a partir del auto de 18 de mayo de 1923, inclusive, en adelante.

"Más subsidiariamente a este punto h): que es nulo y debe reponerse el fallo del Tribunal Superior, proferido en dicho juicio ordinario, de fecha 8 de mayo de 1924.

"Todavía más subsidiariamente al propio punto h):

"1ª Que es ilegal la notificación del auto de 5 de junio de 1924, proferido por el Tribunal Superior, en el mismo referido juicio ordinario, en concesión del recurso de casación interpuesto por el actor contra el expresado fallo de 8 de mayo de 1924.

"2ª Que en consecuencia de la ilegalidad de tal notificación, es nulo, queda rescindido y debe reponerse todo lo actuado por la honorable Corte Suprema de Justicia, a partir del auto de 9 de agosto de 1924, inclusive, en adelante.

"Y todavía más subsidiariamente al mismo punto h):

"1ª Que es ilegal la notificación del auto de 13 de septiembre de 1924, proferido por la honorable Corte Suprema de Justicia en el mismo referido juicio ordinario.

"2ª Que, como consecuencia de la ilegalidad de tal notificación, es nula y queda rescindida la sentencia interlocutoria, con fuerza de definitiva, que dicha honorable entidad profirió, en el mismo referido juicio ordinario, el 4 de noviembre de 1924.

"3ª Que, en orden a las dos declaraciones inmediatamente anteriores (las de los ordinales 1ª y 2ª), es nulo y debe reponerse todo lo actuado, en dicho juicio, como consecuencia directa de las expresadas notificación del auto de 13 de septiembre y sentencia de 4 de noviembre de 1924, y, por tanto, por conducto regular, el expresado juicio debe volver a la Sala de Casación de la honorable Corte Suprema de Justicia, a efecto de que se reponga la actuación, a partir de la notificación del auto de 13 de septiembre de 1924, inclusive, en adelante.

"i) Que al ser declarada la resolución del contrato consignado en la escritura número 1258, de 5 de septiembre de 1912, de la Notaría 2ª de Medellín, cuya resolución se demanda en el referido juicio ordinario que el señor Restrepo G. promovió contra el señor Sierra en libelo de 19 de octubre de 1920, una vez que tal resolución sea declarada en sentencia ejecutoriada, el señor Sierra quedará en la obligación de rendir al señor Restrepo G., en el plazo legal, las cuentas de los negocios de oro y demás operaciones referidos en los postulados **primero, segundo y quinto de la escritura** número 1258, de 5 de septiembre de 1912.

"j) Que el señor Sierra debe pagar las costas de estas peticiones especiales, si las contradijere."

Los fundamentos de hecho figuran en cuarenta y seis párrafos del libelo, que sería prolijo reproducir aquí, no siendo absolutamente necesaria tal reproducción; y como fundamentos de derecho citó varias disposiciones de los Códigos Civil y Judicial y de las leyes que los reforman y adicionan.

El demandado Emiliano Sierra contestó la demanda oponiéndose a las peticiones del demandante, aceptó unos hechos y negó otros, y terminó proponiendo, como excepciones perentorias, las siguientes:

"Inexistencia de las obligaciones que se pretenden contra el demandado, transacción, cosa juzgada, petición de modo indebido, falta de personería en el demandante, en el aspecto de excepción perentoria, y prescripción extintiva de alguna de las acciones ejercitadas en la demanda."

El otro demandado, Luis E. Restrepo V., no hizo uso del traslado de la demanda.

Surtida la tramitación correspondiente, el Juzgado falló en primera instancia, el 23 de julio de 1928, desatando así la controversia:

"No se hace ninguna de las declaraciones pedidas en la demanda, y por lo tanto se absuelve a los señores Emiliano Sierra y Luis E. Restrepo V. de los cargos que se los han formulado. Por lo mismo, no es el caso de estudiar las excepciones propuestas.

"Condénase en costas a la parte demandante y en favor del señor Emiliano Sierra; las agencias y trabajo en derecho se estiman en ciento cincuenta pesos oro; el señor Secretario tasará las otras a que haya lugar."

Apelada esa sentencia por la parte demandante, ella fue confirmada por la del Tribunal Superior de Medellín, de fecha 5 de mayo de 1930, contra la cual el mismo Tribunal concedió al demandante el recurso de casación, que la Corte admite, y procede a examinarlo.

Se alega la causal primera de casación, y para fundarla, se exponen los siguientes motivos:

"Afirma el honorable Tribunal—dice este primer cargo—que declaratorias como la solicitada en el postulado primero de la demanda, sólo pueden pedirse y hacerse dentro del mismo juicio que registra las actuaciones acusadas de nulidad; trae en apoyo del aserto algunas doctrinas de la honorable Corte Suprema de Justicia y de algunos Tribunales del país; expresamente invoca con igual fin, los artículos 123 a 142 de la Ley 105 de 1890; y, en consecuencia de semejante criterio, niega aquella declaratoria y las de los postulados segundo a quinto, y la petición subsidiaria a éstos, de la misma demanda.

"Pero es evidente el error de derecho y consiguiente directa violación de dichos preceptos, que aquella afirmación entraña; porque ni es cierto que tales artículos, o alguno de ellos, constriña el ejercicio de la acción otorgada en el numeral 1° del artículo 136 de la citada Ley 105 de 1890—que es la debatida en el juicio—a sólo los mismos trámites del juicio ejecutivo donde tuvieron cumplimiento las actuaciones tachadas de nulidad, ni tampoco lo es que sólo por excepción, y de acuerdo con los artículos 131 y 137 ibidem, puede alegarse la nulidad procedimental en juicio aparte, tomando este concepto cual lo toma el Tribunal, en sentido general y absoluto."

La parte de la sentencia a que este cargo se refiere, dice así:

"La petición primera se contrae a la nulidad de varias actuaciones del juicio ejecutivo que Emiliano Sierra propuso contra Francisco J. Restrepo G., en demanda de nueve de abril de mil novecientos doce (1912), juicio que se trabó en el Juzgado 2° del Circuito de Medellín.

"Esta petición no será atendida, porque las nulidades procedimentales sólo pueden ser alegadas y decididas en los juicios en que ocurren. Así lo han declarado varias veces la Corte Suprema de Justicia y algunos Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Merecen citarse a este respecto los números 2618 y 2695 del tomo tercero (3°) de la Jurisprudencia de la Corte.

"Estas doctrinas tienen su fundamento legal en los artículos de la Ley 105 de 1890, sobre nulidad en los juicios (123 a 142). En ellos se determinan cuáles son las causales de nulidad y ante qué Jueces y en qué oportunidad deben ser alegadas. Sólo por excepción puede alegarse la nulidad procedimental en juicio aparte (artículos 131 y 137 ibidem)."

A esto objeta el recurrente:

a) Que el artículo 131 específicamente se refiere a la nulidad de sentencias definitivas, "lo que desde luégo demuestra la violación del artículo 131, por indebida aplicación al caso debatido. Y lo propio sucede respecto del artículo 137, porque en éste tampoco se dice nada con referencia a la aludida acción de nulidad ameritada en el numeral primero del citado artículo 136 de dicha Ley 105 de 1890." Pero esta objeción carece de fundamento, porque la razón fundamental del fallo, en la parte a que se refiere este primer cargo, es que, por regla general, "las nulidades procedimentales sólo pueden ser alegadas y decididas en los juicios en que ocurren," el aditamento de que sólo por excepción pueda alegarse la nulidad procedimental en juicio aparte, es un argumento meramente secundario, que no hace falta, y la cita de los artículos 131 y 137 de la Ley 105 de 1890 es simplemente ilustrativa, en apoyo de este último concepto.

b) "La acción que hoy se ejercita—dice luégo—no es otra que la que consagra el citado numeral primero del artículo 136 de la Ley 105 de 1890, que no indica, por sí ni por medio de otro precepto distinto, el procedimiento especialmente adecuado para obtener la reposición de lo actuado, y que tampoco podría hacer tal indicación en el sentido limitativo que sostiene la sentencia, porque podría darse el caso de la nulidad no sólo de algunas piezas antecesoras de la respectiva sentencia definitiva, sino, a la vez, y en conjunto, de esa misma sentencia, que desde luégo no podría ser revisada dentro del mismo respectivo juicio y en un simple artículo de nulidad, igualmente improcedente después de fenecido el juicio en forma definitiva o mediante una resolución de última instancia que el señor Juez inferior no pudiese vulnerar ni desatender." "De aquí—dice—el que por este otro aspecto la sentencia viole dicho artículo 136, y quebrante directamente el 929 del Código Judicial."

Se observa:

El artículo 36, ordinal 1° de la Ley 105 de 1890, que el recurrente estima violado en la sentencia, es de este tenor:

"Tienen derecho a pedir la reposición de lo actuado:

"1° En la nulidad por incompetencia de jurisdicción que no haya podido prorrogarse, o no se haya prorrogado conforme a la ley, cualquiera de las partes."

No señala el recurrente cuál es el concepto del Tribunal consignado en este fallo que se oponga a ese precepto legal; pero si esa violación se hace consistir en que el sentenciador no aplicó el artículo 929 del Código Judicial a la petición de nulidad de unas actuaciones que tuvieron lugar en un juicio ejecutivo, que el demandante hace valer en juicio distinto, por la vía ordinaria, el cargo es infundado, por no ser ese artículo (el 929) aplicable al caso del pleito, toda vez que el artículo 137 de la Ley 105 de 1890, invocado por el sentenciador, establece, taxativamente, cuáles son las nulidades que pueden alegarse en juicio separado, y a las cuales puede ser aplicables lo dispuesto en el citado artículo 929, y entre ellas no están las que erradamente trató de hacer valer el demandante por medio de este juicio.

c). "Adviértese también—sigue diciendo el recurrente—que entre los actos cuya nulidad se demanda en el punto primero de la parte petitoria del libelo inicial del juicio, están: el Decreto de desembargo de bienes, fechado el 5 de septiembre de 1912; la orden de ese desembargo y consiguiente cancelación del registro en el libro respectivo, impartida en igual fecha, y las cancelaciones reales de esos embargos, de que trata la letra *f)* del postulado referido. Por lo cual asimismo se hacía de rigor el procedimiento ordinario adoptado por el señor Restrepo C., supuesto que no de otra manera podría alcanzarse el fenómeno jurídico que contempla el artículo 2681 del Código Civil en armonía con los artículos 39 a 41 de la Ley 57 de 1887, todos violados por el Tribunal, por no haberlos aplicado al efecto."

Se observa:

La simple lectura del artículo 2681 del Código Civil basta para demostrar que el cargo es infundado, una vez que el Tribunal en el caso que se contempla, no le ha reconocido valor a un registro o inscripción que haya sido cancelado, ni le ha desconocido valor a un registro o inscripción cuya cancelación se haya declarado nula por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. El cargo es perfectamente improcedente en lo referente a este artículo; y en lo que hace a los artículos 39 a 41 de la Ley 57 de 1887, para desechar el cargo basta oponerle el texto de esos mismos artículos, que por sí solo pregona que el Tribunal no tenía por qué aplicarlos al caso del pleito, ya que lo que en ellos se dispone es lo siguiente:

"Artículo 39. Todo Juez que decrete el embargo de una finca raíz, aun cuando el auto no se haya notificado, lo hará saber al respectivo Registrador de instrumentos públicos, por medio de un oficio escrito en papel común. En el oficio se copiará el auto de embargo y se expresará el juicio en que se decretó, el nombre de la finca, su situación y linderos, para que todo eso conste en la diligencia de registro.

"El Registrador asentará la diligencia de embargo en el acto mismo en que reciba el oficio, y luégo lo devolverá al Juzgado de su procedencia, con nota al pie, en que se exprese el folio del libro en que se sentó la diligencia de registro.

"Artículo 40. Cuando se ordene el desembargo de una finca raíz, se ordenará la cancelación de la respectiva diligencia de registro de embargo.

"Artículo 41. No se considerará embargada una finca raíz mientras no estuviere registrado el auto de embargo."

d) Como remate de su primer motivo de casación, alega el recurrente que el Tribunal violó el artículo 17 del Código Civil, porque en apoyo de su concepto de que las nulidades procedimentales sólo pueden ser alegadas y decididas en los juicios en que ocurran, agregó: "así lo han declarado varias veces la Corte Suprema de Justicia y algunos Tribunales Superiores de Distrito Judicial," pues a juicio del recurrente, "a ello se opone, inexorablemente, el artículo 17 del Código Civil." Pero es evidente que el cargo no guarda relación con lo dicho por el Tribunal. El precepto que consagra el artículo 17 del Código Civil es éste: "las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los Jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria." La sola lectura de este artículo demuestra con evidencia que el Tribunal ha estado muy lejos de contrariar lo que allí se establece al tratar de apoyar su concepto en la jurisprudencia ya sentada por la Corte Suprema sobre el mismo punto, ajustándose a lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 169 de 1896.

II. Dice el recurrente que, como claramente lo indican los artículos 95 y 97 de la Ley 105 de 1890 y 817 del Código Judicial, uno es en sí y en sus efectos el desistimiento de un pleito; y otro perfectamente distinto, el desistimiento de un recurso cualquiera; "que el Tribunal confunde, en uno, aquellos fenómenos jurídicos, y de esa manera aplica al desistimiento del pleito, no las reglas que taxativamente le son propias, sino las reglas y consecuencias correspondientes al desistimiento de un recurso de apelación"...."que tratándose, como se trata, en el memorial de 5 de septiembre de 1912, del desistimiento del juicio en su totalidad, lo relativo al recurso de apelación que por entonces estaba pendiente, carecía de importancia como cosa evidentemente accidental o accesoria, y en ningún caso podía ni puede servir, para resolver con sus detalles y circunstancias, lo atañadero a aquel otro desistimiento, principal y absoluto. De consiguiente, y porque el citado artículo 95 de la Ley 105 de 1890 dispone que el desistimiento del pleito se haga ante el Juez o Tribunal que esté conociendo de lo principal del asunto, y como desde el 3 de septiembre de 1912, por razón de la ejecutoria del auto que en el efecto suspensivo concedió aquel recurso de apelación, ya el Juez había perdido la jurisdicción para conocer de nada del negocio, y ya esa jurisdicción radicaba, **ipso jure**, en el Tribunal Superior (artículos 133, caso 3º del Código Judicial, y 44 de la Ley 40 de 1907), necesariamente tenía que ocurrirse ante esta última corporación, para que allí se resolviese sobre el desistimiento, una vez recibido el proceso, so pena de la invalidez de ese acto judicial, a la luz del artículo 813 del Código Judicial, igualmente violado por el Tribunal en el mismo concepto acotado." Luégo agrega: "Por eso, y porque el Tribunal también sostiene ahora que 'el desistimiento del recurso volvía al Juzgado la jurisdicción para conocer sobre lo principal del pleito, sobre el desistimiento pleno,' lo cual necesariamente implica la aceptación por el Tribunal, de que es válido aquel desistimiento y de que el Juez tuvo jurisdicción para resolverlo, sin que por lo mismo, fuese nula esa actuación, por todo lo dicho, tanto incurrió el Tribunal en los diversos y patentes errores de hecho y de derecho que semejantes conceptos entrañan frente a las respectivas constancias de autos, como viola, merced a tales conceptos y errores, los citados artículos 95 y 97 de la Ley 105 de 1890

y 813 del Código Judicial, que además, ha debido aplicar y no aplicó, en su sentencia; sucediendo todo lo propio respecto de los artículos 145 y 153 del Código Judicial, 123 de la Ley 105 de 1890 y 44 de la Ley 40 de 1907, generadores de la nulidad vinculada a aquellos cumplimientos procesales, y que el Tribunal también ha debido aplicar, y no aplicó en el fallo recurrido, para con fundamento en ellos, reconocer, en vez de negar, la nulidad solicitada en el punto primero de la petitoria de la demanda inicial del juicio, que descansa, especificamente, sobre tales sucesos y sobre dichos preceptos."

Se observa:

Estima el Tribunal que el hecho de que el demandante a quien se le había concedido un recurso de apelación, compareciera ante el mismo Juez a quo presentándole en debida forma un escrito por medio del cual desistía del pleito, demuestra el querer del recurrente de que no se le dé curso a la apelación, ya que en el desistimiento del pleito iba implícito el del recurso, y que, como cuando eso ocurrió todavía se hallaba el expediente en el Juzgado, el procedimiento del Juez, que en vez de darle curso a la apelación, resolvió sobre el desistimiento, está justificado por el artículo 95 de la Ley 105 de 1890, que es disposición especial para el caso.

No es erróneo, ni requiere demostración, por ser evidente, lo afirmado por el Tribunal de que el desistimiento del pleito implica el del recurso propuesto por el demandante; y, siendo ello así, no viola el Tribunal el artículo 95 de la Ley 105 de 1890, al estimar que el hecho de hallarse el expediente en el Juzgado, cuando el actor y apelante presentó ante él en debida forma el escrito de desistimiento del pleito, le dio jurisdicción para resolver acerca de él.

Agrega el recurrente, que al decir el Tribunal que es obvio que la nota de remisión no puede ser puesta sino cuando el expediente estaba en el Juzgado, "olvida—y esto entraña evidentes errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba de semejante ocurrencia—que esa nota tiene fecha del 4 de septiembre, al paso que el memorial de desistimiento aparece fechado y presentado el 5. Aparte de esto, esa nota, y no cualquier hipótesis de sucesos distintos, es la única que puede dar razón, comprobándolo plenamente desde luégo, del envío del expediente al Tribunal, y, por lo mismo, es la única plena prueba de que ya para el 5 de septiembre de 1912, ni del pleito ni del recurso de apelación se podía desistir mediante memorial presentado al Juez."

Se contesta:

No niega el Tribunal la existencia de la nota que hace valer el recurrente, ni desconoce que ella "tiene fecha 4 de septiembre, al paso que el memorial de desistimiento aparece fechado y presentado el 5." Lo que afirma el sentenciador es que cuando ese memorial se presentó, el expediente se hallaba todavía, real y materialmente, en el Juzgado. La argumentación del recurrente no demuestra lo contrario.

III. Acusa el recurrente los conceptos del Tribunal contenidos en el siguiente párrafo de la sentencia:

"La petición subsidiaria a los cuatro primeros puntos, se refiere a la entrega al ejecutado—hoy demandante—de ciertos bienes embargados en la ejecución. Esta petición no será atendida en este juicio, porque ella es materia propia del ejecutivo, y habiendo terminado éste, la petición de entrega debería ir dirigida contra el depositario, salvo que por actos del ejecutado éste haya perdido el derecho de hacer tal reclamo."

Contra estos conceptos formula el recurrente los siguientes cargos:

a) "Empezando por el último de los copiados conceptos del Tribunal—dice—es evidente el error de derecho que implica la tesis—no sostenida ni sostenible en ningún precepto legal conocido—de que por actos hipotéticos del ejecutado, éste pierda el derecho a reclamar la entrega de lo que judicialmente se le quita para ponerlo en depósito en un juicio ejecutivo que se dice terminado, no a virtud de remate sino por actos de una transacción."

Se observa:

El concepto del Tribunal a que este cargo se refiere es el contenido en la siguiente proposición, meramente accidental: "salvo qué por actos del ejecutado, éste haya perdido el derecho de hacer tal reclamo"; y como ella no constituye el fundamento del fallo, el cargo es infundado.

b) "Igualmente —sigue arguyendo el recurrente—es erróneo en derecho, el concepto de que la petición de entrega 'debería ir dirigida contra el depositario,' porque a más de que plenamente establecido está el fallecimiento de éste (folio 31, cuaderno de pruebas del actor), no es al depositario, sino al Juez de la causa, a quien corresponde hacer la entrega, como claramente lo dispone, con las siguientes voces, el artículo 29 de la Ley 40 de 1907."

Copia aquí el recurrente el texto del artículo citado, y agrega: "de forma pues que, al respecto y en los referidos conceptos del Tribunal, tanto incurre éste en los errores de derecho enunciados y en el consiguiente a la falta de apreciación de la prueba de la defunción del depositario, que también implica evidente error de hecho, pues lo da con existencia a pesar de haber fallecido, como directamente viola por mala interpretación o por no haberlo aplicado al caso del pleito, el copiado artículo 29 de la Ley 40 de 1907."

Se observa:

Lo que dice el Tribunal es que la petición subsidiaria a los cuatro primeros puntos de la demanda no es atendible en este juicio "porque ella es materia propia del ejecutivo," y que "habiendo terminado éste, la petición de entrega debería ir dirigida contra el depositario," no contra los demandados.

No dice el recurrente en qué consisten los dos errores de hecho de que habla, ya que no es de suponerse que él conceptúe que, como según las voces del artículo 29 de la Ley 40 de 1907 "no es al depositario sino al Juez de la causa a quien corresponde hacer la entrega," la petición de entrega no debe dirigirse contra aquél sino contra éste. Por lo demás, en lo referente al error de hecho por falta de apreciación de la prueba de la defunción del depositario, el cargo es infundado, toda vez que al decir el Tribunal que la entrega de los bienes depositados por haber terminado el embargo, no debe dirigirse contra los que figuraron como ejecutante y como tercerista, sino contra el depositario, no tuvo porqué tomar en consideración si había muerto o nó la persona que desempeñaba ese cargo, ya que el concepto del Tribunal se refiere en abstracto a la entidad jurídica y no concretamente al individuo que desempeñaba ese cargo en el caso a que se hace referencia.

c) Dícese que es igualmente errónea la "observación

que también se hace en la sentencia de que la petición de entrega es materia propia del juicio ejecutivo." y como fundamento de este cargo se arguye que "merced a disposición ejecutoriada del Tribunal, ese juicio, aunque legalmente inconcluso, está archivado." Pero como el concepto del Tribunal sólo entraña una tesis general en materia de procedimiento, y no una afirmación basada en el estado en que se hallara el juicio a que alude el recurrente, también es infundada la acusación.

d) Como final de este capítulo dice el recurrente, que "también queda acusado otro error de derecho y el consiguiente error de hecho, por razón de considerar y afirmar el Tribunal que dicho juicio había terminado, y que efectivamente es concepto que de todo en todo patentiza la errónea o mala apreciación de las pruebas que semejante cuestión gobierna, según las constancias de autos. Y ya que de la tercería del señor Luis A. Restrepo se trata, es de notar que por razón de ella sería jurídicamente imposible el obtener en aquel juicio ejecutivo la entrega de los bienes secuestrados o embargados, por lo cual precisamente se le ha dado en este pleito, a la petición que se analiza, el carácter de subsidiaria respecto de las peticiones 1ª a 4ª de la demanda."

Este es uno de los cargos en que más se patentiza, en este alegato, la inobservancia de los preceptos consignados en el artículo 9º de la Ley 169 de 1896, según los cuales, en la demanda de casación deben separarse los motivos de hecho de los de derecho, y determinarse una a una las pruebas mal apreciadas. La Corte se ha impuesto la labor de ir separando, hasta donde es posible, los distintos cargos que el recurrente involucra en un solo motivo. Ahora aparecen formulados aquí estos dos cargos: uno por error de derecho y otro por "muy manifiesto error de hecho," resultante de aquel error de derecho "por razón de considerar y afirmar el Tribunal—dice el recurrente que el juicio había terminado, y que efectivamente es concepto que de todo en todo patentiza la errónea o mala apreciación de las pruebas que semejante cuestión gobierna, según las constancias de autos." La Corte no halla materia qué considerar en esta acusación.

IV. Dice el recurrente: "De que la transacción consignada en la escritura de 5 de septiembre de 1912, produzca, como efectivamente produce, el efecto de cosa juzgada, según el artículo 2483 del Código Civil, citado por el Tribunal, no se sigue, no puede seguirse, la imposibilidad para declarar lo que pide bajo las letras a), b), c) y d) de la demanda especialmente dirigida contra el señor Sierra. ¿Porqué? Porque aun esa misma transacción sería el gran baluarte para sostener la extinción de los créditos respectivos y, por consiguiente, para sustentar aquellas declaraciones, sin excluir la de la letra d), que, por su parte, se refiere a época posterior a la de transacción, y, principalmente, porque el apoyo de tales peticiones lo ha presentado el demandante, no con mérito a dicha transacción, sino con fundamento—en cumplimientos perfectamente muy otros y mediante comprobaciones de circunstancias igualmente posteriores a esa misma transacción y que de todo en todo—sin pugnar en nada contra los efectos que a ésta correspondan como caracterizantes de la cosa juzgada respecto del juicio ejecutivo en mención,—de todo en todo—establecen motivo jurídico completo para hacer aquellas declaratorias, a la luz del numeral primero del artículo 1625 del Código Civil.

"Queda, pues, evidenciado el error de derecho en que incurrió el Tribunal al desestimar las pruebas del pago efectivo en que se ha fundado y se funda el actor para pedir lo que pide en los indicados puntos a), b), c) y d) de su demanda, y que no son otras, esas pruebas, que las que registran los folios 87 a 101 del respectivo cuaderno, y las que consisten en las confesiones asentadas en los documentos de los folios 16 y vuelto, 23 y 24, 25 y 26 del mismo cuaderno de pruebas del actor, y que se caracterizan en posiciones pedidas por y absueltas por el señor Sierra y en confesiones de su apoderado, señor doctor Alfonso Calle, respecto del pago, en efectivo, del valor de los créditos ameritados en el punto a) de la demanda. No se hace análisis especial y puntualizado de tales pruebas, porque ello no es de rigor para los efectos de la casación, supuesto que el Tribunal ningún estudio hizo de ellas, no obstante el imperativo mandato del por consiguiente violado artículo 836 del Código Judicial, que armoniza con el artículo 200 ibidem, para prohibir decisiones tan diminutas, en sus fundamentos, como la que hoy es objeto de acusación, y porque, por lo mismo, la tacha se concreta al error de derecho, motivado por la no estimación o mala apreciación de esas mismas pruebas, tan en absoluto. Todo con la consiguiente directa violación de los artículos 1625, 1626, 1769, 1758, 1759 y 2681 del Código Civil, y 362, 541, 555, 556, 567, 568, 569, 578, 579, 580, 677, 678, 681 y 864 del Código Judicial, y 72 de la Ley 105 de 1890, que el Tribunal ha debido aplicar y no aplicó, en su sentencia."

Se observa:

Si como lo afirma el recurrente, el Tribunal ningún estudio hizo de las pruebas a que el cargo se refiere, no pudo haber incurrido en error de derecho, pues éste no tiene cabida sino en el caso de que en la estimación de las pruebas con las cuales se ha pretendido demostrar un postulado cualquiera, se ha contravenido al valor que la ley asigna a dichas pruebas." (Gaceta Judicial, XXIX, 175, 2ª). Si, como lo afirma el recurrente, el Tribunal desestimó las pruebas del pago efectivo en que se fundó y se funda el actor "para pedir lo que pide," puesto que dice "la sentencia ningún estudio hizo de ellas," el error no es de derecho sino de hecho y, como éste no ha sido acusado, el cargo no puede prosperar.

V. Con relación a los puntos e) y f) y parágrafo de la demanda, en los cuales se pide que se declare que es nulo el contrato consignado en la escritura 1258, de 5 de septiembre de 1912, otorgada en la Notaría 2ª de Medellín y que, como consecuencia de esa nulidad, debe ordenarse la cancelación de dicha escritura, y el señor Sierra debe rendir unas cuentas y hacer una restitución, dice el Tribunal:

"No se ha probado el dolo que se alega como motivo de nulidad. El apoderado del demandante confiesa que en el expediente del juicio no existe la prueba del dolo (folio 100 frente y vuelto). Es cierto que rectifica esa manifestación y se funda para ello en las posiciones 15 y 17, formuladas el 12 de julio de 1923, pero examinados esos postulados, se ve que en ellos no hay confesión ninguna de hechos que implique dolo."

A esto arguye el recurrente: "Semejantes conceptos de la sentencia, implican evidentes errores de hecho, en cuanto niegan la existencia, en este juicio, de la prueba del dolo, que desde un día se hizo consistir en lo relativo a la incumplida promesa del señor Sierra de dar aquel

ganado, y de derecho, por la mala apreciación de los postulados 15 y 17 de las posiciones que menciona el Tribunal y que se registran a folios 25 y 26 del cuaderno de pruebas del actor, y por falta de estimación de las posiciones tercera y sexta absueltas por el señor Sierra en diligencia de 4 de octubre de 1913, yacente a folios 76 y 77 ibídem, y expresamente muy bien analizadas por el señor Luis E. Restrepo en su alegato de conclusión de 26 de julio de 1929 (folio 118 vuelto del cuaderno principal) y donde aparece la paladina confesión del señor Sierra de no haber cumplido con aquella condición, que de todo en todo establece tal confesión, la plena prueba del dolo acusado en la demanda inicial del juicio. Como el Tribunal no hace mérito de tales posiciones tercera y sexta, no precisa analizarlas a espacio en este libelo; pues para los efectos de la casación, es bastante increparle a la sentencia la falta de estimación de la respectiva prueba, señalando ésta concretamente, tal como en efecto acaba de hacerse. Respecto de los postulados 15 y 17 del pliego formulado y suscrito por el señor apoderado del señor Sierra el 12 de julio de 1923, palmarios son los errores de hecho y de derecho en que incurre el Tribunal, porque de manera muy clara allí menciona dicho señor apoderado, dándola por existente en forma inequívoca y positiva, la obligación relacionada con aquel referido ganado.

"Son, pues, evidentes tales errores de hecho y de derecho y la consiguiente nueva y directa violación, por este otro motivo V, de los antes citados artículos 1769 del Código Civil, 382, 541, 555, 567, 568 y 569 del Código Judicial y 72 de la Ley 105 de 1890, y de los artículos 63 y 1515 del Código Civil, todos los cuales ha debido aplicar el Tribunal, y sin embargo, no aplicó en su sentencia."

Se observa:

Si bien es cierto que la Corte ha dicho que el error en que haya incurrido el Tribunal al desconocer las pruebas de una de las partes y que lo condujo al desconocimiento del derecho, puede alegarse como causal de casación, sin necesidad de citar la disposición legal infringida por tal error, ese concepto no autoriza al recurrente para acusar el fallo por error de hecho, sin demostrar éste por medio de un razonado análisis de las pruebas que estima no apreciadas por el Tribunal, haciendo a la vez una comparación de las conclusiones consignadas en la sentencia con las que debió sacar el sentenciador si hubiera tomado esas pruebas en consideración. (Casación, 29 julio 1912, Gaceta Judicial, XIX, 9, 2ª). Pero, además de esta consideración, que sería suficiente para desechar el cargo, por no ajustarse a las precisas normas de la ley, observa la Corte que no es exacto que el Tribunal, al afirmar que no se ha probado el dolo que se alega como motivo de nulidad, incurrió en los errores de que lo acusa el recurrente, por estas razones:

a) Porque no es exacto que de los postulados 15 y 17 del pliego formulado y suscrito por el señor apoderado del señor Sierra, de 12 de julio de 1923, resulte, "en forma inequívoca," el reconocimiento de que Sierra se obligara a entregarle al demandante Restrepo el ganado a que se refiere el recurrente. Esos postulados, que no se registran a folios 25 y 26, como lo indica el recurrente, sino a foja 23 del cuaderno de pruebas del actor, son de este tenor:

"15. Es cierto—sí o nó—¿usted ha demandado al señor Emiliano Sierra sobre resolución del contrato de transacción que consta en la citada escritura de 5 de septiembre de 1912, porque según usted (subraya la Corte) el señor Sierra no le cumplió la obligación de darle un ganado a partir utilidades?

"17. Es cierto—sí o nó—¿el mencionado contrato de transacción lo cumplió el señor Sierra menos en la parte que dice usted (subraya la Corte) lo obligaba a darle un ganado a utilidades en compañía; obligación que no constaba en la mencionada transacción?"

b) Porque tampoco es exacto lo que afirma el recurrente de que en las posiciones absueltas por el demandado el 14 de octubre de 1913, aparece la paladina confesión de que el expresado absolvente no cumpliera la obligación que le imputa el recurrente. Esas posiciones, que no se hallan en los folios indicados por éste, sino al frente del 74 del cuaderno de pruebas de la parte que él representa, dicen:

A la tercera: "No es cierto que yo tuviera que darle tales reses a Francisco J. Restrepo G., y es cierto que le hice una promesa a Alejandro Restrepo V., de dar unas pocas reses, siempre que conviniéramos en las condiciones."

A la sexta, contestó: "No es cierto que yo me hubiera comprometido a darle a Alejandro Restrepo V. ganado por cuenta de Francisco Restrepo G., y es cierto les he referido a algunas personas que no le di a Alejandro Restrepo V. las pocas reses que ofrecí, porque no me convenía el negocio."

VI. Dice el recurrente: "Con los documentos de que trata el capítulo IV que antecede, plenamente se establece que el pago de los créditos aludidos en la letra a) de la demanda especialmente dirigida contra el señor Sierra, y que éste debió de cancelar como necesaria consecuencia de la transacción consignada en la escritura número 1258, de 5 de septiembre de 1912, fue un pago verificado por el señor Restrepo G. en dinero en efectivo; sucediendo lo mismo respecto del valor de ochocientos pesos relacionados con la casa situada en San Pedro y que el señor Sierra recibió, también en dinero en efectivo, en febrero de 1915, como expresamente lo confiesa dicho señor al absolver la posición 17 del catálogo de 19 de junio de 1923 (folios 22 y 23 del cuaderno de pruebas del actor). Aparte de lo expuesto, también consta en el proceso (folios 70 vuelto a 77 ibídem), que el señor Sierra ejecutó al señor Restrepo G. con base en el crédito, que hizo efectivo, consignado en la referida escritura número 1258, de 5 de septiembre de 1912, caracterizándose de tal suerte, del doble pago de una misma suma, es decir, de la suma respectivamente representada por los créditos referidos en la mencionada letra a) de la demanda y que el señor Sierra, como queda dicho, debió de cancelar como consecuencia de aquella transacción y que, sin embargo, meses después, sin que esa condición contractual hubiese sido cumplida por el señor Sierra, el señor Restrepo le pagó en dinero en efectivo, cual lo prueban los mencionados documentos ameritados en el capítulo IV de este libelo; y el pago de la suma a que alcanzó la ejecución que el señor Sierra estableció e hizo efectiva con base en dicha escritura de 5 de septiembre de 1912."

El paso de la sentencia a que se refiere este capítulo de la demanda, dice:

"Subsidiariamente a los puntos e) y f) y su parágrafo. Esta petición se refiere a la obligación que se atribuye al demandado de restituir lo que recibió en especie y en importe de bienes rematados en el juicio promovido por Sierra contra Restrepo G. el 16 de junio de 1913 ante el Juez del Circuito de Girardota. En el juicio no se encuentra fundamento alguno de hecho o de derecho que sea suficiente para que se haga tal declaración. Y se ha probado que el punto se ventiló o se ventila en otro juicio."

De lo dicho por el Tribunal, deduce el recurrente estos dos cargos:

"a) Que lo afirmado al final del párrafo transcrito constituye un evidente error de hecho, porque no es cierto que en el proceso haya prueba, y no podría haberla, porque nunca se ha ejercitado tal acción en juicio, aparte de que el punto o puntos pedidos subsidiariamente en los puntos e) y f) y parágrafo, hayan sido o sean materia de un debate distinto del actual."

Este cargo sería explicable si lo afirmado por el Tribunal en la parte motiva de que "se ha probado que el punto se ventiló o se ventila en otro juicio," hubiera influido en la parte resolutiva, como por ejemplo, si a consecuencia de eso, se hubiera reconocido la excepción de cosa juzgada; pero el concepto acusado no tuvo ninguna influencia en el fallo, que se limitó a confirmar la sentencia de primera instancia que absuelve a los demandados, por no existir en el juicio fundamento alguno de hecho o de derecho que justifique las referidas peticiones, sin tomar en consideración las excepciones propuestas, y repetidas veces ha dicho la Corte que "no pueden servir de fundamento al recurso de casación errores que ninguna influencia puedan tener en la parte resolutiva de la sentencia."

b) En relación con el concepto de que en este juicio no se encuentra fundamento alguno de hecho o de derecho que sea suficiente para que se declare que el demandado Sierra está obligado a restituir lo que recibió en especie y en importe de bienes rematados en el juicio promovido por él contra Restrepo G., el 16 de junio de 1913, ante el Juez del Circuito de Girardota, el recurrente acusa la sentencia por error de hecho y de derecho: "el error de hecho, igualmente evidente—dice—consiste en la contradicción que al manifiesto del Tribunal imprimen las probanzas mencionadas en el párrafo que precede, y que efectivamente desvirtúan, de todo en todo, el respectivo concepto del Tribunal; y el error de derecho se caracteriza en la desestimación de esas mismas pruebas por parte del Tribunal. Todo con la consiguiente directa violación de los ya citados artículos 1625, 1626, 1769, 1758, 1759 y 2681 del Código Civil, y 362, 541, 555, 556, 567, 568, 569, 578, 579, 580, 677, 681, 836, 837 y 864 del Código Judicial y 72 de la Ley 105 de 1890. Uniéndose a éstos los artículos 2313, 2315, 2316 y 2318 del Código Civil, que el Tribunal, con aquéllos, ha debido aplicar y no aplicó, en este punto especial de su fallo."

Como se ve, contra lo preceptuado en el artículo 9° de la Ley 90 de 1920, en este párrafo involucra el recurrente tres cargos, a saber:

1° El de violación directa de los artículos citados al final, cargo que se desecha, porque como se dijo en casación de 26 de octubre de 1921, "la Corte no puede tomar en cuenta los motivos de casación consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustantivas, cuando el recurrente no expresa el concepto de la infracción." (Gaceta Judicial, XXIX, 23, 3ª). Para que exista violación directa de una disposición legal es necesario que el fallo contenga disposiciones contrarias a ese precepto. (Casación, 3 noviembre 1922), y es al recurrente a quien corresponde hacerle esa demostración.

2° "Error de hecho igualmente evidente consiste—dice el recurrente—en la contradicción que al manifiesto del Tribunal imprimen las probanzas mencionadas en el párrafo que precede, y que efectivamente desvirtúan de todo en todo el respectivo concepto del Tribunal."

Refiérese el recurrente, como materia de este cargo, a unos documentos a que vagamente, sin la debida precisión, hizo alusión en el capítulo IV de su alegato, en estos términos: "las pruebas del pago efectivo en que se ha fundado y se funda el actor para pedir lo que pedí en los indicados puntos a), b), c) y d) de su demanda, y que no son otras, esas pruebas, que las que registran los folios 87 a 101 del respectivo cuaderno de pruebas del actor, y que se caracterizan en posiciones pedidas por y absueltas por el señor Sierra y en confesiones de su apoderado señor doctor Alfonso Calle, respecto del pago, en efectivo, del valor de los créditos ameritados en el punto a) de la demanda."

Si se tratara de un fallo de instancia, no estaría mal que el interesado pusiera a cargo del sentenciador la labor de buscar y analizar las pruebas a que se hace referencia; pero en casación el recurrente ha de ajustarse a las reglas que de manera estricta ha establecido la ley para este recurso extraordinario, y, al efecto, es de rigor observar que imperativamente manda el artículo 9° de la Ley 90 de 1920, que en la demanda de casación "se determinarán una a una las pruebas mal apreciadas y la ley violada por mala apreciación de las mismas," y que, como este cargo no se amolda a este precepto, la Corte no puede tomarlo en consideración.

3° Error de derecho. Este cargo lo formula así: "el error de derecho se caracteriza en la desestimación de estas mismas pruebas por parte del Tribunal"; pero como esto es apenas una simple proposición, desprovista de demostración, no hay lugar a tomarlo en cuenta.

VII. En este capítulo dice el recurrente: "viene, ahora, la petición, 'todavía más subsidiaria a los mismos puntos e) y f),' y respecto de la cual el Tribunal apunta el mismo reparo que hiciera a la petición inmediatamente anterior, dando, con ello, base para la imputación, que efectivamente se hace, de otros nuevos errores de hecho y de derecho, por razón de la equivocada apreciación de este punto concreto de la acción ejercitada por el señor Restrepo G., que no puede equipararse a los puntos anteriores, ni en su causa ni en sus efectos. Estos puntos se inspiran en un pago de lo no debido, y el que en este capítulo VII se analiza, descansa en razones tan distintas como son las que por mera e impropia salvedad reconoce el Tribunal, y que ciertamente son razones que, al respecto, comportan el carácter de causa principal de la repetición de pago demandada, absolutamente independiente de la relativa al pago de lo no debido. Imposible, pues, confundir lo uno y lo otro como si realmente se tratara de sólo una cosa."

No es fundado el cargo de error de hecho en la interpretación de lo pedido en este punto de la demanda, pues el concepto del Tribunal es que lo que se pide en este punto es, en el fondo, igual a lo pedido en los anteriores, "salvo—dice—en cuanto en este último se alegan razones

de dolo, fuerza mayor, condiciones no cumplidas, petición antes de tiempo o de modo indebido o incompetencia de jurisdicción en el funcionario que conoció del juicio ejecutivo en 1913." Dice pues el Tribunal que aunque en este punto se pide lo mismo que en los anteriores, la causa de pedir no es la misma.

Pero el Tribunal niega lo pedido en este punto, porque, en su concepto, "no hay pruebas de los fundamentos que se alegan para sustentar esta petición"; y el recurrente acusa este concepto de error de hecho, por estas razones:

a) Por lo que ya se vio que él expuso en el capítulo V de su alegato de casación para demostrar "que sí existe la prueba del dolo alegado por el actor como causa especial de la petición que se analiza"; pero como ya también se vio, cuando se trató de ese capítulo V, el Tribunal no encontró probado el dolo, y la Corte considera que no es erróneo ese concepto. El cargo es infundado.

b) Porque en el proceso hay prueba de que "Restrepo estuvo en prisión por delito de sangre," en el tiempo en que expiró el plazo fijado para el pago que debía hacerle a Sierra, de acuerdo con la escritura de transacción, y que, a pesar de eso, que para el recurrente constituye fuerza mayor, Sierra lo ejecutó y se hizo pagar esa deuda, razón por la cual Restrepo tiene acción contra Sierra, "para repetir lo que por éste fue cobrado judicialmente en el juicio ejecutivo"; pero como el hecho de que una persona caiga en prisión, por más imprevisto que haya sido, no constituye por sí solo una circunstancia que le haga imposible el cumplimiento de la obligación de pagar lo que debe, si esa obligación consiste en la entrega de una suma de dinero, el cargo es infundado.

c) Porque—dice el recurrente—"a folios 11 vuelto, 14 vuelto, 15, 22, 23, 87 a 101 y 121 del propio cuaderno de pruebas del actor, están el contrato de transacción de 5 de septiembre de 1912, unos certificados, pertinentes, de los respectivos señores Registradores de instrumentos públicos, varias escrituras otorgadas unipersonalmente por el señor Sierra y algunas confesiones de este mismo señor, que de consuno plenamente establecen su absoluto incumplimiento respecto de las condiciones que de tal transacción quedaron a su cargo, dando con esto lugar a que tales condiciones necesariamente sean estimadas como no cumplidas; igualmente, por razón de lo dicho y de acuerdo con los artículos 1609 del Código Civil y 290 del Judicial, ni el señor Restrepo G. entró jamás en mora, ni el señor Sierra hizo el requerimiento de rigor, para que, a virtud de ambos fenómenos jurídicos, pudiere pedir en tiempo y de modo no indebido; y, por último, a folios 70 vuelto a 75, aparece que el señor Sierra a pesar de lo expuesto en los dos acápites inmediatamente anteriores de este párrafo, pidió, contra el señor Restrepo G., antes de tiempo y de modo indebido, con fundamento en la citada escritura de 5 de septiembre de 1912. Agrégase que de este mismo instrumento (folios 93 a 95 ibidem), se deduce que el Juez competente para conocer, a la luz del artículo 161 del Código Judicial—violado por el Tribunal por no haberlo tenido presente en su sentencia—no era otro que el del Circuito de Medellín, por el cuádruplo motivo de haber sido Medellín el lugar donde se celebró la obligación, donde debía hacerse el pago, donde residía el señor Restrepo G., y donde, respecto del Circuito de igual nombre, estaba situado uno de los dos inmuebles hipotecados."

A esto se observa:

1ª Que los certificados del Registrador de instrumentos públicos de Medellín, a que se refiere el recurrente, no son originales, sino que figuran en unas copias expedidas por el Secretario del Tribunal Superior de Medellín, y por esta circunstancia, la Corte no los estima, pues jurisprudencia sentada por ella dice "que las copias de los documentos auténticos, para que puedan estimarse como prueba en juicio, deben ser expedidas bajo la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia de los originales de los documentos públicos que se presenten para que obren en juicio. Estas copias sólo son admisibles cuando el Juez ha negado el desglose." (Casación, 30 septiembre 1919. XXVIII, 307, 2ª). Lo mismo ha de decirse respecto de los certificados sobre las constancias de los libros del Registrador de instrumentos públicos, que, para que conste su autenticidad, deben ir autorizados por este funcionario.

2ª Que del contrato de transacción de 5 de septiembre de 1912, consignado en la escritura otorgada en esa fecha en la Notaría 2ª de Medellín, bajo el número 1258, no resulta prueba alguna que contradiga lo afirmado por el Tribunal.

3ª Que las escrituras "otorgadas unipersonalmente" por el señor Sierra, que figuran en los folios del proceso que en este capítulo de su alegato indica el recurrente, no sirven para acreditar el incumplimiento que se trata de demostrar.

4ª En cuanto a que en las veinte hojas del cuaderno de pruebas del actor, indicadas por el recurrente, están "algunas confesiones" del demandado Sierra que "acreditan su absoluto incumplimiento respecto de las condiciones que de tal transacción quedaron a su cargo," como el recurrente no precisa cuáles son las declaraciones hechas por Sierra, que él aprecia como confesión de ese hecho, la Corte no puede aventurarse a esa búsqueda como Juez de instancia.

5ª No es exacto que a fojas 70 vuelto a 75 del mismo cuaderno dicho, aparece que Sierra pidió contra Restrepo G., antes de tiempo y de modo indebido, con fundamento en la citada escritura de 5 de septiembre de 1912, pues a esas fojas sólo figura la diligencia de un remate verificado en el Juzgado del Circuito de Girardota el 27 de febrero de 1915, el registro de esa diligencia y un pliego de posiciones formulado por Alejandro Restrepo V. y Francisco J. Restrepo G. para que fueran absueltas por Sierra y las posiciones absueltas por éste ante el Juzgado Municipal de Copacabana el 24 de septiembre de 1913, con relación a una promesa que afirma Restrepo le hizo Sierra de darle un ganado a pastar. De nada de eso resulta dato alguno demostrativo de que Sierra pidió contra Restrepo G. antes de tiempo y de modo indebido.

6ª Tampoco es exacto que de la misma escritura de transacción de 5 de septiembre de 1912, que sirvió de título ejecutivo en el juicio a que el cargo se refiere, resulta la incompetencia del Juez del Circuito de Girardota, pues la ejecución se dirigió sobre las dos fincas hipotecadas por medio de una misma escritura, y como una de ellas está situada en jurisdicción del Circuito de Girardota, ello hace que sea competente, a prevención, el Juez de ese Circuito, según lo establece el artículo 161, caso 5º, del Código Judicial, invocado en el mismo libelo de demanda.

De todo lo dicho resulta que son infundados todos los cargos contenidos en este capítulo de la demanda de casación.

VIII. Como base de las acusaciones contenidas en este

capítulo, el recurrente da por demostrado en los capítulos anteriores, que Sierra cobró dos veces de Restrepo una misma suma; que lo ejecutó e hizo efectivo su crédito contra éste sin estar vencido el plazo; que no llegó a cancelar las hipotecas que en la escritura de transacción se obligó a cancelar; que obró dolosamente en la celebración de ese pacto; y que Restrepo por actos delictuosos de Sierra sufrió graves perjuicios que éste debe resarcir, y seguidamente dice: "no obstante, el Tribunal refiriéndose a la petición b) de la demanda, especialmente dirigida contra el señor Sierra, dice: 'no se han probado esos perjuicios. No los causa quien sólo ejercita su derecho.' Ni más ni menos, pésele a los antes citados artículos 200 y 836 y al 837 del Código Judicial, que ciertamente no admiten semejante modo de fallar un pleito y que, por lo mismo, directamente resultan violados por el sistema que al respecto derrocha la sentencia. Por todo lo cual, tan evidentes son los errores de hecho y de derecho que implican los conceptos del Tribunal respecto de la existencia, por éste negada, de la prueba de los perjuicios demandados, y, principalmente, de la razón o causa en derecho para pedirlos en la demanda, como directa es la violación de los citados artículos del Código Civil y del Código Judicial, y de los artículos 1494, 1527 y 2303 del Código Civil y 34 de la Ley 57 de 1887, todos los cuales ha debido aplicar, y el Tribunal no aplicó, en el fallo recurrido."

Observa la Corte que aunque es cierto que, en muchos puntos, la parte motiva del fallo es demasiado lacónica, ello no implica violación de ley sustantiva, pues los artículos 200, 836 y 837 del Código Judicial, citados por el recurrente, no tienen ese carácter; y, en lo que hace al cargo de violación directa de los artículos citados del Código Civil, y del 34 de la Ley 57 de 1887, no hay lugar a tomarlo en consideración porque el recurrente ni siquiera dice en qué concepto han sido violados esos preceptos legales.

Tampoco dice el recurrente en qué consisten los errores de hecho y de derecho acusados por él con una vaguedad inusitada en este recurso.

IX. En este capítulo concrétase la acusación del fallo a lo atañadero a la petición "todavía más subsidiaria al propio punto b) de la demanda." Pídese en ese punto que se declare:

"1° Que es ilegal la notificación del auto de 5 de junio de 1924, proferido por el Tribunal Superior, en el mismo referido juicio ordinario, en concesión del recurso de casación interpuesto por el actor contra el expresado fallo de 8 de mayo de 1924.

"2° Que, en consecuencia de la ilegalidad de tal notificación es nulo, queda rescindido y debe reponerse todo lo actuado por la honorable Corte Suprema de Justicia, a partir del auto de 9 de agosto de 1924, inclusive, en adelante."

Fúndase esa petición en que el edicto por medio del cual se hizo la notificación del referido auto de 5 de junio no permaneció fijado por el término legal. "Tal edicto—dice el libelo—en el fundamento de hecho marcado con el número 35, fue fijado el 4 de junio a las 8 a. m.: y desfijado el día siguiente a las 9 a. m."

El Tribunal negó lo pedido en el punto de que se trata, fundado en que "la nulidad de actuaciones no se puede hacer sino en el juicio en que ocurran esas nulidades."

El recurrente acusa ese concepto por "un doble y evidente error de hecho y de derecho; porque—dice—virtualmente así niega el Tribunal la existencia, en el proceso del presente juicio, de la prueba de los hechos constitutivos de aquella nulidad, a la vez que deja de apreciar o aprecia mal esa misma prueba, que es plena y completa, y que consiste en los documentos cuya copia auténtica corre a fojas 33 a 61 del cuaderno de probanzas del demandante."

Sin entrar a examinar si en las hojas del proceso indicadas por el recurrente existe o nó la prueba de los hechos que él trata de hacer valer, para rechazar este cargo y el de "consiguiente directa violación" de varias disposiciones procedimentales citadas a continuación, basta hacer notar que el Tribunal no negó la referida petición por falta de prueba de los hechos en que se funda, sino por considerarla improcedente.

X. En este capítulo de la demanda de casación conceptúa el recurrente que el Tribunal ha violado varias disposiciones legales y ha incurrido en muchos errores de hecho y de derecho, pero todo ello lo expone sin sujeción a lo preceptuado en el artículo 9° de la Ley 90 de 1920. En efecto, consiste su acusación en que, como dice la sentencia que un Tribunal no puede anular actuaciones ni sentencias de la Corte Suprema de Justicia, "es de observar—dice él—que propiamente no se ha demandado la nulidad de ninguna de ellas, y que, en todo caso, la atribución privativa que al respecto correspondiera a tan elevada corporación en Sala Plena, sería, como armónicamente lo demuestran los artículos 40, numeral 10, del Código Judicial y 1ª de la Ley 56 de 1914, sólo sería respecto de las sentencias definitivas que ella dictase en una sola instancia; que es circunstancia que no concurre en relación con simples fallos interlocutorios, menos si éstos han sido proferidos en vía de casación, que no puede ser considerada como una instancia en el respectivo juicio, como claramente se desprende del aplicable artículo 219 de la citada Ley 103 de 1923 o del igualmente aplicable artículo 333 de la Ley 105 de 1890, que el Tribunal viola por no haberlos tenido en cuenta en su fallo. Además, como lo que propiamente se ha demandado es la nulidad de una actuación cumplida en la Secretaría de la honorable Corte Suprema de Justicia, que es algo perfectamente distinto y nunca confundible con las sentencias de fondo o simplemente interlocutorias que la corporación profiera, es de hacer notar el error de derecho en que al respecto incurre el Tribunal, con la consiguiente directa violación de los citados artículos cuarenta (40), numeral 10 del Código Judicial, y 1° de la Ley 56 de 1914, que no admiten semejante criterio y tan patente, ese error, como también lo es el que se caracteriza, respecto del hecho y en el derecho, en la equivocada apreciación de la demanda, supuesto que en ésta, como se repite, no se ha solicitado, de modo directo, la nulidad de ninguna sentencia de la Corte Suprema, sino, sólo, la de determinada actuación adjetiva, correspondiente a la Secretaría de la corporación y por el artículo 519 de la Ley 103 de 1923, señalada como determinante de tal nulidad, de derecho y por ministerio del mismo citado precepto y del artículo 520 que le sigue; pero mayormente en el caso cuestionado en esta parte del debate, porque la providencia interlocutoria de 4 de noviembre de 1924 tiene como causa manifiesta el traslado que subsigue a la notificación del auto de 13 de septiembre anterior; y como la notificación de este auto peca de nula, según los artículos 320, 374, 375 y 519 de la citada Ley 103 de 1923,

es incuestionable que es a tal nulidad y no a la que pudiera comportar en sí la sentencia interlocutoria proferida por la honorable Corte, a la que hay que atender para deducir si la demanda es o nó de competencia del respectivo Juez de Circuito, en orden a lo especialmente establecido en el numeral 1º del artículo 113 del Código Judicial, directamente violado por el Tribunal, al igual de los otros citados, por no haberlos aplicado en la sentencia. Y cuenta que aun en el caso de tratarse de una sentencia, en favor de este artículo 113 estaría la preferencia merced a lo estatuído en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, igualmente desatendido por el Tribunal.

"Así quedan analizados uno a uno, los puntos I, II y III de la petición de la demanda a que este capítulo X se refiere."

Se observa:

"Quien formula una demanda de casación—ha dicho la Corte—debe ajustarse a las reglas que para el efecto tiene determinadas la ley de manera estricta, porque así lo requiere la naturaleza de este recurso," y como las acusaciones contenidas en este capítulo de la demanda no se ajustan a esas normas, la Corte no puede tomarlas en consideración.

XI. Refiérese este capítulo a la parte de la sentencia recurrida relacionada con la petición que en el libelo está marcada con la letra i), en la que se pide que al ser declarada la resolución del contrato que expresa la escritura número 1268, el demandado Sierra queda en la obligación de rendirle cuentas a Restrepo G. de unos "negocios de oros," y otras operaciones. El Tribunal niega esa petición porque este pleito no versa sobre resolución del referido contrato, concepto que el recurrente acusa por error de hecho y de derecho en la apreciación de la demanda; pero al mismo tiempo reconoce que esta petición es de carácter condicional para el caso de que no se decrete lo pedido en el punto h). Así, pues, habiéndose negado lo pedido en el punto h), necesariamente había de negarse lo pedido en el punto i); y basta esta consideración para declarar infundado este motivo.

XII. Este capítulo se refiere a la parte de la sentencia relativa al punto j) del libelo en que pide que el demandado Sierra sea condenado a pagar las costas del juicio si contradijere la demanda. Se ha visto ya que el demandado fue absuelto en ambas instancias, de todos los cargos de la demanda, y sin embargo, el recurrente acusa la sentencia por violación del artículo 864 del Código Judicial, porque en ella no se condenó al demandado al pago de las costas. La Corte no entra a considerar de fondo este cargo, pues para desecharlo le basta anotar que es jurisprudencia constantemente anotada por ella, que "la condenación en costas es punto que escapa a la casación."

Para terminar, dice el recurrente, que como el Tribunal cita en apoyo de la sentencia recurrida los artículos 154, 155, 831 y 836 del Código Judicial, él no ve "la ingerencia que tales preceptos tengan o puedan tener en la controversia, cabe acusar la directa violación de tales artículos por su indebida aplicación al caso del pleito." Pero siendo éste un mero concepto del recurrente, quien ni siquiera da a entender que la cita de esos artículos influyó en el fallo, en perjuicio de la parte que él representa, la acusación es infundada.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara:

No hay lugar a infirmar la sentencia recurrida, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín, el veintitrés de julio de mil novecientos veintiocho. Con costas a cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, doce de diciembre de mil novecientos treinta y dos.

En el juicio divisorio de una finca rural, situada en el paraje de **Caucaseco**, Municipio de Candelaria, instaurado por el doctor Manuel Augusto Vernaza como apoderado de la señora Guadalupe Valderrama, el Tribunal Superior de Cali dictó sentencia de segunda instancia el veinticinco de febrero de este año, confirmatoria de la del Juez 2º del Circuito de Palmira, por la cual se negó la división demandada.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de la señora Valderrama, pero no lo fundó ante ese cuerpo ni lo ha hecho en esta Superioridad, no obstante que se ordenó por treinta días el respectivo traslado.

Es el caso, pues, de aplicar el artículo 532 del Código Judicial, y de acuerdo con lo que él dispone, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, declara desierto el recurso de que se ha hecho mención.

Sin costas, por no aparecer que se hayan causado.

Notifíquese, cópiese y publíquese este fallo en la Gaceta Judicial.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diciembre doce de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Por escrito fechado el diez y seis de julio de mil novecientos veintisiete, el doctor Juan Bautista Neira, apoderado de Wenceslaa Camacho de Pardo, compareció ante el Juzgado 2º del Circuito de Vélez pidiendo que, previos los trámites del juicio ordinario correspondiente, con audiencia de Servilio Pardo, marido de su poderdante, se hagan en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"Primera. Que los señores Servilio Pardo y Wenceslaa Camacho de Pardo, cónyuges recíprocos, quedan totalmente separados de bienes.

"Segunda. Que se entreguen a la señora Wenceslaa Camacho de Pardo sus bienes propios, pertenecientes a su peculio a título de herencia, y por gananciales de la sociedad conyugal disuelta.

"Tercera. Que se proceda, en consecuencia, a la inmediata liquidación de la sociedad conyugal, para que a cada uno de los cónyuges, socios de ella, se adjudique la parte de los bienes sociales que les correspondan.

"Cuarta. Que dentro del término que se fije debe procederse al inventario de los bienes comunes; y

"Quinta. Que son de cargo del demandado las costas procesales."

Fúndase la demanda en estos hechos:

"a) Mi mandante, la señora Wenceslaa Camacho de Pardo, y el señor Servilio Pardo, contrajeron matrimonio de acuerdo con los ritos católicos por ante el señor Cura de la feligresía de Güepsa, el ocho de octubre de mil novecientos tres.

"b) A la sociedad conyugal así formada aportó mi mandante varios bienes raíces, muebles y semovientes, y entre ellos los enumerados en la escritura pública número 907, Notaría de Vélez, otorgada el veinte de diciembre de mil ochocientos noventa y dos, bienes éstos de la exclusiva propiedad de mi mandante.

"c) Durante la existencia de la sociedad conyugal se han adquirido varios bienes, de propiedad de la sociedad; y

"d) El marido, jefe de la sociedad conyugal, señor Servilio Pardo, ha abandonado absoluta e integralmente el cumplimiento de los deberes de esposo, y el cumplimiento de los deberes de padre para con algunos de sus hijos."

El demandado Servilio Pardo contestó oponiéndose a lo que en la demanda se pide en nombre de su mujer, porque a ésta—dice—no le asiste motivo ni razón legal para ello, y que al tener éxito sus propósitos, vendría la ruina moral y material de la familia.

En cuanto a los hechos en que se funda la demanda, aceptó los tres primeros, y negó el marcado con la letra **d)**.

El diez de abril de mil novecientos veintinueve, el Juzgado falló así la controversia:

"No es llegado el caso de hacer las declaraciones contenidas en la parte petitoria de la demanda; ordénase levantar el depósito de los bienes, decretado en este juicio."

Por apelación que de esa sentencia le fue concedida a la parte demandante, el negocio subió al Tribunal Superior de San Gil, y éste, en su fallo de diez y siete de agosto de mil novecientos treinta y uno, revocó la sentencia, y en su lugar dispuso:

"1° Decrétase la total separación de bienes de la sociedad conyugal existente entre los señores Servilio Pardo y Wenceslaa Camacho de Pardo, vecinos de Güepsa.

"2° Entréguense a la señora Wenceslaa Camacho de Pardo los bienes que sean de su exclusiva pertenencia, que haya adquirido a título de herencia o por cualquier otro medio legal.

"3° Procédase a la liquidación de la mencionada sociedad conyugal, para que a cada uno de los cónyuges se adjudique la parte de bienes sociales que le correspondan, para lo cual, dentro del término de seis días, se procederá a la formación del inventario de los bienes comunes.

"4° Son de cargo del demandado, señor Servilio Pardo, las costas procesales de este juicio; las causadas en esta segunda instancia se tasarán por la Secretaría del Tribunal, con aprobación de la Sala de Decisión; y

"5° En el Juzgado de primera instancia se regulará la manera como los esposos Pardo y Camacho deben contribuir al sostenimiento de los hijos de aquel matrimonio."

La parte demandada interpuso el recurso de casación. El Tribunal lo concedió, y la Corte oportunamente lo declaró admisible, y procede a resolverlo:

En el escrito en que se interpuso y formuló el recurso ante el Tribunal, el recurrente alegó la primera de las causales de casación, expresadas en el artículo 2° de la Ley 169 de 1896, porque, en su concepto, la sentencia ha incurrido en violación de ley sustantiva por errónea interpretación e indebida aplicación al caso del pleito, y por errónea apreciación de las pruebas. El apoderado ante la Corte ha ampliado esa demanda, y acogiendo los motivos aducidos en ella, formula sus cargos así:

Violación de ley sustantiva por errónea interpretación.

Alega el recurrente como motivo de este cargo, que el Tribunal estimó—dice—"que la falta de una cualquiera de las obligaciones que surgen del matrimonio, puede ser en sí de tanta importancia, que sin ella se haga imposible la vida matrimonial, por lo que puede por sí sola tomársela como falta absoluta en el cumplimiento de los deberes de esposo o de padre."

"El abandono que la ley exige como causal de separación de bienes, no es cualquier clase de abandono, sino el absoluto, y no en uno sino en todos los deberes legales que impone el Código Civil en sus Títulos IX y XII del libro 1°. No basta el incumplimiento de alguno o algunos de los deberes dichos para que exista la causal; y al criterio del juzgador no ha dejado la ley en parte alguna el apreciar si tal o cual deber que por sí solo se deje de cumplir es lo suficiente para constituir el abandono absoluto.

"De tal suerte que mientras no aparezca demostrado el incumplimiento de todas esas obligaciones, no puede decirse que haya abandono absoluto. Interpretar la ley como lo ha hecho el Tribunal sentenciador, es interpretarla erróneamente, como ha sucedido en este caso. Y por eso ha violado en ese sentido el ordinal 4° del artículo 154 del Código Civil, en relación con el artículo 2° de la Ley 8ª de 1922, que exigen el incumplimiento total de los deberes de esposo y padre, para establecer la causal de separación de bienes por abandono absoluto."

Se observa:

El Tribunal, después de un prolijo examen de las pruebas que ambas partes aportaron al debate, concluye así:

"Del conjunto de estas pruebas se deduce que es evidente que la señora Wenceslaa Camacho de Pardo está de hecho separada de su esposo señor Servilio Pardo, y que ni a ésta ni a sus hijos Luis María, Aura y María del C. Pardo, aquél les suministra los recursos necesarios para su subsistencia, por lo que estas personas llevan una vida precaria y miserable en la población de Güepsa. Y si esto es así, indudablemente que el señor Pardo falta a uno de sus principales deberes de esposo y de padre, falta que puede considerarse como absoluta para los efectos de la ley, que ha reconocido y consagrado el matrimonio, con el fin de que los cónyuges vivan juntos y se auxilien mutuamente en todas las circunstancias de la vida; y que, conforme a ese contrato, es uno de los deberes del esposo suministrar a la mujer lo necesario para su subsistencia, máxime cuando, como aquí, él ha tenido el manejo de los bienes de aquélla; y, por otra parte, es también su deber, como padre, atender a la alimentación y crianza de los hijos, de donde se deduce que, si no subviene para esto, falta por este aspecto a una de sus principales obligaciones de padre.

"De modo que a juicio del Tribunal debe declararse que está comprobada en esta litis la causal expuesta por el actor para conseguir la separación de los bienes de la

mujer demandante, para que le sean entregados, y para que se proceda a la liquidación y distribución de los bienes de la sociedad conyugal existente entre los señores Servilio Pardo y Wenceslaa Camacho."

Del cuidadoso examen que de las pruebas del proceso hizo el Tribunal, se toma lo siguiente, que por sí solo basta para desvirtuar la acusación que se examina:

"Los testigos Estrada, Zárate, Tarazona y Vargas de Cárdenas rindieron sus declaraciones en el Juzgado Municipal de Güepsa, y de manera casi uniforme afirman que:

'b) Es un hecho cierto y evidente, que me consta por presenciarlo durante el espacio de cuatro años, mil novecientos veintidós a mil novecientos veintiséis, que el señor Servilio Pardo trataba de manera ultrajante a su esposa la señora Wenceslaa Camacho, a quien se refería en los términos más injuriosos, haciendo público alarde de que no era una señora, y que por ese motivo no la dejaba vivir a su lado en el hogar, ni le pasaba un centavo para nada; de tal manera que mientras el mencionado Servilio manejaba a su antojo los bienes de la señora Camacho y los de la sociedad conyugal, la pobre señora Wenceslaa vivía en la mayor miseria, dedicándose muchas veces a oficios domésticos en casas de varias familias en este Municipio, como donde la señora Amelia Acuña de Tarazona y señora Waldina Vargas de Cárdenas, donde ganaba el pan diario con tales oficios, tanto para ella como para un niño menor, su hijo Luis María; y también, por algún tiempo de consideración, teniendo a su lado a sus dos niñas, señoritas Aura y María del C. Pardo, debido a que su padre, el señor Servilio Pardo, no les daba lo necesario para su subsistencia.

'e) Es un hecho público y notorio en este Municipio de Güepsa, que la señora Wenceslaa Camacho de Pardo no ha podido volver a vivir en el mismo techo con el señor Servilio Pardo, debido a que este señor la despachó violentamente del hogar, profiriendo palabras ofensivas contra dicha señora, haciendo así imposible la paz y sociedad (sic) domésticas.'

"Los esposos Juan L. García y Herminia Tavera de García informan que durante alguna temporada que estuvieron en Güepsa, vieron que la señora Camacho estaba separada de su esposo, y vivía en casa de la señora de Tarazona, en donde se ocupaba en oficios domésticos, como sirvienta, para poderse ganar la subsistencia, y que se notaba carecía de recursos para ella y para su hijo menor Luis María, que la acompañaba; que después se unieron a su madre las señoritas Aura y María del C. Pardo, y que al visitarlas un día, las encontraron en un infeliz rancho pajizo, bajo las inclemencias del agua y del frío, por lo que, movidos a compasión, les facilitaron gratuitamente una casita en un campo de su propiedad, a donde se trasladó la señora Camacho con sus hijas, para gozar de alguna comodidad, por tener siquiera donde dormir con tranquilidad y abrigo."

Ante estos hechos, consignados en la sentencia como fundamentos del fallo, y que en concepto de la Corte sí demuestran un total abandono de los deberes de esposo y padre, por parte del demandado, resultan correctamente aplicadas por el Tribunal las disposiciones que el recurrente señala como erróneamente interpretadas e indebidamente aplicadas al caso del pleito.

A las razones expuestas es oportuno reproducir aquí, en respuesta a este cargo, la siguiente doctrina, que en caso semejante al presente, sentó la Corte en sentencia de casación de cinco de diciembre de este año:

"Considera el recurrente, en primer lugar, que el sentenciador quebrantó los artículos 2º de la Ley 8ª de 1922, y el numeral 4º del artículo 154 del Código Civil, puesto que para que haya lugar a la separación de bienes por esa causal, se requiere que uno de los cónyuges haya abandonado en absoluto todos los deberes de esposo y padre o de esposa y madre, ya que según el artículo 22 del Código Civil -dice el recurrente- para que ese abandono dé lugar a la separación de bienes, debe recaer no únicamente sobre uno o varios de los deberes de esposo, sino sobre todos los deberes del marido, en su doble condición de marido y padre, porque las palabras de la ley deben interpretarse en su sentido natural y obvio.

"Considera la Corte que si bien la redacción del numeral 4º del artículo 154 del Código Civil pudiera prestarse a la interpretación que le da el recurrente, su genuina inteligencia no puede llegar hasta esos extremos, pues bien se comprende, sin mayores esfuerzos de dialéctica, que el abandono por parte de uno de los cónyuges, de algunos de los deberes que le incumben, y que hiciera imposible la consecución de los fines para los cuales está constituido el matrimonio, sería causal necesaria de separación de bienes, por ejemplo, dejar el marido de suministrar a la mujer lo necesario, según sus facultades, de tal manera que peligrara la vida de la mujer a causa de inanición. En este evento, quizá el mismo recurrente no se atrevería, para decretar la separación de bienes, a exigir que el marido hubiera abandonado de modo absoluto el cumplimiento de los demás deberes de marido.

"Hay, pues, que interpretar este numeral en el sentido de que el abandono de cualquier deber indispensable para la vida matrimonial, induce causal de separación de bienes, sin que sea necesario el abandono absoluto de todos y cada uno de los deberes de esposo y padre o de esposa y madre; situación ésta que queda, naturalmente, sometida a la apreciación del juzgador."

El cargo es infundado.

Violación directa de ley sustantiva.

Consiste esta violación, en concepto del recurrente, en que el Tribunal, después de la exposición fundamental del fallo que ya se transcribió en el punto que precede, agregó:

"Y es de considerar también en esta ocasión que, dada la vehemencia con que las partes se han combatido en este juicio, no es posible que continúe una sociedad conyugal administrada por el marido, sin que ocurran choques entre los esposos, y sin peligro para los intereses de la mujer."

"Como se ve—objeta el recurrente—se trae aquí una nueva causa de disolución de la sociedad conyugal, y de consiguiente, liquidación de ella, causa no consagrada por la ley. Por ende, con este modo de argumentar el Tribunal fallador, violó directamente el artículo 1820 del Código Civil, que enumera de manera taxativa los modos de disolverse la sociedad conyugal, entre los cuales no está el de la vehemencia con que las partes se combaten en el juicio, como lo dice el Tribunal."

Como este concepto del Tribunal no constituye el principal fundamento del fallo, toda vez que las razones arriba transcritas son suficientes para sostenerlo, aun en el supuesto de que fuera fundado este reparo del re-

currente, ello no daría lugar a casar la sentencia. Por esta razón la Corte desecha este cargo.

Motivos de hecho.

Dice el recurrente:

"El Tribunal fallador incurrió igualmente en error de hecho, que aparece evidente en los autos, al dar por probado el hecho de que la demandante tiene bienes propios, prueba que entiende suministrada con la escritura pública número 907, otorgada el veinte de septiembre de mil ochocientos noventa y dos, ante el Notario del Circuito de Vélez, cuya copia fue acompañada con el libelo de demanda. En efecto: dicha copia no aparece con el registro respectivo de la escritura de protocolización del juicio de sucesión de Salvador Camacho R., como es necesario, numeral 1º del artículo 2652 del Código Civil; tampoco aparece que la partición e hijuela respectiva se registraran en el libro número 1º, como era de rigor; por tratarse de la mutación del dominio de bienes raíces (artículo 2691 del Código Civil); tampoco se reprodujo en la copia de la citada escritura presentada, la nota de registro que aparece copiada en ella, como lo ordena el artículo 670 del Código Civil.

"El Tribunal, al folio 13 vuelto del cuaderno respectivo, consigna en el fallo de segunda instancia el siguiente concepto:

..... 'y consta por la copia de la hijuela correspondiente, que a la señora Wenceslaa Camacho se le adjudicaron varios bienes raíces, muebles y semovientes, al liquidarse en el año de mil ochocientos noventa y dos la sucesión de su padre, el señor Salvador Camacho R.'

"Este error de hecho, o sea falsedad indiscutible del concepto, indujo al Tribunal sentenciador a violar, como en efecto violó por indebida aplicación al caso del pleito, el numeral 4º del artículo 154 del Código Civil, en relación con el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922, ya que para decretar separación de bienes es menester que existan legalmente, y el Tribunal decretó la separación de bienes propios de la mujer, sin haberse acreditado legalmente que la actora los tiene.

"Este mismo error de hecho condujo al Tribunal a violar, por omisión, el artículo 2673 del Código Civil, error que lo condujo a violar el artículo 154 del Código Civil, numeral 4º, en relación con el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922."

Se observa:

Para decidir si es o nó el caso de decretar la separación de bienes, sólo ha de tenerse en cuenta si está o nó justificada alguna de las causales que para ello señala la ley, sin tener que tomar en consideración si existen bienes propios de los cónyuges o de la sociedad conyugal, ya que la separación no tiene el único objeto de que se distribuyan los bienes existentes, sino que produce los efectos que para el futuro establecen los artículos 203, en su inciso 2º, a 208 del Código Civil. Así, pues, teniendo, como tiene el fallo recurrido, sólidos fundamentos que lo sustentan, no sería motivo para infirmarlo cualquier concepto que haya emitido el sentenciador acerca de la existencia o inexistencia de bienes de los cónyuges o de la sociedad conyugal, ya que esa cuestión sólo ha de suscitarse al hacerse la liquidación de dicha sociedad. El cargo es improcedente.

Motivos de derecho.

Bajo este epígrafe aduce el recurrente estos otros cargos:

"1º El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil—dice—en el presente juicio incurrió en error de derecho al apreciar como prueba el abandono absoluto alegado, las declaraciones que obran por parte de la actora; en efecto: esos testimonios, como ya se dijo, no se refieren sino a un lapso de tiempo comprendido entre mil novecientos veintidós y mil novecientos veintiséis, cuando aún no se había incoado la demanda, ya que esto sucedió en mil novecientos veintisiete; se interpretó erróneamente la prueba."

Se observa:

Si, como claramente lo dice el recurrente, el error del Tribunal consistió no en haberle dado a la prueba testimonial un valor distinto del que le asignan las leyes, sino en la apreciación de los hechos acreditados por medio de los testimonios a que se refiere, el error no es de derecho sino de hecho, y por consiguiente, el cargo es improcedente.

"2º Motivo de derecho. Las declaraciones de los testigos de cargo dice el recurrente—en cuanto al abandono se contraen a referencias del marido; varios de ellos declaran de oídas y de referencias; no deponen con precisión sobre la razón que tuviera la señora de Pardo para abandonar el hogar; no dicen si la escasez que sufriera tenga como causa inmediata el abandono supuesto del marido, o cualquiera otra causa. En la apreciación de estos testimonios—sigue diciendo—hubo error de derecho, con violación de los artículos 608 y 609 del Código Judicial. Violó, además—dice el autor del recurso—el numeral 4º del artículo 154 del Código Civil, en relación con el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922, por indebida aplicación de ellos al caso del pleito, 'ya que se dio por establecida una prueba que no existe, cual es la del abandono absoluto,' causa generadora alegada en la demanda; y fueron violados los artículos citados, porque ellos exigen causales coetáneas para decretar la separación de bienes, factores jurídicos legales, y no acreditándose ninguno de ellos no puede decretarse la separación de bienes, por no haber allí relación de causa a efecto."

Se observa:

a) No dice el recurrente cuáles son los testigos que declaran de oídas o de referencias, y en contra de su afirmación puede aducirse que el sentenciador desestima el testimonio de Waldina Vargas de Cárdenas, precisamente porque al ser repreguntada "manifestó saber lo que dijo en su primera exposición, por habérselo oído a algunas sirvientas." Por lo demás, ya se ha dicho en varias decisiones que, cuando la violación de los preceptos legales de que se acusa la sentencia del Tribunal, se hace depender de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas con las cuales se pretendió demostrar cierto hecho o cierta afirmación, si el recurrente no señala las pruebas mal apreciadas, la Corte no puede considerar esta acusación, y consecuencialmente tampoco puede ocuparse en la violación de las disposiciones legales. (Casación de 19 de junio de 1922, Gaceta Judicial, XXIX, 186, 3ª).

"No siendo el recurso de casación una tercera instancia, la Corte no puede entrar a estudiar el proceso para decidir si están bien o mal apreciadas las pruebas; es preciso que el recurrente señale especialmente las pruebas en cuya estimación juzga que el Tribunal incurrió

en error evidente de hecho o en error de derecho." (Casación de 27 de junio de 1923. Gaceta Judicial, XXX, 72, 3ª).

b) En cuanto al concepto del recurrente de que "los testigos no declaran con precisión sobre la razón justificadora que tuviera la señora Wenceslaa Camacho de Pardo para abandonar el hogar," si ello fuera por hecho o culpa del marido o por "cualquier otra causa, como su real gana," el recurrente debió demostrar su afirmación, y acusar de error de hecho la apreciación que el Tribunal hizo de las pruebas arriba dichas, a las cuales conviene agregar estos otros hechos, afirmados por el declarante Manuel Estrada:

"Agregó el declarante Estrada que en alguna ocasión, al informarle a Pardo el estado de pobreza en que se encontraba la señora Wenceslaa, Pardo le manifestó que si el declarante le seguía haciendo favor a esa señora, él (Servilio) le haría la guerra. En declaración posterior agregó Estrada que, estando un día en la casa de campo de los esposos Pardo Camacho, vio que Pardo maltrató a su esposa a palos; e informa que desde que Pardo volvió de la Cárcel del Socorro o San Gil, presenció que la despachó de la casa, diciendo que por ella lo habían tenido en la cárcel. Informa, además, el testigo Zárate, que habiendo la señora Wenceslaa resuelto retirarse de la casa de Pardo, vio que éste le tiraba piedras; y confirma el abandono en que Pardo tiene a su esposa, y agrega que de ahora unos cuatro o cinco meses (habla en noviembre de mil novecientos veintisiete), sucede lo propio con sus señoritas hijas, Aura y María del C. Pardo." (Folio 16 vuelto, cuaderno del Tribunal).

c) El cargo de que "no se ha probado que la demandante se ocupara en oficios domésticos por necesidad o por su simple querer y gusto," estaría justificado si el recurrente hubiera demostrado esto último, en forma tal, que hiciera evidente el error de hecho en que incurriera el Tribunal, y si hubiera formulado su acusación por ese motivo.

Son, por tanto, infundados estos cargos.

"3º Motivo de derecho. El Tribunal sentenciador –dice el recurrente—incurrió también en error de derecho, al darle a la copia de la escritura pública, acompañada a la demanda, el valor de plena prueba para acreditar que la actora es dueña de bienes raíces, porque, como ya se estudió, esa copia no tiene valor legal, desde luégo que no aparece con los competentes registros. Al aceptarse, pues, una copia de escritura pública sin las respectivas notas de registro, como modo de adquirir dominio o como prueba del mismo dominio, el Tribunal violó directamente, por indebida apreciación, los artículos 673, 765, 745 y 749 del Código Civil, y los violó virtualmente por efecto de error de derecho en la apreciación de la prueba, puesto que dio a una copia de escritura pública, sin registrar, el valor de título de propiedad de bienes raíces.

"Este error—dice el recurrente—condujo al Tribunal a violar por omisión el artículo 2673 del Código Civil, y el ordinal 4º del artículo 154 de la misma obra, en relación con el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922."

Por las razones expuestas en el examen que se hizo de los motivos de hecho, este cargo resulta igualmente infundado.

"4º Motivo de derecho. Dice el recurrente: el Tribunal fallador, al estudiar en su sentencia las posiciones absueltas por el demandado señor Servilio Pardo, dice que 'dio respuestas explicadas, pero negativas, a las preguntas que se le hicieron.....'; y concluye diciendo que '..... y aun cuando allí afirma haberle suministrado recursos para su subsistencia en el tiempo en que han estado separados, no ha comprobado tales hechos, que eran de su incumbencia.'

"Basta la lectura de estos conceptos para ver cuánto se apartan ellos de las normas jurídicas del derecho probatorio; en efecto: la confesión explicada es la que se hace reconociendo el hecho, pero agregando modificaciones que restringen la intención de la contraparte. De tal suerte que respuestas explicadas, negativas, no existen, jurídicamente hablando, ya que si son negativas, no hay explicación."

En la apreciación de las posiciones citadas, incurre la sentencia—dice el recurrente—en error de derecho, con violación de los artículos 567 y 568 del Código Judicial, incidiendo, además, en violación del numeral 4º del artículo 154 del Código Civil, en relación con el 2º de la Ley 8ª de 1922.

Refiérese el recurrente a este párrafo de la sentencia, en que el Tribunal, analizando las pruebas aducidas por la parte demandante, dice:

"1º Declaración de posiciones absueltas por el demandado señor Pardo, quien dio respuestas explicadas, pero negativas, a las preguntas que se le hicieron, de modo que con ellas no se consiguió lo que se buscaba por el peticionario; pero implícitamente reconoció estar separado de su esposa, y cuando allí afirma haberle suministrado recursos para su subsistencia en el tiempo en que han estado separados, no ha comprobado tales hechos, que eran de su incumbencia."

Claramente dice el Tribunal que esas posiciones nada prueban a favor de la demandante, y ello basta para demostrar que el fallo, en pro de la actora, no se funda en esa prueba. Por lo demás, no dice el recurrente a qué conclusión debió haber llegado el Tribunal, si se hubiese ajustado al derecho probatorio de que habla el recurrente, por lo que tampoco es posible saber cuál es la tesis que él sustenta en oposición a la apreciación del Tribunal, esto es, cuál es el hecho que, en su concepto, debe darse por probado con esas posiciones. Por lo dicho, tampoco prospera este cargo.

Violación de ley sustantiva por falta de apreciación de las pruebas.

Para sustentar este cargo, dice el recurrente:

"Después de estudiar el Tribunal las declaraciones aducidas por la parte demandada, parece no darles ningún valor probatorio, ya que sobre el particular nada reza el fallo, como puede constatarse, apareciendo allí suficientemente acreditado que el señor Servilio Pardo ha tratado bien a su esposa, la ha sostenido decorosamente, así como a sus hijos los ha suministrado vestidos y educación e instrucción en escuelas y colegios.

"Esto hace que se haya dejado de apreciar esas pruebas del demandado en todo su vigor probatorio, y ha conducido al Tribunal a violar el artículo 75 de la Ley 105 de 1890."

Dice el recurrente que es indudable que el sentenciador no apreció la prueba del demandado, y que, en consecuencia, incurre en error de derecho, con violación, por indebida aplicación del ordinal 4º del artículo 154 del Código Civil, en relación con el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922.

Se observa:

No es exacto que en la sentencia recurrida "no se apreció la prueba del demandado," como lo afirma el recurrente, después de haber dicho éste al principio de este cargo que "después de estudiar el Tribunal las declaraciones aducidas por la parte demandada, parece no darles ningún valor probatorio."

Al estudio de estas pruebas dedicó el Tribunal un capítulo especial, con este epígrafe:

"Pruebas del demandado," que ocupa las fojas 17, 30 y vuelta del cuaderno que contiene lo actuado en la segunda instancia de este juicio. Por lo demás, conviene repetir aquí lo que se dijo en casación de 30 de septiembre de 1918, que "cuando ha habido comparación y apreciación de pruebas por el Tribunal sentenciador, y como resultado de esa estimación llega a una conclusión que el recurrente considera errónea, su acusación debe ser la de error evidente en la apreciación de las pruebas, y no la directa de error de derecho." (Gaceta Judicial, XXVII, 90, 2ª).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de San Gil, el diez y siete de agosto de mil novecientos treinta y uno.

Con costas a cargo de la parte recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Cristóbal de la Pava denunció ante el Gobernador del Departamento de Caldas, para sí y para Gabriel Arias, como baldíos nacionales, un globo de montañas que denominó La Selva, con ubicación en el Municipio de Montenegro. A la solicitud se opusieron los señores Roberto Marulanda y Juan C. Angel, quienes formalizaron sus demandas en juicio ordinario ante el Juzgado 2º del Circuito de Armenia.

Juan C. Angel en su demanda solicita se declare "que el demandado señor De la Pava no tiene derecho a que se le adjudique como baldío el siguiente globo de terreno, ubicado en el Municipio de Montenegro, y alinderado así:

"Desde donde se encuentran la quebrada del **Orinoco** y **Guatemala**, ésta arriba hasta donde se encuentran las mejoras de **San José**, de que habla el denuncio; de aquí, bordeando dichas mejoras hasta el río Espejo; éste abajo, hasta encontrar un mojón que deslinda las haciendas de **San José** y **San Pablo**, a 1,100 metros antes de llegar al río La Vieja; de aquí línea recta a la quebrada de **Guatemala**, punto de partida."

Los hechos fundamentales de esta demanda son:

1º "El señor Cristóbal de la Pava denunció como baldío el siguiente lote de terreno situado en el Municipio de Montenegro, que denominó con el nombre de La Selva, y que alinderó así: 'Partiendo de la confluencia del río Espejo con el río La Vieja, éste abajo hasta encontrar los potreros de la hacienda de **San Pablo**, de propiedad del señor Roberto Marulanda; de aquí, bordeando dichos potreros, hasta encontrar la quebrada de **Guatemala**; ésta arriba, hasta encontrar las mejoras de la hacienda de **San José**, de propiedad del señor Juan Crisóstomo Angel; de aquí, bordeando dichas mejoras, hasta encontrar el río Espejo; éste abajo hasta la confluencia con el río de La Vieja, punto de partida.'

2º "En el lote enunciado en el hecho anterior, están comprendidos dos lotes de terreno, que pertenecen el uno al señor Roberto Marulanda y el otro al señor Juan C. Angel.

3º "El lote que pertenece a Juan C. Angel es el que está determinado en la parte petitoria de la demanda.

4º "En el lote enunciado en la parte petitoria de la demanda, Angel ha ejercido actos de dueño, cuidándolo, y lo que hay hoy de monte, más tarde hubiera quedado completamente lleno de mejoras, pues la montaña ha ido disminuyendo año tras año, debido a las labores continuas de Angel, ya por sí mismo, ya por medio de encomendados.

5º "El terreno enunciado en el hecho anterior y alinderado en la parte petitoria de la demanda, hace parte de la finca de **San José**, de propiedad de Juan C. Angel.

6º "Los denunciantes con el ánimo preconcebido de arrebatar a Angel su terreno, le promovieron una querella temeraria y denunciaron el monte aledaño, bordeando las mejoras que a mí me pertenecen.

7º "La hacienda de **San José**, que es de mi propiedad, está situada en el Municipio de Montenegro y alinderada así: 'Partiendo de la vaga del guayabo agrio, en el camino que conduce a Montenegro; vaga abajo, lindando con Benjamín Gómez y Marco María, al río Espejo; éste abajo hasta donde desemboca la quebrada de **La Laguna**, lindero con Glicerio Acebedo; quebrada arriba hasta su nacimiento en el punto llamado **El Yarumo**; de aquí en línea recta a encontrar el nacimiento de la quebrada llamada **Piedrasblancas**; ésta abajo hasta su desembocadura en el río Espejo, lindero con Glicerio Acebedo; Espejo abajo hasta un mojón que está a 1,100 metros antes de llegar al río La Vieja; de aquí en línea recta a los encuentros de la quebrada de **Guatemala** y **El Orinoco**, lindero con Roberto Marulanda; quebrada de **Guatemala** arriba hasta su nacimiento donde está un mojón al pie de un aguacatillo; siguiendo una línea recta a la vaga del guayabo agrio, primer punto de partida.'

8º "El globo de terreno de que habla la parte petitoria está dentro de los títulos de mi propiedad y por consiguiente me pertenece; pero en el caso remoto de que no me perteneciera, sobre los montes aledaños a las mejoras existentes y que el señor Cristóbal de la Pava bordea en el denuncio, tengo un derecho preferente, toda vez que la ley asigna al cultivador porciones mayores que las cultivadas.

9º "Alrededor de ese globo de terreno, determinado en la parte petitoria de la demanda, tengo cultivos de maíz, plátano, caña y potreros de india y janeiro, en los cuales pastan más de mil reses.

10. "Hace ya unos veintidós años que estoy poseyendo la hacienda de **San José**, donde tengo las mejoras de que hablé en el hecho anterior, las cuales equivalen a cuatro o cinco veces el globo de terreno enunciado en la parte petitoria de la demanda."

En la demanda de Roberto Marulanda se hace petición en el sentido de "que el demandado señor de la Pava no

tiene derecho a que se le adjudique como baldío el siguiente globo de terreno, ubicado en el Municipio de Montenegro y alinderado así: 'De la confluencia del río Espejo en La Vieja; éste abajo hasta encontrar los potreros de San Pablo; bordeando los potreros hasta encontrar la quebrada de Guatemala; de allí línea recta al río Espejo, en un punto en que dan 1,100 metros al río de La Vieja; Espejo abajo, hasta la confluencia de éste con el río La Vieja, punto de Partida.'"

Esta demanda se funda en los siguientes hechos:

1º "El señor Cristóbal de la Pava denunció como baldío el siguiente lote de terreno, situado en el Municipio de Montenegro y que denominó con el nombre de La Selva, alinderado así: (aquí transcribe los linderos del denuncio).

2º "En el lote enunciado en el hecho anterior, están comprendidos dos lotes de terreno, que pertenecen el uno al señor Roberto Marulanda y el otro al señor Juan C. Angel.

3º "El lote que pertenece al señor Roberto Marulanda es el que está determinado en la parte petitoria de la demanda.

4º "El terreno enunciado en el hecho anterior y alinderado en la parte petitoria de la demanda, hace parte de la finca de San Pablo, de propiedad de mi poderdante.

5º "En el lote enunciado en la parte petitoria de la demanda, mi poderdante ha venido ejercitando actos de dueño, cuidándolo como una reserva, para hacer más potreros cuando lo crea conveniente.

6º "La hacienda de San Pablo, de que hablé en el hecho 4º, está alinderada así: 'De la confluencia de los ríos Espejo y La Vieja, siguiendo éste abajo hasta un mojón; de aquí con 330 grados y 960 metros, a otro mojón; de aquí con 270 grados y 30 minutos y 1,900 metros, a otro mojón; de aquí con 244 grados, 30 minutos y 260 metros, a un mojón situado en el camino; de aquí con 204 grados, 30 minutos y 990 metros, al alto del Chamizo; de aquí con 107 grados y 1,230 metros, a otro mojón; de aquí con 184 grados, 40 minutos y 1,100 metros, al río Espejo, y éste abajo al punto de partida.' Estos linderos en la parte que colindan con la hacienda de San Pablo, quedaron determinados por medio de un deslinde verificado entre mi poderdante y el señor Juan C. Angel. La línea divisoria quedó así: una línea que partiendo de la confluencia de la quebrada de Guatemala o La Meseta en la quebrada de San Pablo sigue rectamente hasta un mojón de piedra que está en la margen del río Espejo, a 1,100 metros de su desembocadura en el río La Vieja.

7º "El globo de terreno de que habla la parte petitoria de la demanda está dentro de los linderos de la hacienda de San Pablo, de propiedad de mi poderdante.

8º "En la hacienda dicha tiene hace muchos años mi poderdante potreros en los cuales pastan muchas reses.

9º "El globo de terreno de la parte petitoria ha sido de mi poderdante, como ya se dijo, desde hace muchos años, y sus antecesores jurídicos también lo poseyeron."

Cristóbal de la Pava se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas, y el Juez de la causa, en sentencia de marzo 28 de 1927, falló el pleito así:

"1º No están probadas las excepciones perentorias opuestas por el doctor Ramón Gómez, como apoderado de Cristóbal de la Pava.

"2º Declárase que el señor Cristóbal de la Pava no tiene derecho a que se le adjudiquen como baldíos los siguientes lotes de terreno, situados en el Municipio de Montenegro:

"a) Determinado en la demanda de oposición de 10 de marzo de 1925 por el señor Juan C. Angel M.: desde donde se encuentran la quebrada del Orinoco y Guatemala, ésta arriba hasta donde se encuentran las mejoras de San José, de que habla el denuncio; de aquí, bordeando dichas mejoras, hasta el río Espejo; éste abajo hasta encontrar un mojón que deslinda las haciendas de San José y San Pablo, a 1,100 metros antes de llegar al río de La Vieja; de aquí línea recta a la quebrada de Guatemala, punto de partida."

"b) Determinado en la demanda de oposición de 26 de marzo de 1925 por el doctor Eleuterio Serna R., apoderado de Roberto Marulanda, y situado igualmente en el Municipio de Montenegro: 'De la confluencia del río Espejo en La Vieja, éste abajo hasta encontrar los potreros de San Pablo; bordeando los potreros hasta encontrar la quebrada de Guatemala; de allí línea recta al río Espejo, en un punto en que dan 1,100 metros al río de La Vieja; Espejo abajo hasta la confluencia de éste con el río de La Vieja, punto de partida'; y

"3º Condénase a Cristóbal de la Pava a pagar las costas de esta controversia."

Por apelación del apoderado de Cristóbal de la Pava, el Tribunal Superior de Pereira, en sentencia de fecha trece de mayo de mil novecientos treinta, confirmó la de primera instancia.

Contra esta sentencia, la misma parte interpuso casación. El recurso fue declarado admisible por la Corte en providencia de febrero 22 de 1932.

El recurrente acusa la sentencia por "la primera causal de las enumeradas en el artículo 520" del nuevo Código Judicial.

El opositor en el recurso alega que la demanda de casación "no es idónea legalmente, que está formulada de un modo ineficaz, y que, por consiguiente, está afectada de ineptitud sustantiva, por lo cual la Corte no tiene porqué entrar a conocer de ella."

El recurso de casación en este asunto fue interpuesto por memorial de 19 de mayo de 1930. Según el artículo 1228 de la Ley 105 de 1931, los recursos interpuestos se rigen por la ley vigente al tiempo en que fueron interpuestos, y, por lo tanto—arguye el opositor—la demanda de casación ha debido arreglarse a la antigua ley judicial y las causales alegadas no podían ser otras que las señaladas en el artículo 2º de la Ley 169 de 1896. Habiéndose alegado por el recurrente, no las causales señaladas por esta última disposición, sino la primera de las indicadas por el artículo 520 del Código Judicial—disposición que no estaba en vigencia cuando fue interpuesto el recurso—la demanda de casación no es idónea.

A este respecto observa la Corte que para un caso análogo al que se estudia existe la doctrina de que "no es motivo para dejar de considerar lo alegado por el recurrente el hecho de haber citado como violada por la sentencia del Tribunal una disposición derogada, pero reproducida en forma distinta en una ley vigente." (Jurisprudencia de la Corte, tomo 2º, número 255). "Si el recurrente en casación cita como infringida por el Tribunal sentenciador una disposición sustantiva derogada, pero reproducida en forma distinta en una ley vigente, debe entenderse la cita con referencia a la ley que la reproduce." (Ibídem, número 2605).

En este asunto, el recurrente ha debido alegar contra la sentencia la primera causal del artículo 2° de la Ley 169 de 1896, que es la Ley aplicable; pero el hecho de haber alegado la primera causal del artículo 520 del Código Judicial no es motivo bastante para desechar la demanda de casación si se tiene en cuenta que la causal aducida es sustancialmente la misma en ambas disposiciones.

La primera acusación del recurrente se dirige contra el siguiente aparte de la sentencia del Tribunal:

"Las copias de que se ha hecho mérito—dice la sentencia—prueban que el señor Roberto Marulanda y la señora Isabel Marulanda adquirieron—ésta antes de formar la sociedad conyugal con el señor Juan C. Angel—el dominio y propiedad de los globos de tierra allí particularizados...."

Entra en seguida el recurrente a analizar uno a uno los títulos a que se refiere la sentencia, y con relación a la escritura número 681, de 17 de julio de 1902, Notaría de Pereira, dice:

"Me parece que si se continúa la lectura de este título se conviene en que lejos de demostrar la transmisión del dominio del terreno allí demarcado, quedó aquél pendiente de que se obtuviera una adjudicación de baldíos, pues el vendedor dijo expresamente que una parte de lo que vendía estaba comprendido en el lote de terreno que otro de sus hijos estaba solicitando en adjudicación. De suerte que el señor Roberto Marulanda no adquirió por ese título o bajo el registro de ese título propiamente hablando, la totalidad de ese globo acerca del cual dice el mismo vendedor no ser dueño en su totalidad.

"Esa declaratoria de don Juan María Marulanda al venderle a su hijo Roberto el lote de terreno últimamente alinderado es del tenor siguiente:

'Es claridad, que una parte de la finca que vende está comprendida en el lote de terreno baldío pedido en adjudicación por su hijo Gregorio Marulanda, por lo cual éste es obligado a otorgar la escritura pública respectiva a favor del comprador o de Manuel María e Isabel Marulanda en su caso, tan pronto como Gregorio obtenga el título de propiedad.'

"El punto—termina el recurrente—no puede ser más claro ante el artículo 752 del Código Civil. Y, por consiguiente, empiezo por acusar la sentencia como violatoria de esta disposición por no haberla aplicado al pleito siendo el caso."

El mismo cargo hace a la apreciación del Tribunal de las escrituras públicas número 1355 de 1903, Notaría de Pereira, por la cual Roberto Marulanda vende a Dolores Botero e Isabel Marulanda de Angel dos propiedades, entre ellas la misma que Roberto Marulanda había comprado a Juan María Marulanda por la escritura número 681 citada; y la escritura número 34 de 1912, de la misma Notaría de Pereira, en que consta la partición que de la finca San José hicieron Dolores Botero e Isabel Marulanda.

Se considera:

El artículo 752 del Código Civil, que se dice violado por la sentencia del Tribunal, es del tenor siguiente:

"Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición."

La cita de esta disposición sería pertinente y su violación sería clara, si no figurara en los autos la escritura número 647, de 7 de julio de 1916, por la cual Roberto Marulanda adquirió de la señora Dolores Botero viuda de Marulanda el terreno baldío de que habla la escritura que motiva este cargo. La señora viuda de Marulanda adquirió el baldío de Antonio José Botero, a quien le fue adjudicado por el Ministerio de Obras Públicas el 7 de septiembre de 1910.

Aunque Juan María Marulanda, primitivo tradente, no tuviera derechos transmisibles sobre una parte del inmueble que vendía, Roberto Marulanda tiene el título legítimo que exige el Código Fiscal, procedente de la adjudicación que le hizo el Gobierno Nacional a Antonio José Botero.

De consiguiente, el Tribunal no tenía porqué aplicar al caso del pleito el citado artículo 752, y el cargo es infundado.

El recurrente acusa también la sentencia por violación de los artículos 61 del Código Fiscal de 1922 y 3° de la Ley 48 de 1882, por error de hecho en la apreciación de la misma escritura pública número 681, porque—según dichas disposiciones—"las tierras baldías no pueden adquirirse por prescripción."

Se considera:

De la exposición que hace el recurrente acerca de las disposiciones que cita como violadas, se comprende fácilmente que se refiere al Código Fiscal de 1912. Pero el cargo es totalmente infundado, ya porque en el juicio ninguna de las partes alegó la prescripción adquisitiva del baldío ni el Tribunal se refirió a ella ni la reconoce en parte alguna de la sentencia, ya porque de haberlo hecho no habría incurrido en error de hecho sino en violación directa de las disposiciones citadas, y por este aspecto no hay acusación.

Por la escritura pública número 867, de 26 de agosto de 1911, Notaría de Armenia, se protocolizó la adjudicación que el Gobierno Nacional hizo a Antonio José Botero del baldío denominado **San Pablo**. El recurrente acusa de error de derecho la apreciación de este título y consiguiente violación de los artículos 752 del Código Civil, 61 del Código Fiscal y 3° de la Ley 48 de 1882.

Este baldío había quedado incluído en la venta que por escritura número 681 de 1902, Notaría de Pereira, hizo Juan María Marulanda a Roberto Marulanda.

"La escritura número 602 de 1911, Notaría de Armenia—dice el recurrente—contiene la venta del mismo baldío hecha por el adjudicatario a la señora Dolores Botero de Marulanda y luégo la escritura número 647 de 1916, Notaría de Pereira, contiene la venta hecha por la misma señora Botero de Marulanda a don Roberto Marulanda, que es uno de los opositores. Y como no puede ocurrir el fenómeno de la compra de cosa propia, mal podían las escrituras que he citado antes de la número 867 constituir título de dominio a favor del señor Roberto Marulanda sobre el globo que luego vino a adquirir por la escritura número 647."

Se considera:

La acusación por violación de los artículos 61 del Código Fiscal y 3° de la Ley 48 de 1882 está suficientemente

estudiada atrás y no puede prosperar, como ya se dijo, porque la sentencia recurrida no reconoce en ninguna parte la adquisición del baldío por prescripción.

Aunque el primitivo tradente del baldío, Juan María Marulanda, no tuviera derechos en él qué transmitir, ya que las tierras baldías no se adquieren sino por adjudicación, no es conducente la acusación por violación del artículo 752 del Código Civil, puesto que en la escritura que motiva este cargo se protocolizó la correspondiente adjudicación.

Según el artículo 1872 del Código Civil, la compra de cosa propia no vale; pero de este principio no se deduce que el comprador pierda por eso el dominio que antes tenía sobre la cosa comprada. La consecuencia de tal principio no es otra que la enunciada por el mismo artículo citado, esto es, que el comprador tiene derecho a que se le restituya lo que ha dado por ella.

El cargo no puede prosperar.

En seguida el recurrente acusa de errores de hecho y de derecho la apreciación que hizo el Tribunal de las diligencias de inspección ocular practicadas en primera y segunda instancia y de las declaraciones rendidas por los testigos Jonás Ramírez, José R. de la Pava, Antonio Ramírez, Martín Villegas, Jorge Londoño, Ricardo Gaviria y Joaquín Marulanda.

"Los errores de derecho en este particular—dice el recurrente—hacen al fallo violatorio del citado artículo 2º de la Ley 85 de 1920, por no haberlo aplicado al pleito siendo el caso; pues si el Tribunal hubiera tenido en cuenta esta disposición, su fallo habría tenido que concluir de manera completamente distinta.

"Violatorio también del artículo 80 de la Ley 105 de 1890, que también acuso como quebrantado, lo mismo que el artículo 607, sobre testigos."

A continuación, el recurrente transcribe las siguientes doctrinas de la Corte:

"Hay error evidente en la apreciación de las pruebas cuando la sentencia da por establecidos hechos que claramente no aparecen en las pruebas invocadas en apoyo de ellos, o cuando éstas se hallan contradichas de modo evidente en otros documentos del mismo proceso." (Jurisprudencia de la Corte, tomo 3º, número 1520).

"Hay error evidente en la apreciación de las pruebas cuando la sentencia da por establecidos hechos que claramente no aparecen en las pruebas invocadas en apoyo de ellos, o cuando éstas se hallan contradichas de modo evidente en otros documentos del proceso." (Ibidem, número 1531).

Se considera:

En el pasaje de la sentencia a que se refiere este cargo, dice el Tribunal:

"Las copias de que se ha hecho mérito prueban que el señor Roberto Marulanda y la señora Isabel Marulanda adquirieron—ésta antes de formar la sociedad conyugal con el señor Juan C. Angel—el dominio y propiedad de los globos de tierra allí particularizados y que desde entonces han poseído real y materialmente, ejerciendo sobre ellos las correspondientes actividades de dueños y señores con el animus domini, edificando, estableciendo labranzas y cultivos de pastos artificiales, cría y engorde de ganados, desmontes, cercas, etc., demostrados estos actos en forma más que suficiente con las declaraciones de gran número de testigos que a petición de los demandantes declararon en el juicio en tiempo oportuno."

Estas conclusiones a que llegó el Tribunal no se hallan contradichas de modo evidente en el proceso con las declaraciones testimoniales que cita el recurrente. En efecto, dichas declaraciones son complementarias de las que antes habían rendido los mismos declarantes en el juicio.

José R. de la Pava había declarado el 13 de noviembre de 1926, "que esos terrenos han sido siempre cuidados por el señor Juan C. Angel como dueño de dicha hacienda y respetados por los vecinos de este lugar como de propiedad del señor Angel; al punto 3º: es cierto. Me consta que esa parte del terreno la necesita Juan C. Angel, y que en ellas tiene establecidas mejoras y ha ejercido actos de dominio no sólo en la parte que comprende, en la hacienda de San José, el denuncio de Cristóbal de la Pava, sino en toda la hacienda, en la cual ha estado abriendo montes, plantando sementeras y ejerciendo actos de dueño y señor, desde hace más de veinte años." Y el mismo día declara, a virtud de un interrogatorio diferente: "Es cierto; como conocedor de dicho terreno conceptúo que don Roberto Marulanda necesita ese monte para los menesteres de la hacienda, es decir, para el sostenimiento de los cercos de los potreros que constantemente hay que estar renovando; para combustible de las distintas casas de habitación que en la hacienda existen, para estar reforzando éstas y para las nuevas construcciones que día a día ocurren por el progreso que don Roberto Marulanda le va imprimiendo a dicha hacienda, y por esto ha cuidado esa montaña."

Jonás Ramírez declara en sus dos testimonios del 13 de noviembre de 1926 en los mismos términos que De la Pava.

Martín Villegas, en julio 24 de 1924, declara:

"Es cierto y me consta que dentro de ese globo denunciado como baldío, desde hace veinte años, más o menos, viene ejerciendo el señor Juan C. Angel actos de dominio, ora abriendo montaña y sembrando pasto hasta el punto de que allí tiene potreros en una extensión como de cuarenta cuadras más o menos. Me consta asimismo que dentro de la montaña de San José, que está en el globo denunciado como baldío, ha estado aserrando maderas y poniendo sementeras el señor Angel." Y al ratificarse en esta declaración, el 29 de noviembre de 1926, al ser repreguntado, afirmó: "que el señor Roberto Marulanda necesita las maderas de ese monte porque sí las ha utilizado en cercos, y aunque no las hubiera tocado en veinte años, es natural que las necesite para el futuro."

Jorge Londoño, en 26 de noviembre de 1926, declara en el mismo sentido que De la Pava, y el día siguiente complementa esa declaración en la misma forma que los otros.

Ricardo Gaviria se desmiente en su testimonio de noviembre 25 de 1926, y Joaquín Marulanda declara el 4 de diciembre del mismo año, que no conoce las haciendas.

Hay, además de estos testigos, un número plural de declaraciones en el sentido de que los demandantes Marulanda y Angel han hecho plantaciones, derribas de montes, potreros y edificaciones, desde hace más de veinte años.

Es de observarse desde luégo que las segundas declaraciones de los testigos que cita el recurrente no contradicen las primeras, rendidas por ellos mismos, y por consiguiente, no queda demostrado el error de hecho.

"En otros términos—como dice la doctrina de la Corte que el recurrente transcribe incompleta—para que haya esta clase de error en la apreciación de las pruebas, es necesario que resulte demostrado de un modo evidente de esas pruebas o de otros comprobantes del proceso, que el juicio del Tribunal es contrario a la realidad de las cosas."

De las diligencias de inspección practicadas en las instancias, se concluye:

1° Que el terreno adjudicado al señor Antonio José Botero como baldío se halla comprendido íntegramente dentro de los linderos del lote denunciado por el señor Cristóbal de la Pava.

2° Que dentro de los linderos del denuncio citado existen algunas mejoras que revelan una existencia mayor de tres años; y

3° Que "la cabida o superficie de tales mejoras no la precisamos por haber desistido el señor De la Pava ante el señor Magistrado sustanciador en la vista ocular."

Siendo esto así, no hay en el proceso elementos de juicio suficientes para fallar que por los adjudicatarios del baldío y sus sucesores no se han ocupado con ganados las dos terceras partes del terreno, o cultivado la quinta parte (artículo 2°, Ley 85 de 1920).

De consiguiente, no viola la sentencia las disposiciones que cita el recurrente y el cargo es infundado.

El recurrente acusa la violación de los artículos 47 y 55 de la Ley 110 de 1912, 1° de la Ley 64 de 1915, 10 de la Ley 71 de 1917 y 835 del Código Judicial, "porque la sentencia extralimitó ostensiblemente la materia del debate, concretada en demanda y contestación, en ninguna de las cuales piezas hace referencia a estos requisitos de las leyes fiscales, que son de carácter y competencia exclusivamente administrativos. El juicio se ha trabado para que se decida si el lote de terreno alindado para que en él se midieran quinientas hectáreas de tierras baldías afectaba los derechos de propiedad de los opositores. El Tribunal extralimita pues la materia discutida cuando al resolverla envuelve por virtud de los fundamentos de la parte motiva los aludidos puntos administrativos."

Para poner de manifiesto la ineficacia de este cargo, observa la Corte que el concepto de incongruencia de la sentencia con la materia del debate no se puede alegar en casación con apoyo en la primera causal. Si tal era el caso, el recurrente ha debido alegar la segunda causal y no la primera.

"El tercer orden de reparos—dice el recurrente—reza con el que hizo el Tribunal a los títulos de baldíos presentados por De la Pava a cambio de la concesión solicitada. Dicho reparo consiste en que un endoso en blanco que llevan dos de dichos títulos de baldíos no está llenado con el nombre del solicitante, por estar dichos títulos, dice la sentencia, expedidos nominalmente. Sin entrar en consideraciones para establecer que un endoso en blanco vale por endoso perfecto y que así lo ha entendido el Ministerio del ramo uniforme y de manera tradicional, considero lamentable esa objeción, pues como dije al hablar de la sentencia de primera instancia, el punto no es materia del pleito. Lo mismo que en el caso del aparte anterior, con este fundamento de su fallo el Tribunal quebrantó también el citado artículo 835 del Código Judicial, que acuso consiguientemente de violado también por este aspecto."

Se considera:

El cargo, tal como se formula, carece de fundamento, ya que no puede alegarse como primera causal de casación el quebrantamiento del artículo 835 del Código Judicial, disposición ésta que da asidero para invocar la segunda causal de casación, mas no la primera.

"Según doctrina constante de la Corte, el cargo a una sentencia de violación del artículo 835 del Código Judicial, no puede dar lugar a la primera causal." (Jurisprudencia de la Corte, tomo 3°, número 614).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de casar la sentencia recurrida, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Pereira con fecha trece de mayo de mil novecientos treinta.

Se condena al recurrente al pago de las costas del recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diciembre doce de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Ante el Juez 3° del Circuito de Bogotá, los señores Ricardo Tirado Macías y Lorenza Tirado Macías demandaron por la vía ordinaria a Heliodoro D. Rojas, para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes declaraciones:

"1° Que es nulo y de ningún valor ni efecto el contrato de compraventa, mediante el cual Georgina Tirado, mujer soltera, mayor y de esta vecindad, cedió a Heliodoro D. Rojas, o pretendió cederle en apariencia, con fecha treinta y uno de enero de mil novecientos diez y nueve, un crédito por la suma de setenta y cinco mil pesos papel moneda ($ 75,000 p. m.), a cargo de Ricardo Tirado Macías, y que emanaba de una confesión ficta del mismo, en posiciones que no absolvió. Para mayor claridad se advierte que la cesión aparece otorgada ante el Juez 5° de este Circuito, y por nota de endoso puesta al pie de las diligencias en que fue declarado confeso Ricardo Tirado Macías.

"2° Que está totalmente extinguido por pago efectivo el pretendido crédito personal a cargo de Ricardo Tirado Macías, que le está cobrando Heliodoro Rojas en el Juzgado 5° del Circuito, por la vía ejecutiva, porque cuando dicho crédito se cedió, estaba ya extinguido, por pago hecho por Tirado Macías a Georgina Tirado, y por consiguiente, la cedente no podía transferir nada al pretendido cesionario. Como consecuencia de esta declaración, ordenará usted la total terminación del juicio ejecutivo que Heliodoro D. Rojas adelante en el Juzgado 5° del Circuito en contra de Ricardo Tirado Macías, porque no habiendo obtenido cesión real de un crédito personal, la ejecución en referencia carece de causa lícita, y no puede producir el efecto de cobranza que hoy se ejercita. Esa cesión no es válida, porque ni Georgina Tirado tuvo ánimo de transferir el crédito, ni Rojas lo tuvo de adquirirlo, desde luégo que éste no le pagó a aquélla el valor de que habla la cesión.

"3ª En subsidio, que dicho contrato, si lo hubo, a penas ha de valer como una simple diputación para el cobro, según se practica en el comercio.

"4ª Que el mismo demandado Rojas, por orden de usted, debe proceder a cancelar el endoso que le hizo Georgina Tirado con la fecha indicada arriba, previa autorización del Juez de la causa, el 5º del Circuito, según se expresará adelante.

"5ª Que el mismo demandado Rojas está en la obligación de indemnizarnos los perjuicios que nos ha causado, por estar pretendiendo hacer efectivo en su favor un crédito del cual no es dueño, porque no le pagó a Georgina Tirado, cedente, el valor de él."

La anterior demanda se fundó en los artículos 1740, 1741 del Código Civil, "y en los Títulos 24 y 25 de la misma obra, por una parte, y por la otra, en el Título 14 de la misma, así como las disposiciones concordantes de ella y las del Código Judicial," y en los siguientes hechos:

"1º El día veinte de octubre de mil novecientos cinco, Ricardo Tirado Macías suscribió un pagaré por medio del cual se constituyó deudor de Georgina Tirado por la suma de setenta y cinco mil pesos ($ 75,000) papel moneda, que a mutuo había recibido de aquélla, con plazo de seis meses, a un interés del uno por ciento mensual, y del dos por ciento mensual en la demora.

"2º Ricardo Tirado Macías convino con Georgina Tirado en que la suma de setenta y cinco mil pesos ($ 75,000) papel moneda, de que se habla, se refundiera en una cuenta corriente que él tenía con la madre de Georgina Tirado, por razones que se conocerán en la secuela de este juicio, y autorizada debidamente la madre de Georgina Tirado por ésta para recibir esa suma, la recibió, de tal suerte que Georgina Tirado declaró a Ricardo Tirado Macías a paz y salvo con ella por razón del expresado documento de setenta y cinco mil pesos ($ 75,000) papel moneda y sus intereses, en una nota puesta al pie de la cuenta formulada por Ricardo Tirado Macías a la madre de Georgina Tirado.

"3º Georgina Tirado, muerta su madre, intentó un juicio ejecutivo contra Ricardo Tirado Macías, con el documento suscrito por éste, como recaudo ejecutivo, el cual estaba en poder de ella, por no haberlo recogido oportunamente Tirado Macías, pero desistió de la ejecución, por haberse convencido de que se trataba de cobrar dos veces la misma suma.

"4º Más tarde, ya en poder de Tirado Macías el documento, que se lo entregó en el Juzgado del Circuito en donde había cursado la ejecución, y por pedimento de la misma Georgina Tirado, Heliodoro D. Rojas redactó, a nombre de Georgina Tirado, y para que ésta las firmara, unas posiciones que debía absolver Ricardo Tirado Macías, y en las cuales fue declarado confeso éste, por no haber concurrido a absolverlas.

"5º Al pie de esas posiciones se puso la nota de cesión, a que se refiere la acción primera de esta demanda, con la cual Rojas ha estado siguiendo contra Ricardo Tirado Macías un juicio ejecutivo, fingiéndose dueño del crédito, cuando en realidad no es sino un simple diputado para el cobro, porque no ha pagado a Georgina Tirado el valor del crédito, tal como reza la cesión, según aparece de posiciones absueltas por el mismo demandado Rojas y por Georgina Tirado.

"6º Heliodoro D. Rojas no le ha pagado a Georgina Tirado el valor del crédito que ésta le cedió o pretendió cederle, según la nota de cesión de que se ha hablado, puesta al pie de las posiciones en que fue declarado confeso Ricardo Tirado Macías."

El demandado, al contestar el traslado que se le corrió, se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas; negó a los demandantes el derecho invocado por ellos, y contestó a los hechos así:

"Al primer hecho. Es cierto.

"Al segundo hecho. No es cierto.

"Al tercer hecho. No es cierto.

"Al cuarto hecho. Es cierto que Georgina Tirado le pidió unas posiciones a Ricardo Tirado en el Juzgado 4º de este Circuito, y en todas ellas fue éste declarado confeso, por no haber concurrido a absolverlas. El resto de la pregunta en la forma concebida, no me consta.

"Al quinto hecho. Es cierto que al pie de las posiciones se puso la nota de cesión del crédito que me vendió Georgina Tirado contra Ricardo Tirado; el valor del crédito cedido a mi favor está pagado, y no es cierto que yo sea diputado para el cobro, sino dueño real y verdadero del crédito cedido, de que se ha hecho mención.

"Al sexto hecho. No es cierto. Queda contestado en la respuesta anterior."

Al mismo tiempo, y por separado, el demandado propuso demanda de reconvención contra los demandantes, en que solicitó las declaraciones siguientes:

"1ª Que se declaren nulos, por causa de simulación, los contratos que constan en las escrituras públicas números 209 y 2432, de fechas catorce de febrero de mil novecientos diez y dos de diciembre de mil novecientos once, otorgadas ante el Notario 2º de este Circuito, entre Ricardo Tirado y Lorenza Tirado.

"2ª Que se declaren igualmente nulas, por causa de simulación, las constancias que aparecen en las escrituras números 857, de dos de agosto de mil novecientos quince, y 20, de nueve de marzo de mil novecientos diez y seis, hechas por Ricardo Tirado y Lorenza Tirado, ante el Notario 4º de este Circuito, respectivamente.

"3ª Que los bienes que por la escritura número 209, de catorce de febrero de mil novecientos diez, aparecen vendidos, y los que por la escritura número 303, de diez y nueve de julio de mil novecientos quince, adquirió el demandado Ricardo Tirado, los mismos antes determinados, no han dejado de pertenecer al demandado Ricardo Tirado, son de su propiedad, y están sujetos, como cualesquiera otros bienes de su propiedad, a ser perseguidos por sus acreedores, de acuerdo con el artículo 2488 del Código Civil.

"4ª Que tanto Ricardo Tirado como su hermana Lorenza Tirado, son responsables de los perjuicios que me han ocasionado por causa de las operaciones simuladas que han ejecutado y de que trata esta demanda.

"5ª Que los mismos demandados son responsables, y deben pagarme el valor de las costas en que están condenados en el juicio ejecutivo a que me he referido, y las respectivas agencias en derecho.

"6ª Que los mismos demandados son igualmente responsables del valor de las costas que por causa de este juicio se me causen; y

"7ª Que en el caso de que se declaren probadas las simulaciones, se mande sacar copia de lo conducente, para que se averigüe la responsabilidad criminal en que hayan incurrido los demandados."

Apoyóse esta contrademanda en los artículos 1740 a 1745 y 2302 del Código Civil, y en los hechos siguientes:

"1º Por escritura número 209, de catorce de febrero de mil novecientos diez, Notaría 2ª de Bogotá, Ricardo Tirado Macías vendió a Lorenza Tirado la casa antes alinderada.

"2º La referida venta fue ficticia o simulada, como lo prueba el hecho de haberle fijado a esta finca un precio insignificante en relación con su verdadero valor comercial.

"3º El haber otorgado Ricardo Tirado esta escritura a su hermana Lorenza, en la época en que yo tenía ejecutado a aquél, en el Juzgado 5º de este Circuito.

"4º Por escritura número 2432, de dos (2) de diciembre de mil novecientos once, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito, Ricardo Tirado se constituyó deudor de su hermana Lorenza, de la suma de cuatro mil pesos oro.

"5º En que esta escritura, lo mismo que la anterior, es simulada o ficticia, como lo prueba el destino que se le ha dado durante diez y siete años.

"6º En que la copia de esta escritura de deber, no ha sido presentada por la supuesta acreedora ante las autoridades, sino en los juicios ejecutivos que yo he iniciado y seguido contra su hermano Ricardo.

"7º En que el mismo demandado, Ricardo Tirado, ha solicitado y obtenido copia de esta escritura de deber, y se la ha entregado a su supuesta acreedora para que con ella lo ejecute.

"8º El hallarse el vendedor Ricardo Tirado recargado de deudas y ejecuciones, las que pretendió excusarse de pagar con el traspaso ficticio que hizo a su hermana Lorenza, y la obligación aparente de deber que con la misma contrajo.

"9º En que por las escrituras citadas números 875, de dos (2) de agosto de mil novecientos quince; 220, de nueve (9) de marzo de mil novecientos diez y seis, otorgadas ante el Notario 4º de este Circuito, los demandados pretendieron hacer aparecer como de Lorenza Tirado la finca que Ricardo Tirado le compró a Ignacio Rodríguez F., alinderada anteriormente.

"10. En que en virtud de los contratos simulados de que se ha hecho mención, Ricardo Tirado Macías vino a aparecer prácticamente como insolvente, a los ojos de sus acreedores, llevando como lleva, una vida mejor y más cómoda que la que antes llevaba.

"11. En que no pagó a ninguno de sus acreedores con el dinero valor de la casa, ni menos con el que dijo haber tomado a interés.

"12. En que el dinero que dijo Ricardo haber recibido a interés de su hermana Lorenza, no lo ha devuelto en más de diez y seis años.

"13. En que en el mismo juicio ejecutivo que le sigue a Ricardo Tirado, en el Juzgado 5º de este Circuito, hizo que su hermana Mercedes Tirado presentara un documento de debe, suscrito a favor de ésta, por el mismo Ricardo.

"14. En que el mismo demandado Ricardo hizo que esta supuesta acreedora declarara terminada su acción, por pago, que no se verificó.

"15. Entre los acreedores a quienes Ricardo Tirado, en connivencia con su hermana Lorenza, han perjudicado con las ventas y obligaciones de deber simuladas, y de que se ha hecho mención, figuro yo como acreedor del crédito que cobro de Ricardo Tirado, en el Juzgado 5º de este Circuito.

"16. Como acreedor de Ricardo Tirado, tengo interés en que se decrete la nulidad de los contratos simulados, que constan en las escrituras citadas, nulidad que debe decretarse por causa de simulación y dolo.

"17. En los contratos simulados de venta, de que he hecho mención, y en las declaraciones que a ellos siguieron, no hubo por parte del vendedor intención de transferirir el dominio, ni por parte de la compradora intención de adquirirlo.

"18. La intención manifiesta que precedió a todas estas operaciones simuladas, fue la de perjudicar a los acreedores del vendedor, por este procedimiento expedito de las ventas simuladas y acreencias simuladas; tampoco hubo causa en los contratos, porque no se recibió precio en las ventas, ni dinero en el préstamo.

"19. Hubo dolo, porque fue manifiesta la intención de causar perjuicio e injuria a los acreedores del vendedor."

Los contrademandados se opusieron a que se hicieran las declaraciones de la reconvención, y negaron los hechos principales en que ella se apoya. El Juez absolvió, tanto de los cargos de la demanda principal como de los de la reconvención. Ambas partes apelaron del fallo, y el Tribunal de Bogotá, por el de once de marzo de mil novecientos treinta y uno, desató la controversia así:

"1º Está totalmente extinguido, por pago, el crédito que consta en las posiciones en que fue declarado confeso Ricardo Tirado Macías, a petición de Georgina Tirado, y que está cobrando al mismo Tirado Macías Heliodoro D. Rojas, en el Juzgado 5º del Circuito de Bogotá, por la vía ejecutiva, como cesionario de Georgina Tirado. En consecuencia, se declara totalmente terminado el juicio ejecutivo que el nombrado Heliodoro D. Rojas adelanta en el Juzgado 5º citado, contra Ricardo Tirado Macías.

"2º Se absuelve a Heliodoro D. Rojas de los demás cargos formulados contra él en la demanda principal.

"3º Se absuelve a Ricardo Tirado Macías y Lorenza Tirado Macías de todos los cargos formulados contra ellos en la demanda de reconvención.

"Sin costas en ambas demandas, y tanto en la primera como en la segunda instancia. Queda en estos términos reformada la sentencia materia de la presente apelación."

El demandado Rojas interpuso recurso de casación contra el fallo anterior, y se le otorgó. El recurso es admisible, y por eso procede la Corte a decidirlo con el estudio de la demanda de casación. Aunque en ella se invocan las causales primera y segunda, de las que reconocía el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, el recurrente limitó su estudio a la primera causal.

Con fundamento en esta causal, en el primer capítulo de la demanda se acusa la sentencia del Tribunal como violatoria de los artículos 1527, 1621, 1634 y 1762 del Código Civil.

Este cargo se refiere únicamente a la parte del fallo en que el Tribunal resolvió la petición segunda de la demanda principal, y declaró extinguido, por pago efectivo, el crédito a cargo de Ricardo Tirado Macías, que resulta de la confesión ficta hecha por el último en posi-

ciones que se le pidieron por Georgina Tirado ante el Juzgado 4º del Circuito de Bogotá, en los cuales fue declarado confeso el primero, en noviembre de mil novecientos nueve, crédito que fue cedido a Heliodoro D. Rojas por Georgina Tirado, por valor recibido en cheque de mil novecientos diez (folios 2 vuelto a 3 del cuaderno 1º).

Para hacer tal declaración, el Tribunal tuvo en cuenta, en síntesis, lo siguiente:

Que por documento fechado en esta ciudad (de Bogotá), el día veinte de octubre de mil novecientos cinco, Ricardo Tirado Macías se declaró deudor de Georgina Tirado por la suma de setenta y cinco mil pesos papel moneda, recibidos a mutuo, con plazo de seis meses, que en copia obra. Que con este documento promovió la acreedora, Georgina Tirado M., juicio ejecutivo ante el Juez 2º de este Circuito contra el deudor Ricardo Tirado Macías; y sin haber juicio, la misma acreedora presentó personalmente al Juez del conocimiento, en junio de mil novecientos ocho, un memorial, en que manifestó que desistía "pura y simplemente de la ejecución por pago" que a su entera satisfacción le había hecho el señor Tirado Macías. En consecuencia, dijo Georgina: "solicito que usted me conceda el permiso del caso para poner al documento la nota de cancelación respectiva, y que le sea entregado al señor Tirado Macías....."; memorial al cual recayó auto del Juez, en el cual dice que en vista de la manifestación presentada por quien la suscribe, y en atención a que aún no había juicio, se entregara el documento a la peticionaria para los fines que expresaba en su memorial. Que posteriormente, la misma Georgina Tirado pidió ante el Juez 4º de este Circuito, que Ricardo Tirado Macías absolviera posiciones, y como no concurrió a absolverlas, fue declarado confeso. Que al pie de esas posiciones, en que se preguntó a Ricardo Tirado Macías sobre el origen de la deuda y el desistimiento anterior, puso Georgina Tirado nota de cesión de dicho crédito a favor de Heliodoro D. Rojas por valor recibido de éste. De esa manifestación hecha por Georgina Tirado ante el Juez 2º del Circuito de Bogotá, anterior a la confesión ficta de Ricardo Tirado M., dedujo el Tribunal que aparecía comprobada una confesión judicial de dicho pago, porque, conforme al artículo 72 de la Ley 105 de 1890, la confesión hecha en juicio prueba en toda circunstancia contra el que la hace, aunque sea en otro juicio. Que por consiguiente, de esa confesión de Georgina Tirado resulta plenamente demostrado que el crédito que se hizo constar en el documento privado, de fecha veinte de octubre de mil novecientos cinco, a cargo de Ricardo Tirado Macías, está extinguido por pago, porque no se ha comprobado que la confesante Georgina hubiera hecho esa confesión por error de hecho inculpable o por un vicio del consentimiento, sin que pueda alegarse que existe la confesión posterior ficta de Ricardo Tirado Macías en contrario, porque esta confesión ficta ha quedado destruida por la confesión expresa de Georgina, y perjudica a Heliodoro D. Rojas, en cuanto a la extinción del crédito, por ser Rojas causahabiente de la confesante.

Considera el recurrente que las conclusiones anteriores del Tribunal son violatorias de las disposiciones sustantivas citadas al principio del cargo, y por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, que resulta de la confesión ficta de Ricardo Tirado Macías en las posiciones en que fue declarado confeso, y en que se apoya la ejecución seguida por Heliodoro D. Rojas en el Juzgado 5º de este Circuito, a que se refiere la segunda declaración impetrada en la demanda principal. Que dos son los documentos con que los demandantes pretenden se declare extinguida la obligación que cobra en dicho Juzgado el ejecutante Rojas: la manifestación que hizo Georgina Tirado en el memorial de desistimiento que presentó al Juez 2º de este Circuito, y la nota que aparece al pie de la copia de una cuenta que dice Ricardo Tirado Macías tuvo con Julia Daguerre viuda de Tirado. Que si el Tribunal hubiera apreciado bien esas pruebas y otras que figuran en el expediente, no habría llegado a la conclusión a que llegó.

Respecto de la manifestación de Georgina Tirado, al expresar que desistía por pago del juicio, dice el autor del recurso que fue un acto de confianza de aquélla para con Ricardo Tirado Macías, hecho de manera imprudente, que dispensó a éste; pues el pago que alegan los demandantes no se ha verificado, como lo afirma de manera terminante la misma Georgina, después de veinte años de haber cedido el crédito a Heliodoro D. Rojas, según aparece de las pruebas presentadas por los demandantes (folio 8 del cuaderno principal), en que aquélla dijo:

"Una vez que tuvo Ricardo conocimiento de esto (es decir, del juicio ejecutivo que se le seguía), fue a mi casa de habitación a implorarme que desistiera del juicio, que él me pagaría sin necesidad de eso; yo accedí por sus ruegos y su promesa a ir con él al Juzgado del doctor Casablanca, y allí firmé un escrito en que desistía del juicio, diciendo que había recibido, cuando en realidad nada me había pagado el peticionario; después de ocurrido esto el peticionario recogió el documento de manos del doctor Lince, quedando yo sin ningún arma."

Agrega el recurrente que esta declaración de Georgina Tirado Macías es terminante, para demostrar el no pago del crédito por Ricardo Tirado Macías, porque aquella dice que la dejó "sin arma," es decir, sin prueba alguna como comprobante de su acreencia, que no había sido extinguida por pago, y debe tenerse en cuenta por haber sido presentada tal prueba por los mismos demandantes. Que hay dos confesiones: la de Georgina Tirado, en que declara haber recibido el valor del crédito, y la de Ricardo Tirado Macías, declarándose posteriormente a la anterior confesión, deudor de aquélla. Que la primera confesión no vale, por estar viciada de error de hecho, pues que la confesión es una declaración que, para tener efecto jurídico, debe referirse a la existencia (subraya el recurrente) de un hecho jurídico, y de otra suerte sólo es una afirmación, incapaz de producir efectos jurídicos, según lo dicen los expositores. Que la confesión ficta de Ricardo Tirado Macías, en las posiciones en que fue declarado confeso, al tenor de lo dispuesto por la ley y los principios universales, es plena prueba, según lo ha reconocido esta Superioridad en varios fallos que cita el recurrente.

En orden a la nota que aparece al pie de la copia de la cuenta que dice Ricardo Tirado Macías tuvo con Julia Daguerre de Tirado, arguye el autor del recurso que no es prueba del pago efectivo que Tirado Macías hiciera a Georgina Tirado, según se ve del hecho segundo de la demanda; pues que si tal cuenta existía, cosa que no se ha demostrado, ha debido Ricardo Tirado Macías saldarla con Julia de Tirado, toda vez que Georgina de los mismos apellidos, nada tenía qué ver con esa cuenta, y la que tuviera Ricardo con Georgina quedó saldada cuando aquél le suscribió a la misma, el veinte de octubre de mil novecientos cinco, el documento por la suma de se-

tenta y cinco mil pesos papel moneda, que como saldo a favor de Georgina, le quedó debiendo en esa fecha Ricardo Tirado Macías. Que aquella nota puesta al pie de la cuenta entre Ricardo Tirado Macías y Julia Daguerre, no tiene valor legal ni perjudica al demandado Rojas, porque tal nota fue puesta en esa copia después de más de quince años de habérsele notificado a Ricardo Tirado M. la cesión al demandado Rojas, en mil novecientos diez, por lo cual el Juzgado 5º y el Tribunal se la rechazaron en el fallo correspondiente, cuando en dicho juicio Ricardo Tirado Macías presentó esa misma prueba, excepcionando de pago. Que la copia de la supuesta cuenta entre Ricardo Tirado Macías y Julia de Tirado, se la pasó aquél a Georgina cuando ésta lo urgía para el pago de su acreencia, de la cual la había hecho desistir del juicio, y por esa razón la copia primitiva que de esa supuesta cuenta pasó Ricardo a Georgina, figura original en las posiciones en que Ricardo Tirado Macías fue declarado confeso, y no tiene al pie nota de ninguna clase, y es distinta de la que obra en este proceso. Que en el hecho tercero de la demanda principal, Ricardo Tirado Macías declara terminantemente que Georgina Tirado no recibió de él suma ninguna en la época del desistimiento ante el Juzgado 2º del Circuito, sino que desistió de dicho juicio Georgina, diz que por haberse convencido de que trataba de cobrar dos veces una misma suma, y Ricardo Tirado Macías hace nacer la extinción de la obligación a su cargo, de la nota puesta al pie de aquella cuenta, nota—dice el recurrente—que no le perjudica, máxime cuando la fecha judicial de tal nota se rige, para los efectos legales, por el artículo 1762 del Código Civil.

. . . . . .

Se considera:

. . . . . .

El Tribunal fundó su decisión sobre extinción del crédito materia del punto segundo de la demanda principal, en la confesión expresa de Georgina Tirado, cuando hizo el desistimiento del juicio en que le iba a cobrar, de habérsele pagado dicho crédito. El recurrente concreta su cargo a sostener que tal confesión no vale, por estar viciada de error de hecho, y hace consistir este error en haber manifestado la confesante que declaró hecho tal pago por Ricardo Tirado Macías por ruegos que éste le hizo, pero sin que en realidad lo hubiera verificado. Mas la Corte observa que la prueba de esa manifestación de la acreedora no acredita ese error de hecho en la confesión ni en el fallo, sino la afirmación de la expresada acreedora de haber sufrido tal error, lo que no enerva la fuerza de la confesión, y deja en pie el concepto del sentenciador.

Ahora, en cuanto el cargo se funda en la nota puesta en la cuenta habida entre Ricardo Tirado Macías y la señora Julia de Tirado, el mismo Tribunal no la tomó en cuenta, cuando dice que no consta desde cuándo tienen fecha cierta tales notas o constancias respecto de terceros, como es el cesionario en el presente caso, y por tanto no pueden ser consideradas como pruebas que corroboren la confesión judicial de Georgina Tirado, arriba estudiada, confesión que por lo demás es suficiente por sí sola para comprobar el hecho controvertido.

Con el fin de establecer también que Ricardo Tirado Macías no ha pagado el crédito cuya extinción ha demandado, llama el recurrente la atención a estas pruebas:

1ª Que en el hecho tercero de la demanda principal no dicen los demandantes que Ricardo Tirado Macías hubiera pagado los setenta y cinco mil pesos papel moneda, sino que Georgina de los mismos apellidos desistió, diz que por haberse convencido de que trataba de cobrar dos veces una misma suma; y

2ª Que en el juicio ejecutivo que el demandado Heliodoro D. Rojas inició en el Juzgado 5º del Circuito de Bogotá contra Ricardo Tirado Macías, consta que después del año de mil novecientos diez y nueve, este último señor, como ejecutado, excepcionó de pago de esa suma, presentando un documento que consistía en la venta que el mismo ejecutado le hizo a Georgina Tirado, de la mitad de la mina **Condoto**, para pagarle a ella el mismo crédito que Rojas está haciendo efectivo contra Georgina, y por tal motivo en ese juicio el Tribunal, por la sentencia correspondiente, rechazó tal pago, manifestándose sorprendido de que, si Ricardo Tirado Macías había pagado a Georgina ese crédito cuando aquélla presentó el desistimiento, viniera después, en mil novecientos diez y nueve, a pagarle el mismo crédito; que el Tribunal se respondió entonces la pregunta, diciendo que si esto era así, se debía a que Ricardo Tirado Macías no había pagado entonces, y que el pago alegado en la excepción no era admisible, porque se hacía a Georgina, que no era ya dueña del crédito, sino al cesionario Heliodoro D. Rojas, con lo cual se demuestra—dice el recurrente—que Ricardo Tirado Macías no ha pagado, y por consiguiente está en vigor la obligación a cargo del último, o sea la que resulta de las posiciones en que Tirado Macías fue declarado confeso; porque conforme a la ley, a los principios fundamentales y a la jurisprudencia de esta corporación, que el recurrente cita, la confesión ficta indicada hace plena prueba.

Mas respecto de la primera prueba, observa la Corte que no se trata de que Ricardo Tirado Macías no hubiera declarado haber hecho el pago del crédito, cuando en mil novecientos cinco la acreedora Georgina Tirado desistió de cobrarlo, sino de la manifestación hecha por ella de habérsele pagado entonces dicho crédito, que fue lo que tuvo en cuenta el Tribunal al fallar de conformidad el punto segundo de la demanda principal.

Ahora, en cuanto a la prueba deducida por el recurrente demandado, de haber opuesto Ricardo Tirado Macías la excepción de pago de dicho crédito en mil novecientos diez y nueve, y habérsele rechazado, es de observar que, conforme al artículo 205 de la Ley 105 de 1890, vigente cuando se inició este juicio, la sentencia en que se declaran o nó probadas las excepciones en juicio ejecutivo, no hace tránsito a cosa juzgada en vía ordinaria, que ha sido la adoptada por el ejecutado de entonces, Ricardo Tirado Macías en el presente juicio, y por consiguiente, aunque se entienda que el demandado Rojas ha querido acusar la sentencia por error de hecho y de derecho al no haber tenido en cuenta el Tribunal tal prueba, dichos errores no aparecen acreditados.

Por otra parte, el Tribunal no ha dicho que la confesión ficta hecha por Ricardo Tirado Macías no haga plena prueba: el sentenciador no apreció separadamente dicha confesión, sino en relación con la confesión expresa y judicial, en contrario, de Georgina Tirado, sobre extinción de la misma deuda materia de la confesión ficta. Si la confesión expresa de Georgina fue imprudente, la confesante debió prever las consecuencias, y de este hecho tuvo conocimiento el demandado Rojas, cuando se le hizo la cesión del crédito que aparecía de la confesión ficta posterior de Ricardo Tirado Macías, puesto que aquél ha confesado haber redactado las posicio-

nes en que se hizo la declaratoria de confeso, para revivir el crédito extinguido que se le cedió. Por eso no pudo haber violado el Tribunal disposición legal relativa al mérito probatorio de la confesión ficta, si así quiso decirlo el recurrente, en su deficiente demanda de casación.

Segundo cargo. Violación del artículo 473 de la Ley 105 de 1931.

Dice el recurrente en el capítulo 2º de su demanda, que en un juicio ejecutivo que siguió en mil novecientos diez y nueve ante el Juez 5º de este Circuito, contra Ricardo Tirado Macías, con fundamento en la declaratoria de confeso en posiciones, respecto del crédito de que se trata, y en que se introdujo por Lorenza Tirado Macías una tercería coadyuvante, después de dictada sentencia de pregón y remate, y haberse sustanciado dicha tercería, por sentencia de prelación, se reconoció el crédito fundado en tales posiciones; que después en nuevo juicio ejecutivo entre las mismas partes, se volvió a reconocer al recurrente demandado tal crédito, hasta por sentencia de esta corporación. Que la sentencia que hoy se revisa, por la cual se declara totalmente extinguido el mismo crédito, es diametralmente opuesta a la primera, que hace tránsito a cosa juzgada y nula, según la disposición antes citada.

Se considera:

La disposición del artículo 473 de la Ley 105 de 1931 no ha podido ser violada por el Tribunal, porque ella empezó a regir el primero de enero del corriente año, y la sentencia acusada es de marzo de mil novecientos treinta y uno; pero si el recurrente quiso citar el artículo 831 del Código Judicial anterior, sobre cosa juzgada, basta anotar que en autos no figura la copia de la sentencia o sentencias en que se hicieron en firme los reconocimientos del crédito extinguido, conforme a la sentencia que se revisa, y por tanto resulta infundado el cargo, aunque pueda ser cierto que dicha sentencia firme se dictara. Sólo aparece en copia un auto ejecutivo que encabezó el juicio ejecutivo a que el recurrente se refiere, pero él no es suficiente para concluir que ese juicio terminara con la sentencia de prelación ejecutoriada correspondiente. Insinúa el autor del recurso que la Corte, en auto para mejor proveer, pide copia de esa sentencia y otros documentos al Juzgado en que se encuentran, pero a esto se contesta que de la facultad de dictar autos para mejor proveer, sólo puede hacer uso la Corte, después de casar el fallo para decidir en instancia, pero no para resolver sobre la casación de un fallo.

Tercer cargo. Violación del artículo 1769 del Código Civil.

Considera el recurrente que la sentencia viola esta disposición al desconocer el valor de plena prueba que tiene la declaratoria de confeso, hecha en posiciones contra el señor Ricardo Tirado Macías, sobre reconocimiento del crédito que el fallo declara extinguido, sin que el contrademandado citado hubiera comprobado error de hecho evidente al hacer esa confesión, o que no se hallaba en el uso completo de sus facultades al tiempo de rendirla.

Respecto de este cargo se observa que ya ha quedado contestado en el anterior.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar la sentencia de fecha once de marzo de mil novecientos treinta y uno, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este juicio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

En Bogotá, a 1º de octubre de 1934, se presentó en la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Ignacio González Torres, con el objeto de practicar la visita correspondiente al mes de septiembre último.

Examinados los libros que se llevan en la oficina, en los cuales no se encontraron correcciones qué hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia del mes anterior	84
Entrados en el mes	39
Total	123

Estos negocios se hallan:

Devueltos a los Tribunales	26
En comisión	11
Archivados	3
Con proyecto	3
Al estudio	5
En poder del Procurador	14
En actuación	61
Total	123
De este total se deducen 26 devueltos a los Tribunales y 3 archivados	29
Quedan pendientes	94

En el tiempo a que se contrae la visita se dictaron 12 sentencias y 16 autos interlocutorios.

En el mismo tiempo los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor González Gooding, 8; el doctor González Torres, 14; el doctor Trujillo Arroyo, 12.

Se dispuso reclamar los siguientes negocios que se hallan demorados en comisión: el recurso de casación interpuesto por Saturnino Quirós, en la Oficina Médicolegal de esta ciudad; un sumario contra Juan A. de la Espriella, en la Gobernación de Bolívar, y el sumario contra Angel María Domínguez, en la Prefectura del Detectivismo.

Sin observaciones, y sin haber encontrado demoras en el despacho de los señores Magistrados ni en la Secretaría, se dio por terminada esta diligencia, que se firma por los que en ella intervinieron.

El Magistrado Presidente, IGNACIO GONZALEZ TORRES—El Secretario, M. Galvis R.

En Bogotá, a 2 de noviembre de 1934, se presentó en la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Ignacio González Torres, con el objeto de practicar la visita correspondiente al mes de octubre último.

Examinados los libros que se llevan en la oficina, en los cuales no se encontraron correcciones que hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia en el mes anterior	94
Entrados en el mes	34
Total	128

Estos negocios se hallan:

Devueltos a los Tribunales	32
En comisión	10
Archivados	6
Con proyecto	4
Al estudio	3
En poder del Procurador	5
En actuación	66
Traslados a particulares	2
Total	128
De este total se deducen 32 devueltos a los Tribunales y 6 archivados	38
Quedan pendientes	90

En el tiempo a que se contrae la visita se dictaron 7 sentencias y 21 autos interlocutorios.

En el mismo tiempo los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor González Gooding, 8; el doctor González Torres, 14; el doctor Trujillo Arroyo, 9.

Se dispuso reclamar los siguientes negocios que se hallan demorados en comisión: la causa contra Saturnino Quirós, a la Oficina de Medicina Legal; el sumario contra Mario Fernández de Soto, al Juzgado 3º en lo Criminal de esta ciudad; el sumario contra Julio C. Zúñiga y Jorge Salazar, a la Gobernación del Atlántico, y el de Buenaventura Bustos, al Juez del Circuito de Villavicencio.

Sin observaciones, y sin haber encontrado demoras en el despacho de los señores Magistrados ni en la Secretaría, se dio por terminada esta diligencia, que se firma por los que en ella intervinieron.

El Magistrado Presidente, IGNACIO GONZALEZ TORRES—El Secretario, M. Galvis R.

ACUERDO NUMERO 22

En Bogotá, a tres de octubre de mil novecientos treinta y cuatro, reunidos en Sala de Acuerdo los Magistrados que suscriben, quienes integran la de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia, consideraron y aprobaron el siguiente proyecto, presentado por el Magistrado doctor Trujillo Arroyo:

"Por medio de apoderado debidamente constituido, solicita la señora Cristina A. de Müller que el Ministerio de Gobierno decrete el cambio de radicación del sumario que actualmente se adelanta en el Juzgado Superior de Cúcuta contra Ernesto Krull, por homicidio cometido en la persona de Max. Adolf Eduard Müller, de nacionalidad alemana.

"Se acompaña la correspondiente documentación, y de ella aparece comprobado el matrimonio entre la peticionaria y la víctima del delito, la defunción del señor Müller, y el hecho de que actualmente se adelanta el respectivo sumario en el Juzgado Superior aludido. Además, se traen las declaraciones de Carlos Ramírez Vargas y Edmundo Martínez, para establecer la conveniencia que para la recta administración de justicia haya de tener la medida que se pide.

"Manifiestan dichos señores, que después del 19 de junio del presente año, fecha en la cual Krull dio muerte a Müller, un número considerable de ciudadanos, en lugar de hacer presente su reprobación, manifestaban abiertamente su simpatía por el matador, hasta el punto de organizar suscripciones públicas a su favor; que la prensa local, en sus escritos relativos al asunto, favorecía en forma más o menos ostensible la causa del sindicado, y que en concepto de los declarantes conviene a la recta administración de justicia el que el negocio se radique en un Distrito Judicial distinto al del de Cúcuta.

"Para corroborar lo dicho por testigos en cuanto a la actitud de la prensa local, se agregan a la solicitud algunos ejemplares de periódicos editados en Cúcuta.

"De las pruebas que se traen no surge la demostración de que sea conveniente ni mucho menos necesario para obtener una recta administración de justicia el cambio de radicación que se solicita, comoquiera que las manifestaciones de simpatía personal para el sindicado, por parte de un número considerable de ciudadanos, y, si se quiere, las colectas o suscripciones promovidas en su favor o para su familia, muy necesitada por cierto, en nada pueden menoscabar la imparcialidad de los funcionarios llamados a decidir sobre el mérito del proceso, ni hay suficiente fundamento para admitir que los Jueces de hecho hubieran de quedar sugestionados hasta torcer o desviar el criterio de la justicia, por el solo hecho de que existan simpatizadores, más o menos notorios en la ciudad, que favorezcan al sindicado o a su familia, moral o materialmente.

Las notas de prensa son todavía más deficientes como prueba, y alguna de ellas contraproducente.

En efecto: en la edición de junio 23, del periódico El Látigo, relata muy someramente la tragedia, y a la vez que elogia las buenas cualidades personales de Ernesto Krull, lamenta muy de veras el doloroso suceso y envía a la familia del señor Müller (el occiso) su voz de condolencia. Y en la edición del 28 de julio trae un artículo sentimental bajo el mote **La tragedia de un hombre**, suscrito por Miguel Alvarado García, en que pinta una situación de miseria a que dice había llegado el señor Krull con su familia, como consecuencia de la destitución de un empleo que había desempeñado en la casa comercial que gerenciaba el occiso. Esa descripción, a la vez que muestra el estado de ánimo que pudiera acaso atenuar el delito que se investiga, en sentir del articulista, pinta a la vez una situación de abandono o de olvido social para con aquel extranjero, que había gozado de una posición elevada. El otro periódico (**El Trabajo**), dice:

'Es el señor Krull fue (sic) un distinguido caballero, y durante el tiempo que estuvo al frente de su importante cargo, fue miembro de todos los clubs y tuvo muchísimos amigos. Sucedió entonces que a la pérdida del empleo vino también la pérdida de sus amigos, y fueron

pocos o casi ninguno los que pudieron tratarlo con el mismo cariño y aun con mayor aprecio. Este caso debe servir de ejemplo para los hombres que rodean su amistad con los lazos insinceros y rompibles de una perentoria amistad social.'

"Con todo esto lo que puede traslucirse es un sentimiento de conmiseración por parte del periodista, que contrasta con esa indiferencia social que allí se describe. Mal podría pues deducirse un ambiente propicio a la impunidad. Y las colectas de que hablan los dos testigos Martínez y Ramírez Vargas no introducen ninguna novedad a lo ya descrito, y se explican muy bien como un justo socorro a la familia del sindicado, cuya situación es hoy más precaria que antes.

"En cuanto a lo comentado en El Trabajo, lejos de hallarse cosa alguna que pueda servir para desviar la opinión pública en pro del sindicado, lo que allí se encuentra muestra con cuánta severidad se califica la acción del matador, y es todo un elogio del occiso y de su familia, como verbigracia:

'Veinte metros antes de llegar al Banco de Colombia, muy cerca del establecimiento La Novedad, de los señores Duarte y Jácome, fue alevosamente agredido a revólver, por su antiguo subalterno y compatriota el señor Ernest Krull, quien le disparó tres certeros tiros, que hicieron blanco en el cuerpo del señor Müller.

... ...

'A la entrada del hospital, los más distinguidos elementos sociales y políticos acompañaban la distinguida familia del señor Müller, la cual en su dolor, esperaba el dictamen de los médicos.

... ...

'El señor Max. Adolf Eduard Müller, por lo afable de su carácter, por la pulcritud y severidad de sus actos, cultura y probada competencia, llegó a adquirir en el alma de la sociedad cucuteña, y en el perfil de su pueblo, una suficiente autoridad moral, que lo llevó a la cima de su renombre y de su prestigio.

'Desempeñaba el altísimo cargo de Presidente de la Cámara de Comercio, y fue uno de los esforzados luchadores por la aprobación del Tratado comercial colombo-venezolano; intervino con la mayor serenidad en los más arduos problemas del Norte, y fue dentro de su nombre humilde, sincero y sencillo.

'Estas y otras poderosísimas razones, obligan a la sociedad y pueblo cucuteños a rendirle en la hora postrera, el máximo de su tributo. A su entierro, el cual se efectuó ayer, invitaron los gremios de todas las clases sociales, a los cuales nos unimos nosotros de todo corazón.'

"Las consideraciones expuestas llevan a la conclusión de que no es el caso de apoyar la solicitud sobre cambio de radicación del sumario que se adelanta a Ernesto Krull por homicidio en la persona de Max. Adolf Eduard Müller, y por tanto la Sala emite concepto negativo sobre esa misma solicitud.

"Cópiese en el libro respectivo, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Ministerio de Gobierno."

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Remigio González G. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario.

ACUERDO NUMERO 28

En Bogotá, a treinta y uno de octubre de mil novecientos treinta y cuatro, reunidos en Sala de Acuerdo los Magistrados que forman la de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia, doctores Ignacio González Torres, Remigio González Gooding y Juan C. Trujillo Arroyo, consideraron y aprobaron el siguiente proyecto de Acuerdo presentado por el señor Magistrado doctor González Gooding:

"Para que se emita el concepto de que trata el artículo 39 de la Ley 105 de 1931, el Ministerio de Gobierno remite a la Corte la solicitud que hace el señor Pío Rengifo, Teniente del Ejército Nacional, para que se traslade a otro Distrito Judicial el sumario que se instruye en el Juzgado Superior de Bucaramanga con motivo de la muerte del señor Eustasio Gómez, y en el cual aparece como sindicado el solicitante. Con ese fin, la Sala considera:

"A su solicitud acompaña el Teniente Rengifo declaraciones rendidas en forma legal ante el señor Juez 1° del Circuito en lo Criminal de Bogotá por los señores Antonio Rueda Terán, Miguel Matus Gallo, Arturo Uricoechea y Luciano Mejía Echeverri, de cuyos dichos resulta que el señor Pío Rengifo es persona de irreprochables antecedentes, buena conducta, temperamento sereno y enemigo de toda clase de insultos o molestias; que a consecuencia inmediata de la herida y muerte que sufrió el señor Eustasio Gómez, por haber disparado ocasionalmente la pistola que tenía el referido Rengifo, como Oficial del Ejército, el 24 de julio próximo pasado en la población de Concepción, Departamento de Santander, se produjo una violenta conmoción popular contra él, y en general contra el Ejército acantonado en aquellas comarcas, y del cual el peticionario formaba parte; que esa reacción popular contra el Ejército, y especialmente contra Rengifo, se hizo manifesta no sólo en Concepción sino en los lugares circunvecinos y en la ciudad de Bucaramanga; que esa reacción popular ha colocado las cosas en tal estado, que es peligroso para el peticionario permanecer aun por poco tiempo en esas regiones y también en la ciudad de Bucaramanga, porque las relaciones entre las personas exaltadas de Concepción por motivo de la muerte del señor Gómez, con las de la capital del Departamento, hacen que sea probable y aun fácil el que se tomen venganzas contra la persona del peticionario no sólo por medio de agresiones materiales, sino también de toda clase de obstáculos de orden moral, social y legal para su propia defensa, como sindicado de la muerte de Eustasio Gómez; que a consecuencia de la extrema agitación política que existe en aquellas regiones, se hace prácticamente imposible para los funcionarios del orden judicial llevar a cabo las investigaciones criminales en forma completa, ya que cualquiera que sea el móvil de un delito que se cometa, siempre se hace intervenir la política para torcer la buena marcha de esas investigaciones, a pesar de la buena voluntad de los funcionarios para llevarlas a cabo en debida forma; que por esa circunstancia y por ser el peticionario miembro del Ejército Nacional y haber intervenido durante largo tiempo, en su calidad de Oficial en la empresa de pacificación de aquellas regiones, es seguro que en este caso se le presenten, por quienes no le guardan simpatías, toda clase de obstáculos para que no pueda ejercitar su defensa en debida forma, y que, por lo mismo, para el aludido Teniente es casi imposible

obtener garantías suficientes en orden a su defensa si la investigación, y especialmente el juicio correspondiente, se llevan a cabo en el Departamento de Santander.

"También presenta el peticionario declaraciones rendidas en la misma forma, ante el señor Juez 1º del Circuito de Málaga, por los señores Enrique Ledesma, Alonso Otero y Ruperto Vargas, quienes están en un todo de acuerdo con las anteriores acerca de las inmejorables condiciones personales del peticionario Teniente Rengifo, y aseguran igualmente que algunos individuos de la población de Concepción, al verificarse los hechos sangrientos que allí se sucedieron el día 24 de julio último, en que resultó herido el señor Eustasio Gómez, reaccionaron contra algunos miembros del Ejército, ofendiéndolos de palabra; que el Teniente Rengifo formaba parte del cuerpo acantonado en Concepción; que con motivo de esa reacción se ha formado un ambiente de hostilidad contra el grupo de Caballería General Maza y contra el Teniente Rengifo como heridor del señor Eustasio Gómez, y que en ese Municipio de Concepción existen enemigos del Teniente Rengifo que en varias ocasiones han incitado a habitantes del mismo lugar contra él, formándose así un odio fuerte, hasta el punto de que, si tal Teniente viviera allí, podría peligrar su vida.

"Además, acompañó una certificación del doctor Jorge Montaña Camacho, ratificada por juramento rendido ante el Prefecto Judicial de la Policía Nacional, en la cual afirma que intervino como funcionario de instrucción en las diligencias sumarias que se instruyeron en Concepción con motivo de la muerte del señor Eustasio Gómez; que en su carácter de funcionario pudo notar la exacerbación popular que contra el señor Rengifo y aun contra los demás miembros del Ejército existía en Concepción, situación que llegó a ser en extremo delicada, por lo cual, el funcionario tuvo que dar orden de traslado del sindicado a la ciudad de Málaga, a fin de evitar algún incidente desagradable, y que considera dicho funcionario que las causas de esa situación se deben a que cuando el señor Eustasio Gómez recibió las heridas era Presidente del Concejo Municipal, persona estimada y querida en el lugar y dirigente político, lo que hizo que, a pesar de no existir razón para ello, se convirtiera el asunto en cuestión política, porque en Santander existen grandes pasiones, especialmente en tratándose de esta clase de asuntos, por cuyo motivo es de concepto que, para que en esta clase de asuntos se logre una recta administración de justicia, deben tramitarse lejos del medio en donde se suceden a fin de lograr la imparcialidad que hoy es muy difícil en Santander, ya que el medio político en aquel Departamento es uno solo, y especialmente en Bucaramanga. También asegura ese funcionario, que el Teniente Rengifo corre riesgo en su persona si concurre a Concepción o a Bucaramanga, en donde se encuentran coterráneos y parientes del occiso.

"Por otra parte, acompañó el peticionario una nota u oficio del Ministerio de Guerra, en que se le comunica que por Resolución número 531, de 11 de septiembre último, se le destina a prestar sus servicios en comisión en el Grupo de Caballería Páez.

"Como se ve, de los hechos que aparecen establecidos con las pruebas presentadas, sí resulta conveniente para la recta administración de justicia, el que el negocio se traslade a un Distrito Judicial distinto del de Bucaramanga, porque si allí no se puede contar con la imparcialidad necesaria debido a las pasiones políticas que lo impiden o pueden impedirlo; si allí no puede presentarse el sindicado a estar a derecho en el juicio sin que pueda correr peligro su seguridad personal; si se le pueden presentar dificultades para ejercitar libremente el derecho de defensa y para encontrar quién lo atienda debidamente, y si también le es difícil presentarse y residir allí por haber sido destinado por el Gobierno a otro Cuerpo del Ejército, es indudable que, llevado el asunto a otro lugar, se llenan de una manera más completa y conveniente los fines de la justicia.

"Por tales motivos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, en Sala de Acuerdo, conceptúa favorablemente al cambio de radicación solicitado.

"Comuníquese al señor Ministro de Gobierno, cópiese en el libro respectivo y publíquese en la Gaceta Judicial.

"Para constancia se firma el presente Acuerdo por los Magistrados que en él han intervenido y por el suscrito Secretario de la Sala."

IGNACIO GONZALEZ TORRES — **Remigio González Gooding—Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, octubre diez y ocho de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

El curador ad litem de la menor Herminda Camacho interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de fecha ocho de abril del corriente año, sentencia que condenó a su defendida por el delito de homicidio (infanticidio), a la pena de siete años de presidio, reformando la del juzgador de primera instancia, que la había condenado a dos años de prisión (artículo 616 del Código Penal), con calificación de la delincuencia en segundo grado. El Tribunal calificó ésta en el menor grado y consideró que, previo el veredicto afirmativo del Jurado, los artículos aplicables al caso eran el 618 y 600 del Código de la materia.

Concedido el recurso, se enviaron los autos a esta Sala de la Corte para efecto de resolverlo, y a ello se procede en seguida, teniendo en cuenta que presta mérito para estudio de fondo la alegación presentada por el recurrente y que se halla agotada la tramitación legal en este Despacho.

Pero ante todo, y en vista de que el señor Procurador plantea la solicitud de auto para mejor proveer por esta Sala antes de considerarse en alguna forma la sentencia recurrida, conviene transcribir aquí lo que ya se dijo sobre el particular en otro asunto de casación en que se hizo la misma petición, pues aun cuando la tesis del auto para mejor proveer se enuncia como subsidiaria, es obvio que ella vendría a ser principal, si hubiera de resolverse afirmativamente.

Dijo la Corte con fecha diez de los corrientes, en el negocio de casación de Isaías Cortés L.:

"Con el mayor detenimiento y en varias de sus sesiones estudió la Sala la cuestión propuesta acerca del auto para mejor proveer, llegando a concluir nitidamente que es inadmisible el dictario en la forma y oportunidad de que se trata.

"En efecto: el recurso de casación —como puede verse en los proveídos citados por el señor Procurador— no permite que se decrete para mejor proveer la práctica de diligencias, sino después de la infirmación del fallo recurrido y cuando para dictar con acierto la sentencia de reemplazo sea preciso que se aclaren ciertos puntos, o que sean resueltas en forma científica determinadas cuestiones. De otro modo quedarían desvirtuados por completo la naturaleza y los fines que son propios del recurso, por razones obvias que lo harían confundir con una tercera instancia; de suerte que si con las limitaciones dichas, por analogía y con un criterio favorable al acusado, y no por disposición expresa de la ley sino adoptando la doctrina admitida en casación civil, ha admitido la Sala de Casación en lo Criminal que se dicten autos para mejor proveer, ha sido en atención a que para dictar la sentencia de reemplazo no procede la Corte propiamente como Tribunal de Casación, sino que asume las funciones de Tribunal de instancia."

No siendo pues procedente la solicitud de auto para mejor proveer, se pasa a considerar la causal de casación invocada por el recurrente, que es la 2ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931. Al respecto dice el señor Procurador:

"Creo que se justifica completamente la causal de casación invocada y sustentada por el señor defensor de la menor Herminda Camacho en esta causa por homicidio parricidio, en que esta muchacha fue condenada por el Tribunal de Tunja a la pena de siete años y seis meses de presidio.

"Esa causal es la de haberse dictado sentencia sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley, y por ello ser la sentencia violatoria de la ley penal procedimental.

"Y digo que se justifica, si se considera lo siguiente:

"El doctor Francisco Castelblanco fue nombrado curador de la sindicada cuando a ésta se le hubo notificado el auto de vocación a juicio; se le posesionó, se le discernió el cargo, y notificado que fue del dicho auto, apeló de él. De manera que el señor curador actuó en defensa de su patrocinada.

"Dice el artículo 1620 del Código Judicial, que 'al procesado menor de veintiún años que no tenga padre bajo cuyo poder y protección se encuentre, ni tenga curador, se le nombrará un curador ad litem para que lo defienda en el juicio, y asista a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor.'

"De acuerdo con esta disposición legal, se entiende evidentemente que el curador de un menor en juicio criminal tiene el carácter de defensor, expresa y especialmente consagrado por la ley. Si actúa como tal defensor en representación de su patrocinado, es también evidente que ejerce ese cargo en el juicio y hay que considerarlo como defensor en ejercicio.

"El doctor Castelblanco tuvo en el juicio aquella actuación y fue, por tanto, defensor de la menor Herminda Camacho, sin que valga objetar que, por cuanto el Tribunal dispuso luégo que se cumpliera una formalidad que esa entidad consideró necesaria para que el nombramiento fuera completamente legal y al cumplirla fue reemplazado a petición de la sindicada, quedó sin valor su actuación. Esta objeción es inaceptable, porque para el efecto de considerar que fue defensor de la menor Camacho, basta que como tál haya actuado en el juicio, aunque su actuación haya quedado luégo sin valor por cualquier causa.

"Si el doctor Castelblanco actuó como defensor de la sindicada, como lo demuestra el haberse posesionado con carácter de curador obligado a defender a su pupila, habérsele notificado el auto de proceder y haber apelado de él, impedido estaba por este motivo para hacer parte del jurado que vino a calificar la responsabilidad de la Camacho. Este impedimento lo consagra el ordinal 2º del artículo 243 de la Ley 57 de 1887.

"Sin embargo de este impedimento, cuando se hizo el sorteo de designados para formar el Jurado de calificación y la suerte lo determinó como designado, el señor Juez no cumplió con el deber de darlo por impedido y reemplazarlo en el acto, ya que, por otra parte, le constaba de manera digna de fe el impedimento que en el doctor Castelblanco existía.

"Así, no cumplido este deber que impone el artículo 277 de la Ley citada, se vino a caer en el caso de la causal de nulidad 2ª del artículo 265 de esta misma Ley, o sea la de no haber reemplazado en el acto a ese designado, siendo el caso de hacerlo.

"Es verdad que la disposición ésta exige para la concurrencia de la causal, que la parte que alega la nulidad haya reclamado de la resolución del Juez, en el acto del sorteo, lo que no ocurrió en este caso. Pero se observa que para efecto de esa reclamación era necesario que el Juez hubiera dictado resolución especial sobre no ser procedente el reemplazo de dicho designado, y como tal resolución no se dictó, no había materia sobre qué reclamara la parte interesada.

"Además, el Juez dispuso en el acto del sorteo que se exigiera de los designados que expresaran si en ellos concurría alguna causal de impedimento, y era lo natural que la parte esperara que el doctor Castelblanco, que tenía conciencia de que él estaba impedido, así lo declarara y entonces se le reemplazara. Pero este señor no se declaró impedido, y fue por esto por lo que el juicio continuó y se llegó a la audiencia con la concurrencia de tal designado.

"Considero por todo lo expuesto, que este juicio está viciado de nulidad sustancial según la ley, y que habiéndose dictado la sentencia sobre él sin que tal vicio haya sido purgado, está justificada la causal invocada y sustentada por el recurrente, y debéis así declararlo para ordenar que se reponga el procedimiento."

Como se deduce de lo expuesto, la Ley que consagra el impedimento para ejercer el cargo de Jurado de quien haya sido defensor del acusado, no hace distinción en lo que se relaciona con las actuaciones del defensor, es decir, sobre si cualesquiera que hayan sido éstas han tenido efecto o validez o nó, pues tan sólo dice: artículo 243 de la Ley 57 de 1887, que "son impedimentos para desempeñar el cargo de Jurado en determinada causa:.....

"2º Haber patrocinado al acusador particular o al denunciante, o haber sido defensor del reo,....." sin que se distinga en manera alguna, en qué haya consistido esa defensa.

Por lo demás, destacándose, como se destaca, el vicio a que se ha hecho referencia, con fundamento en la causal 2ª de casación, que se concreta en ser el fallo violatorio de la Ley procedimental, por cuanto se dictó sobre un juicio afectado de nulidad sustancial según la Ley, y

dejando formalmente a salvo el artículo 20 de la Ley 135 de 1888 el recurso de casación a que haya lugar, ya que este artículo determina la oportunidad en que tales vicios deben alegarse, es incuestionable para el presente caso que, a pesar de que las partes guardaron silencio en el acto del sorteo acerca del claro impedimento que afectaba a uno de los Jurados no reemplazado debidamente, no puede decirse que esté saneado el vicio de procedimiento de que se ha hecho mérito, porque en tal motivo de nulidad se funda precisamente la causal 2ª de casación.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, acorde con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, infirma el fallo recurrido, y en su lugar declara nulo lo actuado en el presente juicio, desde la diligencia de sorteo general de jurados, inclusive.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, diez y nueve de octubre de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Benito Marciales, Joaquín Laguado y Campo Elías Contreras interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, de fecha marzo nueve del presente año, en la que se confirmó la pronunciada por el Juez Superior de Cúcuta, que los condenó a la pena principal de veinte años de presidio, por el delito de homicidio (asesinato) en la persona de Sinforoso Rozo.

Los interesados concedieron poder al doctor Timoleón Moncada, como su vocero ante la Corte para que sostuviera el recurso, el que a su vez lo sustituyó en la persona del doctor Alfredo García Baldó, quien lo fundó oportuna y debidamente.

Se alegan como causales de casación la quinta y sexta de las contenidas en el artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

Por lo que hace al condenado Marciales, el apoderado sostiene y alega la injusticia total del veredicto, para que, en cambio, se le absuelva; y en cuanto a Laguado y Contreras, la injusticia notoria se hace valer en parte, o sea en lo que se refiere a la premeditación y a las circunstancias de asesinato.

El apoderado de Marciales analiza los distintos cargos que durante el curso del juicio se formularon contra éste, y de ese estudio deduce su inocencia. Uno a uno se irán estudiando esos diversos puntos.

Tanto en el denuncio que presentaron los hermanos de la víctima, quienes le acompañaban en los momentos del acontecimiento, como en las declaraciones que posteriormente se les tomaron, sostienen que entre los atacantes se hallaba Benito Marciales.

Esos testimonios se tachan no precisamente por provenir de los hermanos de la víctima, sino por las contradicciones en que incurrieron, pues Emiliano González, a quien también señalaron entre los agresores, resultó inocente, por haber aceptado el Juez la coartada en su favor; de suerte que si en este punto se apartan de la verdad e incurren en error, lo mismo ha podido suceder en lo que se refiere a Benito Marciales.

Se contesta:

Es cierto que en cuanto a Emiliano González, el Juzgado sobreseyó, aceptando la coartada; pero este solo hecho no es motivo suficiente para desechar íntegramente lo que deponen los hermanos Rozos, y para concluir también que Marciales es inocente, porque con la misma lógica habría que prescindir de esos testimonios en cuanto comprometen a Campo Elías Contreras, que también fue condenado, y cuya participación nadie discute. Además, el sobreseimiento que se pronuncia en ocasiones en favor de un sindicado, no significa precisamente que sea inocente, sino que no han logrado reunirse los elementos legales suficientes que acrediten su responsabilidad para abrirle causa criminal, y así, el sobreseimiento proferido en favor de González, y que, por otra parte, fue de carácter temporal, no quiere decir que los Rozos hubieran mentido. El Juez, en ese auto, aceptó la coartada sin hacer siquiera un estudio de la prueba que en tal sentido se presentó.

Más, aun aceptando que los hermanos Rozos se hubieran equivocado respecto de Emiliano González, tal circunstancia no hace deducir necesariamente que también se equivocaron o pudieron faltar a la verdad, en relación con Marciales, y mucho menos que éste no hubiera tomado parte en el homicidio, pues los dichos de aquél, en cuanto comprometen a Marciales, están corroborados por otros medios, como adelante se verá.

Niega el recurrente que esté comprobada la enemistad entre Marcos Marciales y Sinforoso Rozo, y alega que aun cuando lo estuviera, tal cosa implica el que también tenía que existir entre el mismo Sinforoso y Benito Marciales, que era una persona distinta. La enemistad entre A y B, dice, jamás puede servir de indicio de responsabilidad respecto de C, y esto es precisamente lo que se ha hecho: se pretende deducir un indicio contra Benito Marciales de una enemistad, no comprobada, entre Marcos Marciales y Sinforoso Rozo.

Se contesta:

Diversos testigos hablan de que entre la familia Marciales y Sinforoso Rozo existía enemistad por consecuencia de heridas que el último había causado a Pablo Emilio Marciales, hermano de Benito, e hijos ambos de Marcos Marciales, por lo cual Sinforoso había cumplido pena. Sobre el particular declaran, entre otros, Rafael Medina (folio 4), Hilaria Carrillo de Urbina (folio 6), Mercedes de Medina (folio 7) y Cupertino Villamizar (folio 26).

Benito Marciales no era, pues, un extraño a quien nada le interesara ese antecedente, era nada menos que hermano del que había sido herido por Sinforoso, y si ordinariamente esos hechos producen, y es natural que produzcan, resentimientos entre los parientes más próximos del ofendido, con mayor razón en Santander, en donde un hecho de esa clase no sólo despierta resentimiento sino un encono y venganza que con nada se sacia, y que llega, como está sucediendo actualmente, hasta el exterminio de familias enteras, ejercitando en forma salvaje e ilimitada el primitivo sistema de la venganza privada y oculta.

De suerte que las conclusiones a que llega el Tribunal en su fallo respecto de la enemistad, son fundadas, y están de acuerdo con la verdad de los hechos. La circunstancia de que esta entidad diga que "parece que la familia del herido no se satisfizo con la sanción judicial," no significa falta de comprobación de la enemistad, por-

que ella sí existe, y bien había podido el Tribunal, en vez de emplear la inflexión verbal parece, hacer la afirmación categórica, lo que hubiera estado más de acuerdo con la realidad.

Otro de los cargos que dedujo el Tribunal, dio lugar al siguiente capítulo de la demanda de casación:

"Se deducen también como prueba algunas declaraciones contradictorias, que dicen vieron pasar a Benito Marciales, después de cometido el delito, en compañía de los homicidas. Dice así el Tribunal:

'Como a las diez de la noche del diez y siete de marzo, los habitantes cercanos al sitio donde fue abatido Rozo, oyeron varias detonaciones. Loreto Cárdenas, Eloy Ramírez y compañeros no se levantaron. Rafael Medina, Mercedes Acero de Medina y Marcos Castellanos, quienes a esa hora dormían en una casa de la orilla del camino, al sentir el tiroteo, salieron al corredor que da sobre éste. Medina dice que estando sentados allí, vio pasar en dirección a Arboledas a cuatro individuos, entre los que conoció a Benito Marciales, con una escopeta terciada, y a quien preguntó qué había pasado, sin que le contestara. Marcos A. Castellanos cuenta que también vio pasar los cuatro hombres, mas no conoció a ninguno, pero que Medina sí a Benito, a quien interrogó sobre lo sucedido, sin obtener respuesta. Mercedes Acero de Medina es más explícita, y agrega varios detalles que se les escaparon a los dos deponentes anteriores; no eran cuatro sino cinco los individuos: conoció a Enrique Beltrán y Campo Elías Contreras; Marciales iba enruanado y con una escopeta terciada; ninguno contestó la pregunta que les formuló su esposo.....'

"Hay en el conjunto de estas declaraciones tántas contradicciones, que no pueden aceptarse sin que despierten en el ánimo la idea de la mentira. En efecto: los testigos nombrados se sitúan en un mismo lugar, desde donde todos dicen que vieron lo que relatan. Desde ese lugar Rafael Medina y Marcos Castellanos vieron pasar cuatro personas; y Mercedes Acero de Medina dice que no eran cuatro sino cinco. Estando situados en un mismo punto, no es posible que un testigo haya visto un número mayor del que verán los otros dos. Parece natural que dos vean mejor las cosas que uno. Por otra parte, entre las personas que Mercedes Acero de Medina dice que vió pasar, está Enrique Beltrán; pero éste no fue llamado a juicio, porque quedó demostrado que no iba en la comparsa. De modo que en esa parte fue desechada la declaración, y no quedan sino cuatro personas. Y esas cuatro personas son precisamente los cuatro autores del delito, según confesión de ellos mismos, de los cuales está exceptuado Benito Marciales.

"La declaración de Mercedes Acero de Medina quedó, pues, descartada por el Juez de derecho, desde el instante en que no le dio crédito a ella en lo referente a la participación de Enrique Beltrán. Ahora, si la declaración de esa señora fue hallada en contradicción con la verdad en una parte, no puede ser atendible en las demás partes, porque ni los Jueces ni persona alguna tienen un aparato que pueda indicar precisamente en dónde está la verdad y en dónde la mentira. Por esto, una declaración que en una parte sea mentirosa, tiene que ser desechada en su totalidad. No puede aceptarse en una parte y desecharse en otra, cuando no hay prueba alguna que establezca en dónde se dijo la verdad.

Desechada, pues, la declaración de la Acero de Medina, queda establecido que no pasaron por frente a la casa donde la testigo dice que estaba, sino cuatro personas, conforme lo dicen Rafael Medina y Marcos Castellanos. ¿Quiénes fueron esas cuatro personas?

"No iba entre esas cuatro personas Benito Marciales, porque así lo confesaron los cuatro autores del delito, cuyas deposiciones analizaré adelante. Es cierto que Rafael Medina dice que conoció a Benito Marciales. Pero si en cuenta se tiene que Marcos Castellanos afirma que no pudo conocer a ninguno de los cuatro individuos que pasaron, 'por la rapidez que traían—dice—y porque se taparon la cara con unas ruanas al pasar,' es claro que tampoco Medina pudo verle la cara, y que por ello, su afirmación está equivocada, bien porque le fuera semejante el individuo de que trata a Marciales, o por otra circunstancia. Si los individuos al pasar se taparon la cara, ésta no pudo ser vista por ninguno de los testigos. De aquí que Medina no haya podido identificar a Marciales sino por un parecido en el cuerpo o en el modo de caminar. Pero es sabido que hay muchas personas semejantes en cuerpo, y que por consiguiente es muy fácil confundirlas. Y lo más probable es que haya confundido a uno de los autores del delito con Marciales, puesto que no vio pasar sino cuatro personas, y son cuatro precisamente los que confesaron ser autores del delito y haber pasado por la casa que nombran los testigos; y ninguno de esos cuatro es Benito Marciales."

Es cierto que Rafael Medina y Marcos Castellanos vieron pasar sólo cuatro individuos, y en cambio, Mercedes Acero de Medina, esposa del primero, dice que vio pasar cinco. Nada tiene de particular esa pequeña diferencia, si se tiene en cuenta que los testigos estaban bajo la impresión o asombro de las detonaciones que habían oído, y ante la forma sospechosa como inmediatamente después vieron pasar los individuos a que ellos se refieren; de tres personas en adelante que transiten de noche en esas condiciones, no siempre es fácil exigir a un testigo que se dé cuenta y precise el número exacto de las que haya visto; lo importante es que sus dichos coincidan, como así sucede, en lo principal y esencial.

Si lo que deponen estos testigos se relaciona con lo que manifiestan los hermanos Rozos, entonces esas dos series de hechos se complementan y adquieren una fuerza probatoria de la mayor importancia para establecer la responsabilidad de Marciales en el hecho por que fue condenado. En efecto: los Rozos vieron entre las personas que atacaron a su hermano a Benito Marciales, y que estaba armado con escopeta y revólver; momentos después se le ve pasar en actitud sospechosa y acompañado de otros hombres del sitio en donde se verificó el ataque, llevando una escopeta cargada, añade la testigo Mercedes de Medina.

Esa circunstancia de que la esposa de Rafael Medina hubiera señalado entre las personas que vio pasar en compañía de Benito Marciales a Enrique Beltrán, y sin embargo no hubiera sido llamado a juicio, no pone de presente que aquélla hubiera declarado mentirosamente, ni menos que no se le pueda dar valor a lo demás que declara. Tal cosa apenas puede significar, y para ello basta leer la parte pertinente del auto de proceder en que se estudia lo referente a Beltrán, que no se encontraron suficientes elementos probatorios para llamarlo a juicio, es decir, el dicho de la Medina no aparece complementado con otras pruebas, como sí lo está, según lo que se ha visto, en lo que toca a Benito Marciales.

Que Marco A. Castellanos no hubiera podido conocer a ninguno de los que pasaban debido a la rapidez con

que iban, y por llevar tapada la cara, según lo declaró él mismo, no sirve para deducir que Rafael Medina y su esposa tampoco pudieran conocer a ninguno, porque las condiciones de percepción y observación son siempre de carácter personal, y así, los últimos podían estar, como lo estuvieron, en situación de reconocer y precisar mejor a Marciales, por el conocimiento anterior que de él tenían, y por haberse fijado en él con más atención que el testigo Castellanos. Esas discrepancias, de escaso valor, cuando en lo principal coinciden, en vez de infundir desconfianza en cuanto a la veracidad de sus dichos, alejan todo motivo de sospecha, porque indican la forma espontánea y sincera como relata aquello que en realidad presenciaron.

La declaración del menor Juan Lazos, y a la cual se refiere el recurrente, cuando dice lo que a continuación se transcribe, no tiene en realidad importancia, y puede prescindirse de ella sin que modifique en nada la situación jurídica del procesado Marciales.

Contra todos esos indicios sin fuerza ni fundamento, agrega el recurrente, están las "declaraciones claras y precisas de los cuatro individuos que cometieron el delito, quienes afirman que ellos solos le dieron muerte a Sinforoso Rozo, y que Benito Marciales no los acompañó.

"Eladio o Hilario Jurado, procesado por el mismo delito, y a quien el Jurado de calificación absolvió, confesó que había estado presente a la verificación del crimen, y afirma sin vaguedades ni reticencias, que Benito Marciales no tomó parte en ese delito.

. . . . . .

'Estos dos señores, Eladio o Hilario Jurado y Rosendo Beltrán fueron testigos presenciales de la verificación del hecho delictuoso; y aun cuando fueron llamados a juicio, el Jurado los absolvió. Y en repetidas ocasiones dichos testigos afirmaron que Benito Marciales era ajeno a ese delito. La fuerza probatoria de esas dos declaraciones no puede destruirse con simples sospechas y suposiciones, como pretende hacerlo el Tribunal a quo. No; lo que esos señores dicen es preciso creerlo, mientras no se pruebe que faltaron a la verdad. Y respecto de los dos mencionados testigos no se ha aducido tal prueba.

"Para no tener en cuenta el Tribunal a quo esas declaraciones, argumenta esto:

'Se impone considerar en contra de esto que todos los elementos de cargo excluyen la negativa de Jurado y Beltrán, con fundamentos de hecho apreciables por el juzgador, en tanto que estos dos individuos no dan ningún dato para apreciar la veracidad de su dicho, sino, antes al contrario, pues la contradicción entre su relato primitivo sobre todo lo sucedido y la declaración que luego rindieron, desmentida por sus respuestas en la audiencia, no deja la menor duda sobre que tenían interés en ocultar la verdad total, precisamente para desviar la responsabilidad del más influyente y rico de los procesados, y de quien todos procedían, ya en razón de parentesco, ora en virtud de bienes, trabajo y dinero.'

"Así podría hablar un acusador particular; pero no un Tribunal, obligado a no emitir sino los hechos que se apoyen en pruebas. Decir que aquellos testigos se abstuvieron de acusar a Marciales porque éste era más influyente y más rico, es inventar una imputación calumniosa sin fundamento alguno en el proceso.

"Los nombrados Jurado y Beltrán pudieron haber incurrido en alguna contradicción; pero respecto de la participación de Marciales siempre estuvieron acordes en la afirmación de que no concurrió al lugar del delito. En esta afirmación no hubo contradicción ¿Y de dónde saca el Tribunal eso de que negaron la concurrencia a Marciales para desviar la responsabilidad del más influyente y rico de los procesados? ¿No es acaso ese un juicio temerario, forzado por una fantasía acusadora, perjudicial para el triunfo de la justicia? ¿En dónde hay siquiera una ligera prueba de que Marciales sea más influyente y rico que los otros acusados?"

. . . . . .

Considero que las declaraciones de los acusados, en cuanto tiendan a defenderse de los cargos que se les imputan, o en cuanto pretendan disminuir la gravedad de ellos, pueden ser sospechosas y parciales. Pero en casos como el presente, en que la participación o no participación de Marciales en el delito, ni los favorece ni los perjudica, no hay motivo para sospechar de esos testigos, aun cuando sean acusados. Ellos, como autores del delito saben quiénes fueron sus compañeros, y son los más autorizados para delatarlos. El testimonio del acusado acerca del hecho que se le imputa, puede referirse a distintas cuestiones: puede ser para defenderse, para imputar cargos a terceros, o para confesar el delito y excluir a quienes no lo han cometido. En este último caso, si no hay pruebas que acrediten lo contrario, el acusado merece crédito, porque lo natural es que el acusado pretenda defenderse, mas no que se declare culpable con exclusión de otros. Cuando los acusados afirman: "nosotros solos cometimos el delito; Benito Marciales no concurrió," confiesan un hecho que los perjudica, sin que se vea, por otra parte, que la exclusión de Marciales les reporte beneficio alguno. Luego no habiendo motivos para creer que en esa parte tengan interés en faltar a la verdad, es claro que debe creérseles.

"Contra esto dice la sentencia:

'El hecho de que uno o varios de los inculpados quieran llevar solos el peso de la responsabilidad, y para eso nieguen la participación de los otros, no prueba ni impide probar al poder social que otro individuo también es autor y merece el condigno castigo. De otra manera se abriría el campo para que, siendo varios los criminales, éstos razonaran de esta o semejante manera: 'puesto que a mí no me es dado escapar ya de la justicia, y puesto que el castigo de mis compañeros no disminuye la gravedad del mío, el interés de la amistad, el del dinero o cualquier otro, me indican la conveniencia de que ellos queden libres. Así, pues, diré que el único delincuente soy yo, y que nadie más ayudó a la perpetración del delito.'

"En esta argumentación tendría razón el Tribunal cuando aparezca probado que los que confiesan el delito no son los únicos autores de él. Pero, cuando después de una investigación minuciosa, no ha podido traerse otra prueba contra los acusados que la misma confesión de ellos, no puede el juzgador alegar que confiesan el delito para salvar a terceras personas. En ausencia de otras pruebas que ciertamente comprometan a Benito Marciales, debe aceptarse como cierto lo dicho por quienes presenciaron el delito, para excluir a Marciales. Las declaraciones de esos testigos, no contradichas por otras personas, forman una prueba respetable en favor de Marciales. Por esto el veredicto, en cuanto declaró culpable a Marciales, es evidentemente injusto."

Se contesta:

El hecho de que el Jurado hubiera absuelto a Jurado y a Beltrán, no quiere decir, por el mismo hecho, que se conviertan en testigos imparciales a quienes haya de dárseles completa fe, principalmente cuando niegan, al igual que los otros dos que fueron condenados, o sean Laguado y Contreras, que Marciales no tuvo participación alguna en el delito, pues tan sindicados y enjuiciados fueron los unos como los otros, y en lo que se relaciona con esa negativa, todos están en un mismo pie de igualdad para medir el verdadero alcance de ella.

La Corte comparte las juiciosas apreciaciones que hace el Tribunal, cuando dice que no hay la menor duda de que esos cuatro sindicados "tenían interés en ocultar la verdad total, precisamente para desviar la responsabilidad del más influyente y rico de los procesados, y de quien todos procedían, ya en razón de parentesco, ora en virtud de bienes y dinero."

La conclusión anterior no constituye una imputación calumniosa, como lo sostiene la defensa, pues ella tiene apoyo en las constancias del proceso.

Varios testigos, entre ellos Florinda Ortega de Villamizar (folio 178), y Sebastián Díaz (folio 180), dan cuenta de que casi todos los testigos que declararon en favor de Benito Marciales, y con los cuales pretendió establecer la coartada, eran arrendatarios de Marcos Marciales, padre de Benito.

Lo anterior indica la ventajosa posición pecuniaria de los Marciales, de la cual quisieron aprovecharse para salvar o favorecer a Benito, haciendo declarar a los que les estaban, hasta cierto punto, subordinados.

Esas mismas influencias, era natural que se desarrollaran con quienes, como los demás acusados, eran amigos íntimos y compañeros de Benito, y hasta parientes de ellos entre sí, pues Laguado es casado con una hermana de Benito.

En confirmación de lo anterior pueden citarse, entre otros testimonios, los de Efigenia Lazos (folio 18 del cuaderno 1°), e Hilaria Carrillo de Urbina (folio 165 del cuaderno 2°) y Eduardo Ortega (folios 182 y 183), quienes declaran que "Benito Marciales, Joaquín Laguado, Campo Elías Contreras, Rosendo Beltrán y Enrique Beltrán, Emiliano González y Eladio Jurado, andaban constantemente juntos, siempre armados, y eran pendencieros y peligrosos."

Por otra parte, son muy explicables las reticencias de los demás acusados para no comprometer a Benito, porque la intervención de éste los comprometía más gravemente, desde luégo que era la familia Marciales la que en distintas formas había dejado conocer su intención de vengarse de Sinforoso Rozo, por las heridas que éste había causado a Paulo Emilio Marciales. Descartada la intervención de Benito, sus compañeros, sin mayor esfuerzo, creyeron que podían despistar a la autoridad, como lo pretendieron, fingiendo que el delito había sido obra del momento y en virtud de las palabras ofensivas que atribuyeron a Sinforoso cuando le hicieron alguna pregunta insignificante en relación con la pesquería, en que tranquila e inofensivamente se encontraba cuando fue acometido.

Declara Eladio Jurado (folios 21 vuelto y 22), que "Joaquín Laguado, Elías Contreras y Rosendo Beltrán lo invitaron a una parranda el diez y siete de abril de mil novecientos veintisiete (fecha en que mataron a Rozo), y al efecto, se fue con ellos y los acompañó hasta el punto de Sobre las Olas, en el camino nacional que de esta población conduce a Bucaramanga, y como mis compañeros siguieron esta misma vía y me dejaron atrás, yo me regresé de allí y me fui para mi casa. En este estado declara que no fue hasta Sobre las Olas, sino hasta Las Mercedes, más arriba de la casa de Eloy Ramírez, frente a una peña rocallosa, donde se hallaban pescando tres individuos de apellido Rozo; aquí mismo me encontré con otros individuos, que no me fijé quiénes eran. Inmediatamente nos reunimos allí, Joaquín Laguado, quien iba armado de revólver Colt, ocho y medio, y cuchilla, y Campo Elías Contreras y Rosendo Beltrán, junto con los demás compañeros dispararon sobre los individuos que estaban pescando, quienes salieron en huída, y los atacantes detrás, atacando en fuego nutrido; yo iba detrás de los Rozos, también en carrera, y uno de los Rozos se hizo a la izquierda, quien probablemente cayó herido a consecuencia de los disparos. Como yo no llevaba ninguna clase de armas, salí en huída, de miedo. Hago constar que todos los demás individuos estaban armados de revólver ocho y medio y nueve Colt y cuchillas. Benito Marciales, Emiliano González, Campo Elías Contreras, Joaquín Laguado y Rosendo Beltrán son individuos que tanto en el trabajo como en parrandas lo viven en compañía, armados de revólver y cuchilla, y son individuos peligrosos y de mala conducta."

En armonía con esta declaración existen otras, como la del mismo Rosendo Beltrán (folio 28), de las cuales se deduce que el homicidio no se cometió de un modo ocasional ni en virtud de ofensas de palabra de parte de Rozo; pues cualquiera que hubiera sido la actitud asumida por él en los momentos en que fue sorprendido por sus atacantes, lo habrían ultimado en la misma forma en que lo hicieron; ataque llevado a cabo con encarnizamiento, pues le causaron quince heridas, de las cuales trece lo fueron con proyectil de arma de fuego y dos con instrumento cortante y punzante, según consta en la diligencia de autopsia.

Sirven también las últimas declaraciones de que se ha hecho mérito, para acreditar la participación que tuvieron en el delito Laguado y Contreras; de suerte que no tiene razón el recurrente cuando afirma que la responsabilidad de ellos se estableció únicamente con sus confesiones, confesiones que resultaron mentirosas, en cuanto pretendieron relatar a su acomodo la forma como se sucedieron los hechos. Acorde con esa relación alterada, era muy natural que sostuvieran la ninguna colaboración de Benito.

Sin la concurrencia y participación de Benito Marciales, se repite una vez más, por ser esta cuestión de la mayor importancia, la causa, el motivo o móvil de delinquir, que en este caso constituye un indicio de la mayor fuerza, no habría tenido explicación, porque la que dieron los otros acusados, ya expuesta, y que el Jurado desechó, es completamente inverosímil.

El verdadero móvil partió de los Marciales, que tenían interés en vengar las heridas que Rozo había causado a Paulo Emilio. Cupertino Villamizar (folio 36), y con él otros deponentes, expresa:

"..... que hace el espacio de dos años, poco más o menos, estando Sinforoso Rozo preso en la Cárcel del Circuito de Salazar, por razón de unas heridas que le había causado a Emilio Marciales, un día, sin recordar la fecha, me encontré en esta población con Marcos Marciales, padre de Paulo Emilio, y le llamé la atención diciéndole que dejaran ya ese rencor que tenían con Sinforoso, porque él ya estaba pagando su condena, y éste me contes-

tó que 'lo que era eso no se quedaba así, que ellos (los Marciales), vengarían la sangre de su hijo Paulo Emilio.'"

Además, Benito Marciales tenía ya cuentas pendientes con la justicia, también por un delito de homicidio que había cometido anteriormente, y ese antecedente lo colocaba en situación ventajosa para influir sobre sus compañeros, con el fin de asegurar su impunidad, porque él sabía muy bien cuánto le aprovechaba ese silencio y cómo debía preparar el camino para su defensa.

Si se toman aislada y separadamente los diversos hechos que suministra el proceso, como reveladores de la responsabilidad, su valor disminuye, y es muy fácil someterlos a severa crítica. Algo más: si se apreciaran esos indicios con criterio de Juez de derecho, que está sometido a tarifa legal de pruebas, y que necesita plena prueba de la culpabilidad para poder condenar (artículo 1656 del Código Judicial), quizá podría concluirse diciendo que esa plena prueba no existe.

De ahí que para poder conciliar las amplias facultades de apreciación que tienen los Jurados, a los cuales no pide cuenta la ley "de los medios por los cuales llegan a adquirir el convencimiento, ni les prescribe reglas de que deban deducir la plenitud y la suficiencia de las pruebas," con el examen que corresponde al Juez de derecho cuando se invoca la injusticia notoria o evidente del veredicto, es necesario que este último funcionario estudie las pruebas, y deduzca sus consecuencias con criterio de Juez de hecho, en busca de la convicción íntima que ellos produzcan acerca de la responsabilidad, pues de lo contrario, la mayor parte de los veredictos condenatorios podrían tumbarse aun cuando estuvieran de acuerdo con la justicia.

Así las cosas, no hay duda que si se relacionan y aprecian en conjunto los diversos indicios que se enumeraron y precisaron en la sentencia de instancia, indicios que se han examinado en este fallo, al estudiar los reparos que contra ellos presentó el recurrente, se deduce que el veredicto, aun cuando declaró que Benito Marciales era responsable como coautor en el homicidio cometido en la persona de Sinforoso Rozo, no es contrario a la evidencia, ni peca contra lo justo y verdadero.

Pero si tal conclusión es exacta en lo que toca a la participación de Benito, en un homicidio simplemente voluntario, no puede decirse lo mismo en cuanto a la declaración de haberse cometido con premeditación. Si bien es cierto que está acreditada la enemistad de la familia Marciales con Sinforoso Rozo, por los motivos ya expuestos, y si bien es cierto que esa enemistad se ha señalado como móvil principal del delito, tal antecedente quizá no sea suficiente para establecer un elemento de tal gravedad. De parte de Benito no se ha comprobado que partiera con anterioridad amenaza alguna contra Rozo; tampoco existe la menor comprobación de acuerdo previo entre Benito y los demás acusados para atacarlo en determinada hora y en cierto sitio, en desarrollo de un plan debidamente combinado. Es de suponerse, es posible que tal acuerdo hubiera mediado, dada la forma como fue sorprendido y atacado, pero tal suposición o posibilidad no es suficiente para deducir que necesariamente medió premeditación, lo que exige, entre otros elementos, una reflexión fría, firme y detenida, y constancia o permanencia en el propósito y resolución criminal.

Es cierto también que los acusados, en los momentos del suceso, estaban muy bien armados; pero esta circunstancia por sí sola tampoco justifica la premeditación, porque en Santander es esa la costumbre, y porque, además, a ellos se les veía provistos de esas armas a toda hora.

En esas condiciones, lo prudente y aconsejado, con el fin de evitar cualquier error, es facilitar el que a otro Jurado se le someta de nuevo lo relativo a la premeditación, y para que esos nuevos juzgadores tengan la amplitud necesaria de apreciación, la Corte se abstiene de entrar en más extensas disertaciones sobre esta cuestión, y en obedecimiento, además, a lo que dispone el inciso 4° del artículo 4° de la Ley 118 de 1931.

Respecto de la contestación afirmativa que el Jurado dio al segundo cuestionario, o sea el haberse cometido el hecho "con alevosía, a traición y sorprendiendo a la víctima desculdada, indefensa y desapercibida," no hay duda que el proceso, y en virtud del análisis de pruebas que se hizo anteriormente, contiene la justificación de tal respuesta, y, por lo mismo, ésta no peca contra la evidencia, sino muy al contrario, está de acuerdo con ella.

Respecto de los condenados Laguado y Contreras, únicamente se alega la injusticia notoria del veredicto, en cuanto fueron condenados con premeditación y circunstancias de asesinato; de suerte que por lo que hace a la declaración de responsabilidad en homicidio voluntario, ningún reparo se presenta.

Lo que ya se dijo en relación con Benito Marciales, en cuanto a la premeditación, es aplicable con mayor razón a los otros dos recurrentes, y, en consecuencia, la conclusión es la misma.

La otra causal que se invoca es la de haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio, y se agrega:

"Fue concebido en esta forma el veredicto:

'¿El acusado Benito Marciales es responsable de haber dado muerte, en asocio de **cuatro individuos más**, a Sinforoso Rozo?, etc.....'

'El Jurado contestó: **Sí**.'

'Pero el Jurado al contestar que sí, no reconoció sino a tres responsables más, y no a cuatro, puesto que absolvió a los otros dos acusados.'

"No hay, por consiguiente, según el veredicto, asociación de Benito Marciales con cuatro individuos más. Y, a pesar de esto, el Jurado contestó que sí, es decir, que Benito Marciales es responsable de haber dado muerte a Rozo, en asocio de cuatro individuos más. Hay en esto contradicción evidentemente."

Por su parte, el señor Procurador sostiene que esta causal de casación debe prosperar, y para sostener su conclusión se expresa así:

"La cláusula, 'en asocio de cuatro individuos más,' que lleva cada cuestión, está tomada allí para cada procesado con respecto a los demás, viniendo a formar de esta manera un conjunto de los cinco como concurrentes activos en el desarrollo del crimen único por que se les llamó a juzgamiento, y tiene, por lo mismo, el valor jurídico de un cargo por responsabilidad solidaria en la ejecución de un delito en concurso recíproco. De suerte que para romper la solidaridad respecto de los dos procesados que el Jurado consideró no responsables, y declarar responsabilidad respecto de los otros tres, era necesario que se hubiera dicho en el veredicto que cada uno de éstos era responsable en asocio de otros dos.

"Pero el Jurado no hizo esta declaración expresa, y se limitó a contestar afirmativamente las cuestiones co-

rrespondientes a los tres procesados que fueron condenados, y negativamente las que correspondían a los dos que declaró no responsables. Con lo cual, tomando base en las respectivas cuestiones, vino a quedar el veredicto en esta forma:

'Benito Marciales, Joaquín Laguado y Campo Elías Contreras son responsables de haber dado muerte, en asocio de Rosendo Beltrán y Eladio o Hilario Jurado, a Sinforoso Rozo, pero Rosendo Beltrán y Eladio o Hilario Jurado no son responsables de haber dado muerte, en asocio de Benito Marciales, Joaquín Laguado y Campo Elías Contreras, a Sinforoso Rozo.'

"Como veis, hay en esto una evidente contradicción, porque siendo aquellas cinco personas las llamadas a juicio por un mismo hecho, y las que comparecieron ante el Jurado a responder del homicidio en concurso recíproco, en la persona de Rozo, o son responsables cada uno, en asocio de los otros cuatro, o no lo es ninguno, o no lo son tres, cada uno de ellos en asocio de los otros dos, pero en ningún caso puede serlo cada uno de los tres en asocio de otros cuatro, cuando dos de los cinco no lo son en asocio de aquéllos, según lo declaró el Jurado."

Se considera:

Aun cuando varios tomen parte en la comisión de un delito, la responsabilidad es siempre personal, y así, en el presente caso, si bien fueron cinco los enjuiciados, como coparticipes en el homicidio, todos ellos respondieron individual y personalmente, porque individual y personal era su responsabilidad. El hecho de que en los cuestionarios se hubiera preguntado con respecto a cada uno si era responsable de haber dado muerte a Sinforoso Rozo, en asocio de cuatro individuos más, no era una agregación sustancial o necesaria para afirmar o negar la responsabilidad, en forma de que lo que se dijera de uno había que declararlo respecto de los demás. Tanto es así, que el Jurado pudo libremente, como lo hizo, condenar a tres de los acusados y absolver a los otros dos.

De suerte que al contestar afirmativamente el Jurado algunos cuestionarios, los de Marciales, Laguado y Contreras, y negativamente los referentes a los otros dos acusados, no declaró que la responsabilidad de los primeros existía por haber sido cometido el delito por cada uno de ellos, necesariamente en compañía de cuatro más, o que esos cuatro fueran determinadas personas y no unas distintas, simplemente afirmó, y eso era suficiente, que sí estaba acreditada, en su concepto, la responsabilidad de tres de ellos.

La contradicción que la ley establece como causal de casación, tiene que ser de tal naturaleza, que no pueda saberse cuál sea la intención o el pensamiento del Jurado, en forma que el Juez se encuentra perplejo para pronunciar la sentencia que corresponda, y esa perplejidad no se ha presentado ni puede presentarse, porque los veredictos pronunciados en este caso no dejan la menor duda sobre su alcance y significación.

No está, por tanto, justificada la causal quinta de casación.

Conclusiones de instancia

El veredicto, en cuanto declaró la responsabilidad de los tres acusados en un homicidio voluntario, se conserva, y debe respetarse.

La injusticia de ese veredicto, únicamente se refiere a la premeditación, de suerte que al nuevo Jurado que debe reunirse, en cumplimiento de lo que dispone el artículo 50 de la Ley 169 de 1896, solamente se le interrogará sobre esa circunstancia.

La contestación afirmativa que el Jurado dio al segundo cuestionario, también se conserva, y a ella le dará el Juez, en su debida oportunidad, el valor legal y jurídico que le corresponda, según el nuevo veredicto que se pronuncie, lo mismo que a la declaración afirmativa que contiene el primer cuestionario y que se deja vigente.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente el fallo recurrido, y en su lugar resuelve:

Declárase notoriamente injusto el veredicto del Jurado, únicamente en cuanto declaró que los acusados Benito Marciales, Joaquín Laguado y Campo Elías Contreras habían dado muerte a Sinforoso Rozo con premeditación. En consecuencia, debe reunirse nuevo Jurado, al cual se le interrogará acerca de esa circunstancia.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, octubre veintiuno de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

José Domingo Gómez interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, de fecha ocho de abril del corriente año, por medio de la cual el Tribunal, reformando el fallo del juzgador de primera instancia—lo condenó por el delito de robo de varios objetos valorizados en la suma de quinientos siete pesos ($ 507) moneda corriente, previo el veredicto afirmativo del Jurado y calificada su delincuencia en segundo grado, a la pena de cuatro años nueve meses de presidio y a la de ser relegado a una colonia penal y agrícola por seis años. En lo restante confirmó el fallo que había sido objeto de apelación ante el Tribunal.

Concedido el recurso de casación y enviados los autos a esta Sala de la Corte, se procede a resolverlo en el fondo, ya que para ello presta mérito la alegación presentada y agotados como se hallan los trámites legales en este despacho.

Aduce el recurrente dos causales de casación: la de primera y segunda de que trata el artículo 3° de la Ley 118 de 1931, o sea, ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de éste, o por indebida aplicación de la misma, y ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley.

Debe comenzarse por estudiar la segunda de estas causales, comoquiera que, si el juicio estuviere viciado efectivamente de nulidad, no habría objeto en considerar ninguna otra causal.

Y dice el recurrente que funda esta segunda causal en el hecho de no haberse notificado a las partes el auto que abre la causa a pruebas, y que a folios 175 y vuelto

aparece un auto en que se dice que en el término de tres días deben manifestar las partes si quieren que la causa se abra a prueba, auto que no fue notificado al Fiscal, por cuanto que la notificación que aparece a folios 176, como hecha al Fiscal, no está firmada por éste. Con base en esta falta de notificación, afirma el recurrente que se incurrió en la causal de nulidad de que trata el numeral 4º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, por no haberse notificado a las partes el auto en que se abre la causa a prueba, pues el artículo 271 de la misma Ley dispone imperativamente abrir a prueba esta clase de causas.

Se considera:

Es indudable que el recurrente confunde el auto en que el juzgador dice a las partes que manifiesten si quieren que la causa se abra a prueba, con el que efectivamente abre la causa a prueba. Si es verdad que el primero no fue propiamente notificado al Fiscal, por cuanto que en la notificación que aparece hecha a éste falta su firma, en lo cual hubo ciertamente irregularidad, pero no nulidad, no es menos cierto que no hubo auto del Juzgado en que se abriera la causa a prueba, y por lo mismo, mal puede decirse que no se notificara un auto de tal clase, puesto que no podía notificarse una providencia que no se dictó. Conviene, además, tener presente que ahora se procede en todos estos juicios de conformidad con lo que dispone el artículo 26 de la Ley 104 de 1922, según el cual "el Juez no ordenará la apertura de la causa a prueba sino mediante petición de alguna de las partes en que afirme tener hechos que comprobar que no constan en el proceso. Para la petición de estas pruebas el Juez señalará un término de tres días, y otro hasta de treinta para evacuarlas, el que en cada caso será improrrogable." Y tal cosa fue precisamente lo que se hizo en ésta causa, es decir, señalar el término de tres días para que las partes dijesen si tenían hechos qué probar. Y según el informe del Secretario del Juzgado, folio 176, que hace fe en juicio, porque se trata de un funcionario investido de autoridad pública, tanto los reos como sus defensores renunciaron expresamente el término de prueba, y el señor Fiscal, por su parte, guardó silencio, lo que quiere decir que no estimó necesaria la práctica de prueba.

Claramente revela, pues, lo anterior, que no existe la causal de nulidad invocada por el recurrente.

Respecto de la primera causal aducida, o sea, violación de la ley penal en la sentencia, por mala interpretación o por indebida aplicación de la misma Ley, el recurrente dice:

"**Indebida aplicación del artículo 784 del Código Penal.**" Este artículo que dice:

'El que en caso de motín, ruina, incendio, naufragio u otra calamidad general para un pueblo o para una reunión de individuos, se aproveche de esta circunstancia para robar, aunque el que robe no sea el autor de tales acontecimientos, sufrirá la pena de dos a seis años de prisión.'

En ninguna parte de los autos existe prueba alguna, ni la más insignificante, que el delito de robo juzgado, perpetrado en Popayán al amanecer del 13 de febrero de 1931, ocurriera en el caso de un motín, ruina, incendio, calamidad de la ciudad o calamidad de grupo de individuos. Se ha aplicado pues un artículo del Código Penal total y absolutamente desadaptado al caso que se juzga, y es manifiesta, con evidencia, la violación de la ley penal.

"**Han sido violados los artículos 780, 123 y 124 del Código Penal.** Se ha aplicado en la sentencia el artículo 780 que impone un mínimum de diez y ocho (18) meses y un máximum de tres (3) años de presidio, se me ha calificado el grado de delincuencia en segundo grado y se me condena a la pena de **cincuenta y siete meses** (57) de presidio, es decir, **veintiún** (21) meses más de si hubiera sido calificado en grado máximo, **treinta** (30) meses más sobre la calificación en segundo grado. Es manifiesta no sólo la violación del artículo 780 del Código Penal, sino que se ha violado también el artículo 124, inciso 2º, y aunque parezca paradógico, se ha violado la aritmética."

Luego el recurrente supone aplicables los artículos 780 y 784 del Código Penal, y dice que de acuerdo con el 133 del mismo Código—caso de ser éste aplicable—se le ha impuesto una pena que excede en muchos meses a la que realmente le corresponde. Al efecto, hace una serie de operaciones de conformidad con el criterio que informa su parecer. En seguida insiste sobre la especial violación del artículo 123, por haberse tenido en cuenta para la graduación de la delincuencia, dos circunstancias agravantes: haberse cometido el robo de noche y ser dos o más los ladrones, y no existir, en su concepto, sino la primera de éstas, pues en cuanto a la segunda, uno de los acusados fue absuelto y respecto del otro cesó el procedimiento por haber fallecido.

Se considera:

El recurrente estima indebida la aplicación del artículo 754 del Código Penal, pero no cae en la cuenta de que ese no fue el artículo aplicado por los juzgadores de instancia, sino el 785. Lo que sucede es que tanto el Juez como el Tribunal al mencionar las disposiciones aplicables al caso, enunciaron el 784 en vez del 785, pero es obvio que esta equivocación, este lapsus, al escribir el artículo, no entraña mala aplicación del mismo, por cuanto si es verdad que se citó erradamente uno, efectivamente se aplicó el que correspondía, cual es el 785. De esta suerte, carecen de objeto las operaciones aritméticas hechas por el recurrente, por cuanto párte de una base errónea, ya que es indudable que hechas las cuentas de conformidad con lo dispuesto por los artículos 780 y 785 del Código, que fueron los aplicados, calificada la delincuencia del acusado en segundo grado, resultan exactamente los cincuenta y siete meses de presidio a que fue condenado por los juzgadores de instancia.

En lo tocante a la violación del artículo 123, por haberse calificado la delincuencia en grado medio, no habiendo, según el recurrente, sino una sola circunstancia agravante en contra suya, sin que sea menester entrar en la apreciación de que basta una sola de estas circunstancias para aquella graduación, se observa que por el hecho de haber fallecido uno de los responsables del robo, no quiere decir que un solo individuo fuera el autor del delito, máxime cuando de autos aparece prueba suficiente para considerar como responsable de tal hecho a aquel a quien, por haber muerto, hubo de decretársele la cesación de procedimiento. Existiendo, pues, dos circunstancias agravantes en contra del acusado, como son, haberse cometido el robo de noche y ser dos los ladrones, carece de base la violación insinuada del artículo 123.

Dice también el recurrente que fueron violados los ar-

ticulos 1º y 2º de la Ley 105 de 1922, el primero porque para aplicar las penas que señala el segundo, o sean las penas por reincidencias, exige como prueba especial el informe de la respectiva penitenciaría, cárcel, u otro lugar de castigo, y en su caso no se adujo esa prueba sino copias de una sentencia; y en cuanto al segundo, dice que su violación consiste en habérsela aplicado sin tener en cuenta para condenársele por la primera reincidencia, sino que se le condenó a la segunda con copia solamente de la sentencia ejecutoriada que lo condenó por una primera reincidencia.

Se considera:

El artículo 1º de la Ley 105 de 1922 dice:

"En los procesos criminales por delitos contra la propiedad, el Juez, al abrir la causa a prueba, en todo caso, antes de dictar sentencia, pedirá informe a la respectiva Penitenciaría, cárcel u otro lugar del cumplimiento de condenas, sobre si el encausado ha estado cumpliendo condena, por qué delito, duración de la condena, fecha de la sentencia de la última instancia, fecha y causal de su liberación. Sobre este informe declarará en la sentencia si es o nó reincidente para los efectos de esta Ley."

Como se ve, lo dispuesto en este artículo es para facilitar al juzgador todos los medios de información suficientes para la condenación por reincidencia, es decir, para que pueda saber en un caso dado, a quiénes debe dirigirse para pedir las copias de las sentencias o fallos que puedan dar lugar a condenar por reincidencia. Pero no es que precisamente en tales informes tenga que basarse para tal condenación, pues ella se funda es en las sentencias ejecutoriadas existentes contra el reo y no en los informes. De manera que carece de razón el afirmar que la ley ha querido exigir como prueba especial el informe de las penitenciarías, etc., cuando lo que ha querido es facilitar por tales medios el allegar los datos suficientes para que pueda hacerse la condenación por reincidencia.

Cuanto a la violación del artículo 2º de la Ley mencionada, se contesta:

Una sentencia ejecutoriada, por medio de la cual aparece evidente condenación por una primera reincidencia, da margen, legalmente, con todo fundamento, para que se pueda deducir a un reo una segunda reincidencia, sin que sea preciso echar mano o tener a la vista el fallo que sirvió al juzgador respectivo para condenar por esa primera reincidencia, pues la mera sentencia en que esto se hizo tiene toda la fuerza legal y jurídica suficiente para darle valor en tal sentido. Siendo esto así, como lo es, es improcedente la observación que sobre el particular formula el recurrente.

Finalmente, en la última parte de su alegación, cae éste en la cuenta, como dice el señor Procurador, de que pudo suceder que el Juez y el Tribunal hubieran querido aplicar el artículo 785, pero ensaya demostrar que tampoco con aplicación de esa disposición sería la pena impuesta la que correspondiera, porque—dice—'si se aplica este artículo en coordinación con el artículo 11 de la Ley 46 de 1903,' se llega por las deducciones pertinentes de la 20, al mismo resultado penal y la dificultad crece al considerar que la Ley 40 de 1907 abrogó solamente los artículos 1º a 6º de la Ley 46 citada, y que la Ley 59 de 1905, en su artículo 29, se refirió exclusivamente a cuestiones de orden fiscal o convencionales....'

"No es que el Juez y el Tribunal hayan querido aplicar el artículo 785 sino que en realidad lo aplicaron, y lo aplicaron bien, por más que el recurrente piense lo contrario fundándose en citas de disposiciones impertinentes.

"El artículo 11 de la Ley 46 de 1903 tuvo su razón de ser en aquella época, cuando el cambio de la moneda fluctuaba sorprendentemente por falta de un patrón que conservara su estabilidad y llegó a encontrarse hasta en el veinte mil, precisamente en el año citado. Pero cuando ya se estabilizó bajo el régimen monetario del patrón de oro, esa disposición perdió su actualidad y se hizo inaplicable.

"Además, y aun suponiendo que el artículo 29 de la Ley 59 de 1905 no fuera aplicable en relación con las cuantías en los asuntos penales, no es cierto que la Ley 40 de 1907 haya abrogado únicamente los artículos 1º a 6º de la Ley 46 de 1903, y dejado en vigor el artículo 11 de ésta, pues en la Ley 40 mencionada se halla el artículo 169, expreso y claro para el caso, y que es de este tenor:

'Las cuantías de que habla la presente Ley se entenderán en nuestra moneda legal de oro, y esta misma moneda se tendrá en cuenta para la imposición de las penas conforme a las leyes penales; respecto de éstas los Jueces harán las reducciones indispensables tomando por base el tipo del cambio oficial.'

"No queda duda, pues, de que al tratarse de la imposición de una pena en proporción de la cuantía, ésta ha de entenderse en la moneda legal de oro para hacer la reducción correspondiente. Así, cuando se va a imponer la pena de que habla el artículo 785 del Código Penal, ha de entenderse de uno a dos meses de presidio por cada veinticinco pesos oro. Y como así lo entendió el Tribunal para aplicar la pena, tampoco por este aspecto hubo violación de la ley."

Consecuencia de todo lo expuesto, es la de que debe mantenerse firme el fallo recurrido.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia que ha sido objeto del presente recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas—Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintisiete de octubre de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

En una extensa demanda, el apoderado de Fernando Serrano interpone y sustenta el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, proferida el 10 de junio último, que condena al procesado, en confirmación del fallo de primera instancia, a la pena de nueve años de presidio como responsable en segundo grado de homicidio voluntario en la persona de Hersilia Mantilla, con aplicación del artículo 600 del Código Penal.

Son causales del recurso propuesto, la primera y la cuarta de las consagradas por el artículo 3º, Ley 118 de

1931, consistente en ser la sentencia violatoria de la ley penal, y en haberse dictado en desacuerdo con el veredicto de los Jueces de hecho.

El argumento capital en que la demanda está basada, se encuentra en la alegación relativa a la enfermedad mental de que se afirma adolece el procesado, como consecuencia de la decadencia senil a que el veredicto se refiere, y de donde saca el apoderado recurrente, por lo que a la causal 1ª respecta, que el Tribunal debió absolver, o al menos aplicar el artículo 604 del Código Penal; o subsidiariamente el 602 en relación con el ordinal 1º del 587 ibidem; y en lo tocante a la causal 4ª, por cuanto el Tribunal ha debido tener en cuenta la agregación o modificación contenida en el veredicto, en lugar de sentenciar como si se tratara de una respuesta pura y simplemente afirmativa.

La causal 1ª tiene, además, un segundo motivo en la demanda, y consiste en la alegación tendiente a desvirtuar las circunstancias agravantes estimadas por el sentenciador para calificar la delincuencia en segundo grado.

El señor Procurador, haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 6º de la expresada Ley 118 (beneficio a que se acoge el recurrente), hallando motivo para ampliar y sustentar el recurso, agrega la causal de haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio (6ª de casación), y la sustenta con amplitud de razonamientos, expuestos en un extenso concepto de fondo, en donde llega a la conclusión de pedir la infirmación del fallo como tesis principal, o la subsidiaria de que se aplique al caso el artículo 602 del Código Penal en relación con el ordinal 1º del 587, infirmando el fallo por la causal 1ª, en atención al estado mental del procesado, como consecuencia de la decadencia senil.

El relato de los hechos se encuentra transcrito en el fallo del Tribunal en términos que se acomodan a las constancias de los autos, y dice:

"Fernando Serrano, hombre casado, mantenía relaciones ilícitas con Hersilia Mantilla, a quien había conocido desde hace diez y siete años. Durante ese lapso tuvieron dos hijas, a las cuales Serrano quería entrañablemente, según se desprende de alguna de las declaraciones del sumario. El era muy bueno con la mujer aquella, y le suministraba todo cuanto le era necesario; y ella, en cambio, lo trataba muy mal y lo ultrajaba, porque él no le daba más dinero del acostumbrado, y porque no abandonaba su mujer legítima y a sus demás hijos para irse a vivir del todo con Hersilia. Habiéndose hecho imposible la vida para los dos, resolvieron separarse en el mes de junio del presente año; pero Fernando quiso llevarse consigo a la menor de las hijas de Hersilia, y así se lo hizo saber a ella, quien opuso seria resistencia. Durante varios días estuvo conversando en diversos lugares de la ciudad, él insistiendo en llevarse la niña, y ella en conservarla. Tanta fue la insistencia, que Hersilia resolvió esconderse, y buscó alojamiento en una casa del barrio de La Mutualidad, en donde se alojó con sus hijas, advirtiendo a las dueñas de la casa que si la iban a buscar la negaran. Parece que Serrano había tomado la irrevocable resolución de llevarse consigo a la menor de sus hijas, y fue así como el doce de junio del presente año empezó a buscar a Hersilia por todas partes, yendo en sus andanzas armado de revólver 'por si tenía que ir muy lejos,' según lo dice en su indagatoria. En las horas de la tarde de ese día encontró a una de las hijas en la casa de Virginia Gómez, en el barrio de La Mutualidad, y se entró allí en busca de la mujer, a la cual encontró allí alojada con sus hijas. Conversaron un poco en relación con el asunto que los traía ocupados desde hacía días, Hersilia volvió a negarse a entregar la hija; y así, en un momento cualquiera, al volver ella la espalda, sacó Fernando el revólver que llevaba, y disparando sobre Hersilia la hirió en la espalda de suma gravedad. Ella dio un grito y volvió a mirar, y Serrano le hizo otro disparo hiriéndola nuevamente. En seguida salió y se entregó voluntariamente a la autoridad, quien recogió el cadáver e inició las diligencias en averiguación del hecho relacionado."

Los Jueces de hecho que intervinieron en la causa, concretaron el veredicto así:

"¿Fernando Serrano es responsable de haber dado muerte a Hersilia Mantilla por medio de heridas causadas con arma de fuego de pequeño calibre, el doce de junio de mil novecientos treinta y uno, en la casa de Virginia Gómez, situada en la Avenida del Libertador, en el crucero de la carrera décima-norte con la calle séptima, en esta ciudad, y en la ejecución de ese hecho procedió el acusado voluntariamente, con intención de dar muerte y con premeditación?"

Y dijo el Jurado:

"Es responsable, pero en la comisión del hecho procedió sin premeditación y después de recibir ofensas que en su obsecación él consideró graves, por su estado mental, afectado ya de decadencia senil."

Conviene al estudio de fondo del recurso, examinar primeramente la causal 6ª, relativa a la evidente incongruencia en los términos del veredicto, alegada y sustentada por el señor Procurador, porque caso de estar justificada conduciría a la casación completa del fallo, y como consecuencia a una retroacción del procedimiento hasta el punto de reunir de nuevo el Jurado para que pronunciara un veredicto no contradictorio.

La tesis del señor Procurador, eruditamente sustentada, se transcribe, tomándola de su vista:

"El muy detallado y científico dictamen de los señores médicos que examinaron y estudiaron el caso de Serrano, me releva de entrar en el análisis de la personalidad de este reo. Diré tan sólo que de aquel dictamen aparece comprobado perfectamente que Serrano es un enfermo de constitución paranoide, a lo cual se agrega su degeneración por decadencia senil, y en esto se diferencia su caso del de Pedro Antonio Arias, pues éste es un enfermo hiperemotivo o sicasténico.

"Pero como queda visto en la parte que he transcrito de mi concepto en aquel caso, tanto el paranoide, como el ciclotímico, el mitomaniaco y el hiperemotivo, pertenecen a la zona de los semirresponsables, y a todos ellos les es aplicable el mismo principio de la semirresponsabilidad ante la ley.

"He de ahondar un poco en este punto respecto del enfermo paranoide: proclaman los eminentes profesores que quedan citados y lo confirma el doctor César Juarros, que la constitución paranoide se caracteriza básicamente por estas tres condiciones: orgullo, desconfianza y teatralidad. Y al deducir las consecuencias de esta lesión psicopática, agrega el doctor Juarros lo siguiente:

'Haber nacido teniéndola no quiere decir forzosamente que haya de padecerse un grave trastorno mental. Sin

llegar a este extremo, pasan por la vida infinidad de personas envenenadas de orgullo, recelosas y dramatizadoras.

'Que la anormalidad pase o nó de ahí, dependerá de los sucesos, de la lucha por la existencia, de los conflictos sentimentales, de la profesión escogida, etc.

'Si la vesania se presenta será revistiendo el cuadro clínico de una forma de psicosis de las muy numerosas que integran el amplio grupo de las paranoidas: delirio de persecución, delirio de interpretación, querellantes, etc., etc.'

"Hé aquí el caso práctico en el proceso de Serrano. Todas las observaciones que en él hicieron los médicos al examinarlo detenidamente; todos los detalles, todos los datos y todas las conclusiones de que dan cuenta estos expertos, vienen como elementos de comprobación admirable para demostrar la constitución inconfundible de este procesado y armonizan con aquellas consecuencias de que habla el distinguido psiquiatra a que me he referido.

"No obstante la lesión que padece Serrano, ha pasado por la vida como un hombre normal, de sanas costumbres y de condición pacífica. Pero los sucesos de que él da cuenta, ese conflicto sentimental en que se halló, cuando despreciado y humillado por la mujer a quien quería y de quien reclamaba con insistencia una hija, para él atenderla y tal vez libertarla de la influencia moral perniciosa a que estaba sometida al lado de su madre, todo esto hizo que su lesión se manifestara en la forma de psicosis de un delirio de persecución que lo llevó en la angustia obseciva a destruir aquella vida que le atormentaba su existencia.

"Por eso el veredicto del Jurado no se limitó a declarar la responsabilidad pura y simple de un homicidio voluntario que no premeditó el hecho, y queriendo establecer una responsabilidad atenuada llegó a caer en la contradicción que anoté al principio, cuando agregó la circunstancia de haber procedido 'después de recibir ofensas que en su obsecación él consideró graves, por su estado mental, afectado ya de decadencia senil.'

"Y como esta parte del veredicto es la que mejor responde a la realidad de las cosas y está de acuerdo con la evidencia del estado morboso de enfermo psicopático y degenerado senil del acusado, y como este estado en que evidentemente se hallaba cuando procedió le da al acto el carácter de reflejo, porque privado el actor del poder inhibitorio, por razón de aquella lesión, no tuvo la libertad moral para que tal acto fuera consciente, esa parte del veredicto vino a establecer con buen fundamento la semirresponsabilidad de Serrano y a ponerse por lo mismo en contradicción con la primera parte que declaró la responsabilidad.

"Es que no se puede ser responsable y semirresponsable al mismo tiempo, porque la responsabilidad y la semirresponsabilidad son dos conceptos que se excluyen. Declaradas las dos simultáneamente, no se puede aplicar sanción al acusado: por la primera, porque se comete una grave injusticia castigando como responsable absoluto a quien por la segunda se ha demostrado que no lo es; por la segunda, porque se desatiende a la primera, y porque, además, en este caso, nuestra ley penal no trae sanción para los semirresponsables. Hé aquí el conflicto que en tal caso se presenta y que el legislador de 1931 tuvo en cuenta para establecer la causal de casación de haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

"Así dejo expuesto el fundamento de la causal que alegué al principio."

A pesar de estos argumentos, reforzados por la opinión de varios autorizados expositores, no encuentra la Corte, después de maduro examen, que haya incongruencia alguna en el veredicto, sino que, por el contrario, es armónico en sus términos y conducente a fijar la responsabilidad de Serrano en el lugar que realmente le corresponde en concordancia con las pruebas acopiadas en el proceso.

Si Fernando Serrano hubiese estado en circunstancias distintas a las consignadas en el veredicto, acaso no sería éste contradictorio en sus términos sino que podría ir contra la evidencia de los autos, pecando de injusticia notoria.

Si Fernando Serrano hubiera sido una persona que procediera dentro de la conciencia plena de sus actos, en el hecho habrían de aprecíarse circunstancias cualificativas de premeditación y de asesinato. Sobre esa base sería indiscutible la previa deliberación, el ánimo frío y preordenado en el impulso criminal, correspondiente al hecho de estar permanentemente armado en busca de la mujer que llegó a convertirse en sujeto pasivo del delito; y el ataque por la espalda, cuando la víctima estaba en imposibilidad de defenderse y cuando todo daba seguridad el golpe que se concretó no en uno sino en dos disparos, mostrarían claramente las circunstancias de asesinato.

Pero como el Jurado en su veredicto habla de decadencia senil, por la avanzada edad de Serrano, es lógico entender que la premeditación, negada en el veredicto, se tradujo en obsecación, y ésta en considerar como graves las ofensas o displicencias exacerbantes de la víctima, con relación a una persona que le había dedicado buena parte de sus actividades de la vida, y con la que tenía el vínculo carnal que dio el sér a dos hijas.

Por consiguiente, sin desconocer la hilación científica de los argumentos que el señor Procurador presenta a la consideración de la Corte, es de observarse que no cobijan bien el caso de autos. No se trata en realidad de demencia senil, ni de la pérdida por esta causa psicopatológica del uso de las facultades efectivas e intelectivas del sujeto activo del delito, ni hay en el veredicto al mismo tiempo la afirmación y la negación de la responsabilidad. Sólo se advierte allí que la fuerza moral subjetiva anexa al caso que se estudia, se halla bastante debilitada por la decadencia senil que el veredicto declara, y es conducente a demostrar cómo la libertad de elección o libre arbitrio de Fernando Serrano estuvo cercenada por aquella causa psicológica, sin que propiamente se trate de una psicosis que lo convirtiera en anormal.

Sale así la cuestión que se estudia del campo propio de la causal 6ª, para entrar en la causal 4ª, de incongruencia entre el veredicto y el fallo, y consecuencialmente en la 1ª, por indebida aplicación del artículo 600 del Código Penal, tesis subsidiaria del recurrente, acogida también por el señor Procurador, y que conduce a la aplicación del artículo 602 del mismo Código, en relación con el ordinal 1º del 587, justificándose plenamente por las razones que a continuación se expresan.

La obsecación de Fernando Serrano, esa ofuscación

permanente de que fue víctima como efecto de su decadencia senil, se tradujo, según los términos del veredicto, en considerar como graves ofensas que en otras circunstancias no habrían tenido esa significación o alcance. Pero como su ánimo obró bajo esa influencia, que llegó hasta inmediatamente antes del homicidio, no hay duda de que decido a la misma causa el caso se encuentra definido por el ordinal 1° citado, y no por el 6°, que trata del arrebato súbito de una pasión, o del acto primo, situación incompatible con el estado en que se hallaba Fernando Serrano, pues su impulso no se debió a arrebato alguno sino a una obcecación proveniente de su debilidad senil.

Ni se trata propiamente en el caso de autos de contemplar el estado de semisanidad mental, ni de la semirresponsabilidad. En la disyuntiva de saber si Serrano es responsable o irresponsable, el veredicto y el proceso se pronuncian lógica y verdaderamente por la afirmativa. Pero como la responsabilidad y el dolo admiten modalidades especiales, que en el homicidio van desde los casos atenuadísimos del simplemente voluntario hasta el parricidio y el asesinato en los casos más graves, sí compete al Juez de derecho establecer la que en las circunstancias declaradas por el Jurado le corresponde a Serrano.

Por ello se ha dicho que el ordinal 1° del artículo 587 define bien la situación del procesado ante el derecho punitivo, permitiendo al juzgador hacer uso del prudente arbitrio otorgado por el inciso 2°, artículo 602, en presencia de la personalidad del delincuente, a fin de atender los dictados de la justicia, siguiendo las normas del derecho positivo.

Resta examinar, antes de pronunciar el fallo de reemplazo, puesto que la casación se justifica, examinar la alegación relativa al grado de la delincuencia formulada en la demanda.

Allí se tacha la sentencia por haber deducido contra el acusado dos circunstancias agravantes: la indefensión y el sexo femenino de la víctima. Considera el recurrente no probada la primera, en cuanto dice que la Mantilla pudo huir, gritar, pedir auxilio, o haber atacado al agresor, arrebatándole con sus manos el revólver, y que por consiguiente no estaba indefensa, como sí lo estaría la persona imposibilitada para moverse, que duerme o se encuentra amarrada; y en cuanto a la segunda dice que no siempre puede imputarse, y menos en el presente caso cuando se trata de un anciano sin superioridad alguna sobre una mujer en la plenitud de la vida.

Los argumentos relativos a la indefensión tal como vienen expuestos son demasiado generales y resultan deficientes en el caso concreto que se estudia. Cualquiera que sea el criterio que al respecto se adopte, hay un hecho que se escapa a toda duda, y consiste en que Hersilia Mantilla estuvo en imposibilidad de ejercer la más elemental defensa, debido al ataque por la espalda cuando estaba completamente desprevenida, de tal modo que si pudo gritar fue cuando se sintió herida. Y en cuanto al sexo femenino de la víctima, está claramente definida esta circunstancia como agravante por el ordinal 10 del artículo 117, sin distingos de ninguna especie, quizá no por la debilidad, que más o menos arbitrariamente se presume en la mujer, sino porque su posición dentro de la familia y de la sociedad, la hace acreedora a especial dignidad y respeto, por las elevadas funciones que la naturaleza le reserva en la vida. Es si se quiere una cuestión indiscutible de hidalguía colectiva, pero no escueta de razón o fundamento alguno.

Ha de conservarse, pues, la calificación en segundo grado. Y le corresponden así al procesado, cuatro años y medio de reclusión, al tenor del artículo 602, varias veces citado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con la tesis subsidiaria del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, infirma parcialmente la sentencia recurrida, y falla en su lugar:

Condénase a Fernando Serrano, como responsable en segundo grado de homicidio voluntario atenuado (artículo 602, inciso 2°, Código Penal), en la persona de Hersilia Mantilla, a la pena de cuatro años y seis meses de reclusión en el establecimiento penitenciario que designe el Gobierno.

En las condenaciones accesorias queda firme el fallo del Tribunal.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo**—**Maximiliano Galvis R.**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Parmenio Cárdenas en el fallo anterior.

Con el mayor respeto discrepo de algunos conceptos que contiene el fallo, y principalmente en cuanto se mantiene en él la calificación en segundo grado de la responsabilidad.

Se descoha en él que Fernando Serrano sea un anormal; se agrega que no se trata de un semirresponsable, y sin embargo se estampan expresiones como estas: "Si Fernando Serrano hubiese tenido el uso normal de sus facultades mentales conforme acontece en la generalidad de los individuos humanos...."; y más adelante se repite: "Si Fernando Serrano hubiera sido una persona normal del todo...." En el mismo sentido se agregan algunas otras expresiones, todo lo cual establece una contradicción dentro de la tesis que acoge el fallo en su primera parte, o sea al sostener la responsabilidad del acusado y con ella su culpabilidad penal.

Mis distinguidos colegas encontraron que se trata de uno de los casos de menor gravedad a que se refiere el inciso 2° del artículo 602 del Código Penal, en armonía con el ordinal 1° del artículo 587 del mismo Código, basándose para ello únicamente en lo siguiente, que contiene el fallo, porque no encuentro más sobre el particular: "....En presencia de la personalidad del delincuente, a fin de atender los dictados de la justicia, siguiendo las normas del derecho positivo."

Encuentro también contradictoria esta conclusión con las agravantes que se le han deducido para calificar la responsabilidad en segundo grado. En efecto: si como se dice atrás en el mismo fallo: "La obcecación de Fernando Serrano, esa ofuscación permanente de que fue víctima como efecto de su decadencia senil, se tradujo, según los términos del veredicto, en considerar como graves ofensas (sic) que en otras circunstancias no habrían tenido esa significación y alcance," entonces no hay duda que esa ofuscación, y esas graves ofensas que recibió inme-

diatamente antes del homicidio, excluyen las agravantes, únicas que se han tenido en cuenta, o sea la indefensión y el sexo femenino de la víctima, porque el acusado no se aprovechó de la situación en que se encontraba Hersilia Mantilla, de su posición con respecto a él, de la imposibilidad en que ella estuviera para defenderse, o de las fuerzas con que ella contara en el mismo sentido, sino que la atacó llevado por una fuerza extraña, por una ofuscación como dice el fallo, en virtud de las ofensas graves que recibió de parte de ella según lo declara el veredicto.

Por eso mismo dice el defensor del condenado, con mucho acierto: "las circunstancias que deban considerarse como agravantes deben llevar un sello personalísimo de intención y de conocimiento, deben ir marcadas con el aprovechamiento que se haga de ellas y con el fin del goce de superioridad y de mayor eficacia o de mayor crueldad para la ejecución."

Tales son las razones principales que he tenido para concluir que, si en realidad el artículo aplicable es el inciso 2° del artículo 602 del Código Penal, en armonía con el ordinal 1° del artículo 587, la lógica imponía en el presente caso la calificación de la responsabilidad en el tercer grado.

Consagro una calurosa felicitación al apoderado del recurrente, doctor Francisco Puyana N., por el fervor científico y por la forma inteligente como presentó y sostuvo ante la Corte sus puntos de vista.

Bogotá, octubre 28 de 1932.

Parmenio Cárdenas

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, octubre veintiséis de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado convocado y reunido para decidir acerca de la responsabilidad de Gabriel Gómez por el delito de homicidio en la persona de Santos Murillo, le fue propuesto por el Juez del conocimiento, primero Superior de San Gil, la siguiente cuestión única:

"¿El acusado Gabriel Gómez es responsable del hecho de haber dado muerte, voluntariamente y con intención de matar, a Santos Murillo por medio de un golpe que con azadón le asestó en la cabeza, cerca a la corona, hacia la frente, y con la cual le fracturó el cráneo; hecho que ejecutó el acusado, en la tarde del veintiuno de noviembre de mil novecientos treinta, y en el sitio de La Laguna, de la jurisdicción municipal de Cincelada?"

El Jurado contestó la cuestión anterior de manera sencillamente afirmativa, por unanimidad.

Sobre este veredicto dictó el Juzgado su sentencia de seis de mayo del corriente año, por medio de la cual, calificada la delincuencia del acusado en el menor grado y con aplicación del artículo 600 del Código Penal, condenó a Gómez a la pena principal de seis años de presidio y a las incorporales accesorias consiguientes.

Examinado el fallo del Juzgado por el Tribunal Superior de San Gil, en virtud de apelación legalmente surtida, éste lo confirmó en todas sus partes, en providencia de fecha quince de junio postrero.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso recurso de casación el reo en los siguientes términos:

"Yo, Gabriel Gómez, preso por sindicárseme por el delito de homicidio en la persona de Santos Murillo, y sentenciado por el señor Juez 1° Superior a sufrir la pena de seis años de presidio, sentencia que fue confirmada por el honorable Tribunal en fallo del 15 de junio último, comparezco ante vosotros a interponer el recurso de casación contra dicha sentencia, y me apoyo para esto, en el artículo 3°, ordinal 5° de la Ley 118 de 1931, toda vez que la sentencia se dictó sobre un veredicto viciado de injusticia notoria.

"En efecto, a mí se me acusa de haber dado muerte a Murillo mediante un golpe con azadón que le asesté en un altercado que con él tuve en la tarde del 21 de noviembre de 1930.

"Ahora, de acuerdo con el artículo 589 del Código Penal, el homicidio es involuntario cuando el homicida no tuvo intención de causar la muerte, cosa que se puede conocer por la naturaleza o clase de armas que se emplearon en la consumación del acto. Pero no se requiere ningún esfuerzo mental para llegar a la conclusión de que un azadón no es instrumento adecuado para causar la muerte, y esto demuestra que mi intención no fue otra que la de causarle a mi contrincante un mal mediano, o mejor dicho, retirarlo de mi presencia en momentos en que por motivos baladíes me trabó una discusión.

"El artículo 611 reza lo siguiente:

'Si hubiere motivo para creer que el mal que se quería causar era mediano, o si no se pudiere conocer la intención, la pena será de cuatro a ocho años de presidio....'

"Esta disposición que acabo de transcribir, del Código Penal, es la que ha debido ser tenida en consideración y consiguientemente aplicada a mi caso; pero como no sucedió así, interpongo para ante la Corte Suprema (Sala de Casación en lo Criminal) el respectivo recurso de casación."

Concedido el recurso y enviado el proceso a esta Sala de la Corte para efectos de resolverlo, a ello se procede en seguida, agotada como está la tramitación de este despacho.

Como se ve del memorial transcrito, en que se sustenta ligeramente el recurso, éste se basa en la causal 5ª del artículo 3° de la Ley 118 del año pasado, que dice:

"Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión haya sido debatida previamente en las instancias."

Ahora bien: no hay constancia alguna en el informativo de que en las instancias se haya tratado, ni menos aún discutido nada relacionado con la injusticia notoria. De manera que no cumpliéndose, como no se cumple en este caso, el requisito exigido por el numeral transcrito, para poder invocar y sostener la causal enunciada, no procede estudiar ella en el presente negocio.

Debe observarse que aun cuando el recurrente invoca la causal de injusticia notoria, quisiera referirse más bien a la de violación de la ley, pues habla de que se ha debido aplicar a su caso el artículo 611 del Código Penal. Pero aun en el mero supuesto de que aquella causal sí pudiera considerarse, esa injusticia que pretende aludir el recurrente estaría lejos de ser notoria y de existir demostrada en este proceso, porque si al Jurado se le preguntó claramente sobre la intención voluntaria del homicida y el Jurado afirmó netamente esa voluntariedad

c intención, con suficiente prueba en autos, no habría base legal sólida para rechazar ese veredicto. Y no se diga que por el hecho de haberse empleado un azadón para causar la muerte, surge la consideración de que la intención fue otra, por ejemplo la de causar un mal mediano, porque si es verdad que una herramienta de tal clase no es la adecuada, ordinariamente, para matar, no es menos cierto que cuando para atacar a alguien se emplea, los destrozos son en lo general mucho mayores que los producidos por armas que tienen, por sí mismas, toda al aptitud suficiente para eliminar una vida.

Basta lo anterior para que se concluya cómo es el caso de mantener firme la sentencia recurrida.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, acorde con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo que ha sido objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, octubre veintiocho de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado convocado y reunido para decidir acerca de la responsabilidad de Juan Bautista Obando Marín por el delito de homicidio en la persona de Rosalía Orrego de López, le fue propuesto por el Juez del conocimiento, segundo Superior del Distrito Judicial de Buga, el siguiente cuestionario:

"¿El acusado Juan Bautista Obando Marín es responsable, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte voluntariamente y en el arrebato súbito e impensado de una pasión, a Rosalía Orrego de López, a quien causó una herida con arma de fuego (revólver), hecho que tuvo lugar el día 8 de febrero de 1930, en el sitio de Coloradas, jurisdicción del Municipio de Sevilla (Valle), comprensión de este Distrito Judicial?"

El Jurado contestó: "Sí."

Sobre este veredicto el Juzgado dictó su sentencia de fecha nueve de febrero del corriente año, por medio de la cual, considerando el hecho como homicidio simplemente voluntario, colocado dentro de la penalidad del artículo 600 en relación con el 587, ordinal 6º, del Código Penal, condenó al encausado, calificada su delincuencia en segundo grado, a la pena principal de nueve años de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias.

Apelado el fallo para ante el Tribunal Superior de Buga, éste, en providencia de veinte de mayo próximo pasado, lo confirmó en todas sus partes.

Contra la sentencia del juzgador de segunda instancia interpuso recurso de casación el defensor del condenado, recurso que le fue concedido y remitidos, en consecuencia, los autos a esta Sala de la Corte para efectos de resolverlo.

A ello se procede en seguida, habida consideración de que se hallan agotados los trámites legales en este Despacho y de que, aun cuando el recurrente no presentó alegación alguna para sustentarlo, el señor Procurador estimó del caso entrar a hacerlo en su lugar, a virtud de la facultad que le concede el artículo 6º de la Ley 118 de 1931.

El recurrente invocó como causal de casación ser la sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma, o sea la segunda parte de que trata el numeral 1º del artículo 3º de la Ley 118 de 1931; y se comprende que el señor Procurador, al sustentar el recurso, se refiere a la misma causal, porque aun cuando no lo dice, todas sus apreciaciones tienden a pedir que se califique la delincuencia del sentenciado en el menor grado y nó en el segundo, como lo hicieron los juzgadores de instancia; es decir, que aquel alto funcionario considera mal aplicado el artículo 123 del Código Penal en relación con el inciso segundo del 124 de la misma obra.

Conviene, ante todo, repetir en este fallo, una vez más, que no es procedente para estos casos y en las circunstancias aquí contempladas, dictar auto para mejor proveer como lo solicita el señor Procurador, porque el propio recurso de casación sólo permite hacer esto después de la infirmación del fallo recurrido y cuando para dictar acertadamente la sentencia de reemplazo—en lo cual asume la Corte funciones de Tribunal de instancia,—es preciso que se aclaren ciertos puntos o que sean resueltas en forma científica determinadas cuestiones. Debe, pues, atenderse solamente a la petición de que se case parcialmente la sentencia recurrida, con fundamento en la causal de que ya se ha hecho mérito.

El señor Procurador empieza por hacer de la siguiente manera la exposición de hechos que dieron lugar a este proceso:

"En su finca, situada en el paraje de Coloradas, del Municipio de Sevilla, en el Departamento del Valle, vivía la señora Rosalía Orrego de López, con su esposo y sus seis pequeños hijos. Una tarde, el 8 de febrero de 1930, cuando el jefe del hogar se hallaba ausente, pues había ido a la población de Sevilla a algunas diligencias, llegó a la casa de los esposos López el señor Juan Bautista Obando Marín, individuo éste que también vivía en aquella región desde hacía muchos años. Como encontrara a la señora de López enferma y recostada en su cama, Obando Marín empezó a ofrecerle sus servicios para ir a conseguirle un trago de aguardiente o para ir al pueblo a traerle algunas medicinas. Ella agradeció todo esto pero no aceptó. Obando entonces se sentó en el borde de la cama y parece que empezó a requerir a la señora de López para que le concediera los favores de su cuerpo, porque ella, indignada la rechazó diciéndole que era un corrompido y un incrédulo, y levantándose le exigió que se sentara en otro sitio y le advirtió el inconveniente de que permaneciera allí sin estar presente el jefe de la familia. Obando no cedió y tornó a la carga, manifestando como para comprometerla, que así como Gerardo había entrado él también podía entrar, porque no era él más infeliz. Indudablemente la señora lo rechazó de nuevo porque él, en un rapto de reacción inusitada, sacó su revólver y lo disparó dos veces sobre ella, causándole una herida en el pecho, que le ocasionó la muerte instantáneamente.

"Esta historia se recoge de la relación que hace la niña de doce años Rosalía López Orrego, hija de la extinta y única que presenció los hechos. Ella no da deta-

lles completos, porque sin duda por su corta edad no alcanzó a comprender el significado de lo que Obando le decía a la señora de López, pero de las palabras que pone en boca de ésta y de aquél, se comprende que el victimario quiso inducirla a quebrantar la fidelidad debida a su esposo, aprovechando la ausencia de éste, y al ver fracasada su esperanza y al sentirse impotente para alcanzar los favores de la hembra deseada, reaccionó cegado por la pasión y fue sin detenerse al acto homicida para vencer así la fortaleza femenina que lo humillaba, y quedar compensado y triunfador."

En seguida, el señor Procurador se expresa así:

"Ya dejé hecha la historia del acontecimiento en que perdió la vida la señora Orrego de López, historia que se basa sólidamente en las constancias del informativo. Conviene agregar ahora, por ser este el momento oportuno, que el autor del hecho criminoso negó en indagatoria su intervención en aquel suceso, y luégo, en el acto de la audiencia, al ser interrogado, vino en sostener que fue a la casa de la señora de López al cumplimiento de una cita amorosa que ella le hiciera ese día, porque dicha señora era su amante a quien él daba cuanto conseguía; que el acto no pudieron consumarlo en la casa y tuvieron que salir al campo, y que después de ejecutado ella lo insultó inmotivadamente, sin que él supiera qué más ocurrió por cuanto sufre perturbaciones mentales.

"Por su parte, el señor defensor quiso establecer en el plenario que Obando ha sido enfermo del corazón y del cerebro, por lo cual ha usado frecuentemente drogas propias para combatir sus dolencias. Se observa que en el plan de la defensa se incluyó como cuestión importante el concepto de que Obando es un lesionado psicopático y por lo mismo irresponsable de sus actos. Pero las pretensiones del señor defensor no tuvieron un resultado feliz, porque los medios probatorios de que se sirvió no eran los eficaces para dar la demostración absoluta que se proponía. Hubiera él acudido a médicos psiquiatras para que éstos aplicaran sus conocimientos en un examen directo de la personalidad misma del procesado, y quizás por este medio el resultado hubiera sido positivo y concluyente.

"Y digo esto porque encuentro en las pruebas aportadas por el señor defensor un elemento interesante, cual es el que tienda a demostrar que Obando es un taxicómano de quien puede creerse por lo mismo que esté lesionado en su estructura psíquica."

Alrededor de la toxicomanía, hace luégo el señor Procurador algunas consideraciones, cita a uno de sus autores predilectos, el doctor César Juarros, manifiesta, con éste, que una de las inclinaciones de los toxicómanos es la del crimen pasional, dice que hay indicios en autos para que el sentenciado pueda ser considerado como enfermo de esta clase, porque acostumbra el veronal para calmar los nervios y para poder dormir, y expresa, al cabo, que acaso por estas circunstancias hubo de reaccionar en la forma absurda en que lo hizo contra la Orrego de López.

Finalmente, agrega:

"Todo esto da fundamento para considerar que en el caso de Obando y por lo menos en cuanto a las circunstancias agravantes que se le computaron para elevarle el grado de su delincuencia, no hubo el dolo determinado y específico que en tal caso se requiere. Existe ese dolo cuando el agente del delito, a plena conciencia, aprovecha la indefensión, la soledad del sitio, la debilidad del sexo, y viola el domicilio, como medios propicios para cumplir más fácil su designio. Pero en cambio no existe, cuando el autor del hecho ha procedido en el arrebato súbito e impensado de una pasión, que por lo mismo le impidió prever aquellas circunstancias.

"Yo no abogo ahora porque a Obando se le considere irresponsable del hecho principal. No hay prueba suficiente para decidirse en este sentido. Pero los elementos recogidos y las razones expuestas, sí dan base para aplicar un criterio de benignidad y estimar que no existe la evidencia legal, para deducirla y computarle las circunstancias agravantes que le computó el Tribunal cuando lo elevó en su sentencia el grado de su delincuencia y le agravó la pena que le correspondía por el homicidio voluntario cometido en el arrebato súbito e impensado de una pasión como lo declaró el Jurado.

"Creo, por lo mismo, que por lo menos en esta parte está justificada la causal de casación invocada, en concepto de ser la sentencia violatoria de la ley penal, por haberse aplicado indebidamente las disposiciones que se tuvieron en cuenta para calificar el delito en segundo grado y elevar la pena a nueve años de presidio."

Para resolver, se considera:

Claramente se deduce de la relación de hechos expuesta por el mismo Procurador con base firme en autos, que el delito que aquí se contempla no puede tenerse como uno de los menos graves, sino todo lo contrario, porque fue realizado merced al influjo o impulso del único motivo aparente existente en el momento en que se cometió, o sea el de una aguda e insatisfecha pasión sexual por parte del agresor, y en condiciones harto graves por cierto. Si éste es un enfermo constitucional, a tal punto que puede considerarse como un paranoico o simplemente como un toxicómano, es cosa que no aparece demostrada en el informativo, y las deducciones que sobre el particular hace el sustentante del recurso no son producto o fruto de pruebas procesales, sino de acuciosas conjeturas que acaso podrían corresponder a la realidad, si se hubiera aprovechado en tiempo de un estudio experimental y científico al respecto, pero que en las actuales circunstancias no pueden dar margen en manera alguna a que evidentemente se tenga al sentenciado como un anormal de la clase del que se ha pretendido presentar. Porque ciertamente, en un caso como el sugerido, no habría medio: o el acusado es responsable del hecho imputado, en la forma reconocida por el Jurado y dentro de las circunstancias de agravación existentes en contra suya en el informativo, debidamente comprobadas, declaración que la Corte no puede variar; o es un anormal, que no puede tenerse como responsable legalmente y dentro de la realidad jurídica, y entonces se ha debido atacar el veredicto por el lado de la injusticia notoria. Pero considerarlo en este último caso, para descartar en su contra las circunstancias agravantes, no es precisamente lo jurídico, ni lo procedente, ni lo legal.

Por otra parte, no es estrictamente cierto que sólo se pueden tener en cuenta las circunstancias agravantes para elevar el grado de delincuencia, cuando el agente del delito lo comete a plena conciencia, aprovechando la indefensión, la soledad del sitio, la debilidad del sexo y violando el domicilio, todo como medio propicio para cumplir más fácilmente su designio, porque en tal caso, extremando éste en la forma insinuada, podría decirse

más bien que solamente en los casos de homicidio premeditado deberían tenerse en cuenta las circunstancias de agravación, lo cual no es admisible. Estas, como es obvio, deben tenerse en cuenta en cada caso, cualquiera que sea la clase de homicidio, y en general, cualquiera que sea el delito, siempre que estén debidamente comprobadas en autos.

Ahora bien: es innegable que las aducidas aquí en contra del sentenciado se hallan claramente acreditadas, pues no se puede remitir a duda, porque es notorio y aparece de bulto dentro de los hechos procesales, que la agredida estaba en condiciones especiales de indefensión y debilidad en esos momentos en su hogar, con el marido ausente, solamente acompañada de una hija de cortos años, enferma y acostada, y que en esos momentos entra, ya casi de noche, el sentenciado, y por no querer acceder la mujer a sus pretensiones inmorales, exasperado le dispara en circunstancias tan inopinadas, que no pudo hacer nada para defenderse. El acusado niega primero persistentemente su delito, y luégo, ya en la audiencia, lo confiesa, agregándole circunstancias malévolas contra la víctima, circunstancias que en manera alguna han tenido visos siquiera de certidumbre. Pues bien: no es posible echar mano de esta malicia del sentenciado, para pedir que se le exonere de las circunstancias agravantes, porque diz que esa confesión de última hora, recelosa y teatral—en vez de considerarse como densamente maliciosa—puede dar lugar más bien a que se la considere como anormal.

Por lo demás, y en cuanto al sexo femenino de la víctima, esta circunstancia está netamente determinada como agravante por el ordinal 10 del artículo 117 del Código Penal, sin distingos de ninguna clase. Negarla en el caso presente, haría desconocer el verdadero carácter que ella tiene dentro de la ley y en relación con la sociedad, cual es el de respetar y considerar las ejecutorias de la mujer en el seno familiar. De esta suerte no se explicaría que aquí no se tuviera en cuenta, ya que en el delito de que se trata resalta clarísimo el hecho del irrespeto y la falta de toda consideración a un mujer que, inerme y desprevenida en un momento dado, es asaltada en su hogar, en momentos en que se hallaba acostada y enferma, con el proclive empeño de violar lo más sagrado que ella tiene: la fidelidad conyugal y el honor de sus hijos.

No está por demás observar que el señor Procurador no estudió, una a una, para desvirtuarlas, las circunstancias agravantes deducidas contra el acusado, sino que se limitó a considerarlas en general para que no se le computen en su contra, como consecuencia de la constitución psicopática que él le atribuye, basado en meras probabilidades.

Las consideraciones anteriores son suficientes para concluír que no es el caso de casar parcialmente la sentencia en la forma en que lo solicita el señor Procurador.

En tal virtud, en desacuerdo con éste, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar, y no infirma, el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintiocho de octubre de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Juan de J. Bernal y Efraim Muñoz interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Ibagué, de fecha mayo diez del presente año, en la cual, después de reformar la de primera instancia dictada por el Juez 1º Superior de ese Distrito Judicial, los condenó a la pena principal de ocho y trece años de presidio, respectivamente.

Ambos recurrentes invocaron la primera de las causales de casación que contiene el artículo 3º de la Ley 118 de 1931, o sea, el ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma.

Muñoz elevó oportunamente a la Corte dos alegatos; se estudia de preferencia el último, no sólo porque en él se precisan y concretan los fundamentos del recurso en forma ordenada y clara, sino porque, además, el primero no se entiende.

Bernal acoge y reproduce en su favor las argumentaciones que presenta su compañero Muñoz.

Al Jurado de calificación fueron sometidos los siguientes cuestionarios que se transcriben con sus respectivas contestaciones, exactamente iguales para ambos recurrentes.

"¿El acusado Juan de J. Bernal es responsable, sí o nó, de haberse llevado a Dolores Olivera, mujer soltera, menor púber, contra su voluntad, para abusar de ella, a eso de las nueve de la noche del día veintinueve de junio del año de mil novecientos treinta, hecho ejecutado en concurso recíproco de Efraím Muñoz, mediante el artificio de hacerse pasar como agentes de la autoridad, para lo cual la introdujeron al automóvil número 421, con la cooperación de José Antonio González, quien les proporcionó el vehículo que él manejaba, y se la llevaron desde la Plaza de Bolívar, de esta ciudad, hasta el sitio de las vueltas de Coello, por la carretera Ibagué-Armenia, de esta jurisdicción municipal?

"Nó.

"¿El acusado Juan de J. Bernal es responsable, sí o nó, de haber abusado deshonestamente de Dolores Olivera, mujer soltera, menor púber, a quien había conducido con ese fin al sitio de las vueltas de Coelio, por la carretera Ibagué-Armenia, de esta jurisdicción municipal, en la forma y términos indicados en la cuestión principal, hecho ejecutado contra la voluntad de ella en el mismo vehículo en que la había trasladado allí y en concurso recíproco de Efraim Muñoz y José Antonio González, mediante actos de fuerza y violencia, tales como tomarla de las manos botársele encima, propinarle un puñetazo en el ojo izquierdo, echarla de para atrás cogiéndola de los cabellos y ocurrido a las nueve y minutos de la noche del día veintinueve de junio del año de mil novecientos treinta en el lugar antes indicado?

"Sí, pero sin haber sido conducida en la forma y términos de la cuestión principal."

En desarrollo de esos veredictos, el Juez aplicó el artículo 681 del Código Penal, lo que fue confirmado por el Tribunal.

Para apreciar el alcance de las alegaciones es necesario conocer los antecedentes.

Dio origen a la investigación, dicen los Jueces de instancia, el siguiente denuncio formulado por Dolores Olivera ante el señor Inspector de Tráfico Municipal el día treinta de junio de mil novecientos treinta:

"Anoche, como a eso de las nueve, venía de la Telegrafía de poner un telegrama, y en el punto comprendido entre las calles 9ª y 10ª, por la carrera 3ª, Plaza de Bolívar, se encontró con dos hombres que no conoce, diciéndose que eran del cuerpo de policía y le dijeron que esas no eran horas de andar una mujer por la calle y que tenía que seguir con ellos, por buenas o por malas. Uno de éstos que llamaron Carlos Jaramillo, la cogió tapándole la boca y por la fuerza la condujo a un automóvil que estaba en aquel punto listo para seguir; ya junto al carro, el otro compañero, de aspecto sabanero, bajito, trigueño, cariafilado, le ayudó a Jaramillo a subirla al vehículo, habiéndola cogido de las piernas y alzándola, la colocaron dentro del carro, advirtiendo que el otro (Jaramillo), no le quitaba la mano de la boca. Dentro del carro estaba el chofer, que sin mediar arreglo alguno, el individuo de aspecto sabanero le dijo al chofer: 'siga,' y éste, obedeciendo la orden, arrancó su carro por la calle 9ª con rumbo a la carretera que conduce de esta ciudad a Coello. Desde que salieron del punto de partida (Plaza de Bolívar), hasta la vuelta de Coello, que así llamaron el punto donde fueron a parar el carro, los dos individuos (el rolo y el Jaramillo), le decían al chofer: 'eche, chico, que ya llegamos a la vuelta de Coello, a lo cual éste aumentaba la velocidad. Una vez en el punto llamado por ellos la vuelta de Coello, dichos individuos le dijeron al chofer: 'Pare que aquí es.' En este punto se encontraba otro automóvil cuyo número no pudo ver, completamente lleno de hombres, y al encontrarse con éstos, dijeron o gritaron unos con otros: 'San Pedro,' y se acercaron todos al carro donde iba. El individuo de aspecto sabanero fue el primero que comenzó a tocarla y descubrirla, diciendo a la vez 'aquí lo que vamos a hacer es a cullarla,' cogiéndola nuevamente por la fuerza de las manos y botándosele encima para abusar de ella; ésta, en defensa, le dio un mordisco en una de las manos, y en esta maniobra, el referido individuo, a consecuencia del mordisco, se enfureció y le dio un puñetazo en el ojo izquierdo, la echó de para atrás cogiéndola del pelo. Para llevar a cabo su intento, Jaramillo la sostuvo de los pies para que el rolo abusara de ella, y así sucesivamente siguieron abusando como catorce individuos que había en aquel punto. No recuerdo haber visto antes a ninguno de estos individuos, mucho menos conocerlos. El chofer del auto en que me condujeron, es moreno, blanco, zarco, joven, delgado, sin saco y con sombrero de fieltro. Jaramillo es alto, blanco, narigón, delgado, calzado y tenía sobretodo y sombrero de fieltro. De los demás, como estaba confundida por lo que le hacían, no recuerda la filiación de ninguno. Que este hecho lo ejecutaron en el mencionado punto con bastante ligereza y la regresaron a la esquina de la Plaza de Bolívar, carrera 2ª con calle 10ª, pero que en el carro no venía sino el solo chofer que la había conducido, porque todos los demás se quedaron, el individuo de aspecto sabanero y uno que dicen se llama Muñoz. Es decir, venían tres con el chofer, habiéndose quedado los dos ya nombrados en la carrera 1ª y el chofer fue el que me trajo a la esquina en donde me desmonté de allí, me fui para la casa de la señora donde estoy colocada..."

Sostienen Muñoz y Bernal que Dolores Olivera entró en el automóvil que la condujo al paraje de Coello, sin presión, ni violencias, ni amenazas, ni intimidación de ninguna especie, sino de su libre y espontánea voluntad, aceptando la invitación que al efecto se le hacía. Después de agregar algunas consideraciones muy lógicas sobre esta cuestión y de hacer presente que la Olivera no era mujer de estado honesto, sostienen que fue al paraje mencionado, a sabiendas del fin carnal que con ella pretendían realizar los acusados.

El artículo que se aplicó por los Jueces de instancia, o sea el 681 del Código Penal, dice:

"El que, sorprendiendo de cualquier otro modo a una persona, y forzándola con igual violencia o amenazas, o intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia, o dándole bebidas narcóticas, aunque no la lleve de una parte a otra, intente abusar deshonestamente de ella, sufrirá la pena de seis a ocho años de presidio. Si se consumare el abuso sufrirá el reo dos años más de presidio."

Este artículo, como se ve, "presupone que la persona contra quien se ejercita la violencia preliminar al acto deshonesto o a la cópula, sea sorprendida por quien ejecuta tales actos, y las consideraciones anteriores demuestran" que en el caso que se examina, no fue sorprendida Dolores Olivera por las personas que con ella pudieron tener trato carnal en la consabida noche del veintinueve de junio de mil novecientos treinta, y se agrega:

"Dolores Olivera—nos informa el proceso- salió de la Plaza o Parque de Bolívar con sus acompañantes en dirección al sitio tántas veces nombrado, de Coello. Al pasar por la estación de automóviles, por aquella época designada con el nombre de Estación Paz, el vehículo detuvo su marcha con el objeto de hacer provisión de gasolina, operación en la cual no invirtió el chofer menos de cinco minutos. Durante este tiempo, Juan de J. Bernal que según lo relata el expediente, ocupaba con Dolores Olivera el asiento posterior del carruaje, descendió de éste, y la Olivera quedó, pues, absolutamente sola y en libertad, frente a una edificación en donde había las personas que se ocupaban en atender al despacho de la gasolina, y—el proceso lo dice—en un automóvil descubierto; en estas condiciones cabe preguntar: ¿tuvo Dolores Olivera una oportunidad incuestionable para pedir socorro, para evadirse, aun sin auxilio de terceros, de las garras de sus perseguidores y presuntos 'forzadores' al decir de la sentencia, sin que nada se lo impidiese? La respuesta afirmativa no da lugar a vacilación alguna. Luego si Dolores Olivera permaneció en el automóvil tranquilamente, si no intentó evadirse, es porque ella aportaba a la aventura la plenitud de su consentimiento, es porque iba a brindar, a su pleno contentamiento, su cuerpo a las caricias de sus acompañantes. Más claro, agua."

En esa situación, sostienen los recurrentes, "¿Dolores Olivera, pudo, sí o nó, prever lo que iba a acontecer?" Indudablemente, sí: no solamente lo preveía, sino que para ella, tenía que serlo, cuestión fuera de toda duda. Luego no existió la sorpresa, es decir, la Olivera, al proceder con ella a la ejecución del acto carnal, no fue cogida desprevenida. Luego no pudo aplicarse al caso el artículo que se analiza, porque falta la primera de las condiciones o requisitos exigidos por la ley: la sorpresa.

Se considera:

El Jurado, como se ha visto, contestó negativamente los cuestionarios en que se preguntaba si los acusados

Bernal y Muñoz eran responsables "de haberse llevado a Dolores Olivera, mujer soltera, menor púber, contra su voluntad, para abusar de ella, a eso de las nueve de la noche, el día veintinueve de junio del año de mil novecientos treinta, hecho ejecutado en concurso recíproco de...., mediante el artificio de hacerse pasar como agentes de la autoridad, etc...."

Negó, pues, el Jurado lo siguiente: que a Dolores Olivera la hubieran llevado los mencionados acusados en concurso recíproco y contra su voluntad, al paraje de Coello, con el fin de abusar de ella, y negó que hubiera mediado artificio al conducirla de la Plaza de Bolívar de Ibagué al sitio mencionado.

Las negativas anteriores, dadas por el Jurado son comentadas acertadamente por el Tribunal en su sentencia, así:

"Lo cierto es que la Olivera montó voluntariamente en el carro que contrataron Muñoz y Bernal, y charlando tranquilamente, pasó con éste por la Estación Paz, en donde el automóvil demoró un poco para tomar gasolina, y en ese lapso de tiempo tuvo la Olivera ocasión, si sus deseos no eran los de seguir con Bernal y Muñoz, de bajarse del vehículo y volver a la plaza, sino que siguió tranquilamente con ellos, como lo aseguran los testigos presenciales Marco A. Contreras, José Vicente Muñoz y Manuel Antonio Angulo, quienes se hallaban en la estación Paz, en los momentos en que el carro que manejaba José Antonio González, paró en dicha estación. Y no se diga que esa tranquilidad con que obedecía María Dolores se debía a la creencia de que cumplía órdenes de la autoridad, porque ni María Dolores era una mujer inexperta, ni carecía de razón para apreciar que las pretensiones de Bernal, ampliamente reveladas en la charla que tuvieron frente al almacén de Aurelio Rey Rey, eran las mismas que instantes después se repitieron frente a las oficinas de El Pueblo; y aunque el mismo Bernal hubiera agotado todos los medios para vencer la obstinación de la Olivera, ella siempre tuvo amplio campo para discernir y comprobar que las pretensiones de aquél no eran otras que las de conocerla carnalmente." ".... Hay que entender que voluntariamente y sin engaño alguno aceptó la invitación que le hicieron Bernal y Muñoz."

Así las cosas, cabe preguntar si la sola contestación que los Jueces de hecho dieron a lo que el Juez llamó "cuestión accesoria," o sea, la declaración de que Muñoz y Bernal eran responsables de haber abusado deshonestamente de Dolores Olivera, contra su voluntad, mediante determinados actos de fuerza y violencia, contiene los elementos necesarios para la aplicación del artículo 681 del Código Penal.

No hay duda de que esta disposición exige como requisito necesario, y en el caso contemplado, que la persona ofendida haya sido sorprendida, como se deduce de los propios términos de este artículo, cuando dice:

"El que sorprendiendo de cualquier otro modo a una persona y forzándola con igual violencia o amenazas..."

La sorpresa es una cuestión de hecho que correspondía resolver al Jurado y que no la resolvió en este caso porque no fue interrogado acerca de ella. Tal omisión dependió de la forma como fueron redactados los cuestionarios, pues el Juez no contempló los hechos delictuosos imputados a los acusados, a la luz de lo que prevé el citado artículo 681, sino en armonía con lo dispuesto por los artículos 676 a 679, lo que denominó "rapto con violencia."

Tal irregularidad la anota el Tribunal así:

"Tanto el Fiscal de esta corporación como los defensores de Bernal y Muñoz, piden se declare nulo el proceso por haberse formulado los cuestionarios referentes a los delitos de rapto y fuerza y violencia, de acuerdo con el auto de proceder del Juzgado y no conforme al auto del Tribunal que lo reformó; que así, la cuestión del rapto se tuvo como principal y la de fuerza y violencia como accesoria, es decir, esta última como consecuencia de la primera, lo cual contraría los términos del artículo 47 de la Ley 169 de 1896, y además, el auto del Tribunal que consideró el rapto y la fuerza y violencia como delitos específicamente distintos."

Y después de transcribir esa entidad el segundo cuestionario, agrega:

"Quizá tenga razón el Fiscal y los defensores en la observación de que se trata, por cuanto que en el cuestionario transcrito no sólo se habla nuevamente del rapto, sino que se contempla también el delito de heridas cometido por Bernal, por el cual se formuló otra cuestión. En dicho cuestionario se comprenden, o se anudan tres delitos que el Juez de derecho ha debido separar como lo hizo en la cuestión referente al rapto, que sintetiza este delito sin mencionar el de heridas ni el de fuerza y violencia."

En esa situación, no se puede aplicar el artículo 681, porque en la contestación que el Jurado dio al segundo cuestionario, no están comprendidos todos los elementos de hecho que tal disposición contiene, y no están comprendidos, se repite, porque el Juez de derecho al confeccionar los interrogatorios, partió de bases jurídicas distintas.

Lo anterior sería suficiente para concluir que la casación debe prosperar. Mas, es conveniente agregar, por otra parte, que la sorpresa de que trata el mencionado artículo no tiene la menor comprobación, porque mal podía concurrir esa circunstancia en quien voluntariamente y sin engaño alguno, como lo expresa el Tribunal, aceptó la invitación que, en automóvil, de noche y con dirección a un sitio apartado y solitario, le hicieron Bernal y Muñoz, y no siendo, como no era, una mujer inexperta e inocente, pues al contrario tenía un pasado licencioso, muy bien se dio cuenta de los móviles y propósitos de sus galanteadores, que eran los de realizar con ella actos carnales.

En la propia sentencia del Juez se encuentra también analizada de una manera completa la anterior situación, en los siguientes apartes que es necesario reproducir:

"Según estas declaraciones, no contradichas por el Ministerio Público, que se decretaron con su citación, la ofendida Olivera entró voluntaramente al auto ofrecido por Bernal, quien se acompañó de Muñoz; voluntariamente salió de un sitio tan público y concurrido entre ocho y media a nueve de la noche, como lo debieron ser indudablemente la Plaza de Bolívar y la fiesta popular de San Pedro, y fue hasta la bomba de gasolina que funciona en la esquina del Conservatorio, y allí esperó sola en el carro, que estaba descubierto, mientras que uno de sus acompañantes y González que manejaba el carro, proveyeron éste de gasolina, sin que un grito o su llanto dieran a entender a las gentes, que debía de haber en la plaza, que con ella se estaba cometiendo un atentado. Luego es claro que la Olivera consintió en acompañar,

por lo menos, a Bernal y a Muñoz, hasta un sitio distinto de donde ella debía suponer la conducirían si obraban como miembros de la Policía; y como era púber, su consentimiento era válido a los ojos de la ley-penal; y siendo así, convino en los actos posteriores en cuanto dice relación con el delito de rapto por que se llamó a responder a Bernal, Muñoz y González.

"No hay, pues, indicio alguno que indique qua la apreciación del Jurado es contraria a la evidencia en cuanto a tal delito, los procesados no son responsables del hecho deducido contra ellos, y debe, en consecuencia, absolvérseles, porque los hechos enumerados dan base firme al concepto de que la Olivera fue voluntariamente a acompañar principalmente a Bernal y Muñoz, y también a González, y se sujetó a las consecuencias de ese hecho, ya que ella, aunque de menor edad, no era una niña inexperta, y si no puede decirse con seguridad, que es una mujer pública, tampoco, y menos, puede decirse, que fuera entonces inocente, puesto que había tenido un hijo de un hombre casado y de autos aparece que había ejecutado actos carnales con otros hombres."

Y aun cuando ya en los momentos de la consumación del coito, Dolores Olivera pudo presentar alguna oposición, y pudo ejercitarse alguna violencia contra ella, mal se puede sostener y concluír, en virtud de lo expuesto y conocido, que hubiera mediado sorpresa y que la hubieran cogido desprevenida para abusar de ella.

Mas lo importante, como ya se vio, para deducir que no están reunidos los elementos constitutivos del delito de fuerza y violencia que define y sanciona el artículo 681 del Código Penal, y que por tal motivo no tiene base legal la condenación que han hecho los Jueces de instancia, es la circunstancia de que el veredicto no da margen para esa condenación, tal como él fue pronunciado por el Jurado y lo cual ha quedado debidamente explicado atrás.

El artículo 681 fue por tanto indebidamente aplicado, sin que dentro de la contestación del Jurado, y armonizada ésta además con los cargos que se formularon en el auto de proceder, se encuentre algún hecho delictuoso distinto, que deba sancionarse con una pena de acuerdo con alguna otra disposición.

En consecuencia, los acusados deben ser absueltos por el delito de fuerza y violencia a que se les condenó por los Jueces de instancia.

Se advierte que la condenación proferida contra Bernal por el delito de heridas, queda en pie, por no haber sido materia de casación.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley casa parcialmente la sentencia del Tribunal, y en su lugar falla:

Absuélvese a Juan de J. Bernal y Efraím Muñoz por el delito de fuerza y violencia por que fueron condenados por los Jueces de instancia.

Por telégrafo impártanse las órdenes necesarias para que se ponga en libertad a los acusados.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial, y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintiocho de octubre de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Esta causa se siguió contra José Nieto y Emilio Saurat, por el delito de robo de unas joyas pertenecientes a Antonio Volpe & Compañía, por un valor de $ 21,644-50, hecho ocurrido en la ciudad de Barranquilla, en las primeras horas de la noche del diez y seis de febrero de mil novecientos treinta.

El Jurado que intervino en la decisión de dicha causa, declaró, por unanimidad, que Nieto no era responsable, y que sí lo era el enjuiciado Saurat.

El Juez Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en sentencia de diez y siete de octubre del año pasado, hizo la siguiente declaración:

"1ª Acógese el veredicto del Jurado en lo que respecta a José Nieto. En consecuencia, se absuelve a dicho Nieto de los cargos que le fueron deducidos en el auto de proceder, y declara cesado contra él todo procedimiento.

"2ª Declárase notoriamente injusto el veredicto proferido por el Jurado de calificación contra Emilio Saurat."

Consultado este fallo con el Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial, esta corporación dictó sentencia el ocho de abril de este año, que en su parte resolutiva dice:

"Por todo lo expuesto, el Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, reforma la sentencia consultada, que quedará así:

"1ª De conformidad con el veredicto del Jurado, en lo que respecta a José Nieto, se absuelve a éste de los cargos que le fueron formulados en el auto de proceder, y se declara cesado contra él todo procedimiento.

"2ª De acuerdo con el veredicto del Jurado, condénase a Emilio Saurat, de treinta y seis años de edad, francés de nacionalidad, vecino de esta ciudad, contabilista y católico, a la pena de veinte años de presidio, que sufrirá en la Penitenciaría de Tunja; condénase asimismo a Emilio Saurat a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión pagadera por el Estado, y no se hacen todas las otras condenaciones ordenadas por la ley, por tratarse de un ciudadano de nacionalidad extranjera."

Contra el fallo anterior interpuso oportunamente el condenado el recurso de casación, sin que en el corto escrito en el que tal cosa hizo, ni en el que elevó más tarde a la Procuraduría, y no a esta Corte, como era lo indicado, invocara causal alguna de las que trae el artículo 3º de la Ley 118 de 1931. En ese memorial que elevó a la Procuraduría, parece que se refiere a la causal de injusticia notoria, pero como es ésta una cuestión de fondo, y el juicio adolece de un grave vicio de procedimiento que presenta el Procurador, como se verá más adelante, debe estudiarse éste de preferencia.

Dice el señor Procurador:

"Se trata de la causal segunda de las enumeradas en esa misma disposición, o sea de ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se ha dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley."

"Voy a explicarme. En un recurso de casación que acaba de fallar esa honorable Corte, interpuso Pedro Cotis, contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Su-

perior del Distrito Judicial de Barranquilla, el dos de marzo de este año, en la causa que por homicidio se les siguió a aquél y a Luis Ramírez Barragán, ocurrió exactamente el mismo caso que hoy tenéis a vuestro estudio. El señor Juez Superior de aquel Distrito estimó notoriamente injusto el veredicto del Jurado que declaró la responsabilidad de los procesados, y consultó su decisión con el Tribunal. Este, en su sentencia, revocó la declaración de injusticia notoria, y de plano condenó a Cotis y a Ramírez Barragán a sufrir las penas de veinte años de presidio y cinco de reclusión al primero, y diez y ocho años de presidio al segundo. El único que interpuso el recurso de casación fue Cotis, porque Ramírez Barragán se había fugado durante el proceso.

"Estudiado el caso por esta Procuraduría, al examinar las causales de casación, escribió este concepto:

'Tercero. Pero como si todo aquello no fuera bastante en el campo de lo incorrecto del procedimento, el Tribunal incurrió por su cuenta en otra informalidad superior.

'El Juez, al estudiar el veredicto del Jurado, encontró que ese acto era injusto por contrario a la evidencia de los hechos, y así lo declaró, sin entrar a decidir en el fondo sobre la situación jurídica planteada por razón del delito y por razón de la responsabilidad declarada por el Jurado.

'Consultada aquella providencia por el Tribunal, correspondía a éste examinar únicamente la cuestión de la injusticia del veredicto y resolver sobre su legalidad o ilegalidad. Si lo primero, para confirmar la providencia y devolver el negocio para la convocatoria del nuevo Jurado. Si lo segundo, para revocarla, y devolver también el negocio para que el Juez fallara en el fondo.

'Pero hecho el examen correspondiente, y hallado por el Tribunal que el veredicto no era injusto, resolvió revocar la providencia del Juez, y fallar de una vez, condenando a los reos en la forma que ya queda expresada. De esta manera de obrar ha venido a resultar la pretermisión de una instancia, aquella primera instancia en donde debió fallarse, condenando o absolviendo, para abrirles el campo a los reos a ejercitar su defensa en la segunda, y para cumplir todas las formas propias del juicio. Y se les condenó definitivamente en una sola instancia, usando así de una especie de asalto a la justicia y a los reos, desde luégo que éstos llegaron ante el Tribunal desprevenidos, a debatir únicamente la cuestión de la injusticia del veredicto, y sin prepararse, por lo mismo, a la defensa de lo principal, pues de esto no se trataba entonces.

'Hé aquí cómo se ha incurrido en una nulidad más grave; pues no se trata de la pretermisión de una formalidad, sino, nada menos, que de la pretermisión de una instancia para fallar sobre lo principal del juicio.

'Han sido, pues, juzgados los reos sin las formalidades propias del juicio, y se han violado el artículo 26 de la Constitución y todas las disposiciones de procedimiento que determinan los actos que deben cumplirse en dos instancias para llegar al fallo definitivo.

'Por las razones expuestas, os pido que acojáis como justificada la causal de ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haber sido dictada sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley, y caséis el fallo recurrido.....'

"La honorable Corte, en sentencia de veintinueve de septiembre último, después de reproducir el anterior concepto, dijo:

'Tal motivo de nulidad, con base en el artículo 26 de la Constitución, lo encuentra justificado la Corte. En efecto: el Tribunal, al revisar por vía de consulta la providencia del Juez en que declaró la injusticia notoria de los veredictos, tenía que limitarse a lo que era materia de ella, es decir, a confirmarla o revocarla, debiendo en este último caso devolver el expediente para que el Jurado fallara en el fondo; pero en vez de hacerlo así, procedió a dictar sentencia condenatoria de acuerdo con los veredictos, con lo cual vino a quedar suprimida una instancia, o sea la sentencia que en primera debía dictar el Juez a quo.

'El artículo 50 de la Ley 169 de 1896, claramente está diciendo que la misión del Tribunal se reducirá a lo que se ha expuesto en el párrafo anterior, como se deduce de sus términos:

'Si a juicio del Juez las resoluciones del Jurado fueren contrarias a la evidencia, declarará injusto el veredicto y consultará su determinación con el Tribunal Superior.

'De esta manera, en esos casos el proceso sube al Superior para consultar la declaración de injusticia notoria, que es preciso resolver previamente antes de pronunciar el respectivo fallo de fondo.

'En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en parte con el concepto del Procurador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida el fallo recurrido en la parte de fondo que él contiene, o sea en aquella que condenó a los acusados Pedro Cotes o Cotis y Luis Ramírez, y en su lugar dispone que, en desarrollo de la parte vigente que queda de ese fallo, o sea en cuanto revocó la decisión de injusticia notoria que hizo el Juez de primera instancia, debe volver a éste el proceso para los fines legales consiguientes.'

"Fundado en los motivos que anteceden, y en cumplimiento del deber que me impone el artículo 6° de la Ley 118 de 1931, os pido atentamente que invalidéis el fallo recurrido, y dispongáis que el proceso vuelva al Tribunal de su origen para que proceda como queda indicado...."

Como se trata en realidad de un caso exactamente igual al que se refiere el señor Procurador, los fundamentos que él presenta y que reproduce de lo que entonces dijo, y lo que a su vez agregó la Corte en la parte del fallo que se ha transcrito, debe llegarse hoy a la misma conclusión.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, invalida el fallo recurrido en la parte de fondo que él contiene, por lo que hace a la condenación que pronunció contra Emilio Saurat, y en su lugar dispone, que en desarrollo de la parte vigente que queda de ese fallo, o sea en cuanto revocó la decisión de injusticia notoria que hizo el Juez de primera instancia en relación con el mencionado Saurat, debe volver a ese Juez el proceso para los fines legales consiguientes.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre diez y nueve de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

En el juicio ejecutivo que adelanta el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales contra Manuel y Heliodoro Guerrero, por la cantidad de $ 658,831-62, fueron presentadas por este último, en su calidad de fiador del primero, las siguientes excepciones:

"Pago de lo que es materia de esta ejecución.

"Falta de acción para exigirme como fiador el pago de lo que se cobra.

"Inexistencia de la obligación y de la fianza.

"Nulidad de la escritura que sirve de base al recaudo.

"Y, por último, todo hecho que en el curso de este incidente resulte comprobado y constituya una excepción."

El funcionario ejecutor envió el asunto al Tribunal, y éste—más tarde -por haber entrado a regir la Ley 105 de 1931—lo hizo venir a la Corte, en donde se procede a resolver lo que corresponde.

El importe de la ejecución proviene de los alcances deducidos por la Contraloría General de la República contra Manuel Guerrero, en su calidad de Cajero del Lazareto de Contratación, y en relación con las cuentas de los meses de mayo a diciembre de mil novecientos veintiocho y enero y febrero de mil novecientos veintinueve.

Como consta en el expediente de la ejecución, las cuentas de los meses expresados fueron primero observadas por la Contraloría, sin que el responsable contestara ni presentara descargos, dentro del término señalado en el artículo 16 de la Ley 42 de 1923; y esas observaciones consistían en la falta de comprobantes de los egresos, el exceso en los pagos autorizados por las respectivas relaciones, y en la ocurrencia de otras formalidades allí indicadas. Por todo ello fueron fenecidas las cuentas con los alcances correspondientes, y las providencias en que tales alcances se decretaron, se notificaron al interesado, pero éste se conformó con ellas, una vez que no interpuso, dentro del término legal, los recursos de apelación ante el Consejo de Estado, a que le daban derecho los artículos 7° y 8° de la ya nombrada Ley, y en donde habría podido, en la instancia que allí se surte, presentar las alegaciones, comprobantes y descargos que lo relevaran de la responsabilidad deducida contra él en la primera instancia del juicio de cuentas.

Se trata, pues, de providencias ejecutoriadas, dictadas por funcionario competente, en ejercicio de sus atribuciones legales, y en juicio administrativo especial, relacionado con la administración activa y pasiva del Tesoro Nacional. En dicho juicio no tiene la Corte Suprema intervención ninguna, ni puede, por lo mismo, revisar, reformar ni revocar las providencias allí dictadas, que es, en el fondo y en sustancia, lo que el excepcionante busca con la réplica, impugnación y crítica que viene a formular aquí contra las decisiones de la Contraloría. Porque la Corte no es superior jerárquico de la Contraloría, ni es Tribunal de cuentas para entrar a examinar las de los responsables del Erario.

Es claro que una ejecución que se basa en alcances deducidos contra tales responsables, o en reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos, o en multas que deben ingresar al Tesoro, puede ser enervada o destruida en diferentes casos, por ejemplo, cuando el alcance no lo deduce, el reconocimiento no lo hace o la multa no la impone el funcionario competente, o cuando se dicta contra persona no responsable, o el mandamiento de pago se extiende a suma mayor de la señalada en cualquiera de aquellos documentos. En esos y en otros casos que pudieran citarse, caben y pueden prosperar las excepciones, pero no cuando éstas se fundan—como en el caso actual—en la simple desconformidad del responsable con las decisiones ejecutoriadas—acertadas o nó, que eso poco importa, de los funcionarios que tienen a su cargo el examen, glosa y fenecimiento de las cuentas de los empleados de manejo.

Con arreglo a lo que queda expuesto, es infundada la primera de las excepciones propuestas, y que su autor denomina "pago de lo que es materia de esta ejecución." Infundada también es la de "falta de acción para exigir al fiador el pago," porque se apoya en lo mismo que se funda la anterior.

Las excepciones de "inexistencia de la obligación y de la fianza" y de "nulidad de la escritura que sirve de base al recaudo," las funda su autor en los siguientes hechos:

a) No haberse firmado por el fiado la escritura de fianza, y aparecer un certificado del Registrador de instrumentos públicos, por el cual se declara que la finca había sido adquirida por la mujer del ejecutado para subrogar a otro bien de ésta que había sido vendido, y con cuyo precio se hizo la negociación.

Con respecto a tales excepciones y a los hechos mencionados, dice el señor Procurador lo siguiente, que la Corte acoge en su totalidad:

"Efectos de no haberse firmado la escritura de fianza por el fiado.

"Considera el excepcionante que por no haberse firmado la escritura de fianza por el fiado, la fianza no existe y la escritura es nula.

"Para que una fianza exista, basta que sea aceptada por el fiador y el acreedor; la aceptación del fiado no es necesaria. En un contrato de fianza, el fiado es un tercero, cuya intervención no se requiere. Para demostrar esto, basta leer la definición de fianza, que dice: 'La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla, en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple'; y lo dispuesto en el artículo 2371, que dice:

'Se puede afianzar sin orden y aun sin noticia, y contra la voluntad del principal deudor.'

"Este mismo razonamiento demuestra que los motivos por los cuales se dice que la escritura de fianza es nula, no pueden aceptarse.

"Por lo expuesto, considero no probadas las excepciones que el demandante llama 'inexistencia de la obligación de la fianza,' y 'nulidad de la escritura que sirve de base al recaudo.'

"Efectos del certificado del Registrador de instrumentos públicos relativo a la propiedad de la finca hipotecada.

"Dice dicha certificación:

'En esta escritura expresó Heliodoro Guerrero que el dinero con que paga la casa que adquiere es de su esposa, la señora **Agustina Pardo de Guerrero**, que procede de parte del valor de un terreno que hubo dicha señora

por herencia de su padre Manuel Pardo H., terreno que fue vendido al señor Nicolás Perdomo, por escritura número .....'

"De esta certificación deduce el ejecutado que la finca sobre la cual se lleva a cabo la ejecución, no es de su propiedad, sino de la propiedad exclusiva de su mujer, y que, por lo tanto, la escritura por la cual se hipotecó es nula.

"Para que el excepcionante hubiera demostrado este aserto, hubiera sido menester que apareciera la escritura de venta de la propiedad de su mujer, con cuyo precio se dice haber comprado la finca hipotecada, y la escritura de compra de esta finca; era, además, necesario que en las dos escrituras constara el ánimo de subrogar. Así lo dispone el artículo 1789 del Código Civil, que dice:

'Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de uno de los cónyuges, es necesario que el segundo se haya permutado por el primero, o que, vendido el segundo durante el matrimonio, se haya comprado con su precio el primero; y que en la escritura de permuta o en las escrituras de venta y de compra se exprese el ánimo de subrogar.'

"Esto, aun suponiendo que el bien que se vendió hubiera sido de la mujer, que esto también debió haberse demostrado plenamente. Mientras tales pruebas no se presenten, el bien se considera adquirido por la sociedad conyugal, y sobre él el marido tiene, respecto de terceros, el carácter de dueño, como si formase un solo patrimonio con sus bienes propios (artículo 1806 del Código Civil). En consecuencia, la hipoteca de este bien social y la actual ejecución, para hacer valer una deuda del marido, son perfectamente legítimas."

De conformidad con las razones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

No están probadas las excepciones opuestas; siga adelante la ejecución tal como se decretó, y condénase al excepcionante a las costas del juicio.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Juzgado ejecutor.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul**—**Luis F. Rosales**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre veintisiete de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis F. Rosales).

Por sentencia de diez y seis de diciembre de mil novecientos veintiseis, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, absolvió al Departamento de Cundinamarca de la demanda propuesta contra él por los señores Roberto Silva Rueda y Gabriel Rosas, para que "se declare que está obligado a la indemnización de los perjuicios por valor del aparato y enseres que componían la fábrica de destilación de licores nacionales establecida en la Hacienda de San Pedro, jurisdicción del Municipio de Usme, así como los (sic) corresponden al lucro cesante y daño emergente por la destrucción de la fábrica y la completa paralización de la industria desde el treinta y uno de octubre (31) de mil novecientos quince (1915), fecha en que se secuestró, hasta el diez y seis (16) de octubre de mil novecientos veinte (1920), fecha desde la cual principió el ejercicio del monopolio."

Los demandantes apelaron del fallo en referencia, y por ello—previa concesión del recurso—vino el negocio a la Corte, en donde una vez surtidos los trámites correspondientes a la segunda instancia, se procede a decidir lo que se considera legal.

El Tribunal estima que los actores no probaron la acción ejercitada. Hé aquí lo que sobre el particular dijo, y que la Corte acoge por su conformidad con la realidad de las cosas.

"El fundamento capital de la acción, o lo que origina los perjuicios demandados, según la demanda, consiste en el hecho de que el 'día treinta y uno de octubre de mil novecientos quince, fue desmontada y secuestrada la fábrica de destilación de licores nacionales que Rosas y el cedente de Silva Rueda tenían instalada o establecida en la hacienda de San Pedro, en jurisdicción del Municipio de Usme, fábrica 'compuesta de un aparato de tercera clase, de construcción nacional y dotada de todos los accesorios y enseres necesarios para su completo funcionamiento,' y que no sólo se hallaba registrada en la Colecturía de aquel Municipio, sino que 'había estado en producción ordinaria hasta el treinta y uno de octubre de mil novecientos quince'; hecho que llevó a efecto 'el Cabo del Resguardo de la Renta de Licores de este Departamento, señor Maximiliano Cortés, obedeciendo a órdenes del Jefe del Resguardo, señor José Vanegas.'"

Agregan los actores que el motivo para llevar a cabo el hecho relacionado fue el de habérseles sindicado, por las mismas autoridades de la renta de licores, por el supuesto delito de fraude o contrabando a la renta, y que el Departamento demandado no se ha allanado a entregarles los enseres de la fábrica, ni los perjuicios consiguientes por la no entrega.

De acuerdo con los hechos anteriores, que son los fundamentales de la demanda, para la efectividad de la acción, se requiere la demostración de las siguientes cuestiones:

a) Que el día treinta y uno de octubre de mil novecientos quince, la fábrica a que se refieren los actores, se hallaba debidamente establecida y patentada de acuerdo con las ordenanzas sobre la materia, vigentes en aquella época;

b) Que el día quince de octubre de mil novecientos quince, un empleado del Departamento, en el ramo de rentas, desmontó y secuestró la fábrica.

c) Que la fábrica era de tercera clase y que los elementos de que se componía eran suficientes para la producción de licores alcohólicos nacionales.

d) Que el día quince de octubre de mil novecientos quince, la expresada fábrica se hallaba en producción lícita, o de acuerdo con las ordenanzas sobre la materia.

e) Que el referido hecho se ejecutó en perjuicio de los derechos legalmente adquiridos por los señores Rosas y Silva Rueda.

El día treinta y uno de octubre de mil novecientos quince, había entrado en vigencia la ordenanza número 66 del mismo año, la cual indica las formalidades que debía llenar toda persona que quisiera ejercer la industria de licores (artículos 2º, 3º, 4º y 5º); y el artículo 6º de dicha ordenanza dice:

'Cumplidas estas formalidades, el Colector expedirá al interesado, previo el pago del derecho de instalación que se fija, de dos a cincuenta pesos oro mensuales, según la categoría de la fábrica—una patente de instalación de fábrica por el término de tres meses, la cual debe llevar

el mismo número de orden de la diligencia de registro y todos los requisitos que exijan los reglamentos. Las patentes de instalación se renovarán cada tres meses.

Parágrafo 1º Si durante el término de la patente la fábrica no hubiere funcionado, aquélla se considerará cancelada y el Colector tendrá derecho a desmontar el aparato y sellar sus piezas convenientemente.

Parágrafo 2º Una vez denunciados los aparatos y aforada la batería, el fabricante no podrá hacerles alteración alguna sin previo aviso al Colector de la cabecera del Círculo y sin su permiso correspondiente. En caso de daño, podrá sacar del local en donde esté instalada la fábrica, el aparato y las vasijas que requieran reparación, sin tener derecho alguno a rebaja en el pago de los impuestos.'

Los actores no han presentado al juicio la patente de instalación de su fábrica, vigente el día treinta y uno de octubre de mil novecientos quince, y por lo mismo la acción no puede prosperar, porque no ha sido auxiliada con aquel elemento, que es lo único que los pondría en condiciones de reclamar los perjuicios sobre que versa la demanda, caso de estar probadas las otras cuestiones atrás planteadas, puesto que no han cumplido con las obligaciones que les impuso el Departamento para que pudieran ser considerados como productores patentados, no existe el vínculo jurídico entre los actores y el Departamento, que coloque a los primeros en condiciones de exigir del segundo el cumplimiento de obligación alguna a su favor. La base esencial o fundamental de una acción de esta clase, es la patente de instalación de fábrica expedida conforme a las reglas de la Ordenanza número 68 de 1915, ya citada; como lo ha dicho este Tribunal en diversidad de fallos y como lo ha dicho igualmente la Corte Suprema de Justicia. La razón de esto consiste en que sólo el que ha patentado su fábrica, es el que tiene derecho a exigir del Departamento el cumplimiento de sus obligaciones.

Se dice en contra de lo anterior que el Juzgado Superior de Rentas reconoció a los señores Silva y Rosas el carácter de productores patentados,' en sentencia de fecha doce de noviembre de mil novecientos veintiuno; pero el Tribunal considera que esa declaración no puede tenerse en cuenta, y para ello se funda en las siguientes razones:

a) Porque el fallo en cuestión no expresa el fundamento que tuviera el Juzgado para hacer el reconocimiento expresado;

b) Porque no está atribuído a dichos funcionarios hacer declaraciones como de la que se trata, por ser ajenas a su misión;

c) Porque el punto sometido al Juzgado fallador se limitaba a decidir si los señores Rosas y Silva eran o nó responsables de fraude a la renta;

d) Porque el decidir si un productor debe considerarse como patentado en un momento dado, o si determinada fábrica en determinado día estaba patentada o nó, corresponde a los Tribunales ordinarios;

e) Porque el Juzgado de Rentas usurpó jurisdicción al hacer el expresado reconocimiento, y

f) Porque el fallo se refiere a una época distinta al quince de octubre de mil novecientos quince."

En esta segunda instancia el apelante pidió algunas pruebas. Por auto de diez y seis de septiembre de mil novecientos veintiocho, se dispuso, porque era el caso, que se prestaran el juramento que requería el artículo 946 del Código Judicial vigente a la sazón, pero el apelante no se presentó a prestarlo. La prueba por lo mismo, no llegó a decretarse, ni tampoco presentó alegato ninguno, cosa que igualmente omitió en la primera instancia, de suerte que el asunto está en la misma situación jurídica que describe la sentencia apelada.

Por tanto, esta corporación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia recurrida con costas a cargo del apelante, las que se tasarán en forma legal.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

En virtud de apelación oportunamente interpuesta por el señor Francisco Antonio Rodríguez, demandado en el presente juicio, ha venido a esta Superioridad la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja, con fecha diez y ocho de agosto de mil novecientos treinta y uno, en el incidente de excepciones propuestas en el juicio ejecutivo que a dicho señor le sigue el Juzgado Ejecutor del Departamento de Boyacá.

La parte resolutiva de dicha sentencia es como sigue:

"1º Declárase no probada la excepción de falsedad del documento que sirvió de base al recaudo ejecutivo.

"2º Declárase probada la excepción de error de cuenta por la suma de ciento ochenta y siete pesos ($ 187), comprendida en esta cantidad la de ciento nueve pesos ($ 109), a que ascienden los intereses de setenta y ocho pesos, materia del error, en setenta meses, al 2 por 100 mensual; y

"3º Como consecuencia de la anterior declaración, reconócese probada, parcialmente, la excepción de pago de la suma de ciento ochenta y siete pesos ($ 187).

Adelántese la ejecución por el resto de la deuda, o sea por dos mil trescientos siete pesos con ochenta centavos ($ 2,307-80)."

El origen del negocio es el siguiente:

En adjudicación que se le hizo por medio de licitación, el ejecutado Rodríguez tomó en arrendamiento la renta de degüello de la Provincia de Sugamuxi y del Territorio Vásquez. El contrato respectivo se perfeccionó por la escritura pública número 92, de veintiuno de enero de mil novecientos veinte, otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Tunja, instrumento que contiene, entre otras cláusulas, las siguientes, en esencia: el término del contrato, dos años, contados desde el primero de febrero del año citado; los cánones de arrendamiento, $ 221 y $ 10 mensuales, respectivamente; interés para el caso de mora en el pago de los cánones, 2 por 100 mensual.

El señor Rodríguez hipotecó a favor del Gobierno Departamental de Boyacá la finca denominada El Salvial, ubicada en el Municipio de Motavita, de propiedad de él y de su esposa, señora Rafaela Quijano de Rodríguez, como garantía de sus obligaciones.

Anteriormente, por medio de la escritura número 1218, de nueve de diciembre de mil novecientos diez y nueve, pasada ante el Notario referido, el mismo Rodríguez ha-

bía tomado en arrendamiento la renta de licores de la Provincia de Sugamuxi, por el término de dos años, que debían contarse desde el veinte de octubre anterior, y por el precio de $ 1,257-60 mensuales, hipotecando como garantía de sus compromisos una finca de propiedad de la señora Adriana Camargo de Albarracín, ubicada en el Municipio de Gámeza, denominada San Laureano.

Perfeccionados ambos contratos, el rematador, según su propia declaración, que obra al folio 3 del cuaderno E, confió la administración y manejo de ambas rentas al señor Marco Antonio Aulí, quien pagaba los cánones de arrendamiento en la Administración de Hacienda. Vencidos los términos de los contratos, aparecieron saldos a cargo del rematador, así: en la renta de licores, por valor de $ 111-37, y en la de degüello, por $ 1,039-50. Más al cabo de varios años el señor Rodríguez, por medio de un memorial, solicitó del Administrador de Hacienda de Tunja que variara la imputación de las últimas consignaciones hechas en las expresadas cuentas, pasando a la de degüello algunas de las imputadas a la de licores. El Administrador, accediendo a la solicitud, hizo las variaciones pedidas, y expidió un certificado el primero de diciembre de mil novecientos veinticinco (folio 14 del cuaderno A), en la cual hace aparecer al señor Rodríguez a paz y salvo con el Tesoro del Departamento, como rematador de la Renta de Degüello de la Provincia de Sugamuxi y región oriental del Territorio Vasquez. Con esta operación, el saldo de la renta de licores subió a la suma de $ 1,150-37, el que a la expiración del contrato respectivo sólo era de $ 111-37.

Con base en el aludido certificado, el ejecutado pidió a la Junta Departamental de Hacienda, el cuatro del mes de diciembre citado, la cancelación de la hipoteca que había constituído para garantizar sus obligaciones en el contrato de arrendamiento de la renta de degüello; mas tal petición le fue negada por la Secretaría Departamental de Hacienda, quien en último término la decidió. Fundóse la negativa en la falta de validez del certificado dado por el Administrador de Hacienda, a causa de basarse éste en la variación de imputaciones, para lo cual no se estimó que tuviera facultad el mencionado empleado. En esa virtud, la Tesorería General decidió, en providencia sin fecha, recaída a la nota número 2010, de veintinueve de noviembre de mil novecientos veintisiete, procedente de la Secretaría de Hacienda, que por la Oficina de Contabilidad se describieran las operaciones tendientes a que las cuentas a cargo del señor Francisco Antonio Rodríguez, como rematador de las referidas rentas, volvieran al estado que tenían antes de haberse efectuado los cambios de imputación antes referidos. En la misma providencia se ordenó el libramiento de los correspondientes reconocimientos a cada una de las dos cuentas, para que la autoridad respectiva iniciara la ejecución contra el responsable.

El doce de diciembre del mismo año, el Juzgado Ejecutor del Departamento citado, libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro del Departamento y contra el señor Rodríguez y la finca **El Salvial**, sita en el Municipio de Motavita, como especialmente hipotecada para garantía de la deuda, por la suma de $ 2,494-80, intereses y costas del proceso, sirviendo de título ejecutivo el reconocimiento de la Tesorería General a cargo del mismo señor Rodríguez, en su calidad de rematador de las mencionadas rentas, por concepto de cánones de arrendamiento que no habían sido pagados por el rematador.

En el juicio subsiguiente propuso el ejecutado las excepciones de falsedad del documento que sirvió de base al auto ejecutivo, pago efectivo de la deuda y error de cuenta, y las fundamentó, así:

Falsedad del título ejecutivo.

"No puede revocarse a duda ni mucho menos ocultarse a vuestra penetración jurídica, que el instrumento en que se hacen constar contratos de arrendamiento de rentas públicas, de la naturaleza de los mencionados, no es posible que tenga el carácter, por sí mismo, de título ejecutivo, ya porque tales actos son esencialmente bilaterales, ya porque los pagos periódicos que se verifican durante su vigencia no permiten que, terminada ésta, pueda contarse con una obligación a cargo del arrendatario, de pagar una cantidad de dinero líquida y determinada. Lo contrario, sería darles, dentro de los derechos y obligaciones de las partes, un alcance que de su condición legal jamás se puede derivar. De esa suerte, el documento que sirve con toda suficiencia de fundamento a la acción ejecutiva, es el reconocimiento expedido por el Administrador y Recaudador de la renta o rentas arrendadas que, en el caso de que me ocupo, lo fue el Administrador de Hacienda Departamental, hoy Tesorero General de Hacienda del Departamento. Pero ese reconocimiento, como vosotros lo sabéis, no es una orden emanada de ese empleado, porque no tiene la autoridad suficiente para ello; es la liquidación de la cuenta respectiva tomada del libro en que se han hecho los cargos y descargos sucesivos, hasta llegar a establecer como consecuencia matemática, el saldo efectivo a cargo del responsable: es, en síntesis, el resultado de una cuenta llevada con exactitud y con las formalidades legales. El documento, base de la ejecución que se me sigue, o sea el reconocimiento de fecha treinta de noviembre del año próximo pasado (1927), no sólo carece en el fondo de aquellas formalidades, sino que es absolutamente falso, porque, según los libros de contabilidad de esa Oficina, a la fecha de su expedición, en la cuenta referente a la renta de degüello, no había saldo alguno en contra mía, porque en virtud de la verificación de las consignaciones hechas en una como en la otra cuenta, y del traspaso que por esa verificación se hizo, el saldo de mil treinta y nueve pesos con cincuenta centavos ($ 1,039-50) que aparecía en la primera, originario de imputaciones erróneas y subrepticias, como lo demostré a su debido tiempo, desapareció por completo, y por lo mismo no pudo el señor Tesorero, sin falsear la cuenta, obtener un reconocimiento verídico y completo. Del mismo modo, pero con mayor defecto, se procedió respecto del reconocimiento referente al saldo de la cuenta de licores, porque atendiendo al último asiento de los libros, éste era de mil ciento cincuenta pesos ochenta y siete centavos ($ 1,150-87), y sólo se libró por la cantidad de ciento once pesos con treinta y siete centavos ($ 111-37), con el propósito de restablecer de modo indebido un cargo que, por convenio amigable y legalmente celebrado entre el acreedor y el deudor, había sido eliminado."

Como se ve, de los fundamentos anteriores y de los antecedentes ya expuestos, el fundamento único sobre que descansa la excepción de falsedad del título ejecutivo, estriba en el valor jurídico que deba darse al traspaso de saldos y variación de imputaciones hechos por el Administrador de Hacienda a solicitud del ejecutado, señor Rodríguez, en los libros de la Administración, al trasladar a la cuenta de la renta de degüello algunos pagos que habían sido imputados a licores.

Se observa:

El Tribunal a quo dice en relación a esta excepción lo que sigue:

"El artículo 1654 del Código Civil, aplicable al caso, dice:

'Si hay diferentes deudas, puede el deudor imputar el pago a la que elija; pero sin el consentimiento del acreedor no podrá preferir la deuda no devengada a la que lo está; y **si el deudor no imputa el pago de ninguna en particular, el acreedor podrá hacer la imputación en la carta de pago; y si el deudor lo acepta, no le será lícito reclamar después.**'

"Ahora bien: ya sea que los pagos se hicieren directamente por el rematador señor Rodríguez, o por su administrador señor Aulí, quien, por su carácter de mandatario, tenía facultad de hacer pagos, y por consiguiente de imputarlos (artículo 2158 del Código Civil), al expedirse los recibos a medida que se hacían las consignaciones, tenía que especificarse en ellos por concepto de qué renta se recibían los pagos, y a cuál de ellos se imputaban, y si el consignante al respecto no hizo reclamo, fue porque aceptó las imputaciones, lo cual está indicando que el empeño del señor Rodríguez, en el sentido de que se varíen las imputaciones primitivas, es extemporáneo, de conformidad con la disposición transcrita.

"Concluyese de lo anterior, que la primera excepción invocada no está demostrada."

El señor Procurador trata el punto de la siguiente manera:

"A mi modo de ver esta traslación de cuentas en que se funda la excepción de pago no es legal, y no produjo efectos jurídicos, y por consiguiente, carece de mérito la excepción propuesta.

"Efectivamente: es ilegal la nueva imputación hecha por razón del traspaso, porque la imputación primera era válida y legítima. Además de las razones expuestas por el honorable Tribunal, está la de las amplias autorizaciones dadas por el demandado a su agente Marco Antonio Aulí, quien hizo las consignaciones a nombre de su mandante, y ha sostenido, como lo reconoce el mandante, el haberlas hecho en la forma primitiva. El señor Marco Antonio Aulí tenía poder para hacer las imputaciones en la forma que a bien tuviera, pues había recibido de Rodríguez la administración y manejo de las rentas, como consta, entre otras, por la siguiente declaración del mismo ejecutado:

. . . . . .

"El señor Marco Antonio Aulí me propuso en esta ciudad, y después desde Sogamoso, por medio de cartas, que figurara yo como rematador de las rentas de las regiones indicadas, quedando por su cuenta y riesgo la administración y manejo de ambas hasta la finalización del contrato....., a lo cual convine, en consideración a que el señor Aulí era mi mejor amigo....." (Cuaderno E, folio 3).

"Como una de las primordiales facultades que se confieren a los administradores, y que corresponden por naturaleza al contrato de mandato, es la de poder hacer pagos (artículo 2158 del Código Civil), y como la facultad de imputarlos es una consecuencia necesaria de la autorización de pagar, resulta que las imputaciones de pago hechas y ratificadas por Aulí, produjeron efectos jurídicos definitivamente respecto de su mandante, desde el momento que fueron ordenadas."

Tanto la exposición del Tribunal como la del señor Procurador, hacen ostensible la falta de fundamento de la excepción que se analiza.

Arguyese que siendo el Administrador de Hacienda el empleado encargado por las ordenanzas del Departamento de Boyacá, de recaudar las rentas, en la imputación de los pagos que a dicho funcionario se hagan, intervienen tan sólo éste y el respectivo deudor; de donde se sigue que los mismos pueden, de común acuerdo, cambiar tal imputación después de hecha.

La conclusión que de este argumento se pretende deducir, o sea la que el Administrador de Hacienda puede, de acuerdo con el deudor, cambiar en cualquier tiempo una imputación de pago válidamente hecha, es inadmisible, porque produciendo el pago el efecto jurídico de extinguir la obligación, una vez hecha legalmente la imputación desaparece la deuda, y ya no entra en las facultades del empleado encargado de recibir e imputar los pagos el revivir la obligación que ha dejado de existir, una vez que este fenómeno es sustancialmente distinto y aun opuesto al de pago.

Pago efectivo.

Se hace consistir esta excepción en el certificado dado por el Administrador de Hacienda, de que el ejecutado está a paz y salvo con el Tesoro del Departamento en razón de la administración de la renta de degüello, certificado que no es otra cosa que una consecuencia de los traspasos ya calificados de ilegales. No teniendo jurídicamente valor alguno dichos traspasos, tampoco lo tiene el certificado de que se trata, de donde se sigue que la excepción de pago carece igualmente de fundamento, tanto más cuanto que conforme al certificado expedido por el Notario 1° del Circuito de Tunja, el veintisiete de febrero de mil novecientos veintinueve (folio 19 vuelto, cuaderno X), por escritura número 1313, de ocho de diciembre de mil novecientos veintisiete, fue cancelada la número 1218, de la misma Notaría, de fecha nueve de diciembre de mil novecientos diez y nueve, por el Secretario de Hacienda del Departamento, declarando que el ejecutado, señor Rodríguez, está a paz y salvo con el Departamento en relación con el contrato de administración de la renta de licores. De modo, pues, que si la excepción que se considera prosperara, se admitiría el absurdo de que con el pago de una misma suma de dinero cancelaba el ejecutado dos cuentas distintas al Departamento, la de degüello y la de licores.

Resta examinar, relativamente a la excepción que se estudia, el valor probatorio de la inspección ocular practicada en la primera instancia a petición del ejecutado.

Los peritos que intervinieron en la diligencia expusieron lo que sigue:

"En el libro de cuentas corrientes de los años de mil novecientos veintiuno y mil novecientos veintidós, hallamos un abono a la cuenta de licores, de fecha diez de junio de mil novecientos veintidós, por la suma de mil seiscientos cuatro pesos diez centavos ($ 1,604-10), según el recibo número 15, que también hace a la imputación de licores, lo mismo que el libro de caja. Observamos que esta cantidad es exactamente igual a la suma de mil doscientos cincuenta y siete pesos con sesenta, y de trescientos cuarenta y seis pesos con cincuenta, que dan precisamente las cuotas que el señor Rodríguez abonaba cada mes a las cuentas de licores y degüello, respectivamente, por lo cual conceptuamos que ha habido una imputación indebida, que de haber sido imputada debidamente, habría dejado saldada la renta de degüello

por parte del señor Rodríguez. El asiento correspondiente al número 39, de fecha siete de marzo de mil novecientos veintidós, por seiscientos noventa y tres pesos, se hizo después del correspondiente al número 77, de fecha veintidós de marzo de ese año. Confrontando el recibo número 39 con la libreta correspondiente, se halla enmendada la imputación que dice: "Licores," y como esta suma es el duplo de la partida que se abonaba mensualmente para degüello, **quizás ha habido falsa imputación.** En la cuenta de degüello de mil novecientos veintidós, observámos que se hizo un abono a favor del señor Rodríguez en el mes de marzo, pero tanto la fecha como la partida aparecen raspadas. En esta misma cuenta aparece como saldo en contra del señor Rodríguez, en treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiuno, la suma de seiscientos noventa y tres pesos, y además, en treinta y uno de enero del año siguiente, la de trescientos cuarenta y seis pesos con cincuenta. Por consiguiente, conceptuámos que si las imputaciones de que hemos hablado anteriormente se hubieran hecho en debida forma, el saldo en treinta y uno de enero de mil novecientos veintidós, que figura a cargo del señor Rodríguez, habría quedado balanceado en su totalidad."

Este dictamen adolece de falta de claridad, y las deducciones de los peritos se basan en simples conjeturas, que no alcanzan a destruir la realidad de los asientos hechos en los libros de la Administración de Hacienda. Las enmendaduras que en éstos anotan los peritos, tienen la clarísima explicación de obedecer al cambio de las imputaciones, verificado primero por disposición del Administrador de Hacienda, y luégo por orden del Gobierno Departamental, cuando dispuso que se describieran las operaciones tendientes a que las cuentas expresadas volvieran al estado que tenían antes de haberse refundido los saldos de las dos cuentas. Queda, pues, el punto jurídico en el mismo estado antes expuesto, tanto más cuanto que el excepcionante, lejos de desconocer la deuda, la reconoce de modo explícito, limitando su aspiración al cambio de imputación de los pagos.

El señor apoderado del excepcionante ha solicitado o insinuado que por medio de auto para mejor proveer, disponga la Corte que el referido dictamen sea aclarado en los puntos en que adolece de ambigüedad. Mas como lo observa el señor Procurador, habiéndose conferido traslado de dicho dictamen, sin que ninguna de las partes le hiciera observación alguna, ha pasado la oportunidad de ordenar su aclaración, y por otra parte, la Corte no considera necesaria tal aclaración, dados los antecedentes antes expresados.

Error de cuenta.

El Tribunal de primera instancia, relativamente a esta excepción, se expresa así:

"Alega el señor Rodríguez en apoyo de esta excepción, que el reconocimiento que sirvió de base al recaudo ejecutivo, es erróneo, por no estar en consonancia con los libros de cuentas de donde se dedujo, y por error en algunas de las operaciones aritméticas en la liquidación.

"Respecto del primer reparo u objeción, no se produjo prueba alguna, de manera que carece de fundamento.

"En lo que mira a simple error aritmético, lo aduce en esta forma respecto a la renta de degüello:

'El contrato principió el primero de febrero de mil novecientos veinte, y sin embargo incluyeron este mes en las veinticinco mensualidades, comprendidas desde febrero de mil novecientos diez y ocho, inclusión tanto más indebida cuanto que el canon de arrendamiento referente a ese mes era de $ 231 y nó de $ 210, fijado para el contrato anterior. De manera que con este error bastaría para echar por tierra el reconocimento expedido por el señor Tesorero General en relación con esta renta. Pero hay más: el producto de la renta de Sugamuxi y Territorio Vásquez, desde marzo hasta noviembre de mil novecientos veinte, fue de $ 2,079, a pesar de lo cual se cargaron $ 42, que no se sabe de dónde pudieron sacarse, porque el canon se fijó en $ 221 para Sugamuxi y $ 10 para el Territorio. De modo que tenemos:

'Valor de veinticuatro mensualidades, de febrero de mil novecientos diez y ocho a enero de mil novecientos veinte, a razón de $ 210 cada una.....$	5,040 ..
'Consignaciones hechas en el mismo período de tiempo.....	4,410 ..
'Saldo siguiente a la cuenta de mil novecientos veinte.....$	0,630 ..
'Producto en nueve meses, desde marzo hasta noviembre de mil novecientos veinte, a razón de $ 31 cada mes.....	2,079 ..
'Producto en el mes de febrero.....	0,231 ..
'Suma.....$	2,940 ..
'Consignado en el mismo período.....$	2,845 50
'Saldo para el mes siguiente.....	0,094 50

y no de $ 115, como dice la cuenta.

'Producto de catorce meses, a contar de diciembre de mil novecientos veinte a enero de mil novecientos veintidós, fecha en que terminó el contrato, a razón de $ 246-50 mensuales (Ordenanza 11 de 1920)..$	4,351 ..
'Recargo del 50 por 100 sobre la mensualidad de noviembre.....	0,115 ..
'Suma.....$	5,061 ..
'Consignado.....$	4,042 50
'Saldo definitivo.....	1,018 50

y no de $ 1,039-50, como se dijo en la cuenta.'

"Estima el Tribunal que, efectivamente, tiene razón el señor Rodríguez en cuanto al error aritmético que anota, pues repitiendo las operaciones, resulta un saldo definitivo de $ 1,018-50, y no de $ 1,039-50, lo cual arroja una diferencia en su favor de $ 21.

"Respecto de la renta de licores, el error aritmético lo presenta en esta forma:

'Renta de licores.

'Esta cuenta quedó saldada el treinta de abril de mil novecientos veinte, con la suma de $ 9,571-29, como se ve del extracto a que me refiero. De modo que el producto de mayo de mil novecientos veinte, a razón de $ 1,257-60 mensuales, hasta enero, inclusive, de mil novecientos veintidós (veintiún meses), es de...$ 26,409 60

'Y el de diez y nueve días de febrero, en que terminó el contrato, por razón de la vacante.. 00,206 08

'Suma.....$ 27,206 08

'Suponiendo que no se hubieran hecho consignaciones hasta esa fecha sino por la suma de.. ..$ 27,151 17
el saldo definitivo sería de.. .. .. 54 37
y no de $ 111-37, error en que incidió, porque la liquidación referente a los diez y nueve días de febrero tiene de más la suma de $ 57.'

"Repitiendo las operaciones, se ve que también tiene razón bajo este aspecto el excepcionante.

"De manera que de la ejecución debe descontarse la suma de veintiún pesos ($ 21) a favor del ejecutado, por error relativo en el extracto de la renta de degüello, y la de cincuenta y siete pesos ($ 57), por error en el extracto de la renta de licores, más los intereses de estas cantidades, al dos por ciénto (2 por 100) mensual, en sesenta meses (setenta quiso decirse), comprendidos desde el primero de febrero de mil novecientos veintidós al treinta de noviembre de mil novecientos veintisiete, a que alude el reconocimiento de la renta de degüello, o sean ciento nueve pesos ($ 109) de intereses, todo lo cual da un total de ciento ochenta y siete pesos ($ 187), que deben restarse de dos mil cuatrocientos noventa y cuatro pesos con ochenta centavos ($ 2,494-80), lo que da un saldo de dos mil trescientos siete pesos con ochenta centavos ($ 2,307-80).

"Como en la cantidad anterior están comprendidos los intereses estipulados por la mora, hasta el treinta de noviembre de mil novecientos veintisiete, debe tenerse en cuenta esta circunstancia, a efecto de que no se cobren intereses de intereses, como se ordena en la ejecución, procedimiento prohibido por el artículo 2235 del Código Civil."

Siendo exactas las anteriores observaciones, la Corte las acoge como fundamento de su fallo en el punto que se considera.

Como consecuencia de todo lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia apelada, con costas a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente devuélvase el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Sala Dual—Bogotá, octubre primero de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Por auto de seis de agosto último, dictado en el juicio ejecutivo que ante el Juzgado de Rentas de Barranquilla adelanta la Nación contra el señor Eduardo L. Gerlein, por pesos, el señor Magistrado de esta Sala de la Corte, a quien correspondió conocer como sustanciador de un incidente de excepciones, rechazó la demanda en que éstas se propusieron, por estimarla extemporánea, a causa de haberse presentado cuando ya estaba ejecutoriado el auto de citación para sentencia de pregón y remate.

De este proveído solicitó reposición el personero del ejecutado y apeló en subsidio.

El mismo personero propuso en memorial de fecha diez del citado mes de agosto, un incidente de nulidad de lo actuado en el juicio, con fundamento en haberse continuado la actuación ante el Juez de Rentas, sin que se hubiera notificado previamente el auto de la Corte que aprobó la liquidación de costas practicada por el Secretario en la apelación del mandamiento ejecutivo.

En auto datado a veintitrés del mismo mes, el señor Magistrado sustanciador no accedió a revocar ni a reponer el auto reclamado y negó asimismo la apelación interpuesta contra éste, por estimarlo inapelable. En cuanto a la petición sobre nulidad, se abstuvo de darle curso por considerar que la Corte carecía de jurisdicción para ello, y dispuso que se devolviera la actuación al Juzgado de Rentas.

La parte ejecutada pidió se repusiera esta providencia y se le expidieran en subsidio las copias del caso para recurrir de hecho ante la Sala de Decisión.

Negada la reposición, se expidieron las copias y con ellas se ha presentado la mencionada parte haciendo valer el recurso de hecho.

Para resolver lo pertinente acerca de éste, se considera:

Las providencias que se dejan relacionadas versan sobre dos cuestiones distintas, a saber:

1) La admisibilidad de las excepciones propuestas; y

2) La procedencia del incidente de nulidad de lo actuado.

Respecto del primero de estos puntos se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 513 del Código Judicial, por cuanto el recurrente ha traído copia de la providencia apelada, de las diligencias de su notificación, del escrito en que interpuso la apelación, del auto que la negó y del memorial en que pidió la reposición de esta última providencia.

No ocurre igual cosa en lo relacionado con el incidente de nulidad, una vez que de las copias aducidas por el recurrente no aparece que éste haya interpuesto apelación contra el auto de veintitrés de agosto que no accedió a darle curso al referido incidente, ni desde luégo, que tal recurso le haya sido negado, ni finalmente que de tal negativa haya solicitado reposición el recurrente.

No reuniendo, pues, el recurso de hecho en lo que dice relación al incidente de nulidad, los requisitos requeridos por la ley, debe declararse improcedente por este solo aspecto.

En lo que hace referencia a la admisibilidad de las excepciones que fue rechazada en auto de seis de agosto, se tiene en cuenta:

El auto que niega la admisión de las excepciones es de carácter interlocutorio, de acuerdo con la norma sentada al respecto por el ordinal 2° del artículo 466 del Código Judicial.

El artículo 511 *ibídem*, establece:

"De los autos interlocutorios que dicte un Magistrado cuando no procede como Juez *ad quem*, sólo se concede el recurso de súplica para ante los Magistrados restantes de la Sala de Decisión."

El recurso de súplica es distinto del de apelación, pues de una parte el artículo 484 del referido estatuto establece distinción clara entre uno y otro recurso, distinción que también aparece de manifiesto en la respectiva exposición de motivos, la cual dice, refiriéndose a la súplica:

"Es el único recurso que se da contra los autos interlocutorios que dicta un Magistrado en calidad de ponente, esto es, cuando no procede como Juez *ad quem*, lo que

quiere decir que respecto de estas providencias, en vez de pedir que sean reformadas o revocadas por su mismo autor, se dirige la solicitud a los Magistrados restantes de la Sala de Decisión, para que sean ellos los que la reconsideren, que es el medio más adecuado para que se enmiende el agravio o el error, si lo ha habido. No hay otra diferencia que ésta entre el recurso de que se trata y el de reposición.

Es antijurídico decir, como dice la ley vigente, que tales autos son apelables para ante el resto de la Sala, porque la apelación supone un segundo grado de jurisdicción, el que no se concibe dentro de un mismo cuerpo y con relación a un mismo asunto."

De lo hasta aquí dicho aparece con claridad que el auto que negó la admisión de las excepciones o que se abstuvo de darles curso, no es susceptible del recurso de apelación, sino del de súplica.

Habiéndose, pues, interpuesto contra dicho proveído el recurso de apelación, que no era procedente, tampoco puede serlo el recurso de hecho, conforme a lo establecido en el artículo 516 del Código Judicial.

Por otra parte, el inciso 2º del artículo 485 del propio Código, declara que hay lugar al recurso de hecho cuando no se otorga alguno de los enumerados en los ordinales 2º y 4º del artículo 484, esto es, el de apelación o el de casación. De consiguiente, respecto del recurso de súplica, no existe el de hecho; y esto se explica si se tiene en cuenta que conforme a la parte antes transcrita de la exposición de motivos, la solicitud en que se interpone el recurso de súplica se dirige a los Magistrados restantes de la Sala de Decisión, lo cual hace que el Magistrado sustanciador no tenga que resolver nada en orden a su concesión.

Por tanto, la Sala Dual de la de Negocios Generales, niega los recursos de hecho a que se ha hecho referencia y dispone se ponga esta resolución en conocimiento del señor Magistrado sustanciador, y se archive la actuación.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la Gaceta Judicial.

ENRIQUE A. BECERRA—Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, octubre cuatro de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Motiva el presente auto el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Sociedad Urbanizadora La Favorita y del señor Roberto Wills, contra el proveído de veintiocho de mayo último, que declaró probada la excepción de inepta demanda y no probada la de ilegitimidad de la personería, propuestas en el juicio ordinario que aquéllos adelantan contra el Departamento del Tolima ante el Tribunal Superior de Ibagué.

Las peticiones de la demanda son del siguiente tenor:

"Que es nulo relativamente y queda rescindido por causa de lesión enorme, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 1180 de trece de agosto de mil novecientos veintisiete, otorgada ante el Notario 3º del Circuito de Bogotá.

"2º Que la anterior declaración de rescisión se refiere al contrato de compraventa por el cual el señor Horacio Villegas R., como Gerente de la Sociedad Urbanizadora de La Favorita, vendió a la Empresa del Ferrocarril Ambalema-Ibagué, para el Departamento del Tolima, una zona de la hacienda de Pajonales y Tautao, allí determinada, por su cabida, situación y linderos.

"3º Que en virtud de las declaraciones anteriores, el Departamento del Tolima tiene la obligación de completar a la parte vendedora, en el citado contrato, o sea a la Sociedad Urbanizadora de La Favorita, el justo precio de la cosa vendida, con deducción de una décima parte, o consentir en la rescisión y restituir con sus frutos naturales y civiles la citada zona, por los linderos que señala el mismo título, debiendo computarse los frutos desde la fecha de esta demanda y debiendo restituir la zona dentro de los seis días siguientes a la notificación de la sentencia.

"4º Que en el caso de que el comprador consienta en la rescisión, cosa que deberá manifestar dentro del término prudencial que la sentencia le fijará y se halle en el caso de restituir la cosa, deberá previamente purificarla de las hipotecas u otros derechos reales que haya constituído en ella.

"5º Que el Departamento del Tolima está obligado a las prestaciones de que habla el artículo 1948, inciso 2º del Código Civil, en relación con lo que disponen los artículos 1746 y 964, inciso 3º de la misma obra.

"6º Que en caso de no declararse la reposición del contrato por lesión enorme, como lo solicito en los puntos anteriores, en subsidio se declare nula la cláusula quinta de la escritura número 1180 de 13 de agosto de 1927, pasada ante el Notario 3º del Circuito de Bogotá, citada, en la parte en que dicha cláusula dice así:

"...Declara además la vendedora (Sociedad Urbanizadora La Favorita), que con la suma recibida le quedan cubiertos todos los perjuicios.... futuros, que puedan ocasionarse a la Sociedad vendedora o a sus sucesores en la propiedad con la construcción, sostenimiento y explotación del ferrocarril Ambalema-Ibagué...."

"7º En subsidio y para el caso de no hacerse la declaración anterior, pido se interprete por el honorable Tribunal la misma cláusula quinta, en la misma parte transcrita en el punto anterior, para fijar su verdadera inteligencia en relación con los **perjuicios futuros** de que habla dicha cláusula, limitándola a los perjuicios que se previeron al tiempo de la celebración del contrato, que no pudieron ser otros que los referentes a la construcción, sostenimiento y explotación del ferrocarril Ambalema-Ibagué, durante el tiempo de la construcción misma, u otro tiempo limitado, como por ejemplo el de un año o cosa semejante.

"Como en el caso de rescisión del contrato la parte compradora podrá, a su arbitrio, consentir en ella, o insistir en la compraventa, en este último evento o en el de que se negare la rescisión del contrato, solicito que se declare la nulidad a que se refiere la petición anterior, o que se haga la interpretación a que se refiere la presente.

"8º Que en todo caso se condene al Departamento del Tolima a pagar a mi representado señor Roberto Wills, actual dueño y poseedor de la hacienda de Pajonales y Tautao, la cantidad de cincuenta mil pesos moneda corriente ($ 50,000), como valor de la indemnización de los daños y perjuicios que se le ocasionaron por los incendios verificados en dicha hacienda en el mes de enero del presente año. La estimación que hago en esta petición queda sometida a la justa tasación pericial.

"9ª Para todos los casos en que no haya lugar a la rescisión del contrato de compraventa, de que trata la primera solicitud de esta demanda, sea porque la niegue la sentencia o porque la parte demandada insista en el contrato de compraventa, solicito se declare:

"a) Que el Departamento del Tolima o quien le suceda en el dominio del ferrocarril de Ambalema-Ibagué, tiene obligación de mantener cercada la vía a uno y otro lado de la carrilera, salvo lo estipulado en cuanto a cercas existentes cuando se celebró el contrato de compraventa, obligación que debe cumplir en todo el trayecto de la zona comprada a la Sociedad Urbanizadora de La Favorita, de que trata la citada escritura número 1180 de 13 de agosto de 1927, otorgada en la Notaría 3ª del Circuito de Bogotá;

"b) Que el mismo Departamento o quien le suceda en el dominio del citado ferrocarril, tiene la obligación de construir y mantener los pasos a nivel, de que trata la cláusula 4ª de la misma escritura;

"c) Que el mismo Departamento o quien le suceda en el dominio del ferrocarril, está obligado a mantener limpia la vía férrea a uno y otro lado, en toda la extensión de la zona comprada por el Departamento demandado a la Sociedad Urbanizadora de La Favorita; y

"d) Que el mismo Departamento, o quien le suceda en el dominio del ferrocarril, está obligado a no quemar en sus máquinas combustibles que arrojen chispas, o a proveerlas de aparatos extinguidores de las chispas que arrojen para evitar incendios."

El artículo 209 del Código Judicial establece:

"En una misma demanda se pueden ejercitar varias acciones, siempre que concurran los siguientes requisitos:

"1º Que el Juez sea competente para conocer de todas. Con todo, si una o más acciones son de mayor cuantía, pueden juntarse a otra u otras de menor cuantía, prorrogándose la jurisdicción y siguiéndose, en su caso, la tramitación que corresponde a la de mayor cuantía.

"2º Que puedan sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial; y

"3º Que las acciones no sean contrarias e incompatibles entre sí. Sin embargo, pueden proponerse subsidiaria o condicionalmente dos remedios contrarios, siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles."

Aun cuando la disposición transcrita no lo dice expresamente, debe entenderse que la acumulación de acciones en ella prevista, tiene cabida solamente cuando la parte demandante es una misma en todas las acciones, así como la parte demandada, ya que en el conjunto de la demanda la parte actora tiene que ser idéntica, lo mismo que la parte opositora. De lo contrario; esto es, si respecto de unas acciones hay unos demandantes y respecto de otras otros, no habrá en el juicio la unidad requerida, y, antes bien, podría decirse que habría varios juicios reunidos. Y lo que se dice de los demandantes cabe decir también, con igual razón, de los demandados.

Lo que se acaba de exponer aparece con entera claridad de los términos del artículo 269 del Código abolido, que corresponde al 209 del actual, pues allí se decía:

"En una misma demanda se pueden ejercitar por una misma parte, varias acciones contra el demandado....."

En el caso que se examina no se cumple el indicado requisito por no ser unos mismos los demandantes en todas las acciones intentadas, pues respecto de las marcadas con los ordinales 1º a 7º y 9º de la parte petitoria, los demandantes son, conjuntamente, la Sociedad Urbanizadora de La Favorita y el señor Roberto Wills, al paso que en la acción de perjuicios a que se contrae el ordinal 8º, el demandante es tan sólo el nombrado señor Wills, desde luégo que únicamente en favor de éste se pide la indemnización de perjuicios que allí se demanda. Esta circunstancia hace que el caso actual no sea procedente la acumulación de acciones que contempla el texto legal antes copiado.

Ahora, en cuanto a las reglas de la acumulación de autos consignadas en los artículos 396 y siguientes del Código Judicial, no tienen ellas aplicación en el caso que aquí se ofrece, por cuanto la acumulación de autos, según lo enseña el citado artículo 396, "es la reunión de dos o más procesos para sustanciar y decidir en un solo juicio los asuntos a que se refieren," en tanto que aquí se trata de acumular varias acciones en una misma demanda, fenómeno jurídico distinto de aquél y que se rige también por reglas diferentes. En otros términos: los artículos 396 y siguientes del Código Judicial tienen tan sólo aplicación cuando se trata de acumulación de autos, según la definición que de ésta trae el mismo Código. La acumulación de acciones en una misma demanda se halla regulada exclusivamente por el artículo 209 de allí.

De lo expuesto, se concluye que es fundada la excepción de inepta demanda.

En cuanto a la de ilegitimidad de la personería, habiendo el Tribunal declarado dicha excepción y no habiendo interpuesto apelación la parte demandada, no hay lugar a considerarla.

Por lo dicho, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, confirma el auto recurrido.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese e insértese en el órgano de la Corte.

ENRIQUE A. BECERRA—Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, octubre cuatro de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales adelanta juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva contra el señor Julián J. Escobar, y contra sus fiadores señores Julia Cuéllar de Escobar y doctor Tomás de J. García Cuéllar, por la suma principal de seiscientos setenta y un pesos setenta centavos, por los intereses de esta cantidad, a la tasa del uno y medio por ciento mensual, y por las costas procesales, constituyendo el título ejecutivo dos alcances deducidos al primero de los nombrados por la Contraloría, como Cajero Contador de la vía del Nordeste.

En dicha ejecución propuso el apoderado del principal deudor las excepciones de pago y error de cuenta, las que fundó en los siguientes hechos:

"1º Se glosó la partida de ciento nueve pesos ($ 109) valor de una montura, compuesta de zamarros, apero

de cabeza, funda para encauchado, aciones, estribos galápago, todo en material inglés y unas valijas de mano de material del país, comprado todo al señor Dimas Porras, en la ciudad de Bogotá. Esta montura se compró por orden del Ministerio de Obras Públicas y fue entregada por mi mandante al Cajero que lo reemplazó, según el acta suscrita por ambos con fecha quince de febrero de mil novecientos veintiocho, en la ciudad de Moniquirá, que presento original y con el visto bueno del Ingeniero Administrador, en una foja útil. Presentó también en dos fojas útiles la cuenta original presentada por el señor Dimas Porras para cobrar dicha montura. Con estos comprobantes quedan establecidos los hechos que justifican la compra de la montura, y por lo tanto no puede cobrársele a mi mandante su valor, puesto que la montura pasó a poder de la Nación para el servicio de los empleados en la carretera de que se trata.

"2ª Se glosó la partida de ciento cuarenta y cuatro pesos ($ 144) pagados al señor Juan Francisco Peña por los daños que le causó un taladro en su casa. La glosa se hizo por no haber acompañado la diligencia de avalúo.

"En dos fojas útiles acompaño las declaraciones de Carlos Núñez y Simón Ortega, con las cuales compruebo el avalúo dado a esos daños.

"3ª Se glosaron cuatro cuentas de jornales por las siguientes cantidades: una por $ 98; otra por $ 207-20; otra por $ 14; y otra por $ 19-60. Se hizo la glosa porque no había partida apropiada para hacer el pago en los meses respectivos. Pero es lo cierto que desde el momento en que se hizo el pago había dinero disponible, toda vez que a la vía se le suministraba dinero en partidas globales con las cuales se atendía a los servicios prestados semanalmente. En cuatro fojas útiles acompaño las cuentas originales con los requisitos del caso.

"4ª Se objetó también, o mejor dicho, se glosó la suma dada al Inspector de la carretera, Luis Avila Cediel, para establecer los trabajos en la sección de Ubaté. Esta suma se suministró por haberlo ordenado así el Ministerio de Obras Públicas.

Acompaño también en dos fojas útiles el telegrama original que le dirigió el Ministro de Obras Públicas al señor Escobar ordenándole que le entregara la oficina de caja el señor Juan José Leal, nombrado Cajero en su lugar."

Estando debidamente sustanciado el incidente de excepciones, se procede a dictar el fallo que las decida.

Consta de autos que el responsable de las cuentas, señor Julián J. Escobar, solicitó reconsideración de los autos de fenecimiento en que se le dedujeron los alcances antes mencionados y que la Contraloría admitió algunos y rechazó otros, sin que el mencionado Escobar hubiera hecho uso del derecho de apelar para ante el Consejo de Estado, de las providencias de la Contraloría que le fueron desfavorables, derecho que le concedían los artículos 7º y 8º de la Ley 42 de 1923. Ante dicha entidad hubiera podido el interesado, en la instancia que allí se surte, presentar las alegaciones, comprobantes y descargos que lo relevaran de la responsabilidad deducida contra él en la primera instancia del juicio de cuentas.

Omitido ese recurso por no haberlo interpuesto el interesado, las resoluciones del Contralor General que dedujeron los alcances que se tratan de hacer efectivos en el presente juicio, quedaron ejecutoriadas y no pueden hoy ser revisadas por la Corte, ya que la única entidad que tiene facultad legal de efectuar dicha revisión es el Consejo de Estado.

Sirve de corroboración a lo anterior el artículo 6º de la mencionada Ley 42, conforme al cual "el Contralor General tendrá competencia exclusiva en todos los asuntos referentes al examen, glosa y fenecimiento de las cuentas de los funcionarios o empleados encargados de recibir, pagar y custodiar fondos o bienes de la Nación." Competencia ésta que debe entenderse por supuesto sin perjuicio del recurso ante el Consejo de Estado establecido por la misma Ley 42, según se vio atrás.

También confirma lo que se viene diciendo en el artículo 7º de la misma Ley, en cuanto dispone que "toda decisión del Contralor o del Auditor Seccional, tomada dentro de sus respectivas facultades, será obligatoria para todos los empleados y funcionarios administrativos a que ella se refiera."

En sentencia de diez y nueve de septiembre último dijo esta Sala, en relación con un caso análogo al actual, lo que sigue:

"Se trata, pues, de providencias ejecutoriadas, dictadas por funcionario competente en ejercicio de sus atribuciones legales y en juicio administrativo especial relacionado con la administración activa y pasiva del Tesoro Nacional. En dicho juicio no tiene la Corte Suprema intervención ninguna ni puede por lo mismo revisar, reformar ni revocar las providencias allí dictadas, que es, en el fondo, y en sustancia, lo que el excepcionante busca con la réplica, impugnación y crítica que viene a formular aquí contra las decisiones de la Contraloría. Porque la Corte no es superior jerárquico de la Contraloría ni es Tribunal de cuentas para entrar a examinar las de los responsables del Erario.

"Es claro que una ejecución que se basa en alcances deducidos contra tales responsables, o en reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos, o en multas que deben ingresar al Tesoro, puede ser enervada o destruida en diferentes casos, por ejemplo, cuando el alcance no lo deduce, el reconocimiento no lo hace o la multa no la impone el funcionario competente, o cuando se dicta contra persona no responsable, o el mandamiento de pago se extiende a suma mayor de la señalada en cualquiera de aquellos documentos. En esos y en otros casos que pudieran citarse, caben y pueden prosperar las excepciones, pero no cuando éstas se fundan—en la simple desconformidad del responsable con las decisiones ejecutoriadas, acertadas o nó, que eso poco importa—de los funcionarios que tienen a su cargo el examen, glosa y fenecimiento de las cuentas de los empleados de manejo."

Como de lo que se deja expuesto aparece que son infundadas las excepciones que se consideran, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas.

Publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase oportunamente el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, octubre catorce de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis F. Rosales).

En el juicio ejecutivo que adelanta el Juez de Ejecuciones Fiscales Nacionales contra Severo Navia T., deudor principal, y contra Isaac Tovar P. y Avelino Navia P., fiadores por la cantidad de $ 3,346-40, intereses y costas, el primero de ellos propuso las excepciones de error de cuenta y de pago.

El funcionario ejecutor envió el asunto al Tribunal Superior de Bogotá y éste—más tarde—por haber entrado a regir la Ley 105 de 1931, lo hizo venir a la Corte en donde se procede a resolver lo que corresponde.

El importe de la ejecución proviene de los alcances deducidos por la Contraloría General de la República contra Avelino Navia G. en su calidad de Contador Pagador del camino nacional "La Plata-Cali," y en relación con las cuentas de los meses de junio, septiembre, octubre y diciembre de 1928, y febrero y marzo de 1929.

Como consta en el expediente de la ejecución, las cuentas de los meses expresados fueron fenecidas con alcances, y las providencias en que éstos se dedujeron se notificaron al responsable, quien se conformó con ellas una vez que no interpuso, dentro del término legal, los recursos de apelación ante el Consejo de Estado, a que le daban derecho los artículos 7º y 8º de la Ley 42 de 1923, y en donde habría podido, en la instancia que allí se surte, presentar las alegaciones, comprobantes y descargos que lo relevaran de la responsabilidad deducida contra él en la primera instancia del juicio de cuentas.

Esta misma situación la contempló la Corte en el juicio ejecutivo seguido por la Nación contra los señores Manuel y Heliodoro Guerrero, y en la sentencia de 19 de septiembre último dijo lo siguiente que es exactamente aplicable a la presente ejecución por la igualdad existente en uno y otro caso:

"Se trata, pues,—se dijo entonces—de providencias ejecutoriadas, dictadas por funcionario competente en ejercicio de sus atribuciones legales y en juicio administrativo especial relacionado con la administración activa y pasiva del Tesoro Nacional. En dicho juicio no tiene la Corte Suprema intervención ninguna ni puede por lo mismo, revisar, reformar, ni revocar las providencias allí dictadas, que es, en el fondo y en sustancia, lo que el excepcionante busca con la réplica, impugnación y crítica que viene a formular aquí contra las decisiones de la Contraloría. Porque la Corte no es superior jerárquico de la Contraloría ni es Tribunal de cuentas para entrar a examinar las de los responsables del Erario.

"Es claro que una ejecución que se basa en alcances deducidos contra tales responsables, o en reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos, o en multas que deben ingresar al Tesoro, puede ser enervada o destruída en diferentes casos, por ejemplo, cuando el alcance no lo deduce, el reconocimiento no lo hace o la multa no la impone el funcionario competente, o cuando se dicta contra persona no responsable, o el mandamiento de pago se extiende a suma mayor de la señalada en cualquiera de aquellos documentos. En esos y en otros casos que pudieran citarse, caben y pueden prosperar las excepciones, pero no cuando éstas se fundan—como en el caso actual—en la simple desconformidad del responsable con las decisiones ejecutoriadas —acertadas o nó, que eso poco importa—de los funcionarios que tienen a su cargo el examen, glosa y fenecimiento de las cuentas de los empleados de manejo."

Dice el apoderado del excepcionante que hay error manifiesto en la liquidación hecha por el Juzgado de Ejecuciones Fiscales, y aunque no expresa en qué consiste ese error, la Corte ha confrontado los alcances con el auto ejecutivo y ha encontrado que lejos de haber habido exceso se pecó por defecto, pues no se incluyó en el mandamiento de pago el alcance notificado y ejecutoriado número 3104, correspondiente del mes de octubre de mil novecientos veintiocho.

Con arreglo a lo que queda expuesto, son infundadas las dos excepciones propuestas por su autor, de que se ha hecho mención, y por tanto esta corporación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, las declara no probadas y ordena llevar adelante la ejecución tal como se decretó, con costas a cargo del ejecutado.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Luis A. Amado, Oficial Mayor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, octubre catorce de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

El Juzgado de Rentas del Atlántico libró, con fecha diez y siete de marzo de mil novecientos treinta, orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro Nacional y contra el señor Carlos J. Camargo, por la suma de ciento doce pesos treinta y tres centavos, por los intereses de mora, a la tasa del uno por ciento mensual, y por las costas procesales.

Sirvieron de título ejecutivo trece reconocimientos por sumas pequeñas, hechos por el Administrador de la Aduana de Santa Marta, en virtud de glosas, que al examinar las cuentas de dicho Administrador, le hizo la Contraloría General.

Por haber opuesto oportunamente el ejecutado las excepciones de error de cuenta y falsedad del documento que sirve de recaudo ejecutivo, y encontrarse éstas debidamente sustanciadas, se procede a dictar el correspondiente fallo.

Error de cuenta.

Esta excepción la fundó en el hecho de haber la Contraloría formulado las glosas que sirvieron de base a los reconocimientos después de transcurrido el término de noventa días que para el examen de las cuentas le concede el artículo 80 de la Ley 42 de 1923.

La citada disposición establece:

"El Contralor General estudiará, observará y fenecerá las cuentas de los responsables del Erario, en un término que no excederá de noventa (90) días."

En interpretación de este texto legal, la Corte ha sentado repetidas veces la doctrina de que las glosas que formule el Contralor, después de vencido el término de los noventa días expresados, carecen de valor legal, y no pueden, por tanto, servir de base a los reconocimientos que con apoyo en ellas expidan los Administradores de Aduana por lo que hayan dejado de pagar los importadores a causa de defectos en la liquidación de los derechos aduaneros.

El fundamento de esta doctrina se halla en que, debiendo los importadores liquidar el precio de venta de sus mercancías, teniendo en cuenta el costo de ellas, en el cual entra como factor importante el valor del impuesto de aduanas, no es dable que después de liquidadas y vendidas las mercancías, se obligue al importador a pagar un impuesto mayor a causa de haberse incurrido en errores en la primitiva liquidación, porque con tal procedimiento se pone al introductor en el caso de sufrir una pérdida neta, dado que ya no podrá verificarse el fenómeno que se conoce con el nombre de incidencia del impuesto, en virtud del cual el impuesto aduanero no lo soporta en realidad el importador, sino el consumidor.

A este respecto dijo la Corte, en sentencia que corre publicada en el número 1611 de la Gaceta Judicial, lo que sigue:

"No por gusto, sino en acatamiento a legítimos intereses de la industria del comercio, limitó la Ley 85 de 1915 el tiempo para hacer reconocimientos adicionales, en el concepto de estar erradas las primitivas liquidaciones de los derechos de importación. El importador liquida sus mercancías de acuerdo con los gastos efectuados, entre los cuales se destaca el impuesto aduanero que paga, y así las da a la venta. Pero es claro que si después, en cualquier tiempo, se le puede imponer el pago de una suma mayor, so pretexto de liquidaciones erradas, ningún cálculo puede formar quien a ella se dedique, ni le es posible evitar tampoco gravísimos perjuicios, señaladamente cuando ya han vendido las mercancías."

Conocida ya la doctrina de la Corte acerca del punto controvertido, resta examinar la cuestión de hecho, de si aparece acreditado en los autos que las glosas de la Contraloría que sirvieron de base a los reconocimientos, fueron hechas después de vencido el término de los noventa días de que disponía el Contralor para el examen de las cuentas.

Revisado el expediente, no se halla por parte alguna la prueba de las fechas en que llegaron a la Contraloría para su examen las cuentas de la Aduana de Santa Marta, en que se formularon las glosas de que se viene haciendo mérito.

El excepcionante, después de transcribir los artículos 35 y 37 de la Ley 42 de 1923, razona así:

"Según el artículo 35 de la Ley 42 de 1923 (transcrito), el Administrador de la Aduana (como los demás Recaudadores y Pagadores), debe rendir al Contralor General la cuenta del mes anterior en los primeros cinco días del mes siguiente, so pena de que se le aplique como sanción (artículo 37) la remoción del empleo; y como según el artículo 80, el Contralor debe estudiar, observar o fenecer dicha cuenta en un término que no exceda de noventa días, se desprende que este término, tratándose de una cuenta de la Aduana de Santa Marta, que no emplea en llegar a Bogotá más de diez días, se empieza a contar, más o menos, desde el diez y seis del mes siguiente al mes a que corresponde la cuenta."

La Corte no encuentra suficientemente fundada la conclusión a que llega el excepcionante en el párrafo que precede, porque si bien es cierto que los Administradores de Aduana tienen el deber de rendir al Contralor General, dentro de los cinco primeros días de cada mes, la cuenta correspondiente al mes anterior, es preciso tener en cuenta que el Contralor puede ampliar dicho plazo, como lo establece el artículo 37 antes mencionado. Por otra parte, en el hecho puede ocurrir que a pesar de la sanción de la remoción, haya empleados que incurran en demoras en la rendición de las cuentas, o bien que ocurran también retardos imprevistos en el envío y conducción de las cuentas. La única base segura para computar el término de los noventa días es la prueba de la fecha precisa en que las cuentas hayan ingresado a la Contraloría.

Se observa, por otra parte, que no existe en los autos el dato preciso de las fechas en que la Administración de la Aduana hubiera rendido las cuentas que dieron origen a las glosas de la Contraloría. Por este otro aspecto, la argumentación del excepcionante carece de base.

De lo expuesto se concluye que no aparece justificada la excepción de error de cuenta.

Falsedad del instrumento ejecutivo.

Fúndase, en síntesis, esta excepción, en que como las glosas que formula la Contraloría por deficiencia en la liquidación de los derechos de importación las libra contra el administrador responsable de la respectiva cuenta, y no contra los importadores, esas glosas no pueden servir de base a ejecuciones que puedan adelantarse por la jurisdicción coactiva contra los importadores.

A esta objeción responde el artículo 11 de la Ley 113 de 1919, que establece:

"La Sección de la Corte de Cuentas (hoy la Contraloría General), que al examinar la mensual de alguna aduana encontrare que se ha incurrido en error en la liquidación de los derechos de importación, dispondrá que por la Tesorería General de la República o por el introductor de las mercancías, según el caso, se hagan los reintegros a que hubiere lugar."

De acuerdo con este texto legal, en caso de que en la liquidación de los derechos de importación se haya incurrido en error en contra del Fisco, el respectivo importador es responsable de lo que por causa del error se haya dejado de pagar; pues la disposición establece que el importador es quien debe hacer el reintegro.

Es verdad que al lado de la responsabilidad del importador está la del Administrador de la Aduana, mas esta última es subsidiaria de aquélla, para el caso de que no se obtenga del importador el correspondiente reintegro. Así lo dejan ver claramente las resoluciones del Consejo de Estado, que el excepcionante transcribe en el memorial en que propuso sus defensas, como aparece del siguiente pasaje:

"En cuanto a la aplicación que pretende darle el apelante al artículo 11 de la Ley 113 de 1919, en el sentido de que los errores en la liquidación de los derechos de aduana no producen alcance a cargo del responsable, debe observarse que el Consejo tiene ya fijado el alcance de tal disposición, en el sentido de que **cuando no paga el causante de los derechos fiscales tan pronto se liquidan** (subraya la Corte), debe responder de ellos el empleado encargado de recaudarlos, ya que la falta del pago hace presumir negligencia de su parte, según precepto del artículo 355 del Código Fiscal."

De suerte que tampoco aparece fundada la excepción que se considera.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones opuestas por el señor Carlos J. Camargo, y ordena, en consecuencia, que

se lleve adelante la ejecución, tal como se decretó, con costas a cargo del ejecutado. Tásense.

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

ENRIQUE A. BECERRA—Julio Lazardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, noviembre cuatro de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

En el juicio que por jurisdicción coactiva adelanta el Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales contra los señores Carlos Eduardo Villa y sus fiadores Roberto Leiva y Hernando Villa, este último propuso, en su calidad de ejecutado, incidente de excepciones que, conforme a la Ley 105 de 1931, corresponde fallar a esta Sala de la Corte.

Tramitado el incidente en forma legal, es llegado el momento de decidirlo, y para ello se hacen las siguientes consideraciones:

Los hechos en que el excepcionante se funda, son los siguientes:

"En la ejecución a que me refiero aparece copia de la escritura 979 de mil novecientos trece, de la Notaría 3ª de Bogotá, por la cual Roberto Leiva y yo nos obligámos fiadores de Eduardo Villa, persona perfectamente distinta de Carlos Eduardo Villa, a quien la Corte de Cuentas dedujo el alcance; luego es absurdo el que se me obligue a pagar a mí un alcance deducido a un señor al cual no he fiado.

"2º Al ex-Contador Villa, del Regimiento de Caballería Tolima, al entregar su Oficina no se le anotó alcance ninguno, pues cuando hizo tal entrega, sus cuentas aparecen saldadas, como lo comprobaré en el curso del juicio.

"3º Aun en el supuesto de que no estuvieran saldadas tales cuentas, la acción ejecutiva está prescrita, no sólo contra mí, como fiador, sino también con el directamente obligado, o sea el ex-Contador, porque bien es cierto que las deudas por alcances a favor de la Nación no prescriben por disposición especial de la ley, es evidente que la acción ejecutiva, según el Código Civil, sí prescribe en diez años.

"4º La Nación le cobra al fiador en virtud de un contrato de fianza, que se rige por el Código Civil, luego la Nación no puede establecer la acción ejecutiva contra mí, sino dentro de los diez años de deducido el alcance que diz que se refiere a alcances de mil novecientos quince, luego la acción ejecutiva contra mí está prescrita.

"5º Por otra parte: según el ordinal 2º del artículo 2406 del Código Civil, la fianza se extingue en todo o en parte..... 'En cuanto el acreedor, por hecho o culpa suya, ha perdido las acciones en que el fiador tenía el derecho de subrogarse,' y lo que es yo, como fiador, no podría promover acción ejecutiva contra mi fiado (artículos 2381, 2382 del Código Civil. Casación, 22 de abril de 1913)."

Abierto el incidente a pruebas, el actor adujo como tal, copia de una providencia del Departamento de Contraloría, que termina textualmente:

"La procedencia de los alcances y multas a cargo del señor Villa, para cuyo cobro se comisionó al Juzgado de Ejecuciones Fiscales, por oficios números 954 y 4214, de diez de marzo y siete de septiembre de mil novecientos veintidós, es otra; pues como se expresó en la providencia número 90, el alcance de $ 360 en las cuentas de mil novecientos catorce, provino del exceso en los pagos de los sueldos del Contador; y el de $ 132-15, en las relativas al año de mil novecientos quince, de falta de comprobantes de egresos por personal.

"Ni para desvanecer estos cargos y los referentes a las multas, ni para demostrar que las sumas declaradas en contra del responsable por tales conceptos hayan ingresado a las arcas públicas, se ha presentado comprobante alguno; por tanto, este Despacho resuelve:

"No es el caso de reformar la mencionada providencia número 90, de seis de febrero del corriente año."

Por su parte, el señor Procurador aduce los siguientes argumentos, que la Corte acoge por encontrarlos fundados, dice:

"Hasta el presente no ha demostrado que la persona del Habilitado principal, deudor, que con el nombre de Eduardo Villa figura en el documento de fianza, sea distinta del Habilitado a quien se dedujo el acance, bajo el nombre de Carlos Eduardo Villa. La ejecución se sigue contra el ex-Contador del Regimiento de Caballería, al cual fue el mismo que el excepcionante fió; mientras no pruebe éste que el Contador contra quien se dedujo el alcance fue distinto del Contador cuyos manejos él afianzó, es necesario que siga la ejecución contra él. Si realmente existe esta diferencia, fácil cosa le será probarla, mas mientras no pruebe esa falta de identidad, hay que negar la consecuencia que deduce de la misma.

"3ª Niego que haya habido prescripción, porque la acción de la Nación para reclamar sus créditos fiscales no prescribe sino en treinta años, como se sostuvo en el juicio que contra el mismo excepcionante se sigue ante esa misma honorable Sala, donde se dijo:

'Alega, además, el excepcionante la prescripción de la acción. Fúndase en que habiendo constituido la fianza en mayo de mil novecientos once, se le vino a notificar el mandamiento ejecutivo el diez de agosto de mil novecientos treinta y uno, es decir, más de veinte años después de que había contraído su obligación. Ante todo hay que advertir que la prescripción extintiva de la acción, no principia a correr sino desde que la acción puede hacerse efectiva, es decir, tratándose del presente caso, no desde el otorgamiento de la fianza, sino desde la ejecutoria del auto definitivo por el cual el alcance se dedujo.'

"Por lo demás, soy de parecer que las acciones para reclamar créditos del Tesoro Público prescriben sólo en el período de treinta años, y claro está que durante todo este período deben conservar su carácter primitivo y originario, es decir, si primitivamente fueron acciones ordinarias, su carácter de acciones ordinarias, y si lo fueron ejecutivas, deben conservar su carácter de tales; porque de otro modo, si, por ejemplo, la acción ejecutiva perdiera su carácter de ejecutiva en diez años, en realidad de verdad prescribiría este derecho especial de la Nación en un término menor de treinta años, lo cual sería contrario a la disposición citada del Código Fiscal. Además, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 258 del Código Fiscal, los Recaudadores tienen jurisdicción coactiva para el cobro de los créditos a favor del Tesoro, reconocidos por ellos y por las Cortes de cuentas u otros Recaudadores; ahora bien: en parte alguna

admite la ley que esta jurisdicción desaparezca mientras el crédito reconocido exista, luego siempre, mientras haya un crédito reconocido por alguna de estas autoridades, habrá jurisdicción coactiva en los Recaudadores para hacerlo exigible; no pueden aplicarse, por lo tanto, a los créditos fiscales las disposiciones sobre prescripción de la acción ejecutiva en materia civil, pues ellos están regidos por las disposiciones fiscales y las que determinan la jurisdicción coactiva, las cuales, como especiales que son, priman sobre aquéllas.

Finalmente, considera el excepcionante que el crédito contra él se ha extinguido a virtud de lo dispuesto en los artículos 2381 y 2382 del Código Civil, pues considera que la Nación lo puso en circunstancias de no poder subrogarse en sus acciones contra el fiado, ya que, según él, toda acción contra éste está prescrita. La acción que tendría el fiador contra el fiado, en caso de hacerse efectivo el pago de la deuda con fondos de aquél, no vendría a nacer sino cuando este pago se efectuara, luego mal puede decirse que dicha acción, que aún no ha surgido, se encuentra ya prescrita. Así que no ha probado que por acto de la Nación se haya hecho imposible el que pueda subrogarse en los derechos contra el fiado.

A estos comentarios agrega:

"Aun admitiendo que la prescripción en estos casos se rigiera por las disposiciones de la ley sustantiva civil, hipótesis sólo admisible por vía de suposición, aun en este caso la acción no podía estimarse prescrita, ya porque ella nació el siete de enero de mil novecientos veintidós, fecha en que aparece notificada la sentencia definitiva que liquidó también definitivamente como alcance líquido la suma que actualmente se cobra; era porque el mandamiento ejecutivo dictado contra el principal deudor y los fiadores solidarios, se notificó al primero el ocho de noviembre del mismo año de mil novecientos veintidós; notificación ésta que comprometió la responsabilidad de los fiadores solidarios, desde luégo que por la representación recíproca existente entre todos ellos para garantizar al Estado la efectividad de su crédito, la notificación hecha a cualquiera de ellos afectaba en todas sus obligaciones a los demás representados; bien porque como lo tiene resuelto esta Sala y la de Casación, en materia civil, si bien es cierto que hay diferencias jurídicas esenciales entre los caracteres de deudores solidarios y fiadores solidarios con fundamento en los beneficios de excusión y división, en cuanto a las demás consecuencias de sus obligaciones hay perfecta identidad, y en este caso, la obligación contraída solidariamente hace responsables de su efectividad a todos los deudores, lo mismo que a los fiadores, que han estipulado en su contra la solidaridad; de manera que la notificación hecha a uno de ellos, del auto ejecutivo de que se trata, interrumpió la prescripción contra todos los demás, esto en el caso de que realmente aquella hipótesis fuera admisible. Véase la sentencia de fecha quince de mayo de mil novecientos treinta, Gaceta Judicial número 1862, donde se lee:

'La solidaridad, que no es un elemento de la esencia ni de la naturaleza de los contratos, sino apenas una modalidad de las obligaciones, en nada los afecta en lo que respecta a su sustancia, ni elimina la diferencia que se deja apuntada. Un fiador solidario puede ser perseguido por el total de la cosa debida, al igual del deudor principal solidario, pero no por ello se torna jamás en sujeto activo del contrato mismo principal, porque ningún derecho adquiere del acreedor, ni lo ligan a él otras relaciones de derecho que no sea la de responder por la cosa debida; él es, únicamente, respecto del acreedor, un sujeto pasivo de las obligaciones pendientes de su fiado.'"

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas por el señor Hernando Villa en el juicio que le sigue la Nación, y ordena, en consecuencia, que se lleve adelante la ejecución.

Con costas a cargo del excepcionante. Las del incidente se tasarán en este Despacho.

Cópiese y notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL—Enrique A. Becerra. Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, noviembre cinco de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

En la ejecución que adelanta el Juez de Ejecuciones Fiscales Nacionales contra William Droescher y Enrique Eylers, en calidad de fiadores de los señores Heincke & Hollweg, deudores principales por derechos de aduana, el apoderado de aquél propuso la excepción de un error de cuenta, que sustanciada en la forma legal, se procede a fallar con arreglo a las siguientes consideraciones:

El opositor fundamenta la excepción en los siguientes términos, que a la vez dan la historia de la controversia:

"En escritura número 20, de ocho de enero de mil novecientos veintitrés (1923), otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá, el señor Rolf Hollweg, como socio administrador de la Sociedad Heincke & Hollweg, se obligó a cubrir al Tesoro Nacional las sumas procedentes de derechos de importación que cursaran en la Aduana de Barranquilla, por la cantidad de mil pesos ($ 1,000). Al otorgamiento de la misma escritura comparecieron los señores William Droescher y Enrique Eylers, y manifestaron que se constituían fiadores solidarios entre sí, para el cumplimiento de las obligaciones de Heincke & Hollweg, por la suma de mil pesos ($ 1,000), más los intereses.

"Y de ahí el primer reparo, pero no el más importante, al mandamiento ejecutivo. Los fiadores contrajeron una obligación limitada a la suma de mil pesos ($ 1,000), por capital; y la ejecución pasa de esa suma, por concepto de capital.

"El primero de agosto de mil novecientos veinticuatro, el señor Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento ejecutivo contra los señores Heincke & Hollweg, por la cantidad de mil treinta y seis pesos y cincuenta y dos centavos ($ 1,036-52) y sus intereses, por valor de derechos de importación. El señor Hollweg, al ser notificado de la ejecución, presentó para el pago mercancías del almacén que tenía la Sociedad en esta misma ciudad, en la calle 14, local número 113, en cantidad suficiente para el pago.

"El día once del mismo mes de agosto recibió el señor Juez 2º de Ejecuciones Fiscales el oficio número 442 de la Recaudación General de Rentas Nacionales, que dice literalmente lo que sigue:

'Los señores Heincke y Hollweg han arreglado con

esta Recaudación el pago de la suma de mil treinta y seis pesos y cincuenta y dos centavos ($ 1,036-52), valor de libranzas a su cargo, existentes en ese Juzgado, con documento de fianza, por medio del cual se comprometen a pagar esa cantidad, fuera de los intereses respectivos, a razón de $ 300 mensuales, empezando desde el primero de septiembre próximo. En tal virtud, sírvase usted suspender la acción judicial establecida por ese Juzgado, hasta nueva orden.

'Juan de Dios Bravo'

"Aquí aparece claro que, reconvenida la Sociedad deudora para el pago, hizo una transacción en virtud de la cual se obligó a pagar por cuotas de $ 300 mensuales, y aseguró el cumplimiento de esta nueva obligación, otorgando un documento de fianza, con otro fiador, sin intervención de los primeros fiadores ni un aviso siquiera a éstos.

"Estimo que hubo novación, porque la obligación es distinta, y hubo también cambio de deudores (artículo 1690 del Código Civil). Pero en el supuesto de que no hubiera habido novación, si es evidente que hubo prórroga o ampliación de plazo para el pago, y una modificación en el sentido de facilitar éste, admitiendo abonos de cuotas mensuales. Esto se hizo sin que los primeros fiadores accedieran expresa ni tácitamente a la ampliación. El señor Eylers solamente ha tenido conocimiento de esto durante los últimos meses, al ser llamado para notificarle la orden ejecutiva de pago a que se hizo alusión al principio de este memorial, y cuando él creía que la deuda hacía tiempos estaba pagada.

"Conforme al artículo 1708 del Código Civil, la mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación, pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores, y extingue las prendas e hipotecas constituídas sobre otros bienes que los del deudor, salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación. El señor Eylers no ha accedido ni expresa ni tácitamente a la ampliación, y, por consiguiente, su responsabilidad se extinguió. Yo hago valer, en nombre de esta excepción, que cabe perfectamente dentro de la de error de cuenta, conforme a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, de que hablé antes."

Como el documento no fuese cubierto, el funcionario ejecutor libró mandamiento de pago contra los señores William Droescher y Enrique Eylers, fiadores solidarios, conforme el primer documento, por la suma de $ 1,036-52, los intereses estipulados y las costas del juicio; y es en esta ejecución en donde se ha presentado por el último de los ejecutados (Eylers) la excepción que se estudia.

El Fiscal del Tribunal fue de concepto, del cual participa también el Procurador de la Nación, que el pacto celebrado por el Recaudador de Rentas Nacionales con los deudores principales, no produjo los efectos jurídicos que ellos le atribuyen, o sea que los primeros fiadores quedaran libres de responsabilidad. Uno y otro se fundan en que el Recaudador General de Rentas Nacionales no tiene personería para celebrar estipulaciones que obliguen a la Nación, a lo cual agregan que el contrato en que se funda la excepción no aparece aprobado por el Ministro respectivo.

El apoderado del excepcionante afirma que esa atribución se encuentra en el artículo 4º de la Ley 36 de 1923, que a la letra dice:

"Artículo 4º El Recaudador de Rentas Nacionales ejecutará y hará efectivas todas las leyes sobre rentas nacionales, salvo disposición legal en contrario. Tendrá todas las autorizaciones y facultades necesarias para el eficaz desempeño de dichas funciones, y hasta donde se requiera para llenar tal objeto; podrá exigir informes escritos de los contribuyentes y otras personas; hacer comparecer testigos, e interrogarlos bajo juramento; exigir juramentos; examinar libros de negocios y papeles, en cuanto lo permita la Constitución de la República; pedir informes y exigir la contestación de preguntas a los Alcaldes, Personeros o Tesoreros Municipales, o cualquier Notario o Registrador, y visitar las oficinas de Notarios y Registradores y examinar sus archivos. Dicho Recaudador estará investido de jurisdicción coactiva para hacer efectivo el pago de cualquier impuesto, derecho, honorario, pena, multa o cualquier otro pago que deba recibir de acuerdo con esta Ley....."

La Sala es de parecer idéntico al de aquellos dos funcionarios, pues en verdad que allí no se encuentra la autorización que se pretende. Repárese que la facultad de este funcionario es la de ejecutar y hacer efectivas las leyes sobre rentas nacionales, y en ninguna de éstas está la de hacer concesiones a los deudores en lo relativo a plazos, que entre paréntesis, estaba ya vencido el de la obligación que se persigue, y en lo relativo al modo de solucionarlas. No habiendo ley sobre la materia, ¿cuál podía el Recaudador ejecutar y hacer efectiva? Las autorizaciones para el eficaz desempeño de esas funciones (ejecutar y hacer efectivas las leyes sobre rentas), las determina en seguida la disposición transcrita:

"Son: exigir informes escritos de los contribuyentes y otras personas; hacer comparecer testigos e interrogarlos bajo juramento; exigir juramentos; examinar libros de negocios y papeles, en cuanto lo permita la Constitución de la República; pedir informes y exigir la contestación de preguntas a los Alcaldes, Personeros o Tesoreros Municipales, o a cualquier Notario o Registrador, y visitar las oficinas de Notarios y Registradores y examinar sus archivos....."

Es posible que dentro de esta enumeración puedan caber otros actos y diligencias, pues no parece que ella tenga un carácter estrictamente limitativo, pero en todo caso se ve que son de carácter procedimental, es decir, medios que puede emplear para inquirir quiénes son los deudores del Fisco; en qué cuantía y en qué circunstancias.

Y crece de punto esta convicción al considerar que, conforme a la Constitución (artículo 76, ordinal 14), y al Código Fiscal (artículos 31 y siguientes), todos los contratos del Estado, con excepción de los que se efectúan en licitación pública, deben ser celebrados por el Presidente de la República o aprobados por él.

La observación del excepcionante, de que la fianza se limita a la cantidad de mil pesos, no es exacta. En las cláusulas 2ª, 3ª y 4ª de la escritura de fianza, aparece que los fiadores se obligaron a responder no sólo por la cantidad antes mencionada, sino "por todo lo demás que resultaren a deber sus fiados."

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probada la excepción propuesta, ordena llevar adelante la ejecución, tal como fue promovida, y condena

al excepcionante en las costas del juicio. Tásense aquí las de este incidente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo veintiséis de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Ante el señor Ministro de Industrias, en memorial presentado el 24 de noviembre de 1932, el doctor Luciano Restrepo propuso la exploración con taladro y explotación del petróleo de propiedad nacional que se halle en un lote situado en los Municipios de Lebrija y Puerto Wilches, del Departamento de Santander del Sur; al norte del río Sogamoso y al oriente del río Magdalena, en la región de los ríos Sogamosito, Yariguies y Cristalina, y quebradas California, Afanador o Peralonso, Floresta, Horizonte, Escocia, Fundamento, Cayumbe y Santos Gutiérrez; lote que mide una extensión superficial de 39,200 hectáreas y que aparece deslindado así:

"Partiendo de la boca de la quebrada Los Jilgueros, en el río Paturia, vértice de dos de los linderos de la propiedad llamada de Joy, se sigue por el río Paturia, aguas arriba, hasta encontrar nuevamente el lindero de dicha propiedad en el mencionado río, teniendo la línea que une las extremidades un azimut de 80° y 7,450 metros de longitud; de aquel punto se sigue, en línea recta, con azimut de 187° y 3,000 metros de longitud, lindando con la propiedad de Joy; de aquí, siguiendo una línea recta de azimut de 83° 30' y longitud de 2,430 metros, lindando con propiedad de Joy; de aquí, línea recta, de azimut 4° y longitud de 3,000 metros, a dar al río Paturia, lindando con la propiedad de Joy; de aquí, por el río Paturia, aguas arriba, hasta una de sus cabeceras, siendo la longitud de la línea que une los extremos de 17,030 metros y azimut de 130° 30'; de aquí, línea recta de 830 metros y azimut de 157° 30', lindando con la propiedad de Joy; de aquí, línea recta, de 1,430 metros y azimut de 136° 15'; lindando con la propiedad de Joy; de aquí, línea recta de azimut 182° 30' y longitud de 1,000 metros, a dar a las cabeceras de la quebrada Oliva, lindando con la propiedad de Joy; de aquí, quebrada Oliva aguas abajo, hasta su boca en la quebrada Bagre, lindando con propiedad de Joy, siendo la línea que une las extremidades de este lindero de 1,420 metros y azimut de 95°; de aquí, línea recta de 4,350 metros y azimut de 151°, a dar a la boca de la quebrada Bretón, en la quebrada de Payoa del Lebrija, lindando con la propiedad de Joy; de aquí, línea recta de 5,590 metros y azimut de 230° 30'; de aquí, línea recta de 4,600 metros y azimut de 329°, a dar al cerro de Ariguí, sobre el filón del mismo nombre, lindando con propiedad de José Rosario Díaz; de aquí, por este filón, hasta el cerro Cristal, siendo la línea que une estos dos puntos de 2,680 metros y azimut de 246° 30'; de aquí, tomando las cabeceras de la quebrada Aguasclaras, quebrada abajo hasta su boca en la quebrada Cayumbe, lindando con propiedad de José Rosario Díaz, y siendo la línea que une estos dos sitios de 5,700 metros y azimut de 194° 30'; de aquí, Cayumbe aguas arriba hasta la boca de la quebrada Los Puentes, y siguiendo esta quebrada hasta sus nacimientos en el cerro El Dominio, y lindando con propiedad de José Rosario Díaz, siendo el azimut de la línea que une la boca de Aguasclaras en la Cayumbe, con la de Las Monas en la de Los Puentes, de 110° y 2,800 metros de longitud, y la que une la boca de Las Monas con los nacimientos de la de Los Puentes, de 4,160 metros y azimut de 201° 30'. De aquí por todo el cerro de El Dominio, hasta un punto en dicho cerro, en el cual la línea que une los extremos de este lindero tiene 3,400 metros y azimut de 198°; de aquí línea recta y azimut de 304° en longitud de 2,450 metros; de aquí línea recta con azimut de 304° y longitud de 15,120 metros, lindando con las llamadas tierras de Powels; de aquí, línea recta de azimut 261° y 8,500 metros de longitud, lindando con los mencionados terrenos de Powels; de aquí, línea recta de azimut norte y longitud de 13,590 metros; de aquí línea recta con azimut de 80° 30' y longitud de 2,470 metros, lindando con tierras de Joy; de aquí línea recta con azimut de 8° y longitud de 1,050 metros, a dar a la boca de la quebrada de Los Jilgueros, punto de partida, lindando con terrenos de Joy.

"Como se ve por la alinderación anterior, el contrato se refiere a una extensión continua, la cual está rodeada en gran parte por terrenos de propiedad particular, por lo cual no puede tener una figura geométrica regular.

"Como punto de partida para alinderación del lote se ha fijado un punto arcifinio estable e inequívoco: la boca de la quebrada Los Jilgueros, en el río Paturia. El lote se halla determinado, en mucho más de la cuarta parte de su perímetro, por linderos arcifinios inequívocos e inconfundibles, por lo cual he prescindido de las coordenadas geográficas para la presentación y trámite de la propuesta, conforme a lo prescrito en el parágrafo segundo de la letra c), de la letra B del artículo 35 del Decreto reglamentario de la Ley del petróleo."

Allí mismo afirmó "que los terrenos a que se refiere la propuesta son baldíos y el subsuelo de ellos pertenece a la Nación."

Durante la sustanciación de la propuesta, en memorial de fecha 11 de febrero de 1933, con base en el artículo 26 de la Ley 37 de 1931, el doctor José H. Andrade, en su propio nombre y en el de otros, formuló oposición, en primer término, para que se rechazara la propuesta del señor Restrepo, de acuerdo con el artículo 40 del Decreto 1270 de 1931, "por cuanto—dice el proponente no ha hecho sobre el terreno los trabajos topográficos ni geológicos que la ley exige para que su propuesta sea aceptada, ni nadie por su cuenta los ha hecho," y en segundo término, para que "si el Ministro no encontrare suficientes las razones aducidas para rechazar la propuesta en su totalidad, paso a concretar mi oposición en mi calidad especial de propietario de una pequeña parte de lo comprendido dentro de los linderos de la petición del señor Restrepo, para que el lote a que me referiré más adelante sea excluído del proyecto de contrato, por ser de propiedad particular, con título anterior, no sólo al año de 1873, sino a la época de la fundación de la República entre nosotros."

Después de hacer la relación de los títulos que aduce, concluyó así:

"Con la anterior relación y con los documentos adjuntos, que apenas forman una parte de la documentación

existente relativa a los terrenos en referencia, creo haber demostrado que los terrenos comprendidos entre el río Cayumbe o Yariguíes, por el Occidente, el camino de Paturia por el Norte, el Riosucio por el Oriente y el río Sogamoso por el Sur, dejaron de ser baldíos desde hace más de dos siglos. Pero como solamente tengo interés en el presente caso en una parte de estos terrenos, a ella limito mi oposición y la concreto así: solicito muy respetuosamente del señor Ministro, si llegare a perfeccionarse el contrato propuesto por el señor Luciano Restrepo para exploración y explotación de hidrocarburos en la región del río Sogamoso, propuesta aceptada según consta en Diario Oficial de 17 de diciembre último, que de los terrenos pedidos por el mismo señor Restrepo se excluya el lote situado en Municipio de Puerto Wilches y una pequeña parte en Municipio de Lebrija, lote cuya extensión es menos de cuatro mil hectáreas, que forma una figura muy semejante a un triángulo, y cuyos tres lados o linderos actuales pueden describirse así: lado oriental, una línea que partiendo del punto en que la quebrada Payoa entra en la propiedad conocida con el nombre de Marta; de ahí se sigue en dirección general norte aproximado, por el filo de El Dominio, hasta encontrar el nacimiento de la quebrada de Los Puentes, y siguiendo el curso de esta quebrada, hasta su desembocadura en el río Cayumbe o Yariguíes; lado noroeste: se sigue desde el punto indicado, todo el río Cayumbe o Yariguíes, aguas abajo, hasta el punto en que dicho río entra en terrenos que fueron de Demetrio A. Cruz y son hoy de Willis H. Powers; lado suroeste o sur; desde el punto indicado, se sigue en dirección suroeste aproximado por todo el lindero de la hacienda del Sagamoso, de propiedad de Powers, hasta encontrar la quebrada o río Payoa, punto de partida. Este lote, como se ve claramente, es parte del cobijado por las titulaciones a que he hecho referencia en la anterior relación, y aparece incluido en la petición del señor Restrepo, y de acuerdo con los títulos que presento es de propiedad particular de una comunidad compuesta por los herederos de don David Puyana, quienes son dueños de una tercera parte como sucesores de dicho señor, por la señora Francisca Puyana de Peña y la señora Emma Puyana de Olarte, por la compra hecha al doctor Delgado, como consta en la escritura número 581 antes citada, de una sexta parte; por el señor Enrique Andrade, dueño de otra sexta parte según consta en la escritura número 654, también citada, y por el suscrito como dueño de la tercera parte restante de la propiedad según escritura número 1667, mencionada anteriormente."

Después de oír a los funcionarios técnicos que el señor Ministro consideró debían intervenir en el negocio, con fecha diez de julio del año de 1933, procedente de la Sección Jurídico Administrativa de Minas y Petróleos, dictó resolución así:

"Por lo expuesto, el Ministerio resuelve:

"1° No ha llegado el caso de archivar, por la circunstancia de que trata el artículo 40 del Decreto número 1270 de 1931, reglamentario de la Ley del petróleo, la propuesta presentada por el señor Luciano Restrepo, con fecha 24 de noviembre de 1932.

"2° Suspéndese la tramitación de la propuesta a que se viene haciendo referencia y envíese con los documentos que la apoyan, los escritos de oposición y las pruebas en que éstas se apoyan, con carácter devolutivo, a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para los efectos de los artículos 26 de la Ley 37 de 1931 y 72 del Decreto número 1270 del mismo año.

"Désele aviso de este envío al señor Procurador General de la Nación, para lo de su cargo."

Por virtud de esta decisión pasó el negocio a esta Sala de la Corte, donde fue repartido el 21 de agosto de 1933. Oído el señor Procurador General de la Nación, quien como representante de la misma es parte en el juicio de acuerdo con el artículo 26 de la Ley citada; abierto a pruebas el negocio y recibidas las que fueron solicitadas; corrido traslado de los autos a las partes y recibidos los alegatos que todas ellas adujeron, ha llegado la oportunidad de dictar el fallo que corresponda, teniendo en cuenta los fundamentos de la oposición y las pruebas en que ella se sustenta.

En sentencia de 2 de septiembre de 1932, en controversia semejante, esta misma Sala de la Corte fijó el alcance del artículo 26 de la Ley 37 citada, en estos términos:

"Según el artículo 26 de la Ley 37 nombrada, el fundamento de la oposición debe referirse a la propiedad del petróleo que se trata de explotar; de consiguiente, las pruebas que deben presentarse han de referirse a la demostración de este derecho; y aunque la Resolución que en estas circunstancias dicte la Corte, dada la naturaleza del juicio breve y sumario, no hace tránsito a cosa juzgada, sí debe producir el efecto de autorizar al Gobierno para celebrar el contrato respectivo, si el fallo fuere favorable al proponente, 'quedándole al opositor vencido el derecho de demandar en juicio ordinario a la Nación, ante el Poder Judicial,' según lo preceptúa el inciso 5° del artículo citado. Es, pues, necesario en este caso hacer el análisis de tales pruebas para decidir si en este juicio los opositores han demostrado el derecho que alegan como fundamento de su acción."

Acorde con este criterio el señor Procurador General de la Nación, hace el siguiente comentario y análisis de las pruebas hasta entonces presentadas:

"Os corresponde pues, decidir si es o nó fundada la oposición parcial que ha formulado el doctor José H. Andrade a la propuesta de Restrepo.

"Para fundar su oposición el doctor Andrade ha presentado una serie de documentos tendientes a comprobar que el lote a que ella se refiere constituye una propiedad privada y que, por lo mismo, debe ser excluída de la propuesta hecha por el citado Restrepo.

"El punto capital que debe examinar la honorable Sala es el de averiguar si efectivamente ese lote ha salido del dominio eminente que tiene la Nación sobre su territorio y se ha transmitido de una manera regular hasta formar parte del patrimonio privado del reclamante y de las demás personas por quienes él habla.

"Ese estudio se impone porque la Nación como entidad de derecho público, está favorecida con la presunción legal de que es dueña del territorio sobre el cual ejerce su soberanía, a menos que una persona, natural o jurídica, demuestre plenamente que parte de ese territorio ha salido de su poder por los medios legales para entrar en su patrimonio privado.

"En ese orden de ideas es preciso estudiar estas cuestiones:

"1ª Si existe prueba suficiente de que el lote de terreno que pide el opositor que sea excluido de la propuesta, salió por un medio legítimo de la propiedad nacional.

"2ª Si hay prueba suficiente de que ese lote se haya transmitido desde sus primitivos dueños hasta entrar en el patrimonio privado de los que hoy alegan su propiedad.

"3ª Si ese lote está debidamente identificado.

"El primer título que se exhibe y el más antiguo de todos, es la copia expedida por el Secretario del Concejo Municipal de la ciudad de Girón, escritura que lleva fecha de catorce de agosto de mil setecientos, por medio de la cual Pedro Balduz, Alférez Real, vendió a su yerno Laurean Gómez sus tierras tituladas por la Real Junta de Su Majestad el Rey de España 'de los huecos y sobras entre los ríos Cañaverales y el Sogamoso y del Yariguí, las que son tres pedazos uno a lindar con mis tierras del Champán por el paxaral, el otro de los Yariguies del Sogamoso, que tiene derechos de entrada y salidas al río por tierras de Notengo y Payoas, que ha de lindar con tierras del río Sucio, y para el lado Pature ha de dar al camino que pasa por los panes de azúcar para esta ciudad y el otro que (roto) Carata, el cual resultó incierto, ha de lindar con tierras de Cañaverales, que son tituladas del Colegio de la Compañía de Jesús de la ciudad de Pamplona a dar a la Chijmita del mismo Colegio.'

"Como se ve, los términos de esta escritura no pueden ser más oscuros ni deficientes. Con esos linderos es imposible identificar los tres pedazos de tierra vendidos por Baldús a su yerno Laurean Gómez.

"Pero aun en el caso de que esa identificación fuera posible al cabo de más de dos siglos, habría que averiguar cómo adquirió don Pedro de Balduz el dominio de esas tierras, porque ni esa escritura, ni títulos posteriores otorgados sin la intervención del Estado pueden alegarse para excluir del dominio nacional las tierras a que ellos se refieren.

"Sobre este particular el opositor apenas dice que el 8 de mayo de 1675 se adjudicó a Balduz la isla de Pariguarí, junto con unas estancias de tierra al norte de dicha isla y del río Sogamoso. Pero no ha presentado los títulos que acrediten esa adjudicación y se ignora, además, si esa isla y esas estancias formaban o nó parte de los tres pedazos que el mismo Balduz vendió a Laurean Gómez.

"¿Y qué hizo éste de las tierras que le compró a su suegro? Es cosa que se ignora absolutamente. El opositor dice: 'En el año de 1735 las tierras a que me vengo refiriendo aparecen como de propiedad de Domingo Gutiérrez Lasso, según puede verse del testamento y del juicio de sucesión de este señor, que acompaño.'

"Efectivamente, en el testamento de Gutiérrez Lasso, otorgado en Girón el 8 de septiembre de 1735, existe la siguiente cláusula:

'Item declaro por bienes míos un título de tierras en el hueco de los tres ríos de Lebrija y río de Sogamoso y de Yariguíes, hecho de merced por el señor Juez de tierras que por ser dilatadas y dispersas no se puede saber el número de estancias.'

"¿Son éstas las mismas tierras que treinta y cinco años antes le había vendido Pedro de Balduz a su yerno Laurean Gómez?

"No se sabe porqué éstas lindaban con el río Cañaverales y aquéllas con el Lebrija. A menos que se probara que el Cañaverales y el Lebrija son una misma corriente de agua.

"Pero en el supuesto de que fueran las mismas tierras se ignora absolutamente cómo vinieron ellas a poder del testador Gutiérrez de Lasso.

"Ciento treinta y nueve años después, o sea el veintisiete de junio de mil ochocientos setenta y cuatro, y por escritura número 194, otorgada ante el Notario del Circuito de Girón, Francisco Gutiérrez Salgar vendió a Carlos José Delgado seis estancias de tierra que dijo había adquirido por herencia paterna. Declaró en esa escritura que cuatro de esas estancias estaban comprendidas en medio de los tres ríos Lebrija, Sogamoso y Yariguies; otra en el punto denominado Coratá, y la otra comprendida desde la boca de El Tigre o Payandé, situadas todas en Cañaverales, en jurisdicción de los Circuitos de Girón y Bucaramanga.

"Agrega esa escritura que las cuatro primeras estancias lindan por los cuatro puntos cardinales, con tierras baldías; la que está en Coratá sin otro lindero fijo que por una parte con terrenos de los herederos de Alonso Rodríguez Cornejo y la que se encuentra en la boca de El Tigre y Payandé, linda con esos mismos puntos.

"Son esas tierras las mismas de que había en su testamento Domingo Gutiérrez Lasso y las mismas que Pedro de Balduz vendió a su yerno Laurean Gómez?

"Imposible saberlo. En las palabras **huecos y sobrantes** entre los ríos Cañaverales, Lebrija, Sogamoso y Yariguies, que son inmensas regiones de selvas vírgenes, cabe todo lo que se quiera.

"Nadie podrá señalar, a través de más de dos siglos que han corrido por aquellas selvas, puntos precisos que demarquen lo que eran esos huecos y sobrantes.

"Pero aunque se pudiera. No existe la menor prueba de que esas tierras hubieran pasado legalmente del patrimonio de Domingo Gutiérrez Lasso al de Francisco Gutiérrez Salgar y hasta se ignora si éste fue descendiente legítimo del primero.

"Otro de los títulos antiguos que presenta el doctor Andrade para fundar su oposición, consiste en la copia notarial de unos documentos protocolizados por Carlos J. Delgado en la Notaría del Circuito de Girón, mediante la escritura número 7, de 14 de enero de 1881.

"De esos documentos aparece que el 1º de diciembre de 1722, el Gobernador y Capitán General de la Provincia de San Juan de Girón, D. Bernabé de Navas, en nombre de Su Majestad el Rey de España, hizo merced al criollo Juan Joseph Puyana, de tres estancias de ingenio que en las medidas superficiarias españolas equivalían a seis estancias de ganado mayor.

"Esas tres estancias de ingenio o seis de ganado mayor equivalen hoy a 8.804 hectáreas con 1.784 metros cuadrados.

"¿Dónde estaban localizadas esas tierras? En la solicitud de Puyana, acogida por el Gobernador General, aquél dijo:

'Las tres estancias de ingenio están situadas en el río de los Yariguies, del lado del cerro de La Paz, que su primer lindero ha de ser del puerto que llaman del Padre, río arriba hasta donde alcanzaren dichas tres estancias de ingenio, teniendo por frente dicho río y los largos agua-monte.'

"A Juan José Puyana se le reconoció como dueño de otra mitad de una estancia de ganado mayor 'en el sitio' y quebrada de Los Capitanes,' y que dijo haber comprado a los herederos de Agustín Olaya. Ese reconocimiento se le hizo por el Gobernador, Justicia Mayor y Capitán General, Bernabé de Navas, el 7 de agosto de 1725. Las escrituras que presentó Puyana no se conocen, porque de esas diligencias consta que le fueron devueltas al peticionario.

"Dos siglos acumularon el polvo del olvido sobre esos papeles, cuando se presentaron en la Notaría del Circuito de Bucaramanga Carlos J. Delgado, José Hipólito Andrade y David Puyana M. en su propio nombre y como apoderado de Isabel, David, María, Ernesto, Manuel María, Francisca, Trinidad, Lucila, Josefina, María Luisa, Alejandro y María Puyana a otorgar la escritura número 1667, de 19 de agosto de 1920. Dijeron en este instrumento que la familia Puyana y Delgado eran dueños en común de unos terrenos situados en los Municipios de Puerto Wilches, Girón y Lebrija, y que vendían al otorgante Andrade una tercera parte de la mitad, o sea una sexta del total, pues la otra mitad era del doctor Andrade, quedando en comunidad dichas tierras en la siguiente forma: una tercera parte de la familia Puyana; una tercera parte del doctor Delgado y la otra tercera parte del doctor Andrade.

"En la citada escritura los otorgantes señalaron estos linderos:

'Por el Occidente, aproximadamente, todo el curso del río Yariguí o Arguí, hasta su nacimiento en la cordillera del mismo nombre; por el Norte, parte con terrenos baldíos y el resto con propiedades que fueron de Roberto A. Voy, hasta cruzar el río Sucio; por el Oriente, con propiedades que fueron de Francisco Gutiérrez Salgar, luégo de Ignacio Reyes, Luis Reyes y Carlos J. Delgado, y que hoy de una comunidad, hasta encontrar el lindero de Pedro Mantilla, hasta encontrar con propiedades que fueron de Demetrio A. Cruz, hoy de una Compañía, y luégo con estos últimos terrenos hasta encontrar el río Yariguíes o Ariguirí, primer lindero.'

"Como quien dice medio continente.

"¿De dónde sacaron los otorgantes de esa escritura los linderos de esas tierras? Nadie lo sabe. Porque ni en la escritura número 194, otorgada en la Notaría del Circuito de Girón el 27 de junio de 1874, por medio de la cual Francisco Gutiérrez Salgar vendió a Carlos J. Delgado seis estancias de tierra, ni en la número 110, otorgada ante el mismo Notario el 29 de junio de 1877, aclaratoria de la primera, ni en la adjudicación de las tres estancias de ingenio que el Capitán General Bernabé de Navas hizo a Juan José Puyana o Hernández Puyana como se le nombra en otra parte, se hace mención de los linderos de esas tierras en la forma en que lo hacen los otorgantes de la escritura número 1667 ya citada.

"Parece que la familia Puyana es descendiente de Juan José Puyana, el adjudicatario de las tres estancias de ingenio que le concedió el Gobernador Bernabé de Navas en los años de 1722 y 1725. Pero la verdad es que se ignora si esas estancias se transmitieron legalmente a los descendientes del adjudicatario, pues no se han exhibido documentos que lo establezcan.

"¿Se siguieron las sucesiones de Juan José y de David Puyana? No consta en ninguna parte, y por lo tanto se ignora si los descendientes de este último adquirieron la propiedad adjudicada al primero.

"De los demás títulos presentados por el opositor no hay qué hablar. Ellos se otorgaron a espaldas de la Nación y sobre la base de alinderaciones que no corresponden a la realidad de los hechos. Por ese aspecto no pueden oponerse a la Nación, que no ha reconocido nunca tales títulos.

"En resumen: contra la presunción que ampara a la Nación de ser propietaria de sus territorios, no se ha presentado una prueba completa y evidente de que el lote a que se refiere la oposición del doctor José H. Andrade haya salido por títulos suficientes de aquel dominio.

"Además, no existe ninguna prueba medianamente satisfactoria de la identidad de ese lote, es decir, de que él forma parte integrante de las tierras que fueron adjudicadas a Juan Puyana o Hernández Puyana en los años de 1722 y 1725, que es el título originario que se alega para fundar el dominio privado en esas tierras.

"Por lo tanto, la Procuraduría conceptúa que no es fundada la oposición presentada por el doctor Andrade a la propuesta hecha por el señor Luciano Restrepo, y que así debe declararlo esa honorable Sala, dejando a salvo al opositor el derecho que cree tener para demandar a la Nación en juicio ordinario para obtener la declaración de dominio sobre el lote materia de la oposición."

Como posteriormente a esta exposición el actor presentó el título de Pedro Balduz para comprobar el origen de la propiedad alegada, se observa que tal título, comprobante de la adjudicación hecha al Alférez Pedro de Balduz, el 9 de mayo de 1675, por Francisco Mantilla de los Ríos, Gobernador y Capitán General del Río del Oro, ciudad de San Juan Girón, título que indica que Balduz pidió y obtuvo dominio sobre "una isla que hace este río de Sogamoso, cerca de su boca, en el sitio que llaman El Champán, la cual se hace, por una parte, por la madre de dicho río, y por la otra, a la parte de Pariguare, con su brazuelo pequeño; dicho título indica igualmente que al propio Balduz se le hizo "merced de tres estancias de ingenio de más a más de dicha isla, pasado dicho brazuelo, corriendo río abajo, en lo más útil de dicha tierra, en cuya merced se han de incluir los árboles de cacao y platanal que en ella está, que se sembraron, muchos años há, por los bogas que han navegado dicho río"; título que con respecto a la isla y de acuerdo con los mapas aducidos como pruebas, la determinan e identifican de modo preciso, puesto que basta ver el río Sogamoso y su brazuelo de Pariguare para saber que la isla o sea el terreno circundado por ellos aparece debidamente formada; isla que algunos llaman del Champán, quizá por quedar cerca al sitio que lleva este nombre en la adjudicación hecha a Balduz; pero que también es conocida con el nombre de Pariguare o Pariguarí, como se designa en el plano presentado por el proponente Restrepo; nombre éste que toma sin duda alguna del que tiene el brazuelo que la forma.

Con respecto a la identificación de las tres estancias, dados los términos de la merced concedida sobre ellas, se observa que es imposible determinarla, porque la medida de las mismas "pasado dicho brazuelo, corriendo río abajo, en lo más útil de dicha tierra" sería hoy perfectamente arbitraria, desde luégo que según el título no se sabe cuál sería la base de extensión superficiaria que debía tomarse como frente para formar la figura que a

la extensión concedida habría de corresponder, ni mucho menos qué sería lo más útil de dicha tierra, y en tales circunstancias hay que concluir que la falta de esas determinaciones, impiden el reconocimiento del derecho de propiedad alegada con fundamento en ese título, tanto más, cuanto que la merced sin entrega material por linderos determinados, coloca el derecho a que ella se refiere, en un estado de incertidumbre que lo hace ineficaz. También debe observarse acerca de este título que él contiene dos partes: la primera, que se refiere al **dominio de una isla**, y la segunda, a **la merced de tres estancias de ingenio en lo más útil de dicha tierra, en cuya merced se han de incluir los árboles de cacao** y platanal que en ella están; expresiones que establecen diferencia acerca de los derechos conferidos, pues sobre la isla, que quedó perfectamente determinada, se concedió el dominio, que nadie discute, y sobre las estancias se hizo merced, con la obligación de localizarlas y determinarlas, teniendo por base lo más útil de dicha tierra y las plantaciones allí mencionadas; localización y determinación que no aparece hecha en ningún tiempo y de manera legítima.

De suerte que, la falta de determinación en el título hace arbitraria cualquiera alinderación que hoy se pretenda, tal como lo han conceptuado los funcionarios que han intervenido en este negocio, quienes al respecto dicen, refiriéndose a otros títulos:

"La Sección Técnica del Departamento de Minas y Petróleos:

'La titulación que se acompaña para fundamentar la oposición se puede dividir en dos partes: una de títulos antiguos anteriores a 1873, y otra de títulos modernos posteriores a dicho año. Los títulos antiguos son tan vagos, e imprecisos en cuanto a la extensión, ubicación y linderos de los terrenos a que se refieren, que es del todo imposible, con ellos solos, determinar si el lote de que trata la oposición queda o nó cobijado por estos títulos. Se puede decir que en ninguno de ellos se expresan los linderos o límites que encerraban los terrenos y sólo en uno—el de la adjudicación a Juan José Puyana, en 1722—se expresa la extensión. En ésta aparece que se adjudicaron a dicho señor **tres estancias de ingenio** (que equivalen a seis estancias de ganado mayor)'..... en el río de los Yariguíes del lado del cerro de La Paz, que su primer lindero ha de ser en el puerto que llaman del Padre, río arriba hasta donde alcanzaren dichas tres estancias de ingenio teniendo por frente el dicho río y los largos agua monte".... Hecha la conversión a medidas métricas, considerando las seis estancias de ganado mayor como de las antiguas (las mayores) resultan 8,573-04 hectáreas, y el solo lote sobre que versa la oposición, que será **apenas una sexta parte del globo general** que se dice cobijar la titulación, tiene cerca de 4,600 hectáreas. En cuanto a los títulos modernos, en la escritura número 1667, de 19 de agosto de 1920, Notaría 1ª de Bucaramanga, principia a aparecer ya los linderos de ese globo general dentro del cual sí está incluido el lote sobre que versa la oposición."

El Jefe de la Sección Jurídico Administrativa del Ministerio expone, refiriéndose a los títulos más antiguos:

"La imprecisión de los linderos no permite establecer ninguna consecuencia. Parece que las tierras de que hacen mención don Bernabé de Navas, primero, y su hijo don Lorenzo después, son las mismas que don Pedro de Balduz vendió a su yerno Laurean Gómez. En todo caso, de la documentación allegada no puede deducirse que esas tierras salieron del patrimonio de la Nación. Simplemente se trata de una afirmación."

Al estudiar el título de Juan José Puyana, dice:

"Este título lo comprenden tres estancias de ingenio en el río de los Yariguíes, del lado del cerro de La Paz, partiendo como primer lindero, del puerto del Padre, río arriba hasta donde alcance la medida respectiva, lo que quiere decir que le fueron adjudicadas tres estancias de ingenio dentro de los linderos señalados por el peticionario Juan José Puyana, y no todas las tierras comprendidas dentro de los linderos que él da. Precisamente por esto se agrega en el título la frase 'y que sea sin perjuicio del patrimonio real ni de otro tercero que mejor derecho tenga.'"

Como conclusión, dicho funcionario expone:

"En ninguno de los documentos presentados como originales aparece una alinderación precisa de las estancias, que según lo declaran los interesados en escritura número 3 de 1874, por lo que toca a aquellas de que hablan el título que se dice otorgado a Domingo Gutiérrez de Lasso y el que se otorgó a José Puyana, tales estancias son unas mismas. Lo que equivale a decir que tanto el título que se dice otorgado a Domingo Gutiérrez de Lasso como el expedido a favor de Juan José Puyana, se refieren a unos mismos terrenos'.... Sobra expresar que, en mi concepto, la Nación, según el espíritu de la Ley 37 de 1931, que no pretende desconocer derechos, sino por el contrario amparar los legítimos, sólo le interesa saber si un terreno salió de su patrimonio, sin entrar a considerar vacíos o lagunas posteriores a él y a anteriores al título del opositor, que sólo pueden dar origen a pleitos entre particulares..... Por lo expuesto, en mi concepto, existe propiedad particular sobre tres estancias de ingenio, ubicadas en la región a que se refiere la merced de tierras otorgada a Juan José Puyana, según se expresó atrás, pero con la expresa advertencia de que tales estancias no están delimitadas por linderos precisos, y de que por consiguiente, están en comunidad con la Nación. Estimo, que mientras no se practique el respectivo deslinde, no es posible saber si es el caso de excluir alguna parte de la zona solicitada en contrato por el señor Luciano Restrepo."

Estas conclusiones, sacadas del estudio que de los títulos exhibidos hizo el Abogado Secretario del Departamento de Minas y Petróleos del Ministerio de Industrias, y según las cuales "existe propiedad particular sobre tres estancias de ingenio, que no están delimitadas por linderos precisos, no siendo posible saber si es el caso de excluir alguna parte de la zona solicitada en contrato," están demostrando que la falta de determinación, precisión y alinderación obliga a este funcionario a reconocer la inexistencia de la misma propiedad que en su concepto existe; porque el dominio como derecho real que se tiene sobre una cosa corporal, para que pueda ser efectivo necesita ser conocido en su extensión, así por el agente activo del derecho como por los agentes pasivos del mismo; porque de otra manera el primero no sabe qué es lo que debe hacer respetar, y los segundos qué es lo que deben respetar; de manera que un dominio sobre una cosa corporal inmueble, es decir, sobre un predio rústico que no se sabe hasta dónde se extiende, bien pue-

de considerarse como un derecho ineficaz, máxime cuando se trata de hacerlo prevalecer sobre otro derecho como es el del Estado, entidad a cuyo favor, como muy bien lo dice el señor Procurador, acogiendo doctrinas expuestas por la Corte, existe la presunción legal de ser dueña de todas las tierras que existen dentro del territorio en que ejercita su soberanía; presunción que está acogida tanto en nuestra legislación como también en legislaciones extranjeras, según puede verse en estas sentencias:

"En el juicio promovido por el Personero Municipal demandando en favor del Municipio los bienes que se hallen vacantes, no le corresponde probar al Personero que los bienes demandados carecen de dueño visible o conocido. La acción en este caso, por la propia naturaleza del derecho, se funda en una negación de hecho absolutamente indefinida, que no implica la afirmación de hecho alguno que sea contrario, prueba que sería completamente imposible; y otorgar un derecho de imposible demostración sería conceder una cosa irrisoria. Es al demandado que oponga la condición de dueño a quien corresponde probar que lo es." (Casación, 23 de octubre de 1907. XVIII, 167, 1ª, Jurisprudencia, tomo I, número 3263).

Y en sentencia de fecha 15 de abril de 1926, declaró:

"Tratándose de un juicio entre la Nación y un particular, en el cual se disputa la propiedad de un terreno que la Nación alega pertenecerle como baldío, si el particular no demuestra el dominio, el litigio debe fallarse en favor de aquélla. 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 el dominio por quien se pretende dueño. Aquí la Nación tiene a su favor la presunción de dominio, y aun cuando intervenga como actor en el juicio, está dispensada del peso de la prueba." (Jurisprudencia, tomo III, número 357).

Y los Tribunales franceses también han declarado:

"Cuando la ley ha atribuído a las tierras baldías este carácter, y de él se deduce la propiedad del Estado sobre ellas, quien pretende ser propietario de tales tierras con exclusión de aquél, debe demostrarlo, en virtud de la presunción legal establecida y de los principios conforme a los cuales quien afirma una cosa con tendencia a mudar su estado, debe demostrarla, dado que en este caso la negativa existe por disposición de la ley, fundada en el orden público."

Confirma el criterio expuesto sobre la necesidad de la determinación precisa de los bienes raíces para ser eficaz el derecho de dominio, el hecho de que el Código Civil en su artículo 2594 exige se expresen en las escrituras públicas sobre inmuebles la constancia de la situación de éstos y de sus linderos; disposición ésta que ha sido interpretada por la Sala de Casación Civil en el sentido de declarar como doctrina constante "que no tiene valor probatorio una escritura pública de transmisión del dominio de un bien inmueble (finca raíz) si no está singularizada por medio de los correspondientes linderos." (Casación, 22 de abril de 1925. Tomo XXXI, 297, 2ª).

Y más si se tiene en cuenta que la acción generada por el derecho de propiedad o de dominio, y como su consecuencia en favor del sujeto activo de este derecho, es la reivindicatoria que, según el artículo 946 del mismo Código, es la que tiene el dueño de una cosa singular, y este carácter no podrá tenerlo un bien raíz si no está determinado por sus linderos precisamente; lo que obliga a concluir que el derecho de dominio no podrá ser efectivo en estos casos, mediante la acción correspondiente, si no se demuestra la singularización de los bienes que se reclaman.

Y como la acción aquí instaurada por el opositor tiende a que se haga el reconocimiento que del derecho de dominio pretende tener sobre una determinada porción del terreno comprendido en ella, lo que equivale a decir que se trata de acción petitoria de dominio, es claro que, no obstante la diferencia que media entre esta acción y la reivindicatoria, en ambas existe el carácter común que implica ese reconocimiento; y, por tanto, si el dominio debe demostrarse en esta acción, individualizando la cosa a que se refiere, es claro que en la acción petitoria debe procederse de la misma manera, ya que en ambas lo primero que ha de demostrarse es la propiedad en cabeza de quien la reclame.

De suerte que en casos como el presente, si bien no puede exigirse la presentación de una cadena perfecta de títulos desde que el bien reclamado haya salido del patrimonio nacional hasta el opositor, lo cual sería en muchos casos imposible, sí se debe al menos exhibir el título originario que demuestre con precisión y de manera concreta que el inmueble demandado ha salido legalmente de dicho patrimonio y que quien se presenta a reclamar el todo o parte de aquél ha adquirido el dominio conforme al derecho común, pues que la Nación como propietaria no es de inferior condición a los particulares, y quien alega contra ella el derecho de propiedad, tiene que demostrarlo como si se tratara de la demostración hecha en controversia con un particular; y si en los títulos de éste existen vacíos o lagunas, es claro que el Poder Judicial no podría reconocer la existencia del dominio en su favor, porque ello equivaldría a establecer un privilegio en contra de la Nación, siendo así que es ella quien lo tiene en su favor.

Son bienes de la Unión todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño, artículo 675 del Código Civil. Estas tierras, clasificadas como baldías, están en parte destinadas a convertirse en propiedad privada mediante la adjudicación, que con las formalidades legales el Estado haga en favor de los particulares; pero esto no quiere decir que la adquisición del dominio por parte de éstos, esté exenta de los modos o títulos que la ley civil colombiana ha determinado como productores del mismo, y que en tratándose de la tradición, con todas sus condiciones y requisitos, ésta no se realice o se realice en forma distinta a la que los particulares necesitan para ser dueños. Y no obsta el transcurso del tiempo para que los vicios o defectos de titulación desaparezcan, pues aunque se alegara la adquisición de la propiedad territorial del Estado por obra de la prescripción, para ser efectiva ésta sería preciso, en el momento actual, llenar todas las condiciones al respecto establecidas por la misma ley civil; y en el presente caso tal título de adquisición no podría reconocerse porque ninguna de aquellas condiciones aparece demostrada. A este propósito deben tenerse presentes las disposiciones de los artículos 39 y 42 de la Ley 153 de 1887, que dicen, el primero:

"Los actos o contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra por los medios que aquélla establecía para su jurisdicción; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere."

Dice el segundo:

"Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiere principiado a poseerla conforme a una ley anterior que autorizaba la prescripción."

Y es que en tratándose de la prescripción, el elemento esencial que la funda, es la posesión como un hecho que reúna los caracteres legales, es decir, el ser continua y con los elementos propios de esta modalidad: corpus et animus; y mal podrían compaginarse ellos con el abandono inmemorial de la cosa que trata de adquirirse. De suerte que, habría verdadera incompatibilidad en el reconocimiento de la prescripción sobre un bien abandonado, es decir, no poseído por quien la alega, y la prescripción misma, que es la sanción que los legisladores de todos los tiempos han impuesto a ese abandono para favorecer las actividades actuantes en beneficio del progreso social.

Como última razón que justifica la negativa de las pretensiones del opositor, la Corte aduce ésta: según se ha visto, la oposición se funda en la alegación de propiedad con base en los títulos ya estudiados y sobre un cuerpo cierto que el opositor singulariza por linderos que no figuran en esos títulos, ni han sido legalmente fijados. Por consiguiente, pedir el reconocimiento de ese derecho en tales circunstancias, equivale a pedir ahora la adjudicación por los linderos últimamente fijados, sin intervención del Estado; y pedir la adjudicación y al propio tiempo hacer la fijación de la extensión de lo que debe adjudicarse, es reconocer que la propiedad no se tiene en concreto, precisamente por la falta de determinación; y no teniéndose el derecho de propiedad, es inválida la oposición, porque conforme al artículo 26 de la Ley 37 de 1931, es este derecho el que la autoriza.

La mayoría de la Sala sentenciadora no estima procedente estudiar ahora si por obra de las leyes posteriores a los documentos antiguos que ha analizado, se ha verificado o nó la reversión de aquellas tierras en favor del Estado, porque, según su criterio, con esos documentos no se ha demostrado que ellas salieran de su dominio, sin lo cual no tiene cabida el fenómeno jurídico de la reversión.

Lo expuesto es suficiente para concluir que la oposición hecha a la propuesta referida, con base en la propiedad alegada, de una porción de territorio incluída en los límites de aquélla, es infundada porque no aparece demostrada su base, o sea el derecho de propiedad que se alega.

Y por ello, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara infundada la oposición de que se ha hecho mérito, formulada por el señor doctor José H. Andrade en su propio nombre y en el de otros, y como consecuencia se decide que el Gobierno, desde este punto de vista, puede celebrar el contrato cuestionado, quedándole al opositor vencido el derecho de demandar en juicio ordinario a la Nación, ante el Poder Judicial.

Sin costas, por no aparecer manifiesta la temeridad del actor.

Estampíllese, publíquese y cópiese; notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial, y una vez ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

JENARO CRUZ V.—Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Forteul—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Jenaro Cruz V.

El rechazo del proyecto que tuve el honor de presentar a la consideración de la Sala, y el profundo respeto que merece de mi parte el concepto de mis doctos compañeros, me ha hecho meditar de nuevo en este delicado asunto, sometido a la decisión de la Corte, y después de madura reflexión no he podido convencerme de que estuviese en un error cuando propuse que se declarase fundada la oposición del doctor José H. Andrade a la propuesta sobre exploración y explotación de petróleos en los Municipios de Puerto Wilches y Lebrija.

Y he concluído que para ser leal con mi conciencia no debo asumir la responsabilidad que el fallo anterior le acarrea a la Corte. Por eso, no sin pena y sin pretender que sea yo quien no se equivoca, salvo mi voto en dicho fallo.

Brevemente expondré las principales razones de mi disentimiento:

Si no entiendo mal, la negativa de la oposición se funda en que los títulos primitivos presentados por el doctor Andrade no demuestran que el terreno a que se refiere la oposición hubiese salido del patrimonio nacional; porque ellos no indican claramente los linderos del lote que el doctor Andrade reclama.

Pienso todo lo contrario de lo que piensa la mayoría de la Sala: que esos títulos indican que el predio no es hoy de la Nación, porque los linderos no tienen nada de imprecisos y cualquiera los puede fijar sobre el terreno, por más que en los mapas traídos a los autos por el señor Restrepo no sea fácil marcar las líneas correspondientes.

En efecto: en el proyecto que presenté al estudio de la Sala hice este estudio:

Título de Pedro Balduz.

Para demostrar que el lote a que se refiere la oposición no pertenece a la Nación hace siglos, ha presentado el doctor Andrade el comprobante de la adjudicación hecha al Alférez Pedro de Balduz el 9 de mayo de 1675 por Francisco Mantilla de los Ríos, Gobernador y Capitán General del Río del Oro, ciudad de San Juan Girón, título que indica que Balduz pidió y obtuvo dominio sobre "una isla que hace este río de Sogamoso, serca (sic) de su boca, en el sitio que llaman El Champán, la cual se hace, por una parte, por la madre de dicho río, y por la otra, a la parte de Pariguare, con su brazuelo pequeño."

Dicho título indica igualmente que al propio Balduz se le hizo "merced de tres estancias de ingenio de más a más de dicha isla, pasado dicho brazuelo, corriendo río abajo, en lo más útil de dicha tierra, en cuya merced se

han de incluir los árboles de cacao y platanal que en ella está, que se sembraron, muchos años a (sic), por los bogas que han navegado dicho río."

Por lo que se refiere a la isla de que trata el título de Balduz, su determinación o identificación es cosa que ninguna dificultad ofrece, puesto que basta conocer el río Sogamoso y su brazuelo de Pariguare para saber que el terreno circundado por ellos forma la referida isla, que algunos la llaman de Champán, tal vez por quedar cerca al sitio que lleva este nombre en la adjudicación a Balduz; pero también es conocida con el nombre de Pariguare o Pariguarí, como está designada en el plano presentado por don Luciano Restrepo, nombre que toma, sin duda alguna, del que tiene el brazuelo que la forma.

En relación con las tres estancias de ingenio cedidas al mismo Balduz, aun cuando su determinación no sea fácil, como la de la isla, no es imposible tampoco. En efecto, se sabe por el título del nombrado Balduz que las referidas tres estancias quedan, después de pasar el brazuelo de Pariguare, siguiendo hacia abajo el curso del río Sogamoso. Y como isla y brazuelo de Pariguare comienzan cerca de la boca de la quebrada Payoa, según los planos presentados como pruebas, la medida de tales tres estancias no podría comenzarse sino del nacimiento del brazuelo en el río, y entonces necesariamente ellas quedan localizadas al norte del Sogamoso, según el plano del propio señor Restrepo.

Y lo natural y obvio será que el frente de las tres estancias quede sobre el brazuelo y el río; puesto que su curso hacia abajo es el límite preciso que indica el título para la determinación de ellas.

Y no hay ni cómo pensar que la medida pudiera hacerse localizando cada estancia una detrás de otra, como lo sugiere la sentencia para fundar la duda sobre la ubicación de ellas, porque entonces sería una sola la que se localizaría sobre el Sogamoso y su brazuelo de Pariguare, y el título indica, en el lenguaje de la época en que fue expedido, que las tres estancias deben medirse a lo largo del Sogamoso, o lo que es lo mismo, el frente de cada una de las tres queda sobre los mencionados brazuelo y río.

Ahora bien, es sabido que tres estancias de ingenio equivalen a seis de ganado mayor, y cada una de éstas tiene por cada lado 60 cabuyas de 76 varas de Burgos cada una, o sean de 84 centímetros. De modo que para determinar las tres estancias de ingenio cedidas a Balduz, bastaría medir, del nacimiento del brazo Pariguare, cerca de la desembocadura de Payoa, en el Sogamoso, siguiendo el curso de éste hacia abajo, 360 veces 76 varas de Burgos, o sean de 84 centímetros. Y luégo hacer esta misma medida por el lado paralelo, y por los extremos, para cerrar el polígono, medir seis veces 60 cabuyas de 75 varas también de Burgos, lo que daría la extensión total del terreno cedido a Balduz.

Y me parece que en tal forma queda perfectamente determinado el lote de la adjudicación colonial; porque no creo que la doctrina de la Corte, invocada en el fallo sobre indicación de linderos, quiera decir precisamente que hayan de expresarse quiénes son los dueños de los terrenos limítrofes o cómo se llaman éstos; porque lo más que se exigía en aquella remota época y se exige hoy es que se determinen los linderos cuando se trata de ventas o adjudicaciones de bienes raíces, y para hacer eso no ha de usarse como fórmula sacramental la expresión de los puntos cardinales.

Y menos ha de exigirse en casos como éste, en que se trata de un título que cuenta siglos y que se refiere a tierras no poseídas entonces por persona alguna y desconocidas por consiguiente; de modo que la única manera de determinarlas con precisión era justamente demarcándolas como se hizo en el título de Balduz.

Se dice también en el fallo que como el título indica que la adjudicación se hace "en lo más útil de dicha tierra," resulta arbitraria cualquiera determinación que hoy se haga, porque se ignora qué sería lo más útil de dicha tierra. No creo que aquella frase explicativa pueda sembrar dudas sobre la ubicación del terreno, porque en mi concepto, lo primordial era la cantidad de las tierras asignadas, que el donante consideró como lo más útil al cederlas a Balduz.

Título de Juan José Puyana o Juan José Hernández Puyana.

También ha presentado el opositor doctor Andrade el título expedido el 1º de diciembre de 1732 por el Gobernador y Capitán General de la Provincia y ciudad de San Juan Girón, señor Bernabé Navas, a favor de Juan José Puyana, a quien le fueron cedidas "tres estancias de ingenio en el río de los Yariguies, del lado del serro de La Paz, que su primer lindero ha de ser del puesto que llaman del Padre, rrio arriba hasta onde alcansaren las tres estancias de ingenio, teniendo por frente el dicho rrio, y los largos agua monte."

La identificación de estas tres estancias ofrece mayor dificultad de las adjudicadas a Baludz, porque media la circunstancia de que en el plano presentado por el señor Restrepo figuran dos ríos Yariguíes: uno que desemboca en el Magdalena, abajo de Puerto Wilches, después de formar la ciénaga llamada también Yariguies en dicho plano, y el otro, denominado también Cayumbe, que desagua en uno de los brazos o caños del Sogamoso, brazo que forma la isla designada en el mismo plano con el nombre de Cayumbe. Y surge la duda de cuál de estos dos ríos Yariguíes es el indicado en el título de Puyana.

Mas si se advierte que en el mapa de la República, elaborado por la Oficina de Longitudes, no figura otro río de Yariguies que el conocido también con el nombre de Cayumbe; que en el título de Puyana se señala como punto de partida para la medida de las tres estancias el sitio llamado el Puesto del Padre, sobre el Yariguíes; que por otros títulos antiguos, como el otorgado por Pedro Velásquez a Miguel de Aguilera, el 20 de enero de 1762 (folio 36 del cuaderno número 7), se hace saber que el Puesto del Padre queda en el Yariguíes del Sogamoso, y que el testigo Ciro A. Cruz da cuenta, como conocedor antiguo de la región, que en el Yariguíes o Cayumbe existió un sitio llamado Puesto del Padre, que después fue conocido con el nombre de Bodega de Canga», se concluye que el río Yariguíes, en donde se le cedieron a Puyana las tres estancias de que se trata, no pudo ser el que desemboca en el Magdalena—aceptando que así se llame hoy tal río—sino el que desagua en el Sogamoso, porque es éste en donde existió el Puesto del Padre.

Y como el título enseña que de este sitio, siguiendo hacia arriba, el curso del Yariguíes es el frente de las tres estancias, la medida de ellas no es imposible, sabiendo que han de quedar hacia el cerro de La Paz.

Y teniendo en cuenta la dirección del Yariguíes, los

terrenos de Puyana vendrían a quedar hacia el Oriente o Sureste de dicho río; de modo que éste viene a ser el lindero occidental o del Noroeste, más propiamente.

Y siendo esto así, como lo es, resulta que la cesión hecha a Puyana pudo afectar en parte la que se le había hecho a Balduz; porque, viendo en los mapas las direcciones que llevan los ríos Sogamoso y Yariguíes, y teniendo en cuenta, por otra parte, la ubicación que debe dárseles a los terrenos de uno y otro de dichos adjudicatarios, según los títulos analizados ya, y la extensión de las tierras adjudicadas, se comprende fácilmente que una porción de la parte oriental—si no toda—de las tierras de Balduz, quedó comprendida en la adjudicación de Puyana.

Y así se explica que más tarde, el 22 de marzo de 1884, los señores doctor Carlos J. Delgado y don David Puyana, considerándose dueños de lo que originariamente perteneció a Pedro Balduz y a Juan José Puyana, celebraran la transacción consignada en la escritura número 103, otorgada en la Notaría 1ª de Bucaramanga; transacción que consistió en formar entre los dos una compañía para explotar los terrenos a que aludía el título antiguo de Puyana, terrenos que se repartían entre los socios al liquidarse la compañía (folios 30 a 31 del cuaderno número 1).

Otros títulos.

Además de los títulos de Balduz y Puyana, analizados ya, se hallan en el proceso algunos otros de origen remoto, como el otorgado a favor de Domingo Gutiérrez Lasso el 26 de enero de 1734, por don Pedro Velásquez, Maestre de Campo, Gobernador y Capitán General de San Juan Girón, título por el cual se le adjudicó al nombrado Gutiérrez Lasso "un pedazo de tierra..... en el río de Los Cañaverales abajo, que por otro nombre llaman el río de Lebrija..... siendo el primer lindero desde la boca del tigre o boca de quebrada que haze allí, río arriba hasta la Buelta del Jagual, lindando por la parte de arriba con tierras de Antonio de Mendoza y por la parte de avajo linda con tierras de Sebastián Alvarez. Entre uno y otro título, de un lado y otro de el dicho río está el expresado pedazo de tierra que al parecer tendría algo más de seis estancias de tierra mala y que parece que sea más de las seis estancias." (Folios 51 vuelto y 52 del cuaderno número 7).

Se halla también copia de los actos referentes a la medida de cien estancias pertenecientes al presbítero Ramón Javier Prada, Cura y Vicario de la Parroquia de San Andrés, las cuales quedaron localizadas a uno y otro lado del río Cañaverales o Lebrija del Puerto de Botijas y Boca de la Palizada, río arriba hasta el sitio del Papayal, diligencia que tuvo lugar del 1º al 5 de julio de 1790.

Pero estos títulos demostrarían que en la región comprendida entre los ríos Sogamoso y Lebrija se hicieron adjudicaciones distintas de las de Balduz y Puyana. Pero para el caso sometido a la decisión de la Corte tales adjudicaciones sólo tienen una importancia relativa; porque sólo podrían servir como puntos de referencia para la identificación del lote de que forma parte el que reclama el doctor Andrade; identificación que ha podido hacerse, como se ha visto, sin necesidad de acudir a otros títulos distintos de los de Balduz y Puyana y con el auxilio de los mapas de la región.

De todo lo expuesto sí se concluye:

1º Que hace más de 200 años que el terreno comprendido entre el Yariguíes o Cayumbe y el Sogamoso salió del dominio de la Nación y pasó a ser propiedad privada;

2º Que varios individuos, considerándose causahabientes de los primitivos adjudicatarios de ese terreno han venido ejecutando actos de señores y dueños;

3º Que dentro de la demarcación del lote señalado por el señor Restrepo en su propuesta para la explotación de petróleo en la región del Sogamoso se halla comprendida gran parte del terreno indicado en el punto 1º

¿Son suficientes estas conclusiones para declarar fundada la oposición del doctor Andrade en la parte que atañe decidir a la Corte?

Sí, por estas razones:

Los títulos de Balduz y Puyana demuestran que el terreno reclamado por el doctor Andrade salió del dominio de la Nación, que es lo mismo que decir que dejó de ser baldío. Y no hay razón ninguna para sostener que tal terreno volvió a ser de propiedad nacional. Por lo contrario, razones legales demuestran que la reversión no era posible.

En efecto, la ley que se expidió en los albores de la República sobre estos problemas fue la de 13 de octubre de 1821. Ella reconoció expresamente las concesiones de tierras baldías hechas a particulares, como se ve en los artículos 1º y 4º, que ordenaron respetar en las ventas que se hicieron después, las tierras cedidas entonces. Más aún: estableció un derecho de preferencia en las ventas a favor de los que poseían tierras con casa y labranza sin título alguno (artículo 4º). Y no sólo esto, sino que reconoció la prescripción a favor de los poseedores desde fecha inmemorial (artículo 5º).

Dispuso la creación de una oficina de agrimensura general en la capital de la República y una particular en cada Provincia para el registro de todas las propiedades rurales de los nacionales y extranjeros.

Y ordenó esto:

"Artículo 13. Dentro de cuatro años, contados desde la publicación de la presente Ley, todos los ciudadanos y extranjeros residentes en Colombia deberán registrar sus propiedades rurales en las oficinas particulares de cada Provincia, y desde este tiempo ningún Juez ni escribano podrá autorizar contratos de compra y venta de dichas propiedades, sin que se acompañe un certificado del agrimensor de haberlo así verificado.

"Artículo 14. Si pasados los cuatro años los propietarios no cumplieren con el registro prevenido, sus tierras, si fueren adquiridas por merced o composición, se reincorporan al dominio de la República, y si fueron adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, el Gobierno hará practicar los registros a expensas de los propietarios."

Como se ve, sólo volvían al dominio del Estado las tierras adquiridas por merced o composición, cuyos títulos no se registraran en cuatro años; pero los adquiridos por compras sucesivas u otros títulos no dejaban de ser propiedad privada, sino que el registro lo hacía el Gobierno, a costa de los propietarios.

Y en este caso fue, a lo más, en el que pudieron hallarse las tierras de Balduz y Puyana, porque ya habían dejado de ser de éstos para pasar a otros propietarios, por

ventas u otros títulos. De todos modos, en 1821 no figuraban los primitivos adjudicatarios como dueños de los terrenos de que se trata.

Y esta situación no se modificó después; porque aun cuando la Ley 61 de 1874 dispuso que el abandono de los terrenos durante cuatro años acarrearía la pérdida de los derechos adquiridos sobre tales terrenos, los cuales volverían al dominio de la Nación (artículo 8°), esto no se refería a los antiguos adjudicatarios, sino a las que se hicieran de acuerdo con dicha Ley.

Y la Ley 48 de 1882, que mantuvo el principio establecido por la Ley 61 de 1874, de que la propiedad de los baldíos se adquiriría por el cultivo, con derecho a una porción adyacente, inculta, igual en extensión a la cultivada (artículo 1°), y estableció la imprescriptibilidad de los baldíos, que reputó como bienes de uso público (artículo 3°), expresamente consagró el principio de que "los derechos adquiridos por adjudicatarios o compradores de tierras baldías de acuerdo con las disposiciones sobre la materia, vigentes, cuando se hizo la adjudicación o la venta" no quedaban afectados con lo dispuesto en ella. Y era natural que así fuese, respetando el principio de legislación universal sobre irretroactividad de las leyes.

Y si por virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 110 de 1912, primero, y del 2° de la Ley 85 de 1920, después, se estableció el derecho de reversión, cuando a los diez años de hecha la adjudicación no se hubiese cultivado cierta parte de lo adjudicado, y admitiendo que tal disposición tenga carácter retroactivo, siempre será indispensable que medie alguna resolución administrativa que declare la reversión, porque así lo manda el parágrafo 1° del artículo 1° de la citada Ley 85. Y lo conforme con la ciencia jurídica es que así sea, porque la pérdida del derecho del adjudicatario depende de omisiones que deben demostrarse plenamente.

Y como aquí no aparece que las adjudicaciones de Balduz y Puyana se hubiesen declarado inexistentes, el fallo ha debido respetarlas.

Así como han debido respetarse los títulos que el doctor Andrade y sus condueños exhiben para fundar la oposición, porque este juicio, que es de carácter sumario y breve, no tiene por objeto definir a quién pertenece en definitiva el dominio del terreno reclamado, sino si debe o no considerarse como baldío y quién debe reputarse por ahora como dueño; pues de acuerdo con el acertado concepto del Ministerio de Industrias—Sección Jurídico Administrativa—" a la Nación, según el espíritu de la Ley 37 de 1931, que no pretende desconocer derechos, sino, por el contrario, amparar los legítimos, sólo le interesa saber si un terreno salió de su patrimonio, sin entrar a considerar vacíos o lagunas posteriores a él o anteriores al título del opositor, que sólo puede dar origen a pleitos entre particulares."

Y es acertada esta consideración, porque cualquier deficiencia en los títulos puede estar subsanada hoy por el transcurso del tiempo.

Y tanto más acertado resulta dicho concepto, si se advierte que la misma Ley admite que se discuta más tarde, en juicio ordinario, por parte de la Nación o del opositor, el derecho que tengan al terreno reclamado. Lo que quiere decir que el fallo que se dicte en juicios como el presente no hace tránsito a cosa juzgada y bien puede, mediante el debate amplio de un juicio ordinario, llegarse a establecer una situación de derecho diferente a la reconocida en el juicio de oposición (inciso 5° del artículo 26 de la Ley 37 de 1931).

Temo mucho que la doctrina de la Corte en este asunto acabe con los fundamentos de la propiedad territorial del país y ojalá que, meditando mejor, sea rectificada en breve, pues de otro modo, la Ley del petróleo, expedida para salvaguardiar los derechos adquiridos, puede servir de instrumento para destruirlos.

Puedo estar en un error; pero honrada y lealmente.

JENARO CRUZ V.—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Bogotá, mayo 26 de 1934.

RESOLUCION NUMERO 1°

por la cual se dispone la manera como se debe hacer la publicación de la Gaceta Judicial y se reforma el precio de venta de cada número.

—

Ministerio de Gobierno—Sección 5ª—Bogotá, septiembre 22 de 1933.

El Ministerio de Gobierno,

en uso de la facultad que le confiere el artículo 2° del Decreto ejecutivo número 1704 de 1923, y teniendo en cuenta que ha habido necesidad de aumentar las páginas de cada número de la Gaceta Judicial, debido al recargo de material destinado a ver la luz en dicho periódico,

resuelve:

1° La Gaceta Judicial se editará en números de 32 o 64 de 104 páginas, según la cantidad de material que haya para ser publicado, y el valor de cada ejemplar será el de $ 0-40 y $ 0-80, respectivamente.

2° El valor de la suscripción de cada tomo de la Gaceta Judicial será el de cuatro pesos ($ 4).

Comuníquese y publíquese en el Diario Oficial y en la Gaceta Judicial.

Agustín Morales Olaya,
Ministro de Gobierno.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

—

VOLUMEN 3.°

—

Extractada, compilada y anotada por

FERNANDO GARAVITO A.

Relator de la Corte.

—

AÑOS DE 1919—1926, INCLUSIVE

—

Esta importante obra de más de mil páginas, precedida de una nota sobre tecnicismo jurídico, y seguida de una lista de las disposiciones que han sido declaradas inexequibles por la Corte Suprema, desde 1919 hasta 1928, está a la venta en la Imprenta Nacional, a $ 3-50 el ejemplar en rústica.

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XLI | Bogotá, abril 25 de 1935. | Número 1893

Director, MARCO TULIO REYES,
Relator interino de la Corte.

CORTE PLENA

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, diciembre siete de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jenaro Cruz V.).

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, el doctor Jorge Méndez Valencia pide a la Corte que declare "inexequibles, por inconstitucionales, el artículo 9° y su parágrafo primero de la Ley 67 de 1926."

Tales disposiciones estatuyen lo siguiente:

"Artículo 9° El demandante puede acompañar a la demanda el precio de lo que va a expropiar, estimando su avalúo de acuerdo con la proporción que le corresponde en el catastro, más un cincuenta por ciento (50 por 100) de tal valor, y si así lo hiciere y el Juez hallare correcta la estimación pecuniaria, en el primer auto que dicte decretará la expropiación si fuere el caso; ordenará la entrega al demandado del precio y un veinte por ciento (20 por 100) más, dejando en depósito el treinta por ciento (30 por 100) restante, y dispondrá que el demandante entre inmediatamente en posesión de lo expropiado. El demandado se obligará en una diligencia a devolver lo que se le hubiere dado de más, si del posterior avalúo así resultare. Si el demandado no recibiere la cantidad correspondeinte, según lo dicho, el Juez la depositará en un banco. El juicio continuará según las reglas generales.

"Parágrafo 1° Si el demandante, por falta o por incorrección del catastro no pudiere estimar el avalúo tal como queda indicado, o si el Juez no hallare correcta por cualquier motivo la estimación pecuniaria hecha por el demandante, dicho Juez, sin perjuicio de proveer al curso de la demanda, hará practicar un avalúo pericial con absoluta prescindencia de las partes, y acogido que fuere este avalúo por el Juez, puede el demandante consignar su valor para que haya lugar a lo prescrito en el inciso precedente."

Los preceptos constitucionales que se dicen violados son el artículo 31 de la Constitución Nacional y el 5° del Acto legislativo número 3 de 1910.

El primero enseña que "los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

"Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo al artículo siguiente," que fue sustituído en definitiva por el citado artículo 5° del Acto legislativo número 3 de 1910, que dice:

"En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad, en todo o en parte, sino por pena o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes. Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber enajenación forzosa mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad antes de verificarse la expropiación."

Y la acusación la formula el actor así:

"Que el artículo acusado y su parágrafo son opuestos a los preceptos constitucionales transcritos, en cuanto a la forma de pago o a la manera de hacer el avalúo de lo expropiado, que no hacen ni plena ni previa la indemnización.

"No es plena, porque al estatuir el artículo que 'el demandante puede acompañar a la demanda el precio de lo que va a expropiar, estimando su avalúo de acuerdo con la proporción que le corresponde en el catastro, **más un cincuenta por ciento de tal valor**,' se cae en la injusticia, con agravio al derecho de propiedad, de considerar como definitivo el avalúo catastral para la indemnización. Ese avalúo, según la sentencia de la Corte, es apenas una base de estimación, y si la indemnización se hace sobre él, ésta no viene a tener toda la plenitud que ha querido darle la Carta Fundamental de la República. Y si es de notarse que el mismo artículo dice que si el Juez hallare correcta la estimación pecuniaria, puede decretar la expropiación, también lo es que no da reglas ningunas para la orientación de ese criterio, por donde la sola voluntad del Juez viene a ser la norma para hallar correcta esa estimación, sin defensa alguna para el demandado. Si al Juez le parece correcto el avalúo catastral, decreta la expropiación sin más fórmula y pone en posesión al demandante de lo expropiado.

"Este procedimiento, si bien simplifica el juicio de expropiación, es atentatorio contra el derecho que tiene el demandado para que el valor de lo suyo se fije de acuerdo con las reglas generales sobre procedimiento en materia pericial, es decir, con el nombramiento por su parte del perito que le corresponde. Si ese derecho lo desconoce o no lo establece la disposición acusada y su parágrafo, desaparece el concepto de la indemnización plena que garantiza la Constitución, desde luégo que es el Juez y sólo el Juez quien puede decidir si es o nó correcta la estimación pecuniaria hecha por el demandante.

"Tampoco es previa la indemnización, porque sabido es que toda expropiación es materia de un juicio en que se cita al demandado, como en todo litigio, para fijar con

su audiencia el valor de lo expropiado; mientras que por el sistema actual la citación que se le hace es para que reciba el valor de lo expropiado de acuerdo con el avalúo catastral y con el criterio del Juez, si a éste le pareciere correcta la estimación pecuniaria. ¿Y qué resulta? Que ni siquiera el monto de esa estimación se entrega al demandado, sino que se le retiene el treinta por ciento del cincuenta por ciento más sobre el valor del catastro, por donde viene a consumarse también la injusticia de retardar el pago del precio de la expropiación, que debe ser anterior a ésta, según el precepto constitucional citado.

"Y como para hacer más notoria esa injusticia, dispone el artículo que 'el demandado se obligará en una diligencia, a devolver lo que se le hubiere dado de más si del posterior avalúo así resultare.' Es decir, que ni siquiera se le entrega la estimación pecuniaria hecha de acuerdo con el catastro, si así lo ha estimado correcto el Juez, sino que se le posterga la entrega, 'si del posterior avalúo' hubiere lugar a esa devolución. Por este medio la indemnización lejos de ser previa, se convierte en la más irritante de las demoras. La prerrogativa constitucional queda anulada.

"Como culminación de la injusticia al decretarse la expropiación por el avalúo del catastro, más un cincuenta por ciento, si el Juez hallare correcta la estimación pecuniaria, y sin cumplirse la garantía constitucional de la indemnización previa, está el parágrafo 1º del artículo 9º, acusado, al disponer la práctica de un avalúo pericial 'con absoluta prescindencia de las partes,' avalúo que acogido por el Juez servirá para que el demandante consigne su valor y obtenga la posesión de lo expropiado. Y aquí tenemos otra vez que la indemnización deja de ser plena para transformarse en arbitraria, desde luégo que ella se rige por un avalúo en que el demandado no ha intervenido, que antes bien se ha hecho 'con absoluta prescindencia' de él, y que necesariamente lo priva de su propiedad. El mentado parágrafo es, pues, inconstitucional en cuanto prescinde del demandado para echar después sobre él las resultas de la expropiación."

"Hay más: considero que el parágrafo 1º del artículo acusado es también inconstitucional por este otro concepto: conforme al artículo 26 de la Constitución, nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio, y como en el caso de este parágrafo el Juez, sin citar ni oir al demandado, ordena practicar con absoluta prescindencia de él, un avalúo de su propiedad, para incorporarla después al patrimonio del demandante, Llámese Nación, Departamento o Municipio, mediante una indemnización que no es plena ni previa, según lo dicho antes, resulta que la garantía constitucional consignada en la disposición citada, queda burlada, por no haberse hecho la expropiación observando la plenitud de las formas propias de este juicio. Esa violación es manifiesta y así debe declararse."

Como aparte de lo expuesto el actor aduce como razones las que expuso la Corte en sentencia de cuatro de noviembre de mil novecientos veintisiete, sobre la inexequibilidad de los incisos 2º y 5º del artículo 2º de la Ley 84 de 1920, también sobre expropiaciones, el Procurador General de la Nación sostiene que el caso actual es distinto del que falló la Corte en el año de 1927.

Y se expresa así:

"La argumentación de la Corte, para demostrar aquella inconstitucionalidad, se funda en que el legislador no podía, sin desconocer derechos adquiridos garantizados por el artículo 31 de la Constitución y sin violar el artículo 5º del Acto legislativo número 3 de 1910, que exige una plena indemnización, cuando se trata de expropiaciones, limitar el justiprecio de esa indemnización en la forma en que lo hacían los incisos segundo y quinto del artículo 2º de la Ley 84 de 1920.

"Que ese fue el fundamento que tuvo la Corte para dictar aquel fallo, lo reconoce el denunciante Méndez Valencia, cuando dice: 'de suerte que al tenor de la doctrina que se deja copiada, la inconstitucionalidad de la disposición acusada de la citada Ley 84 de 1920, estribó en que no era posible limitar el monto de los perjuicios, en los casos de expropiación por causa de utilidad pública, al veinte por ciento del valor de lo expropiado, conforme al avalúo del catastro; como tampoco, en el caso de nuevo avalúo, que éste pudiera exceder del precio que la finca tuviese en el catastro, más un cincuenta por ciento.'

"Ahora si se lee con cuidado la disposición del artículo 9º de la Ley 67 de 1926, se verá al punto que ella no limita en forma alguna el justiprecio definitivo que en un debate judicial ha de servir de base a la indemnización plena a que tiene derecho el expropiado.

"Es verdad que el artículo acusado permite al demandante acompañar a la demanda el precio de lo que va a expropiar, estimándolo de acuerdo con la proporción que le corresponda en el catastro, más un cincuenta por ciento de tal valor, y es verdad también que si el demandante, por falta de catastro o por incorrección de éste, no puede estimar ese valor, el Juez para fijarlo ordenará practicar avalúo previo por peritos nombrados sin intervención de las partes.

"Pero hay que tener en cuenta que esa consignación y ese avalúo son medidas provisionales para evitar que se entorpezca el curso del juicio.

"La prueba es que la misma disposición agrega:

'El demandado se obligará en una diligencia a devolver lo que se le hubiere dado de más si del posterior avalúo así resultare.'

"Ese posterior avalúo es el definitivo y el artículo acusado ni coarta ni limita en forma alguna la libertad de la apreciación pericial definitiva, ni la potestad del Juez, como lo hacía el artículo 2º de la Ley 84 de 1920.

"La indemnización no deja de ser íntegra y plena, como lo sostiene el acusador."

Para proceder con método en el estudio del problema sometido a la decisión de la Corte, es indispensable analizar separadamente los distintos aspectos de la cuestión. Son éstos:

1º Que de conformidad con lo estatuído en el artículo 31 de la Constitución Nacional, toda expropiación por motivo de utilidad pública requiere plena indemnización. Y si se aplica el inciso 1º y el parágrafo 1º del artículo 9º de la Ley 67 de 1926, la indemnización deja de ser plena.

Por el contexto de la primera disposición acusada se comprende que el legislador quiso tener en cuenta para la indemnización, principalmente, el valor en el catastro de la cosa que se ha de expropiar, aumentado en un 50 por 100, aumento que viene a representar en la práctica los perjuicios que ocasione la expropiación. Y en la mente del legislador estuvo que el precio total no po-

dría exceder del valor catastral más el 50 por 100 indicado, puesto que admitía la posibilidad de que el demandado tenía que "devolver lo que se le hubiere dado de más, si del posterior avalúo así resultare" y no consideraba el caso de que ese posterior avalúo indicara un precio mayor que el señalado por el actor, fundado en el catastro, y admitido provisionalmente por el Juez. Y todo esto a pesar de la retención del 30 por 100 tomado del 50 en que se aumentaba el precio de la cosa objeto de la expropiación.

Lo que quería decir que de antemano quedaba definido que el precio máximo a que podía ascender una indemnización en caso de forzosa enajenación de un inmueble que figura en el catastro, era el valor señalado en éste, más un 50 por 100. Sólo el precio mínimo era desconocido y buscar esto venía a ser el único objeto del posterior avalúo, que obligaba al propietario a restituir lo que había recibido de más sobre tal mínimo, llegado el caso.

Siguiendo lo dicho por la Corte cuando estudió la Ley 84 de 1920, podía repetirse aquí el concepto de que "el criterio empleado para la fijación del precio de la finca, o sea el del avalúo catastral, no es violatorio del derecho de plena indemnización que la Constitución garantiza al propietario; pues acoge una avaluación 'establecida de antemano con su beneplácito.'" Pero el hecho de que se limitara el precio máximo al valor del catastro, más un 50 por 100, sí podía conducir en muchos casos al resultado de que la indemnización no fuera plena.

Porque, "por su misma naturaleza, los perjuicios que se pueden ocasionar con una expropiación, son algo completamente indeterminados, que no puede apreciarse sino teniendo en cuenta las circunstancias especiales de cada caso concreto. Y así como en esta materia jamás puede hablarse de perjuicios en abstracto o hipotéticamente, es decir, de los que pudieren presentarse, sino de los que efectivamente se han ocasionado, de la misma manera tampoco puede admitirse que con anticipación y como regla general para todos los casos, se fije de una vez la cuota máxima de los perjuicios.

"En una expropiación por causa de utilidad pública, los perjuicios que ocasione la venta forzosa dependen de múltiples circunstancias: de la situación de la finca, del destino que se haya dado por el dueño, de la manera como queda fraccionada cuando la expropiación es parcial.... etc., etc. Y así como hay casos en que el perjuicio puede ser grande, hasta superior al valor de la finca expropiada, como cuando en ella se ha instalado una fábrica que es necesario desmontar para trasladar a otra parte y cuyo trabajo es necesario suspender por algún tiempo, de la misma manera hay casos en que no sólo no se ocasiona ningún perjuicio, sino que hasta se procura un beneficio, como sucede en las regiones incomunicadas, con la construcción de ferrocarriles, carreteras y vías de comunicación en general."

De modo que cuando el artículo acusado señalaba una norma para fijar el precio máximo que debía fijarse por motivo de la expropiación, contrariaba el principio de la plena indemnización que garantizan el artículo 31 de la Constitución Nacional y el artículo 5° del Acto legislativo número 3 de 1910.

Esto cuando el demandante hubiere podido fijar el precio, por existir catastro o no adolecer éste de incorrecciones y el Juez hubiere encontrado correcta la estimación pecuniaria fijada por aquél.

Lo propio ocurría cuando tal estimación no se hacía, por falta de catastro, o ser incorrecto, o cuando el Juez no hallaba aceptable la apreciada por el demandante.

En efecto: entonces, decía el parágafo 1° del artículo acusado:

"El Juez, sin perjuicio de proveer al curso de la demanda, **hará practicar** un avalúo pericial **con absoluta prescindencia de las partes**, y acogido que fuere este avalúo por el Juez, puede el demandante consignar su valor, para que haya lugar a lo prescrito en el inciso precedente."

Como se ve, en este último caso no quedaba determinado el precio máximo de la indemnización, por faltar el dato del catastro. Y por consiguiente, podía sostenerse que no violaba el principio de la **plena indemnización**, puesto que el dictamen pericial no estaba sometido a otras normas que a las de la equidad, que son las que deben tener en cuenta los peritos, a quienes ha de suponerse hombres probos y entendidos en la materia sometida a su decisión.

Mas como al avalúo obtenido en este caso se procedía con prescindencia de las partes, y a él quedaba subordinado el que se practicara con posterioridad en el juicio, puesto que el parágrafo mandaba que se procediera según lo prescrito en el inciso precedente, tal avalúo indicaba el precio máximo obligatorio para el demandado, sin que a éste se le permitiera intervenir en él, ya tachando los peritos u objetando su dictamen. Y tal manera de proceder no es precisamente una garantía de **plena indemnización.**

Además, el hecho de que en el primer dictamen pericial no intervinieran las partes, constituía para el demandado, principalmente, una violación del principio constitucional, que manda que nadie sea juzgado sino "observando la plenitud de las fórmulas propias de cada juicio"; pues para él ese dictamen era definitivo, si el posterior no señalaba un precio menor, que lo obligara a devolver parte de lo que se le hubiese dado provisionalmente.

Pero como la Ley 77 de 1927, en su artículo 2°, manda a los peritos que en el primer avalúo fijen el precio de la cosa, teniendo en cuenta el que contenga en el catastro, y si fuere objetado, ordena que lo fijen libremente, de modo que el precio de la indemnización no queda sometido ya al del catastro, sino al contrario, en éste seguirá rigiendo el señalado en el juicio de expropiación, los motivos de inconstitucionalidad del citado artículo 9°, deducidos por concepto de no ser plena la indemnización, han desaparecido, puesto que la Ley 77 de 1927 es la que debe aplicarse hoy sobre ese punto, por ser posterior a dicho artículo 9°, y entonces carece de objeto declarar la inconstitucionalidad de un mandato legal que no rige.

Y no puede considerarse en vigor, porque si de conformidad con lo estatuído en el citado artículo 2° de la mencionada Ley 77, el avalúo que debe tenerse en cuenta para la indemnización, es en definitiva el que señalan los peritos nombrados en el juicio, indudablemente según las reglas generales, es claro que ya no tiene cabida el que señale el demandante o peritos en cuyo nombramiento no intervengan las partes, puesto que tal cosa carece de objeto.

2° Que la indemnización no es previa, como lo exige el artículo 5° del Acto legislativo número 3 de 1910, si se aplican los preceptos acusados.

En relación con este punto disponían ellos, después de dictar las normas a que debía sujetarse la fijación del

monto de la indemnización, que el Juez "ordenará la entrega al demandado del precio, y un 20 por 100 más, dejando en depósito el 30 por 100 restante, y dispondrá que el demandante entre inmediatamente en posesión de lo expropiado. El demandado se obligará en una diligencia a devolver lo que se le hubiere dado de más, si del posterior avalúo así resultare."

Como se ve, fijado el precio, y antes de decidir en definitiva sobre la expropiación, se le quitaba el inmueble al propietario y se lo entregaba al demandante, y al propio tiempo se le daba al demandado parte del precio señalado; pues un 30 por 100 del mayor valor de la cosa se retenía por el Juez. De modo que antes de tramitar el juicio, y antes de indemnizar plenamente al demandado, se le quitaba el inmueble para entregarlo al demandante.

Pero la Ley 105 de 1931, que por reglamentar íntegramente el procedimiento en materia de expropiaciones dejó insubsistentes las disposiciones procedimentales que se hallan en las Leyes 56 y 119 de 1890, la 38 de 1918, la 35 de 1915 y la 67 de 1926, según el principio del artículo 3° de la Ley 153 de 1887, resuelve hoy toda dificultad, y hace inútil la declaratoria de inexequibilidad pedida.

Y para que no quede duda sobre esto, conviene transcribir aquí lo pertinente de la exposición de motivos que guió el criterio del legislador al expedir la citada Ley 105 de 1931:

"Conforme a los principios científicos, la materia de la expropiación por causa de utilidad pública, es cuestión genuinamente contencioso-administrativa, que debería ser resuelta por las autoridades de ese órgano del poder público, como lo propusieron los redactores del proyecto de la Ley 130 de 1913. Pero rechazada esa idea por el legislador de entonces, fuerza es tratar el punto en el procedimiento civil.

"Quiso la comisión, en un principio, refundir en un solo cuerpo todas las disposiciones de las leyes que reglamentan este asunto, con las modificaciones del caso; pero ahondando en el estudio, llegó a la conclusión de que ello no es metódico, porque la expropiación por causa de utilidad pública tiene dos períodos esencialmente distintos: el primero, netamente administrativo; el segundo, judicial; el uno, para tratarlos por leyes especiales, variables con las necesidades de cada día; el otro, para reglamentar con carácter más firme en el procedimiento civil. De ahí que, dejando vigentes de una manera expresa las leyes actuales en lo que atañe a la parte administrativa, propongamos simplemente la tramitación judicial que debe seguirse cuando se haya decretado por la correspondiente autoridad política la expropiación de los bienes.

"En los artículos 850 a 852, se dice contra quién o quiénes deben entablar la demanda, según los casos, sin dejar de lado a ninguna persona interesada, y establecen los términos del traslado de la demanda. Como una expropiación es generalmente asunto de urgencia, y como el expropiado en todo caso recibe en vez de los bienes su valor, se propone en el artículo 853 que si, transcurridos diez días de iniciada la demanda, no se halla en el lugar alguno de los demandados, o éstos son inciertos, el Juez debe nombrar al ausente o ausentes un curador ad litem con quien se siga el juicio.

"Los artículos 854 a 856, 858 y 859, son tan claros, que no requieren glosa alguna. La diferencia en el efecto en que debe concederse la apelación, si se decreta o no la expropiación, se justifica por sí sola. El artículo 857 reproduce, con pequeñas variaciones, el correspondiente de la Ley 103, muy bien concebido, y que prevé todas las hipótesis sobre la persona o personas que deben recibir el precio de lo expropiado, o sobre su secuestro provisional, todo ello de manera armónica con los preceptos sustantivos."

Se ha sostenido en el debate que la disposición acusada no puede considerarse abrogada, porque ella sólo entraña una medida preventiva, que no es óbice para que se cumplan las reglas procedimentales señaladas en la citada Ley 105 de 1931.

Esto es un error, como pasa a demostrarse: la Ley 35 de 1915 que modificó las Leyes 56 y 119 de 1890, señaló un procedimiento especial para los juicios de expropiación para vías férreas.

Una ley posterior, la 38 de 1918, hizo extensivo a toda clase de vías públicas lo dispuesto en los artículos 13 a 27 de la Ley 35 de 1915.

Después, la Ley 67 de 1926, en su artículo 8°, dispuso esto:

"Extiéndese a todas las empresas de utilidad pública las disposiciones a favor de las vías férreas, que consagra la Ley 35 de 1915, y las de la presente."

Se ve claro, pues, por este mandato imperativo, que si algunas modificaciones introducía la Ley 67 de 1926 al procedimiento, se refería al que señalaba la 35 de 1915.

Según esta Ley, la primera providencia del Juez era la sentencia de expropiación (artículo 16).

Se abría el debate con la notificación de la sentencia en la forma indicada en los artículos 17 y 18, y el demandado sólo intervenía para nombrar peritos que fijaran el monto del avalúo, el cual señalaba el Juez en definitiva. El valor correspondiente se le pagaba al propietario, directamente o por consignación, y se entregaba lo expropiado al interesado (artículo 20).

El propietario tenía derecho, en juicio ordinario, de contradecir el avalúo, llamado provisional, y practicado en el juicio especial de expropiación, que no perdía su carácter de tal por el hecho de denominar provisional el avalúo hecho en él; nombre que se justificaba, si se considera que quedaba expuesto a ser rectificado en juicio ordinario, cuando el interesado promovía éste (artículos 21 y siguientes).

Siendo esto así, como lo es, se ve claro que la Ley 67 de 1926 sólo se propuso introducir la innovación de que el actor fijara por sí el avalúo, cuando había catastro que le diera base, o que lo fijaran peritos nombrados por el Juez, sin intervención de las partes, sencillamente, porque sólo existían éstas cuando se les notificaba la sentencia de expropiación, de acuerdo con la Ley 35 de 1915, que debía aplicarse. Introdujo también la innovación de quitarle la cosa al dueño antes de pagarla y antes de que las mismas partes, de acuerdo con la Ley 35 de 1915, nombraran peritos, al notificárseles la sentencia de expropiación. De modo que armonizando las Leyes 35 y 67 citadas, que era las que había que armonizar, porque eran las aplicables a estos casos, se concluye que no había tales diligencias preventivas dentro del juicio especial de expropiación, en el cual fuera posible después enmendar los agravios inferidos al derecho de propiedad; porque lo que era el referido juicio quedaba terminado con el posterior avalúo que en él se practicara en la forma dicha. Para modificar éste, era requisito indispensable un juicio ordinario, según la Ley 35 de 1915.

Y la tesis de que la Ley 67 de 1926 debe aplicarse, ar-

monizándola con el Código Judicial, es insostenible, sencillamente porque no hay armonía posible, dado que el Código señala un procedimiento absolutamente distinto del indicado en dicha Ley y en la 35 de 1915, que fue la que modificó la 67. Sin que pueda decirse que las disposiciones de ésta modificaran el Código, por la potísima razón de que el Código es posterior a la Ley.

Si de modificaciones se trata, hay que admitir forzosamente que son la 67 y la 35 también las que han sido no sólo modificadas, sino abrogadas por el Código Judicial, en todas las disposiciones procedimentales que contengan, ya que el mismo Código enseña, en su artículo 850, que "las disposiciones de este capítulo—el que trata de expropiaciones—no se oponen a la vigencia de las contenidas en las leyes sobre expropiaciones por causa de utilidad pública, que tienen carácter sustantivo, o administrativo, o que den reglas sobre el monto de los avalúos."

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala Plena, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve que no es el caso de declarar inexequibles, por violatorios de los artículos 31 de la Constitución Nacional y 5º del Acto legislativo número 3 de 1910, el inciso 1º y el parágrafo 1º del artículo 9º de la Ley 67 de 1925, en el concepto en que han sido acusados, por no estar vigentes.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial, envíese copia al Ministro de Gobierno y archívese el expediente.

GERMAN B. JIMENEZ—**José Miguel Arango—Enrique A. Becerra—Jenaro Cruz V.—Remigio González G.—Ignacio González Torres—Manuel Vicente Jiménez—José Joaquín Hernández—Julio Lozardo Fortoul—Juan E. Martínez—Tancredo Nannetti—Juan C. Trujillo Arroyo. Augusto N. Samper, Secretario.**

Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, febrero veintiocho de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Jenaro Cruz V.).

El doctor Sotero Peñuela, en ejercicio de la acción popular reconocida en el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, pide a la Corte Suprema, en demanda de 14 de septiembre de 1933, que declare inexequible la Ley 3ª del año últimamente citado, por ser violatoria del artículo 112 de la Constitución Nacional.

La Ley acusada es del tenor siguiente:

"LEY 3 DE 1935

(septiembre 8)

por la cual se adiciona el artículo 1º del Decreto ejecutivo número 202 de 1932.

"El Congreso de Colombia

decreta:

"Artículo 1º Desde el veinte de julio del presente año en adelante, los Senadores y Representantes que asistan a las sesiones ordinarias y extraordinarias del Congreso, tienen derecho a percibir, como gastos de representación, la cantidad de cinco pesos ($ 5) diarios.

"Queda en estos términos adicionado el Decreto ejecutivo número 202 de 1932.

"Artículo 2º Esta Ley regirá desde su sanción.

"Dada en Bogotá a cuatro de septiembre de mil novecientos treinta y tres.

"El Presidente del Senado, CARLOS TIRADO MACIAS. El Presidente de la Cámara de Representantes, MOISES PRIETO—El Secretario del Senado, **Odilio Vargas**—El Secretario de la Cámara de Representantes, **Carlos Samper Sordo.**

—

"Poder Ejecutivo—Bogotá, septiembre 8 de 1933.

"Publíquese y ejecútese.

"ENRIQUE OLAYA HERRERA

"El Ministro de Hacienda y Crédito Público.

"Esteban Jaramillo"

El artículo 112 de la Constitución, que se dice violado, enseña esto:

"Ningún aumento de dietas ni de viáticos decretado por el Congreso, se hará efectivo sino después que hayan cesado en sus funciones los miembros de la Legislatura en que hubiere sido votado."

Advierte el actor:

"1º Que el pretexto aducido para cohonestar el aumento de dietas fue el darle a dicho aumento diario el nombre de **gastos de representación**, como si las palabras pudieran cambiar la esencia de las cosas; tales gastos de representación se reconocen por el servicio diario; es un emolumento, que dice el señor Samper; una adehala o aumento al sueldo diario y el todo constituye las dietas diarias o mensuales de los congresistas, con el agravante de que se da a la ley carácter retroactivo, desde el primer día de las sesiones—20 de julio—y con el ítem de que conforme al artículo 2º de la Ley acusada, debe regir desde su sanción, es decir, desde el 8 del presente septiembre; pero tánta fue la prisa de expedir esa Ley indelicada e inconstitucional, y tamaño el deseo del aumento, que se la hace regir antes de lo en ella ordenado, lo que constituye una máxima irregularidad, cuando no un disparate jurídico.

"2º El precepto constitucional violado permite el aumento de dietas y viáticos para futuros congresistas, de otro período legislativo; y la indelicadeza violatoria de la Constitución es todavía más notoria y censurable si se observa que la Ley acusada la hace aplicable solamente a los que la expidieron, no a los del porvenir, como parece deducirse de su texto, ya que el Decreto ejecutivo o más bien legislativo número 202, de 8 de febrero de 1932, que rebajó los sueldos o dietas de los Representantes y Senadores a $ 15 diarios, fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 99 de 1931, de carácter transitorio."

Es indiscutible que los vocablos **viáticos** y **dietas** y la expresión **gastos de representación** indican cosas esencialmente distintas: por **viáticos** se entiende lo que se da en dinero o en especie para su sustento y movilización a quien hace un viaje; por **dietas**, lo que se paga por cada día de servicio a quien trabaja. Los **gastos de representación** expresan lo que se suministra a individuos que desempeñan ciertos cargos para que atiendan a "desembolsos originados por atenciones y consideraciones hacia personas y entidades extrañas, más que por las de su propia familia."

Y fiel a estos conceptos aceptó la Corte estas distinciones, en sentencia de veintitrés de agosto de mil novecientos veintisiete, como lo admitieron los Magistrados que salvaron su voto en dicho fallo.

Y asimismo tampoco es posible poner en duda que el ánimo de los legisladores del año de 1933, al expedir la Ley 3ª, no fue otro que el de aumentar los emolumentos de los Representantes y Senadores en $ 5 diarios con los llamados gastos de representación, durante las sesiones ordinarias y extraordinarias del Congreso, desde el 20 de julio de dicho año.

—

Mas como el problema de inconstitucionalidad no se ha planteado ante la Corte por falta de atribuciones en el Congreso para decretar singularmente **gastos de representación** a favor de sus miembros, sino en consideración a que "ningún aumento de dietas ni de viáticos decretado por el Gobierno se haría efectivo, sino después que hayan cesado en sus funciones los miembros de la Legislatura en que hubiere sido votado," queda fuera de lugar estudiar aquí si la Ley acusada viola el artículo 112 de la Constitución por ordenar un gasto especial que expresamente la Carta Fundamental no otorgue y que implícitamente tenga prohibido en su artículo 112 ya citado.

Para llegar a la conclusión de que la Ley acusada es inconstitucional, bastan estas consideraciones:

La Ley 89 de 1931 disponía en su artículo 1º lo siguiente:

"Desde la vigencia de la presente Ley las **dietas y gastos de representación** de los Senadores y Representantes serán en total a razón de veinte pesos diarios ($ 20)."

El Decreto 1751, de 1º de octubre de 1931, teniendo en cuenta "las proposiciones acordadas por las Cámaras Legislativas sobre 'que el Poder Ejecutivo puede y debe incluir las dietas de los miembros del Congreso en la rebaja de 10 por 100,' de conformidad con las facultades extraordinarias," ordenó esto:

"Desde el primero del presente mes, las dietas y gastos de representación de los Senadores y Representantes quedan reducidos en un 10 por 100, devengando por consiguiente $ 18 diarios."

Y el Decreto 202, de 8 de febrero de 1932, modificó el anterior y dispuso:

"Desde el primero del presente mes las **dietas y gastos de representación** de cada Senador y Representante se fijan en la suma de $ 15 diarios."

Como se ve, tanto la Ley 89 de 1931 como los Decretos que la modifican, engloban las **dietas** y los **gastos de representación** en una sola partida; lo que indica que el legislador ha considerado que los emolumentos de los Representantes y Senadores deben servirles para su decoroso sustento y el de su familia y para atender a "desembolsos originados por atenciones y consideraciones" extrañas a aquellas necesidades. Lo que quiere decir que el legislador no entendió que por usar vocablos de distinto significado cambiase la esencia de la realidad que establecía.

Pero hay más: admitiendo que el espíritu y la letra de la Ley 89 de 1931 y el de los Decretos legislativos 1751 de 1931 y 202 de 1932 fuese dotar a los miembros del Congreso de dietas y de **gastos de representación**, conservando su inconfundible diferencia, resulta entonces una verdad incontrovertible: que el 20 de julio de 1933 los miembros del Congreso gozaban de **gastos de representación** y de dietas cuyo monto en conjunto era de $ 15 diarios.

Así las cosas, un grupo de Senadores presentó a la consideración del Senado el siguiente

"PROYECTO DE LEY

por la cual se deroga el artículo 1º del Decreto ejecutivo número 202 de 1932.

"El Congreso de Colombia

decreta:

"Artículo. Derógase el artículo 1º del Decreto ejecutivo número 202, de 3 de febrero de 1932, y en consecuencia, desde la presente Legislatura rigen las disposiciones del artículo 1º de la Ley 89 de 1931, sobre la materia.

"Artículo. Esta Ley regirá desde su sanción."

Y fue acompañado de la siguiente exposición de motivos:

"El Ejecutivo Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias y teniendo en consideración las premiosas circunstancias por que entonces atravesaba el Tesoro Nacional, dictó el Decreto 202, de 8 de febrero de 1932, que suspendió transitoriamente los efectos del artículo 1º de la Ley 89 de 1932. Tal Decreto, que era entonces una necesidad imperiosa del Fisco, por razones de todos conocidas, especialmente por el regreso del país a una normalidad fiscal relativa, ha dejado de ser necesario, y se impone su derogación por las siguientes razones:

"Para ocupar sus curules los miembros del Congreso se ven en la necesidad de abandonar, o el ejercicio de su profesión, o los negocios a que dedican sus actividades, teniendo como base retributiva para la atención de sus necesidades el valor de las dietas que devengan durante los meses del Congreso, las cuales tienen que dividirse para el servicio de su vida en Bogotá y el de su familia, cuya mayoría reside en Provincias.

"Los Senadores y Representantes tienen que atender no sólo a las necesidades personales que el decoro de su posición reclama, sino a las de la política de sus respectivos partidos, que gira alrededor de los puestos de la Representación Nacional.

"Estas y otras consideraciones imponen la aprobación del proyecto que tenemos el honor de presentar.

"Efraím Llorente, José María Salazar, Manuel F. Obregón, J. C. Puerta Velasco, M. Gómez Fernández, Francisco Vizcaíno, Francisco Lanao."

La comisión que estudió el proyecto rindió el siguiente informe:

"Tenemos el honor de informar sobre el proyecto de ley que reforma el Decreto ejecutivo número 202 de 1932, para modificar la disposición vigente sobre asignaciones de los Senadores y Representantes. La Ley 23 de 1926 determinó que los miembros del Congreso tenían derecho a percibir como gastos de representación la suma de doscientos cincuenta pesos mensuales.

"En la Ley 89 de 1931 se unificaron las dietas y los gastos de representación, totalizándolos a razón de veinte pesos diarios.

"Y el Decreto número 202 mencionado, los redujo, en la misma forma, a quince pesos diarios, disposición de carácter ejecutivo, que rige actualmente.

"La tradición legislativa, que reconoce esa atribución como fuero inalienable, ha sido siempre que el Congreso mismo fije el salario de sus miembros y empleados; solamente en virtud de la depresión económica que de 1929 en adelante ha asolado al país, y merced a las facultades extraordinarias que le confirió al Poder Ejecutivo la Ley 99 de 1931, se desplazó aquella facultad a esta última entidad. Pero es preciso que el Congreso, en el descenso de la crisis económica, recupere sus atribuciones en esta materia, por razones de organización republicana, dado que sería contrario a los principios de derecho público sobre la soberanía de los Poderes, que el Legislativo continuara subordinado al Ejecutivo, en tal entidad, que podría llegarse hasta la determinación de un control voluntario que menoscabaría la independencia de las Cámaras.

"No se trata de ejercer una atribución fuera de la órbita que señalan la cordura y la prudencia, con menosprecio de los intereses del país, sino de volver a la moderada cuantía que indicó la Ley 89 de 1931.

"Para aquellos que miran en este asunto una cuestión puramente burocrática, vuestra comisión anota que ella es más fundamental en la marcha ordenada de la República. No es motivo para lastimar el decoro de estas corporaciones, que ellas mismas resuelvan lo concerniente a los emolumentos de sus miembros, porque siendo sus funciones de carácter general, no habría manera de conferir esa facultad, en la misma forma, a ninguna entidad sin prestarse a la misma tacha. Así vemos cómo el Poder Ejecutivo, en su proyecto de Presupuestos, eleva, con razón, la partida que se refiere a su propio personal, sin que a nadie se le ocurra pensar que aquello hiere el decoro personal de sus representativos.

"Es una cuestión política. La mezquindad de la remuneración de los miembros del Congreso, en desacuerdo con su propio valimento y en atención a las exigencias que ese carácter comporta, quebranta el principio que en teoría al menos es básico en las democracias, consistente en que el sufragio debe ser una función de selección, pues es visible que la repercusión de ella en la representación la recluye, o en los ricos o en aquellas personas que por razón de residencia pueden atender a sus obligaciones políticas como una simple adehala profesional, con evidente perjuicio para las conveniencias nacionales.

"Es una cuestión ética: si el funcionamiento de las instituciones republicanas actúa en un ambiente propicio de moralidad, las corrientes políticas se canalizan en sentido inconveniente para la República, por la falta de intervención de todos los elementos sociales, y se constituyen los círculos reducidos y ambiciosos que hacen de la política una rama profesional, con un alejamiento pernicioso de aquellos factores que en otras condiciones podrían prestarle un concurso útil a la Nación. La representación es un honor costoso, y está en el interés patrio suavizar en lo posible el sacrificio que impone su atención por la ruptura única de cuotidiana armonía profesional, pues el electo no sólo debe venir a llenar esas extraordinarias funciones ciudadanas, sino que debe dedicarles todo su tiempo, todas sus energías y todas sus capacidades. 'Yo no vengo a trabajar sino al Congreso,' es un aforismo parlamentario que ha sentado sus reales, y es el fruto de una selección desviada por motivos diversos a los fines genuinos del sufragio. La vida de la República no está cifrada en la vida cómoda de unos pocos afortunados, la vida de la República está cimentada en el trabajo de sus hijos, procuremos que ese trabajo sea eficaz.

"Los congresales y sus familias tienen que vivir, y tienen que vivir una vida decente. El cargo les impone obligaciones sociales y personales de relieve a que deben sujetarse por el propio decoro nacional. Si las circunstancias especiales en algunos de ellos son propicias para una ostentación de desprendimiento y liberalidad, no todos están en las mismas condiciones, y campo les queda en la beneficencia para conformar su palabra con la acción, que es el fundamento de la verdad.

"El proyecto en estudio resaltará por su modestia si se promedia en los doce meses del año el salario de los cuatro meses que duran comúnmente las sesiones del Congreso, y se verá por ello cómo se pretende que el legislador colombiano se nivele por el sueldo con cualquier funcionario de mediana categoría; esa operación es indicada, porque la ausencia y las preocupaciones legislativas concretan en ese sueldo toda la ganancia anual de los Representantes en el mayor número de casos. Como adorno profesional, la política, entendiéndose por tal dicha representación, es sencillamente un desastre, pues el consultorio y la clientela desaparecen. Y eso es un mal, porque el profesional es el ciudadano que está en mejores condiciones para sentir las necesidades nacionales con criterio multilateral.

"La ley debe circunscribirse a los gastos de representación; determinando una cantidad módica diaria que armonice en lo posible el carácter oficial de la representación con las erogaciones extraordinarias que esa destacada posición implica.

"Y en este sentido, vuestra comisión se permite modificar el texto del artículo 1º del proyecto.

"Por lo expuesto, os proponemos:

"Dése segundo debate al proyecto de ley 'que adiciona el artículo 1º del Decreto ejecutivo número 202, de 8 de febrero de 1932,' con la modificación que en pliego separado acompañamos.

"Jesús Perilla V., Isaías Cepeda, Aníbal Badel, Julio Holguín, Antonio Maura Giraldo."

Y las modificaciones fueron estas:

"El artículo 1º quedará así:

"Desde el veinte de julio del presente año en adelante los Senadores y Representantes que asistan a las sesiones ordinarias y extraordinarias del Congreso, tienen derecho a percibir, como gastos de representación, la cantidad de cinco pesos ($ 5) diarios.

"Queda en estos términos adicionado el Decreto ejecutivo número 202 de 1932."

Y así pasó a ser la Ley 3ª de 1933.

Como se ve, el propósito claro y manifiesto del Congreso con esta Ley fue aumentar en $ 5 diarios la partida de $ 15 que señalaba para **dietas y gastos de representación** de los Senadores y Representantes del año de 1933 el Decreto ejecutivo número 202 de 1932; aumento que se hacía efectivo antes de que cesaran en sus funciones los miembros de la Legislatura en que fue votado.

Y esto es abiertamente violatorio de la Constitución Nacional; porque admitiendo que el Congreso pueda señalar **gastos de representación** a sus miembros, no puede

aumentarlos en favor de los que hayan decretado el aumento.

En efecto, "si respecto de los emolumentos llamados dietas y viáticos existe prohibición expresa de que el aumento de ellos no puede aprovechar a los miembros de la Legislatura en que se decrete, implícitamente está también prohibido que cualquiera otro emolumento, llámese como se quiera, tenga la misma efectividad, porque existe el mismo motivo que informa el principio establecido en el artículo 112 de la Constitución, encaminado a evitar el abuso en que pudieran incurrir las Cámaras al decretar emolumentos o aumento de ellos en provecho propio."

Por cualquier aspecto que se considere, pues, la Ley acusada es inconstitucional.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala Plena, de acuerdo en parte con el señor Procurador General de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara inexequible la Ley 3ª de 1933, por ser violatoria del artículo 112 de la Constitución Nacional, en cuanto por ella se hace efectivo el aumento de los emolumentos de los Senadores y Representantes antes de haber cesado en sus funciones los miembros de la Legislatura en que fue votado dicho aumento.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial**, envíese copia al señor Ministro de Gobierno y a los Presidentes de las Cámaras, y archívese el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Enrique A. Becerra. Jenaro Cruz V.—Remigio González G.—Germán B. Jiménez—Manuel Vicente Jiménez—José Joaquín Hernández—Julio Luzardo Fortoul—Juan E. Martínez—Juan Francisco Mujica—Tancredo Nannetti—Juan C. Trujillo Arroyo—Augusto N. Samper, Secretario.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia. Bogotá, julio dos de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jenaro Cruz V.).

Como apoderado del Departamento de Antioquia, el doctor Eustacio de Méndoza promovió juicio civil ordinario contra la Sociedad de Sierra Vásquez & Compañía, en liquidación, representada, dijo, por su liquidador el señor Jorge Rodríguez L., y contra éste mismo en su carácter de fiador solidario de aquella Sociedad.

Hé aquí las declaraciones que solicitó:

"Primero. Que los señores Sierra Vásquez & Compañía, en liquidación, y el señor Jorge Rodríguez L., mayor de edad y domiciliado en el Municipio de Medellín, deben al Departamento de Antioquia, y se les condene a pagar al mismo, la cantidad de doscientos treinta y cinco mil seiscientos cinco pesos y treinta y seis centavos ($ 235,605-36) en oro, que aquéllos dejaron de pagar en los diez y ocho meses comprendidos entre el primero (1º) de enero de mil novecientos ocho (1908) y el treinta de junio, inclusive, de mil novecientos nueve (1909), en los cánones de arrendamiento de la renta de licores de las *Provincias de Centro, Oriente*, Aures, Nordeste y Sopetrán, del Departamento de Antioquia, que tomó a su cargo la Sociedad Sierra, Vásquez & Compañía, de conformidad con las estipulaciones que se hicieron constar en las escrituras otorgadas en Medellín el día veinticinco (25) de diciembre de mil novecientos siete (1907), ante el Notario segundo de aquel Circuito, bajo los números mil doscientos setenta y nueve (1,279) y mil doscientos ochenta (1,280); los intereses correspondientes a las sumas dejadas de pagar en cada mensualidad, desde que incurrieron en la mora hasta el día en que real y efectivamente hagan el pago, a la rata del dos por ciento (2 por 100) mensual fijado en dicho contrato y en el Decreto trescientos treinta y nueve (339) de cuatro (4) de abril de mil novecientos cinco (1905), y las costas del juicio.

"Segundo. Que el convenio proyectado entre los señores Sierra, Vásquez & Compañía, y otros rematadores con el señor Emiliano Isaza, conocido con el nombre de **contrato Isaza**, suscrito en esta ciudad de Bogotá el veintiséis (26) de diciembre de mil novecientos siete (1907), y al cual se refiere la escritura pública número novecientos treinta y cinco (935), de doce (12) de agosto de mil novecientos ocho (1908), pasada ante el Notario segundo del Circuito de Medellín, no hizo cesar los efectos legales de las obligaciones contraídas por los señores Sierra, Vásquez & Compañía, mediante las escrituras mil doscientos setenta y nueve y mil doscientos ochenta (1,279 y 1,280), de veinticinco (25) de diciembre de mil novecientos siete (1907), arriba citadas, en lo referente a los diez y ocho meses corridos desde el primero (1º) de enero de mil novecientos ocho (1908) al treinta (30) de junio de mil novecientos nueve (1909)."

Las cuestiones de hecho en que se apoya la demanda y que el actor tiene también como causa o razón de ella, las resume en los siguientes términos:

"El Decreto legislativo número 41 de 1905 estableció como renta nacional la de licores, en la forma de monopolio, y facultó al Poder Ejecutivo para manejarla, bien por administración, bien por arrendamiento hecho en licitación pública, observándose los Decretos que se dictaran sobre la materia. El 339, de 4 de abril del mismo año, fijó el procedimiento para arrendar esta renta y dispuso que se hicieran los remates en las capitales de los Departamentos, cuando así conviniera a los intereses del Fisco. En tal caso se verificarían ante el Gobernador del respectivo Departamento o el Secretario que hiciera sus veces y dos representantes de la Junta Directiva del Banco Central. En el mes de octubre de 1907 se verificaron en Medellín los remates de la que se producía en el Departamento de Antioquia, dividida en Provincias; y los señores Sierra, Vásquez & Compañía tomaron a su cargo las de las Provincias del Centro, Oriente, Aures, Sopetrán y Nordeste, de conformidad con las estipulaciones que se hicieron constar en las escrituras públicas números 1279 y 1280, de veinticinco de diciembre de mil novecientos siete, otorgadas ante el Notario segundo de Medellín, obligándose a pagar a la Nación, en oro, cada mensualidad, veinticuatro mil pesos ($ 24,000) por la del Centro; por la de Oriente, tres mil novecientos cincuenta pesos ($ 3,950); por la de Aures, tres mil ochocientos pesos ($ 3,800), y por la de Sopetrán y Nordeste, dos mil cuatrocientos y ocho mil novecientos pesos ($ 2,400 y $ 8.900), respectivamente, durante el cuatrienio del primero de enero de mil novecientos ocho (1908) al treinta y uno de diciembre de mil novecientos once, y del dos por ciento (2 por 100) mensual de interés por las sumas demoradas. Estas escrituras las suscribieron los señores Sierra, Vásquez & Compañía, a sabiendas de que el precio que por cada Provincia se obligaron a pagar a la Nación

no podía ser reducido o rebajado por el Gobierno Nacional, representante de la parte arrendadora de la renta, ni muchísimo menos por quien no tuviera la personería del Estado. La Junta de Remates dijo terminantemente a los señores Sierra, Vásquez & Compañía, en respuesta a uno de sus memoriales: 'que ni ella ni el Gobierno Nacional, pueden rebajar el valor de los remates hechos, según el Decreto número 339 de 1905, y lo manifestado por el Excelentísimo señor Presidente de la República. Y sin embargo de esto, los señores Sierra, Vásquez & Compañía han pretendido justificar el no pago de parte del precio contratado, apoyándose en un convenio suscrito por ellos y por otros rematadores, en Bogotá, el día veinticinco (25) de diciembre de mil novecientos siete (1907), con el señor Emiliano Isaza, diciéndose éste apoderado del Departamento de Antioquia, entidad que en ese tiempo ni era dueña de la renta, ni parte en el contrato de arrendamiento que rezan las escrituras números mil doscientos setenta y nueve (1,279) y mil doscientos ochenta (1,280), convenio que, por añadidura, no llegó a perfeccionarse entre los que lo suscribieron, porque no llegó a cumplirse la condición suspensiva que estipularon para la validez del mismo.

"La Ley VIII de 1909, cedió a los Departamentos la renta de licores y los subrogó a la Nación en todos los derechos y obligaciones provenientes de los contratos que estuvieran vigentes a la fecha expresada. Uno de ellos fue el celebrado por la Nación con los señores Sierra, Vásquez & Compañía en las escrituras 1,279 y 1,280 de 25 de diciembre de 1907.

"Esto hace que en el presente juicio hayan de deslindarse dos épocas, a saber: la primera, comprendida entre el primero (1º) de enero de mil novecientos ocho (1908) y el treinta (30) de junio de mil novecientos nueve (1909), en que la Nación era dueña de la renta y en que se causó la deuda que se cobra en el presente juicio; y la segunda, comprendida entre el primero de julio de mil novecientos nueve y el treinta y uno de diciembre de mil novecientos once, en que el Departamento de Antioquia entró a ser dueño de la renta y de la aludida deuda.

"En este juicio se trata de la deuda que dejaron de pagar los señores Sierra, Vásquez & Compañía en los diez y ocho meses que comprende la primera época; y la cobra el Departamento de Antioquia, porque la dicha deuda le fue cedida en virtud del artículo 6º de la Ley VIII de 1909.

"Y se trata además de la ineficacia del proyectado contrato Isaza para modificar las estipulaciones de las escrituras números mil doscientos setenta y nueve (1,279) y mil doscientos ochenta (1,280) de la misma época."

Admitida la demanda, se corrió traslado de ella al señor Jorge Rodríguez L., quien la contestó oponiéndose a sus pretensiones. No acepta el demandado el que la Sociedad Sierra, Vásquez & Compañía deba suma alguna al Departamento, ni que carezca de validez el llamado contrato Isaza ni que él se haya obligado como fiador de la mencionada Sociedad; y propuso las excepciones perentorias de pago efectivo, transacción, petición de modo indebido, novación de los contratos de las escrituras números 279 y 280, por el de la escritura número 935, que contiene el contrato Isaza, todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió, y prescripción de los contados o mensualidades de 1º de enero de 1908 a septiembre último (1928).

Junto con la contestación de la demanda vino el poder que el mismo señor Jorge Rodríguez confirió al doctor Ricardo Hinestrosa Daza para que lo representara a él en el juicio y a la Sociedad de Sierra, Vásquez & Compañía.

En seguida se llamó la causa a pruebas por treinta días, durante los cuales las partes solicitaron las que juzgaron convenientes. Y agregadas a los autos y evacuados los traslados que se les confirió para alegar, se citó para sentencia, la que se pasa a pronunciar con intervención de un Conjuez—el doctor Gabriel Rodríguez Diago—por impedimento declarado legal del Magistrado doctor José J. Hernández y con arreglo a las siguientes consideraciones:

La demanda designó, como se dijo atrás, al doctor Jorge Rodríguez L. como liquidador de la Sociedad Sierra, Vásquez & Compañía y como responsable personalmente en calidad de fiador solidario de la misma Sociedad. Es necesario, por tanto, examinar si en el demandado Rodríguez se reúnen las dos calidades antes indicadas.

Aun cuando en auto de diez de diciembre de mil novecientos veintiocho se le negó al señor Rodríguez L. la facultad de conferir poder para representar en juicio a la Sociedad Sierra, Vásquez & Compañía, por no tener él solo el carácter de liquidador sino la Junta Directiva, compuesta de tres miembros, en auto de veintinueve de octubre de mil novecientos treinta y dos explicó la Corte que si tal se hizo fue porque el "poder—como acto de administración—debió otorgarlo o autorizarlo la Junta misma." Y por más que se hubiese concluido que la nombrada Sociedad había quedado sin representación en el juicio, "esto no es exacto, porque el artículo 319 del Código Judicial anterior decía lo siguiente:

'Aunque sean dos o más las personas que como tutores, curadores, albaceas, procuradores, síndicos, etc., puedan representar a una persona, comunidad o sociedad, o intervenir por ella en juicio, éste se seguirá con sólo una de esas personas a prevención, y con ella se seguirá todas las diligencias hasta la ejecución de la sentencia, inclusive.'"

Y se concluyó que el juicio había podido seguirse con la persona del señor Rodríguez L. como representante de Sierra, Vásquez & Compañía. Lo que es lo mismo que afirmar que el señor Rodríguez L. ha tenido la personería de dicha Sociedad y debe resolverse en el fondo de la cuestión propuesta.

No se discute aquí que Sierra, Vásquez & Compañía se hubiesen obligado a pagar como rematadores de la renta de licores en las Provincias del Centro, Oriente, Aures, Nordeste y Sopetrán, en Antioquia, las cantidades a que se refiere alguno de los hechos de la demanda; porque el demandado no niega tal obligación. Pero como alega que dicha Compañía, en virtud de arreglo que hizo con el Departamento de Antioquia, cumplió con su obligación, quedando ésta extinguida en su integridad, es de rigor resolver si esto es cierto.

Desde luégo se advierte que lo demandado es parte de los cánones de arrendamiento en el lapso comprendido entre el 1º de enero de 1908 y el 30 de junio de 1909; porque dizque si fue cierto que la Compañía demandada entró en arreglos con el Departamento de Antioquia y se suscribió el llamado contrato Isaza, este Departamento no era dueño en esa época de la renta, ni era parte en el

contrato de arrendamiento; de modo que lo estipulado en dicho convenio no pudo tener efecto, por tratarse de una renta nacional.

En el referido contrato Isaza, suscrito en Bogotá, en diciembre de 1907, se estipuló lo que sigue:

"Para no sentar el precedente desorganizador de hacer concesiones gratuitas en los remates de las rentas públicas, y por estar resuelto el Gobierno a cambiar el sistema actual por el de administración oficial de ellas, ha hecho con los rematadores de las rentas de licores nacionales en el Departamento de Antioquia este convenio de concesiones mutuas, que lo ponen en aptitud de asumir él la administración de las rentas y conocer su valor exacto. En tal virtud, Emiliano Isaza, apoderado especial del Departamento de Antioquia, por una parte, y por la otra Cipriano Rodríguez, como representante de los rematadores de la renta de licores nacionales de las Provincias del Centro, Oriente, Aures, Sopetrán y Nordeste, en el período que comienza el día primero (1º) de enero próximo.... han celebrado el siguiente convenio:

"Primero. El Gobierno de Antioquia fiscalizará la administración de la renta de licores, para saber la utilidad que le corresponda, según se dirá luégo, y para poder administrarla por su cuenta cuando la reciba, lo cual se considera como de grande importancia para los intereses fiscales.

"Segundo. En cambio de esta concesión que hacen los rematadores.... cada uno de los que aceptan este arreglo responderá al Gobierno de la parte que le corresponde y que es la indicada en el siguiente cuadro:

"Primer año.

"Base convenida según cuentas examinadas por Ramón A. Restrepo:

"Provincia del Centro	$ 17,569 54
"Provincia del Nordeste	5,759 42
"Provincia de Aures	2,665 38
"Provincia de Oriente	2,000 ..
"Provincia de Sopetrán	1,000 ..

"Segundo año.

"Con diez por ciento (10 por 100) de recargo:

"Provincia del Centro	$ 19,326 49
"Provincia del Nordeste	6,335 36
"Provincia de Aures	2,931 91
"Provincia de Oriente	2,200 ..
"Provincia de Sopetrán	1,100 ..

"Tercer año.

"Con veinte por ciento (20 por 100) de recargo:

"Provincia del Centro	$ 21,083 44
"Provincia del Nordeste	6,911 30
"Provincia de Aures	3,198 44
"Provincia de Oriente	2,400 ..
"Provincia de Sopetrán	1,200 ..

"Cuarto año.

"Con veinticinco por ciento (25 por 100) de recargo:

"Provincia del Centro	$ 21,961 92
"Provincia del Nordeste	7,199 27
"Provincia de Aures	3,331 72
"Provincia de Oriente	2,500 ..
"Provincia de Sopetrán	1,250 ..

"Quinto. Antes de elevarse a escritura pública en Medellín este arreglo, deberán estar aseguradas legalmente y a satisfacción del Gobernador de Antioquia todas las rentas rematadas, y como este convenio constituye una verdadera novación de contrato, se hará que al firmar la nueva escritura queden renovadas todas las fianzas e hipotecas.

"Sexto. Este contrato necesita para su validez que sea aprobado por la Gobernación de Antioquia, por la Gerencia de las Rentas Reorganizadas y por la Junta Directiva del Banco Central y por el Ministerio de Hacienda, por tratarse de una renta nacional.

"Para constancia se firma por triplicado el presente contrato, en Bogotá, a veintiséis (26) de diciembre de mil novecientos siete (1907).

"Emiliano Isaza—Ad referéndum, Cipriano Rodríguez."

Este contrato fue aceptado por el "doctor Jesús María Arango R., Secretario General encargado de la Gobernación de Antioquia, en representación de dicha entidad y del Gobierno Nacional; el señor Ramón A. Restrepo, Administrador Departamental de las Rentas Reorganizadas, en representación del Banco Central; el doctor Jorge Rodríguez L., como Gestor Presidente de la Casa de Sierra, Vásquez & Compañía," quienes suscribieron la escritura número 935, otorgada en Medellín el 12 de agosto de 1908, en la cual aparece incorporado el referido contrato y las siguientes estipulaciones:

"Tercero. Que Sierra, Vásquez & Compañía aprueban ese convenio con las modificaciones que respecto de dicha Casa se le han introducido después, consistentes en suprimir de él la participación del Gobierno en el producto de tales rentas y la fiscalización del mismo Gobierno en la administración de ellas.

"Cuarto. Que en atención a lo pactado en el contrato inscrito, modificado luégo con las supresiones que acaban de especificarse, que constan en el telegrama de tres (3) del mes en curso, dirigido por el señor Salvador Franco, Gerente de las Rentas Reorganizadas, al señor Administrador Departamental de las mismas, y en lo resuelto por la Junta Directiva del Banco Central, el diez (10) de este mismo mes, según lo dice el telegrama de esa misma fecha, dirigido por el señor Gerente de las Rentas Reorganizadas a los señores Secretario encargado de la Gobernación de Antioquia y al Administrador Departamental de las mismas Rentas; que en atención a tales piezas, se repite, Sierra, Vásquez & Compañía, se obligan a pagar por el remate de las expresadas Provincias y en el cuatrienio de que se ha hecho mérito, lo siguiente: en el primer año y mensualmente, veintiocho mil novecientos noventa y cuatro pesos treinta y cuatro centavos en oro ($ 28,994-34); en el segundo año y mensualmente, treinta y un mil ochocientos noventa y tres pesos setenta y seis centavos en oro ($ 31,893-76); en el tercer año y mensualmente, treinta y cuatro mil setecientos noventa y tres pesos diez y ocho centavos en oro ($ 34,793-18), y en el cuarto año y mensualmente, treinta y seis mil doscientos cuarenta y dos pesos noventa y un centavos en oro ($ 36,242-91).

"Séptima. Hacen constar los otorgantes de esta escritura que tratándose de una novación de contrato, quedan subsistentes los citados instrumentos de aseguro números mil doscientos setenta y nueve (1,279) y mil doscientos ochenta (1,280), en todo lo que no haya sido

modificado por la presente escritura; y que si por cualquier circunstancia quedare ésta insubsistente, recobrarán todo su valor los primitivos instrumentos números mil doscientos setenta y nueve (1,279) y mil doscientos ochenta (1,280)."

Con posterioridad a este último arreglo vino la Ley VIII de 1909, por virtud de la cual la renta de licores pasó a ser departamental, y el artículo 6º de dicha Ley dispuso que "los Departamentos quedan subrogados a la Nación en todos los derechos y obligaciones provenientes de los contratos de arrendamientos que estén vigentes en relación con dichas rentas."

Después expidió la Asamblea de Antioquia la Ordenanza número 29, de 28 de abril de 1911, que creó "una Junta especial para intervenir en varios asuntos de la renta de licores," y a la que le dio, entre otras facultades, la de "resolver las dificultades pendientes con los actuales rematadores de la renta de licores del Departamento con facultades para transigir; para llevar adelante los pleitos del Departamento sobre este particular, pudiendo nombrar uno o más abogados si lo estima necesario, para la eficacia de las cuestiones y para desistir llegado el caso."

Y más tarde, el 24 de junio de 1911, otorgaron la escritura número 853, ante el Notario 2º de Medellín "los señores General Pedro J. Berrío, Gobernador del Departamento de Antioquia; doctor Antonio José Montoya, Secretario de Hacienda; Estanislao Gómez Barrientos, Administrador General del Tesoro; Camilo C. Restrepo y José María Escobar, todos ellos en su carácter de miembros de la Junta Especial para intervenir en varios asuntos de la renta de licores, creada por la Ordenanza número 29, de 28 de abril último, por una parte, que en adelante se llamará **la Junta Especial**, y Jorge Rodríguez, en su carácter de Gestor Presidente de la Casa comercial de Sierra, Vásquez & Compañía, creada por la escritura número mil treinta y seis (1,036), de 18 de octubre de 1907, pasada ante mí, debidamente autorizado por la Junta Directiva de esa Sociedad, por la otra, que en adelante se llamará **el Contratista**, todos mayores de edad y vecinos de este Distrito, a quienes conozco personalmente y dijeron que han celebrado la convención de que tratan las siguientes cláusulas:

"Primera. Que merced a los contratos que informan las escrituras números 1,279 y 1,280, de veinticinco (25) de diciembre de 1907, que se modificaron por el de que habla la escritura número 935, de 12 de agosto de 1908, extendidas ante mí, la Casa Sierra, Vásquez & Compañía es arrendataria de las rentas de licores de las antiguas Provincias del Centro, Oriente, Aures, Sopetrán y Nordeste, del Departamento de Antioquia, en el cuatrienio que principió el primero de enero de mil novecientos ocho (1908) y que termina el treinta y uno de diciembre del año en curso.

"Segundo. Que la Casa de Sierra, Vásquez & Compañía aceptó el contrato consignado en la escritura últimamente mencionada, conocido con el nombre de **contrato Isaza**, con las modificaciones de suprimir en él la participación del Gobierno en el producto de tales rentas y la fiscalización del Gobierno en la administración de ellas.

"Tercera. Que los contratos aludidos se hicieron entre la Nación y la Sociedad de Sierra, Vásquez & Compañía, pero que en virtud del artículo 1º de la Ley 8ª de 1909, la renta de licores, que era renta nacional, convirtióse en renta departamental, merced a la cesión que se hizo en tal Ley, cesión que acepta la Sociedad de Sierra, Vásquez & Compañía por motivos de diferente índole, se ha negado a pagar al Departamento los porcentajes estipulados y los intereses convencionales, lo cual ha dado origen a que el Departamento haya establecido juicios ejecutivos contra dicha Sociedad, encaminados a exigir lo que el Departamento cree que se le debe a partir del primero de julio de mil novecientos nueve en adelante.

"Quinta. Que para el efecto de resolver esas dificultades y diferencias se creó por la Ordenanza número 29, de 28 de abril último, la Junta Especial para intervenir en varios asuntos de la renta de licores, Junta a la cual se le concedió facultad expresa para transigir.

"Sexta. Que con motivo de las diferencias que ha habido entre Sierra, Vásquez & Compañía y este Departamento, relativas al pago de los porcentajes y a la ocupación de las rentas por el Gobierno Nacional, y al Decreto número 616 de 1909, sobre indulto a los defraudadores de las rentas de licores y degüello, dictado por el General Jorge Holguín, las partes litigantes han arreglado las cuestiones pendientes originarias de las causas señaladas y por otra, en conformidad con las bases que se indican a continuación:

"a) Que los recargos o porcentajes a que se refiere el contrato de la escritura número 935, de 12 de agosto de 1908, quedan reducidos al doce y medio por ciento en el tiempo comprendido entre el 1º de julio de 1909 y el 31 de diciembre de 1911;

"b) Que la Casa de Sierra, Vásquez & Compañía paga de contado a la Junta Especial los porcentajes o recargos correspondientes hasta el 30 del mes de junio en curso, inclusive, que ascienden a la suma de ochenta y seis mil novecientos ochenta y tres pesos cuarenta y cuatro centavos ($ 86.983-44) oro, suma que la Junta Especial declara tener recibida a su satisfacción;

"c) Que la misma Casa de Sierra, Vásquez & Compañía continuará pagando esos porcentajes, reducidos al doce y medio por ciento, del primero de julio en adelante hasta el treinta y uno de diciembre próximo, por mensualidades anticipadas;

"d) Que la Casa Sierra, Vásquez & Compañía queda obligada a dar a la Junta Especial todos los datos que le exija sobre gastos de administración y productos de las rentas a su cargo en cuadro especificado por Distritos.

"Séptima. Que tanto el Departamento como la Sociedad de Sierra, Vásquez & Compañía aceptan en todas y cada una de sus partes la transacción de que trata la cláusula anterior, y que por ende aceptan voluntariamente las estipulaciones convenidas, bien establezcan derechos, bien establezcan obligaciones.

"Octava. Que en consecuencia de lo dicho, la Casa de Sierra, Vásquez & Compañía pagará por mensualidades anticipadas, al Tesoro Departamental, del primero de julio próximo al treinta y uno de diciembre del corriente año, la suma de treinta y dos mil seiscientos diez y ocho pesos sesenta y cinco centavos oro ($ 32,618-65), a que monta el canon principal del arrendamiento y los recargos y porcentajes, reducidos éstos al doce y medio por ciento, en las rentas de las cinco antiguas Provincias mencionadas.

"Novena. Que por motivos de la transacción de que se

trata, la Junta Especial da por terminados los juicios que existen pendientes contra la Casa de Sierra, Vásquez & Compañía y se compromete a que en la forma adecuada se desista de ellos.

"Décima. Que la Junta Especial declara a la Casa Sierra, Vásquez & Compañía a paz y salvo con el Tesoro Departamental hasta la fecha del treinta de junio en curso, y que además renuncia a toda reclamación procedente de los recargos o porcientajes que han sido materia de diferencias y el Contratista a su vez renuncia a la reclamación por indemnización de perjuicios; ya sea contra la Nación o el Departamento de Antioquia.

"Once. Que si la Sociedad de Sierra, Vásquez & Compañía dejare de cumplir alguna de las obligaciones señaladas en la cláusula sexta, singularmente la de presentar los cuadros indicativos de los productos y gastos de las rentas de los Distritos o impidieren al Gobierno la confrontación de los datos suministrados con los libros originales, este contrato quedará resuelto ipso facto, los contratos anteriores revivirán en todas sus partes y la Junta Especial de Rentas obrará sin tener para nada en cuenta el contrato actual.

"Doce. Que los contratos anteriores subsisten en todo aquello que no sea contrario al presente contrato; de modo que los vacíos que se encuentren en esta escritura, lo mismo que los puntos oscuros que se presenten se llevarán o esclarecerán con lo anteriormente estipulado."

Como se ve, aún en el supuesto de que el llamado contrato Isaza hubiese carecido de valor cuando se celebró en 1907 y después cuando lo aceptó el Departamento de Antioquia en 1908, por no ser éste dueño de la renta de licores, no puede dudarse de que en 1911, cuando se otorgó la escritura 853, la transacción en ella estipulada terminó con todas las diferencias que pudieran existir entre Sierra, Vásquez & Compañía y el Departamento de Antioquia, que ya era dueño de la renta y se había subrogado en los derechos que la Nación hubiese tenido en tal renta.

Por último, en escritura número 419, otorgada el 23 de marzo de 1912 en la Notaría 2ª de Medellín, "el señor César García, varón mayor de edad y vecino de este Distrito, en su carácter de Administrador General del Tesoro del Departamento de Antioquia, debidamente autorizado por la Junta Especial de la Renta de Licores, creada por la Ordenanza número veintinueve (29), de veintiocho (28) de abril de mil novecientos once (1911), a quien conozco y dijo:

"Primero. Que por la escritura número ochocientos cincuenta y tres (853), de fecha veinticuatro (24) de junio de mil novecientos once (1911), pasada en la Notaría segunda (2ª) de este Circuito, fue celebrado un contrato entre la Junta Especial de la Renta de Licores, de una parte, y la Sociedad regular colectiva de comercio Sierra, Vásquez & Compañía, creada por la escritura número mil treinta y seis (1,036), de diez y ocho (18) de octubre de mil novecientos siete (1907), extendida en esta Notaría por la otra, merced al cual se transaron las diferencias que habían ocurrido entre el Gobierno Departamental y la dicha Sociedad de que da cuenta la mencionada escritura.

"Segundo. Que en el instrumento público ya expresado, la Sociedad de Sierra, Vásquez & Compañía contrajo las obligaciones que en él se determinan, originadas de las que la misma Sociedad estipuló en los diferentes contratos que celebró con el Gobierno de la República y el Banco Central, sobre remate de la renta de licores de las antiguas Provincias del Centro, Aures, Nordeste, Sopetrán y Oriente.

"Tercero. Que por cuanto que la Sociedad de Sierra, Vásquez & Compañía ha cumplido todas y cada una de las obligaciones que contrajo como rematadora de la renta de licores de las cinco antiguas Provincias relacionadas, en nombre del señor Gobernador del Departamento y de la Junta Especial de que se ha tratado, declara cancelada y sin fuerza y ningún valor la dicha escritura número ochocientos cincuenta y tres (853), de fecha veinticuatro (24) de junio de mil novecientos once (1911) pasada en esta Notaría. La autorización concedida al señor Administrador, que he tenido a la vista, se produce así:

'Número 90—República de Colombia—Gobernación—Departamento de Antioquia—Presidencia de la Junta Especial de la Renta de Licores—Medellín, marzo 21 de 1912.

'Señor Administrador General del Tesoro--Presente.

'Para conocimiento de usted y fines a que haya lugar, tengo el honor de transcribirle lo resuelto en la Junta Especial de Rentas de Licores en su sesión del 15 de los corrientes.

'Estando cumplidas por los señores Sierra, Vásquez & Compañía..... las obligaciones que contrajeron en los instrumentos número 853..... fechadas en junio último, como arrendatarios de la renta de licores del Departamento, según consta del informe rendido por el señor Administrador General del Tesoro, la Junta resuelve:

'Autorízase a dicho señor Administrador para que en nombre del Gobierno del Departamento y en representación de la Junta, proceda a otorgar las escrituras de cancelación de este instrumento.

'Comuníquese.

'Dios guarde a usted.

'Clodomiro Ramírez'."

Es decir, a la Sociedad Sierra, Vásquez & Compañía se la consideró a paz y salvo con el Departamento de Antioquia en sus cuentas referentes al lapso comprendido entre el 1º de enero de 1908 y el 30 de junio de 1909, por virtud de la transacción de que había la escritura número 853 citada, sino que también se expresó lo propio en la escritura número 419 indicada, no solamente en relación con tal período, sino con el lapso siguiente estipulado en la escritura 853.

De modo que, por una parte, está demostrada la excepción de transacción y por otra la de pago; puesto que se reconoció que Sierra, Vásquez & Compañía habían cumplido todas las obligaciones contraídas con el Departamento de Antioquia.

Estas consideraciones conducen a absolver a los principales deudores, y consecuencialmente conducen también a absolver al señor Rodríguez, aun siendo fiador, que nunca tuvo ese carácter en el negocio de que se trata, como pasa a verse:

1º Por escritura pública número 1036, otorgada el 18 de octubre de 1907 en la Notaría 2ª de Medellín, se constituyó la Sociedad de Sierra, Vásquez & Compañía, con los siguientes socios colectivos: José María Sierra, Joa-

quín Jaramillo V., Jorge Gutiérrez P., Juan B. Isaza, Lorenzo Sierra, Jesús María López V. y las casas de Angel Jaramillo & Compañía, Félix Salazar e Hijos, Hijos de Pablo Lalinde & Compañía y Vásquez, Correa & Compañía. El doctor Jorge Rodríguez L. concurrió al acto, pero como administrador y representante de Hijos de Pablo Lalinde & Compañía, tanto que entre las firmas de los comparecientes no figura siquiera la del doctor Rodríguez, sino en el sitio respectivo, la firma social que él puso (Hijo de Pablo Lalinde & Compañía, folios 68 a 74, cuaderno principal).

2ª Por las escrituras públicas números 1279 y 1280, otorgadas el 25 de diciembre de 1907 en la Notaría 2ª de Medellín (folios 3 a 10, cuaderno principal), la Sociedad Sierra, Vásquez & Compañía antes nombrada, tomó en arrendamiento al Gobierno Nacional y al Banco Central las rentas de licores nacionales en las Provincias de Centro, Oriente, Nordeste, Aures y Sopetrán. De las dos primeras fue adjudicatario, en licitación pública, el señor Alejandro Angel, y de las tres últimas el señor Jorge Jesús Toro U., en la misma forma. Ambos las cedieron a Sierra, Vásquez & Compañía. La Junta de Remate, integrada por el Gobierno del Departamento, en representación del Gobierno Nacional, por el Administrador General de las Rentas en representación del Banco Central y por los vecinos Ricardo Restrepo C. y Vicente Villa, aceptaron la cesión (acta de 28 de noviembre de 1907), "siempre, dijeron, que la entidad cesionara asegure dando como fiadores a las mismas personas y sociedades que las constituyen, como se había dispuesto en sesión de 24 de octubre último."

En armonía con esta condición establecida por la Junta de Rentas, la entidad cesionaria se obligó a lo siguiente, que consta en las escrituras números 1279 y 1280, ya citadas, y por las cuales se formalizó el contrato de arrendamiento de las prenombradas rentas.

3ª Responder con sus bienes en general de todas y cada una de las obligaciones que contrae la Sociedad arrendataria según las cláusulas anteriores, respondiendo de tales obligaciones con la fianza personal de los individuos y sociedades que en seguida se expresa, a saber: José María Sierra, Joaquín Jaramillo Villa, doctor Jorge Gutiérrez P., Juan B. Isaza, Lorenzo Sierra, Jesús López V., Angel Jaramillo & Compañía, Félix Salazar e Hijos, Hijo de Pablo Lalinde & Compañía y Vásquez, Correa & Compañía.

Precisamente los mismos individuos y sociedades que constituyeron la firma de Sierra, Vásquez & Compañía.

Dichas dos escrituras están firmadas por el Gobernador del Departamento, el Administrador General de Rentas Reorganizadas y por las demás personas naturales y jurídicas acabadas de mencionar como fiadores. El doctor Jorge Rodríguez L. suscribió las escrituras, anteponiendo la siguiente frase: "Por Hijo de Pablo Lalinde & Compañía." Y atrás, al registrar las escrituras en referencia los nombres de los comparecientes, menciona al doctor Jorge Rodríguez L. como "socio administrador y representante de Hijo de Pablo Lalinde & Compañía." No hay duda, pues, de que el expresado señor no tiene el carácter de fiador que le atribuye la demanda, porque ni hizo parte de la Sociedad Sierra, Vásquez & Compañía, ni su responsabilidad fue exigida por la Junta de Remates ni ofrecida por la Sociedad arrendataria al pactar con el Gobierno Nacional y con el Banco Central el arrendamiento de las rentas de licores de las Provincias de Antioquia, que han sido nombradas en el presente fallo.

La creencia contraria que sobre este punto tiene el demandante proviene, sin duda, de la impropia redacción dada a la cláusula en que los individuos y sociedades designados y exigidos como fiadores, conforme a los antecedentes expresados, aceptan su responsabilidad como tales. Esa cláusula dice:

"Hallándose presentes los señores José María Sierra, Joaquín Jaramillo V., doctor Jorge Gutiérrez P., Lorenzo Sierra, Jesús María López y Félix A. Restrepo U., obrando todos en su propio nombre, excepto el señor Restrepo, que lo hace como apoderado del señor Juan B. Isaza; el señor Jaramillo V. por sí y como apoderado especial de la Casa de Félix Salazar e Hijos, domiciliada en Manizales; Alejandro Angel, en su condición de socio administrador y representante de Angel Jaramillo & Compañía; doctor Jorge Rodríguez, como socio administrador y representante de Hijo de Pablo Lalinde & Compañía y Uladislao Vásquez, como socio administrador y representante de Vásquez, Correa & Compañía, todos varones y mayores, dijeron que obrando en el carácter que se deja indicado, se constituyen y constituyen a sus respectivos representados fiadores mancomunados y solidarios de la referida Casa de Sierra, Vásquez & Compañía, para responder al Gobierno Nacional y al Banco Central del cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contraídas por dicha Sociedad en esta escritura. Que la fianza la constituyen los exponentes solidariamente entre sí y con la Sociedad Sierra, Vásquez & Compañía...."

Como se ve, se **constituían** fiadores los que asumían personalmente esa calidad, es decir, las personas naturales y las jurídicas que formaban la Sociedad de Sierra, Vásquez & Compañía la responsabilidad de las cuales fue exigida por la Junta de Remates y entre quienes no está el doctor Jorge Rodríguez L.; y **constituían** a sus representados aquellos comparecientes que unos como apoderados y otros como gestores o administradores de compañías, concurrieron al acto en la susodicha condición de representantes.

"En la lista de fiadores, unos Sociedades, otros individuos—dice con entera propiedad el apoderado del opositor—los que procedían por sí mismos se constituían fiadores, y los que procedían por otros constituían fiadores a éstos; la frase que la junta, si bien obliga a los fiadores como tales (a todos) no puede transformar al representante en fiador por sí mismo, a más de serlo su representado."

Como la intención de los contratantes clara e inequívocamente manifestada en los preliminares del contrato (aceptación de Sierra, Vásquez & Compañía como cesionarios del remate) y en el contrato mismo de arrendamiento, fue la de que le sirvieran de fiadores las personas mencionadas en esos dos actos, es incuestionable que no estando entre ellos el demandado Rodríguez y sólo habiendo comparecido como representante de uno de esos fiadores -no hay cómo ni porqué considerarlo a él como fiador en su condición personal. Viene a propósito la regla del artículo 1618 del Código Civil, según la cual "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras."

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Civil de única instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probadas las excepciones de transacción y pago alegadas por

los demandados a quienes absuelve de los cargos de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y archívese el expediente.

JENARO CRUZ V.—**Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Juan E. Martínez**—El Conjuez, **Gabriel Rodríguez Diago—Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia—Bogotá, octubre diez y seis de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Jenaro Cruz V.).

Previamente autorizado por el Poder Ejecutivo, como se lee en la Resolución número 80, de 19 de octubre de 1931, el señor Procurador General de la Nación, en demanda de seis de abril de mil novecientos treinta y tres, dirigida contra el doctor Leonidas Delgado S., vecino de Pasto, ha pedido a la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte, que "se declare rescindida por lesión enorme la venta del terreno denominado **Chapalito**, hecha por el señor Marceliano Pulido R., en su calidad de apoderado del señor Leonidas Delgado S., celebrada por escritura pública número 4576, de veintitrés de diciembre de mil novecientos veintinueve, ante el Notario 2º suplente del Circuito de Bogotá; y que como consecuencia de dicha declaración, el doctor Leonidas Delgado S. está obligado a una de dos, a su arbitrio: o consentir en la rescisión, o restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio del objeto vendido al tiempo del contrato, aumentado de una décima parte.

"Fundo la demanda anterior en los siguientes hechos:

"1º El terreno denominado **Chapalito** fue comprado por la Nación por escritura número 4576, otorgada ante el Notario 2º suplente del Circuito de Bogotá, siendo vendedor el señor Marceliano Pulido R., quien obró como apoderado del señor Leonidas Delgado S. Los linderos y la cabida de dicho terreno constan en la cláusula cuarta de la escritura pública.

"2º El precio estipulado y pagado por la Nación como valor del terreno, su subsuelo, las accesiones y demás de que trata la escritura referida, fue de cuarenta mil pesos ($ 40,000) oro.

"3º El justo precio del objeto comprado era, al tiempo de celebrarse el contrato, inferior a veinte mil pesos, es decir, inferior a la mitad del precio que la Nación pagó por él."

Como fundamento de derecho, aduce lo dispuesto en el capítulo 13, Título 23, del libro 4º del Código Civil, y principalmente lo estatuído en el artículo 1947 de allí.

El demandado, por conducto de su apoderado, doctor Marceliano Pulido R., admitió como ciertos los hechos primero y segundo de la demanda, referentes a la compraventa de Chapalito y al precio pagado por el terreno. Y niega el tercero, referente a que el justo precio hubiese sido menor que la mitad de lo pagado por la Nación.

Tramitado el respectivo juicio ordinario, sin pretermitir las formalidades legales, se procede a fallar el negocio.

De lo alegado y probado en autos se viene en conocimiento de lo siguiente:

El artículo 1º de la Ley 59 de 1926, le ordenó al Gobierno que en los años de 1927, 1928 y 1929, llevase a cabo los trabajos de construcción de edificios para cuarteles en varias ciudades del país, entre las cuales figura la de Pasto, adonde se acantonarían tropas de infantería.

Y el mismo artículo dispuso que en las leyes de apropiaciones de tales años se incluyese la partida de $ 44,000 para la adquisición del terreno destinado al cuartel de la nombrada ciudad.

En cumplimiento de estos mandatos legales, la Comisión de Cuarteles de Pasto e Ipiales, nombrada con el fin de elegir el terreno para construir el edificio del cuartel en Pasto, practicó muchas diligencias encaminadas a tal fin, como aparece en el acta suscrita en dicha ciudad, el veintiocho de octubre de mil novecientos veintisiete (folio 37 vuelto a 41 del cuaderno número 3).

En tal acta aparece que la Comisión estudió otros inmuebles, como la finca denominada **La Posta**; un lote denominado **Maridíaz**; otro llamado **Mercedario**; otro situado en las faldas del Galeras, y cuatro más. Pero por ninguno de ellos se decidió la Comisión, debido a que tenían precios exagerados; pues por uno de dos hectáreas y media pedía el dueño a $ 8,000 la hectárea, y otros carecían de ciertos requisitos, que los hicieron inadecuados para edificar en ellos el cuartel.

La Comisión optó por el denominado de **Chapalito**, que tiene estas condiciones:

"Está situado hacia el sur de la ciudad, a tres kilómetros de la Plaza de Nariño, siguiendo la carretera del Sur, y a dos y medio kilómetros, si se marcha por el camino directo de la plazuela de Santiago. El terreno forma una meseta alta, plana, con ondulaciones suaves, elevada, en la que se halla Pasto, dominándose desde allí la ciudad. El panorama es espléndido. Mide la meseta que forma el lote, 40 hectáreas 8,002 metros cuadrados de superficie, y es propia para la agricultura. El lado oriental, o sea el limitado por la carretera del Sur, es alto y barrancoso, cortado a pico en el punto donde se hallan los socavones de las minas de arenas y cascote. Estos socavones horizontales miden hasta 40 metros de longitud, y han sido hechos para extraer la arena blanca y negra y el cascote que allí abundan. Se convino entre el vendedor y la Comisión, en que las bocas de los socavones se cercaran inmediatamente, suspendiéndose la extracción de materiales, hasta cuando el Gobierno apruebe o impruebe el contrato de compraventa; en caso de aprobación, esos materiales se necesitarán para la construcción del cuartel. Los límites están perfectamente marcados por cañadas o zanjones naturales, quebradas y vallados artificiales. Además, el plano con sus dimensiones precisas, indica claramente los linderos, sin lugar a equivocaciones. Posee un arroyo de agua abundante, de buena clase, más tres pequeños manantiales de agua potable, que resumen del lado de la carretera, pudiéndoseles aprovechar si se ensancha su origen y se mejora el cauce. Los caminos de acceso para llegar a la meseta consisten en la magnífica carretera del Sur (automovillaria), y en un ramal de esta misma carretera, de un kilómetro de largo, más o menos, construído a expensas del vendedor. Dicho ramal arranca de la orilla occidental de la carretera, en donde hay una gran portada de ladrillo, con puerta de hierro, a un centenar de metros, poco más o menos, al sur de la venta llamada **Chapinero**; va rodeando el lado norte de la meseta, hasta terminar en la casa de habitación de la hacienda **Armenia**, de la que forma parte el lote **Chapalito**. Si fuere necesario po-

drían construirse otras vías de acceso al futuro cuartel. La meseta que forma el lote está rodeada, a lo lejos, hacia el Poniente, por la cordillera del volcán Galeras; al Levante y Mediodía, por las serranías del cerro **Bordoncillo**, y al Septentrión, por las montañas del **Oso**, quedando así al abrigo de recios vendavales. La distancia de 3,000 metros que queda el lote de la ciudad de Pasto, es más o menos a la que debe quedar todo cuartel con respecto a la ciudad que guarnece. Sabido es que por razones de higiene, de comodidad y de conveniencia militar, los modernos cuarteles americanos y europeos están retirados de las ciudades. Así se evitan muchos inconvenientes de cuarteles dentro del poblado, en donde no es posible construirlos por el sistema de pabellones independientes, porque habría que comprar manzanas enteras para un solo cuartel. Además, los oficiales en cuarteles fuera de las ciudades, están dedicados completamente a la instrucción y a sus faenas militares, sin perder el tiempo en diversiones callejeras, especialmente los jóvenes oficiales. Por otro lado, los cuarteles modernos fuera de las ciudades, cuentan con diferentes medios de comunicación rápida, pues están provistos de automóviles, autocamiones, bicicletas y caballos, contando, además, con teléfono. A los oficiales les conviene mucho el ejercicio a pie, debiendo hacer diariamente caminatas de 3,000 y 5,000 metros, para estar siempre ágiles, evitar apoltronamiento y la pesadez, y hallarse en aptitud de marchar y combatir. Por lo demás, la distancia a que queda el cuartel de Pasto, es apenas la mitad de la a que se halla el Regimiento de Caballería **General Páez**, en Chapinero, respecto a Bogotá, e igual, más o menos a la distancia que hay del Asserío a la plazuela de Bavaria, o bien de la plaza de Las Cruces al hipódromo de **La Magdalena**.

"**En resumen**: la Comisión considera—lo mismo que el público ilustrado—que el Gobierno hará una magnífica adquisición al comprar para el cuartel la meseta **Chapalito**."

Este lote fue avaluado el cuatro de junio de mil novecientos veintiocho, por orden del Consejo de Estado, por los señores Juan Reyes V., Julio Bravo y Francisco Muriel, en la cantidad de $ 40,000. Esto es, a un poco menos de $ 0-10 el metro cuadrado.

Y en mil novecientos veintisiete y en mil novecientos veintiocho compró la Nación a Nabor Enríquez y al señor Obispo de Pasto, doctor Antonio María Pucyo del Val, zonas de terrenos situadas análogamente a la de **Chapalito**, al primero, a razón de $ 0-10 el metro cuadrado, destinado para una cantera, y al segundo, una hectárea por $ 1,500. Es decir, estos terrenos fueron pagados casi en la misma época a mayor precio del que se dio por el que es objeto de la compraventa a que se refiere la rescisión por lesión enorme.

Y ocurre que los peritos que intervinieron en el avalúo pedido por el señor Procurador General de la Nación, como prueba dentro del juicio, expusieron esto:

"En cumplimiento de nuestro cargo nos trasladamos en asocio de usted y de su Secretario al indicado predio, y una vez allí, recorrimos los linderos respectivos, que están totalmente de acuerdo con los citados en la escritura de venta al Gobierno Nacional.

"Asimismo estudiamos las distintas regiones del predio, y encontramos que este sitio es de buena calidad, que sus tierras son muy adecuadas para el cultivo de pastos y fácil su explotación, ya sea en la ceba o en la lechería, renglones estos que dan margen a una apreciable utilidad, sobre todo en el ramo de lechería, por su cercanía a la ciudad. Asimismo hemos constatado que posee excelentes minas de arena y cascote, minas que, en nuestro concepto, pueden dar un buen rendimiento, por su proximidad a la ciudad, y sobre todo por estar junto a la carretera del Sur, pues esta vía sirve de límite al predio. Asimismo tiene el fundo una carretera particular, que está conectada con la carretera antes nombrada, es decir, con la del Sur.

"Por las condiciones que acabamos de citar, y teniendo en cuenta la extensión, y sobre todo la proximidad a la ciudad, conceptuamos que el mencionado **Chapalito**, vendido por el señor Delgado al Gobierno Nacional, en el año de mil novecientos veintiocho, valía la suma de treinta mil pesos ($ 30,000) moneda corriente."

En vista de este dictamen el señor Procurador, refiriéndose a la acción rescisoria instaurada por él, se expresa en su alegato de conclusión así:

"La prueba básica de esta acción era el justo precio que le dieran los expertos a la finca de **Chapalito** con relación a la fecha en que se celebró el contrato. Pedí oportunamente esa prueba, y los peritos Juan B. Eraso y Teófilo Ocaña, nombrados y posesionados con las formalidades legales, rindieron su dictamen ante el señor Juez 1º del Circuito de Pasto, el veintisiete de noviembre del año pasado.

"De común acuerdo dijeron que el precio justo de la finca de **Chapalito**, en el año de mil novecientos veintiocho, época en que se celebró la negociación, era el de treinta mil pesos moneda legal. Resulta, pues, que según ese peritazgo, la Nación, como compradora de aquella finca, padeció un engaño de diez mil pesos. Pero como según el artículo 1947 del citado Código Civil, el comprador sólo sufre lesión enorme cuando el justo precio que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella, resulta que la acción rescisoria establecida por mí en nombre de la Nación, no puede prosperar, porque para ello se necesitaría que el precio señalado por los peritos fuera inferior a veinte mil pesos. Y como no tengo otro fundamento para sostener la acción rescisoria, ni tengo facultad legal para desistir de ella, dejo a vosotros la decisión del pleito.

"Quede constancia, al menos, que he cumplido con mi deber al tratar de defender los intereses públicos."

Lo que quiere decir que el actor mismo reconoce que no es el caso de decretar la rescisión pedida.

Y es que la conclusión no puede ser otra, dado lo que se ha demostrado en el juicio y la doctrina del artículo 1947 del Código Civil.

Por tanto, la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay razón para decretar la rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa del terreno denominado **Chapalito**, contrato que consta en la escritura número 4576, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá, el veintitrés de diciembre de mil novecientos veintinueve, entre el doctor Marceliano Pulido, como apoderado del doctor Leonidas Delgado S., y el doctor Francisco de Paula Pérez, en su carácter de Ministro de Hacienda y Crédito Público y en representación de la Nación.

En consecuencia, se absuelve al demandado, doctor Leonidas Delgado S., de los cargos de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y archívese el expediente.

JULIO LUZARDO FORTOUL—Jenaro Cruz V.—Enrique A. Becerra—Manuel Vicente Jiménez—Juan E. Martínez—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia—Sala Dual—Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos treinta y cuatro.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

En el juicio ordinario que el señor Arturo Posada adelanta contra la Nación sobre rescisión por lesión enorme del contrato de venta del predio denominado **Tejar de Alcalá**, el señor apoderado del demandante, por escrito del día en que vencía el término concedido a las partes para pedir pruebas, solicitó, entre otras, las siguientes:

Que por peritos ingenieros o agrimensores se hiciera un estudio del referido predio, con el fin de que se determinara "la cabida exacta y verdadera, en metros cuadrados y varas cuadradas, no de la superficie plana horizontal, encerrada por el polígono que forman las líneas de los linderos del **Tejar de Alcalá**, sino del terreno, tal como es, con sus partes planas, sinuosidades y accidentes todos, por los linderos que expresa la escritura número 1789, de veintidós de agosto de mil novecientos treinta y tres, ante el Notario 4º de Bogotá."

Que con intervención de peritos, distintos de los que actuaran en la prueba anterior, se practicara una inspección ocular sobre el mismo inmueble, con el fin de que dichos peritos dictaminaran sobre varios puntos, entre los cuales figura el del justo precio que tuviera el predio denominado **Tejar de Alcalá**, el diez y nueve de julio de mil novecientos treinta y tres, en que se celebró la promesa de venta de dicho predio, y el veintidós de agosto del mismo año, fecha en que se otorgó la escritura pública de compraventa, que ha dado origen al pleito.

Decretadas las anteriores pruebas en auto de veintidós de octubre postrero, que le fue notificado al señor Procurador General el veintitrés, este funcionario, invocando el artículo 752 del Código Judicial, solicitó, en memorial de veintiséis del mismo mes, que se llevaran a cabo, entre otras, las siguientes probanzas:

"I

"Que se practique una inspección ocular en asocio de peritos, la cual puede ser la misma que ha solicitado el demandante en el punto III de su memorial de pruebas (y convendría que fuese la misma), pero relativa no sólo al lote del **Tejar de Alcalá**, sino también al de **Las Mercedes**, en que los peritos dictaminen sobre los siguientes puntos:

"a) Establecerán la cabida exacta de los predios **Tejar de Alcalá** y **Las Mercedes**, y conceptuarán previamente acerca de si toda medición que tenga por objeto avaluar comercialmente un terreno tiene que hacerse sobre la base del sistema universalmente adoptado (que es el único equitativo), de la proyección sobre el plano horizontal, y en consecuencia conceptuarán si, teniendo por objeto la medición que se les pide, sentar el fundamento del avalúo de los lotes en cuestión; la medición de ellos debe hacerse sobre la base de aquel sistema, y no siguiendo las sinuosidades y accidentes todos del terreno.

"b) Dirán si están o nó de acuerdo con la clasificación que en tres zonas hacen de los lotes en cuestión los señores Gabriel Durana Camacho y Manuel J. Ferro, en nota de veinte de mayo de mil novecientos treinta y dos, que en copia obra a los folios 109 y siguientes del cuaderno número 1º; especificarán, en todo caso, las zonas topográficas en que en su concepto están naturalmente divididos dichos lotes, y expresarán la cantidad de varas que corresponde a cada una de dichas zonas.

"II

"Que se practique una inspección ocular en asocio de peritos, la cual puede ser la misma que ha solicitado el demandante en el punto IV de su memorial de pruebas (y convendría que fuese la misma), pero relativa no sólo al lote del **Tejar de Alcalá**, sino también al de **Las Mercedes**, en que los peritos dictaminen sobre los siguientes puntos:

"a) Qué conceptos les merecen los estudios y avalúos hechos respecto del lote **Tejar de Alcalá** y del de **Las Mercedes**, a iniciativa del Ministerio de Obras Públicas, por los señores Manuel J. Ferro y Gabriel Durana Camacho, por el Arquitecto Asesor de la Dirección General de Edificios Nacionales, doctor Pablo de la Cruz y por el señor Salomón Serna, según conceptos que en copias debidamente autenticadas por dicho Ministerio obran a folios 109 y siguientes del cuaderno número 1º: y atendidos los datos y apreciaciones contenidos en tales conceptos, digan qué valor estiman que tenían los lotes **Tejar de Alcalá** y **Las Mercedes**, el diez y nueve de julio y veintidós de agosto de mil novecientos treinta y tres. Dirán también si en su concepto el avalúo rendido por los señores Gabriel Durana Camacho y Manuel J. Ferro era aplicable el diez y nueve de julio y veintidós de agosto de mil novecientos treinta y tres, y qué conceptos les merece el avalúo catastral de esa época (folio 121 del cuaderno 1º).

"b) Si en su concepto, y atendidos los datos suministrados por el señor Secretario Técnico de la Dirección General de Edificios Nacionales, en nota de veintidós de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro (folio 126 del cuaderno número 1º), es cierto que no puede considerarse que en diez y nueve de julio y veintidós de agosto de mil novecientos treinta y tres, el lote **Tejar de Alcalá** tuviera proporcionalmente un valor igual al del terreno de **Las Mercedes**, o que cada vara cuadrada del primero valiera lo mismo que cada vara cuadrada del segundo, dada la diferencia fundamental existente entre los dos lotes, analizados por los aspectos tratados en dicha nota, y habida consideración de las conclusiones a que lleguen en relación con el punto a).

"c) Establecerán la cabida exacta de los predios **Tejar de Alcalá** y **Las Mercedes**, y conceptuarán previamente acerca de si toda medición que tenga por objeto avaluar comercialmente un terreno tiene que hacerse sobre la base del sistema universalmente adoptado (que es el único equitativo), de la proyección sobre el plano horizontal, y en consecuencia, si en la presente inspección ocular tiene que procederse sobre esta base para establecer la cabida de los lotes en cuestión, y no siguiendo las sinuosidades y accidentes del terreno. Sin dejar de tener en cuenta los otros dictámenes sobre medición, los peritos se atendrán ante todo para su avalúo a la medición que ellos mismos hagan.

"d) Expresarán si aceptan la existencia de las tres zonas en que los señores Manuel J. Ferro y Gabriel Du-

rana Camacho conceptuaron que podían considerarse divididos los lotes **Tejar de Alcalá** y **Las Mercedes**, en virtud de su natural conformación topográfica, según concepto que aparece en los folios 109 y siguientes del cuaderno número 1°, o bien las zonas en que en su concepto pueden considerarse naturalmente divididos dichos lotes, y expresarán la cantidad de varas que corresponde a cada una de dichas zonas, y el valor que cada vara tenía el diez y nueve de julio y veintidós de agosto de mil novecientos treinta y tres, de acuerdo con la calidad de la zona correspondiente.

"c) Cuál, en su concepto, era el promedio del precio por vara cuadrada en las urbanizaciones denominadas **Teusaquillo, La Magdalena, Santa Teresita y La Urbanizadora**, el diez y nueve de julio y veintidós de agosto de mil novecientos treinta y tres."

A esta solicitud recayó el auto de veintinueve del citado mes de octubre, que en lo pertinente dice:

"Al efecto, llévense a cabo las inspecciones oculares, en asocio de peritos, con los fines indicados en los puntos I y II del memorial que antecede. Adviértese desde ahora que los peritos que han de dictaminar, de acuerdo con lo solicitado por el actor en los puntos III y IV de su memorial de pruebas, deberán hacerlo también de acuerdo con lo solicitado en los puntos I y II de las pruebas que se decretan mediante esta providencia. Es perito por parte de la Nación, y para el dictamen solicitado en el punto III del memorial sobre pruebas del actor, el señor doctor Ignacio Martínez Cárdenas, y para la inspección de que trata el punto IV del mismo, el doctor Gabriel Durán (sic) Camacho. Pónganse estos nombramientos en conocimiento de la parte contraria, y oportunamente dése legal posesión a los nombrados."

Impuesto de este proveído el señor apoderado del actor, manifestó éste que reformaba su pedimento sobre mensura del predio **Tejar de Alcalá**, suprimiéndole, en síntesis, lo relativo a que para dicha operación se debían tomar en cuenta las sinuosidades y accidentes del terreno, y pidió se reformara o repusiera el expresado auto de veintinueve de octubre, en cuanto sea necesario para disponer:

"1° Que no hay lugar a decretar, con respecto al predio de **Las Mercedes**, la práctica de las pruebas pedidas por el señor Procurador General de la Nación en los capítulos I y II de su escrito del veintiséis, o, subsidiariamente, que las pruebas relativas a **Las Mercedes** se practiquen por separado de las del **Tejar de Alcalá**, y enteramente a costa de la Nación.

"2° Que no hay lugar a practicar dos veces, por dos grupos diferentes de peritos, la medición o avaluación del área del **Tejar de Alcalá**, ni la medición por dos veces, y ni siquiera por una, de la cabida del predio de **Las Mercedes** (lo relativo a este predio está virtualmente contenido en el numeral 1°).

"3° Que como consecuencia de lo que se pide en el numeral 2°, no es preciso que los peritos para la prueba de que tratan el capítulo IV de las pruebas del demandante y el II de las del demandado, sean agrimensores, y que por consiguiente, en (sic) hábil para practicarla el señor Marco A. Restrepo."

Interpuso, en subsidio, el recurso a que hubiera lugar ante el resto de la Sala, el cual le fue concedido, negada que fue la reposición y reformas pedidas.

Tramitado como se halla el recurso, y recogidos los alegatos de una y otra parte, se procede a dictar la correspondiente decisión.

Debe observarse, en primer lugar, que como el término de que disponían las partes para pedir pruebas expiró el diez y ocho de octubre último, según aparece del anterior informe secretarial, la petición del señor Procurador, que fue presentada el veintiséis, sólo puede prosperar al amparo del artículo 752 del Código Judicial, disposición ésta invocada justamente por el señor Procurador en el exordio de su citada petición y en apoyo de ella.

El referido texto establece:

"Cuando se decrete alguna prueba en los tres últimos días del primer período, o después de vencido, puede la parte contraria solicitar dentro de los tres siguientes al de la notificación del auto que la decrete, la práctica de las que tenga a bien respecto de los mismos hechos."

Dice el recurrente que las pruebas pedidas por el señor Procurador, en su escrito de veintiséis de octubre, no llenan el requisito establecido en la anterior disposición, de versar sobre los mismos hechos a que se contraen las pruebas pedidas por el demandante, y que atrás se mencionan.

Ya se ha visto que las pruebas solicitadas por la parte actora, y a que se refieren las contrapruebas del señor Procurador, versan sobre la cabida del fundo **Tejar de Alcalá**, y sobre el valor que tuviera éste en las fechas en que se celebraron la promesa de venta y el contrato de compraventa, que han originado el presente litigio. Igualmente aparece de lo anteriormente relatado, que las contrapruebas del señor Procurador hacen referencia a la cabida y al valor, no sólo del **Tejar de Alcalá**, sino de **Las Mercedes**.

¿Bastará esta circunstancia para deducir que las indicadas contrapruebas rebasan el límite fijado en el artículo 752? A primera vista parece que así fuera. Sin embargo, si se tiene en cuenta que los referidos predios **Tejar de Alcalá** y **Las Mercedes** fueron comprados por el Gobierno Nacional en un mismo acto contractual, o al menos en un mismo instrumento, y por un precio global de cuatrocientos cincuenta mil pesos ($ 450,000), según aparece de la escritura número 1789, de veintidós de agosto de mil novecientos treinta y tres, otorgada ante el Notario 4° de Bogotá, que en copia obra en autos, fácilmente se advierte que el hecho de pedir el señor Procurador la medición y avalúo de **Las Mercedes**, no puede estimarse en el estado actual de este litigio, y para el solo efecto de calificar la conexión entre unas y otras pruebas, como cuestión extraña a la petición de mensura y avalúo del **Tejar de Alcalá**, hecha por el demandante, y que, consiguientemente, las contrapruebas del señor Agente del Ministerio Público no se apartan del requisito establecido para el caso por el artículo 572 del Código Judicial. Es decir, que dada la conexión originariamente existente entre la compra de uno y otro inmueble, y no siendo conocido actualmente el intento probatorio del señor Procurador al pedir la mensura y avalúo de **Las Mercedes**, no hay base para afirmar que esta contraprueba tenga por objeto demostrar hechos distintos de aquellos a que se refieren las pruebas de la parte actora. De suerte que por este aspecto no hay lugar a reformar el auto recurrido.

En lo que hace a la renuncia que la parte actora, en atención a las objeciones formuladas por el señor Pro-

curador, hace en memorial de treinta de octubre último, respecto de la forma en que en un principio había solicitado la mensura del **Tejar de Alcalá**, o sea a que se sigan en dicha medición las sinuosidades y accidentes del terreno, tratándose, como en efecto se trata, de una renuncia lícita y que en nada perjudica a la Nación, una vez que el señor Procurador se ha opuesto precisamente a esa forma de mensura, tachándola de desfavorable a sus intereses y de contraria a la equidad, y habiendo sido, por otra parte, presentado el memorial que contiene la renuncia, en conformidad con la ley (artículo 355 del Código Judicial), debe ella ser admitida.

En lo que hace a la petición subsidiaria del demandante, contenida en el memorial de treinta de octubre, y que se encamina a que se disponga que las pruebas pedidas por el señor Procurador en orden al predio de **Las Mercedes**, se practiquen por separado de las pedidas por la parte actora en relación con el **Tejar de Alcalá**, y a costa de la Nación, no hay inconveniente en acceder a ella, ya que tal petición se amolda a lo establecido en el artículo 562 del Código Judicial, conforme al cual, "cada parte debe pagar los gastos que se causen en la práctica de las diligencias que solicite," y ya que es conveniente que de antemano se sepa qué parte debe cargar con tales gastos.

En el ordinal 2° de la parte petitoria del mismo memorial, solicita el señor apoderado del actor, que se decida que no hay lugar a practicar por dos veces, por dos grupos diferentes de peritos, la medición del área del **Tejar de Alcalá**, ni la medición por dos veces, y ni siquiera por una, de la cabida del predio de **Las Mercedes**. A este respecto se observa que, debiendo las pruebas pedidas por cada parte ser costeadas por ella y practicadas por separado, ningún perjuicio se le ocasiona al demandante, en cuanto a la práctica de las pruebas, con las que haya pedido la Nación, aunque algunas de ellas puedan resultar repetidas; ni a esta última se le puede poner trabas para la práctica de las pruebas que ella va a costear, por el hecho de que el demandante haya solicitado sobre los mismos puntos otras pruebas, o bien porque las considere innecesarias.

En último término solicitá el demandante, en su ya citado escrito, se resuelva que, como consecuencia de lo que se pide en el numeral 2°, no es preciso que los peritos para la prueba de que tratan el capítulo IV de las pruebas del demandante y el II de las del demandado, sean agrimensores, y que, por consiguiente, es hábil para practicarla el señor Marco A. Restrepo.

Habiendo sido formulada esta petición como una consecuencia de lo que se pide en el numeral 2°, hay que concluir que negado esto último debe entenderse insubsistente aquella petición.

En atención a lo expuesto, se decide:

1° Admítese la renuncia que la parte demandante hace de la forma de mensura del globo de tierra denominado **Tejar de Alcalá**, solicitada por dicha parte en el capítulo III de su memorial de pruebas de diez y ocho de octubre último. En consecuencia, la expresada mensura se practicará de acuerdo con lo pedido en el punto a) del memorial signado por el señor apoderado de la precitada parte, con fecha treinta de octubre, y recibido en la Secretaría el treinta y uno del mismo mes; y

2° Las pruebas pedidas por el señor Procurador General de la Nación en memorial de veintiséis de octubre último, en orden al predio de **Las Mercedes**, se practicarán por separado de las pedidas por el demandante, y los gastos que ellas ocasionen corren a cargo de la Nación.

Queda en los anteriores términos reformado el auto suplicado, de fecha veintinueve de octubre último.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase a la mesa del señor Magistrado sustanciador.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Jenaro Cruz V.**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

ACUERDO NUMERO 18

En veinticinco de enero de mil novecientos treinta y cinco se reunió la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con la asistencia de los señores Magistrados doctores Arango, Hernández, Jiménez (Germán B.), Martínez y Nannetti. Dejó de concurrir el señor Magistrado suplente, doctor Jiménez (Manuel Vicente), por causa de enfermedad.

Actuó el Secretario de la propia Sala.

En seguida se dispuso proceder a la elección de los Conjueces de esta Sala, y resultaron elegidos los mismos anteriores, con excepción de dos de ellos, que fueron reemplazados por estar impedidos; de suerte que la lista actual de tales Conjueces es la siguiente:

1° Doctor Miguel Abadía Méndez.
2° Doctor Joaquín Acebedo T.
3° Doctor Constantino Barco.
4° Doctor Parmenio Cárdenas.
5° Doctor Manuel Casabianca.
6° Doctor Víctor Cock.
7° Doctor Miguel I. Durán.
8° Doctor Emilio Ferrero.
9° Doctor Luis Felipe Latorre.
10. Doctor Antonio José Montoya.
11. Doctor Jesús Perilla V.
12. Doctor Eduardo Rodríguez Piñeres.

Se ordenó hacer las comunicaciones y publicación respectivas.

A continuación se hizo la elección de Presidente de esta Sala, y todos los presentes dieron su voto por el Magistrado doctor Nannetti, quien prestó el juramento legal correspondiente. Es de advertir que este Magistrado dio su voto por el Magistrado doctor Hernández.

Se dio por terminado el presente Acuerdo, que firman los que en él intervinieron.

El Presidente, JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández**—**Germán B. Jiménez**—**Juan E. Martínez**—**Tancredo Nannetti**—El Secretario, **Augusto N. Samper**.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor **Juan E. Martínez**).

Ante el señor Gobernador del Departamento de Antioquia solicitó el señor Pedro Trucco la adjudicación, a título de ocupación con ganados, de un terreno situado en el Municipio de Puerto Berrío, conocido antes con el nombre de **Sabaletas**, y actualmente con el de **Lucanía**, y comprendido por estos linderos:

"Por el Norte, con terrenos baldíos de la Nación; por el Oriente, con aberturas de los señores Crisanto y Santiago Aristizábal y Julio Zuluaga, también en terrenos baldíos de la Nación; por el Sur, con el Ferrocarril de Antioquia, con León Vélez, con Domingo Herrera, con Juan Bautista Arenas y Prudencio Yepes, y por el Occidente, con la finca de **La Soledad**, perteneciente al doctor Joaquín Agudelo."

Se opusieron a la adjudicación los señores Juan B. Arango M. y Francisco de Villa.

Arango, como Presidente de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, pidió se declarase:

"a) Que a las tierras cedidas por las Leyes 63, de 12 de junio de 1872, y 18, de 4 de mayo de 1874, se les señalaron destinos especiales por esas mismas Leyes, y no se les puede dar otras aplicaciones, de tal manera que perdieron el carácter de tierras baldías denunciables por personas diferentes del cesionario o de quienes lo hayan sucedido en sus derechos, desde que entraron en vigor aquellas Leyes.

"b) Que la Sociedad Agrícola y de Inmigración tiene derecho preferente a cualquiera otra persona o al señor Pedro Trucco P., respecto de doscientas mil hectáreas de tierras en el Distrito de Puerto Berrío, a uno y a otro lado del Ferrocarril de Antioquia, en lotes contiguos de a diez mil hectáreas, y de las tierras que allí eran baldías cuando entraron en vigencia las citadas Leyes.

"c) En subsidio de la anterior. Que ese derecho es preferente a la mencionada Sociedad respecto de las cien mil hectáreas de la referida Ley 18.

"d) Que al demandado no se le puede adjudicar el terreno que denunció como baldío mientras no se determinen y se le entreguen materialmente a la Sociedad demandante las referidas doscientas mil hectáreas, o las cien mil de que trata la petición c), y eso en el caso de que aquel terreno no se comprenda en el que se entregue a la Sociedad, pues si se comprendiere, no se le podrá adjudicar.

"Para el evento de que al fallar el juicio se considere que la Sociedad está disuelta y que por ese motivo no soy su Presidente, entonces y en subsidio solicito aquellas declaraciones como liquidador de ella."

Los hechos expuestos por Arango en el libelo son:

"1º Por la Ley 63, de 12 de junio de 1872, el Congreso de los Estados Unidos de Colombia le cedió al Estado de Antioquia doscientas mil hectáreas de tierras baldías para el fomento de la inmigración, y ordenó al Poder Ejecutivo Nacional la inmediata entrega de ellas al Presidente del Estado cesionario, tomándolas del territorio antioqueño donde dicho Presidente las solicitara, quien las destinaría al fomento de la inmigración de la manera que estimara conveniente a los intereses del mismo Estado. La facultad de destinación pasaría a la legislatura desde que se reuniera, en la parte en que el Presidente no las hubiese distribuído.

"2º Haciendo uso de esta facultad, la Legislatura de Antioquia dispuso por la Ley 36, de 4 de diciembre de 1877, que cien mil de aquellas doscientas mil hectáreas, se vendiesen en licitación pública al licitador que cumpliera las condiciones establecidas en la misma Ley, entre ellas la de constituir una Sociedad Agrícola y de Inmigración. El remate se hizo ante el Consejo de Estado por el señor Francisco Javier Cisneros, a quien aquel le adjudicó las cien mil hectáreas, por Resolución de 4 de mayo de 1878, por haber cumplido los requisitos previstos por dicha Ley, indispensables para ese efecto. Además, al señor Cisneros se le cedieron respecto de las tierras que remató, las facultades o derechos y acciones otorgadas al Estado de Antioquia por la referida Ley 63, y por el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 18, de 4 de mayo de 1874. La constitución de la Sociedad la verificó el señor Cisneros por la escritura número 478, otorgada en la misma Notaría el 7 de agosto de 1878.

"3º Por esta Ley el Congreso de los Estados Unidos de Colombia le hizo al Estado Soberano de Antioquia varias concesiones para auxiliar y facilitar la construcción y explotación del Ferrocarril de Antioquia, que había contratado con el señor Francisco Javier Cisneros, desde el punto denominado Puerto Berrío, en la margen izquierda del río Magdalena, hasta el de Aguasclaras, en el Distrito de Barbosa, entre ellas las de cien mil hectáreas de tierras baldías a ambos lados del camino, y en lotes alternados de a diez mil hectáreas, con las que se reserva la Nación o el Estado de Antioquia, en caso de que éste tome allí las que se le han cedido por leyes anteriores.'

"4º Estas tierras se las cedió el Gobierno de Antioquia al señor Cisneros para que fueran suyas siempre o de las personas a quien él se las enajenara, y el señor Cisneros las introdujo, juntamente con las cien mil que había rematado, a la Sociedad Agrícola y de Inmigración, de la cual fueron sus primitivos y únicos socios el mismo señor, don Francisco de Villa y don Jorge Bravo. Pero por haberse rescindido el contrato sobre construcción del Ferrocarril de Antioquia, el Estado, hoy Departamento de Antioquia, adquirió las acciones del señor Cisneros, y en virtud de una convención el señor De Villa se hizo dueño de las que pertenecían al señor Bravo.

"5º En virtud del contrato de transacción consagrado en la escritura número 692, extendida ante el Notario 2º de este Circuito el 24 de marzo de 1899, se reconstituyó dicha Sociedad, según la escritura de esa fecha, otorgada en la Notaría 1ª de aquí, bajo el número 319, por diez años; pero en el artículo 22 de sus Estatutos se estipuló que vencido dicho término la Sociedad se consideraría prorrogada hasta que se pidiera su liquidación, lo que no podría solicitarse sino después de transcurrido un año, por lo menos, desde la fecha en que se continuasen los trabajos agrícolas. A esta Sociedad se introdujeron todos los haberes de la primera, la cual está aún iliquida, lo mismo que la segunda.

"6º Aunque por obra de guerras intestinas y de litigios entre los dos únicos socios—el Departamento de Antioquia y don Francisco de Villa—y luego por otras causas, la Sociedad suspendió los trabajos agrícolas que había emprendido, no descuidó por ello el solicitar del Gobierno de la República la entrega de las referidas doscientas mil hectáreas y el reconocimiento de sus derechos en ellas, del cual ha obtenido el relativo a las cien mil hectáreas de la citada Ley 18.

"7º Dicha Sociedad le hizo saber al Gobierno de la República que las cien mil hectáreas rematadas por el señor Cisneros las tomaba en el Distrito de Puerto Berrío a uno y a otro lado del Ferrocarril de Antioquia, en lotes alternados de a diez mil hectáreas, con las que le corresponden, emanadas de dicha Ley 18 y de la cesión y aporte que respecto de éstas se ha hablado atrás.

"8ª A las tierras de que tratan las citadas Leyes 63 y 18 se les dieron destinos especiales por esas mismas Leyes.

"9ª El terreno denunciado como baldío por el señor Pedro Trucco P., por estar ubicado en el Distrito de Puerto Berrío, forma parte de las tierras a que tiene derecho preferente la Sociedad Agrícola y de Inmigración, si es que no le pertenecen en propiedad, sin que falte más que se determinen y se le entreguen materialmente."

De Villa, obrando como Vicepresidente liquidador y socio de la Sociedad Agrícola y de Inmigración constituida por la escritura número 478, de 7 de agosto de 1878, otorgada en la Notaría 1ª de Medellín, formuló las mismas peticiones de Arango.

Trucco rechazó las pretensiones de los opositores, y el Juez del Circuito de Yolombó, en sentencia de dos de julio de mil novecientos veintiocho, falló así la controversia:

"1ª Declárase improcedentes las demandas de oposición incoadas por los señores Francisco de Villa y Juan B. Arango en nombre de la Sociedad Agrícola y de Inmigración de que se ha hecho mérito.

"2ª No es el caso de hacer las declaraciones pedidas por los mismos señores De Villa y Arango en las demandas de fechas veinte de mayo de mil novecientos veinticinco, y por consiguiente se absuelve al demandado señor Pedro Trucco P. de los cargos contenidos en dichas demandas.

"3ª Reconócese la existencia de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la Sociedad denominada Agrícola y de Inmigración, para ejercitar el derecho de oponerse al denuncio del terreno baldío de que trata este juicio.

"4ª Declárase probada la excepción de ilegitimidad de la personería de los señores Francisco de Villa y Juan B. Arango para representar a la Sociedad Agrícola y de Inmigración en el presente juicio.

"5ª Ejecutoriado que sea este fallo, devuélvase el expediente a la Gobernación para los fines legales."

Se interpuso recurso de apelación por parte de los opositores a la adjudicación del terreno y el Tribunal Superior de Medellín profirió sentencia de segunda instancia el treinta y uno de octubre de mil novecientos treinta. Hé aquí su parte resolutiva:

"1ª Se confirman los numerales 1º y 2º de la sentencia apelada.

"2ª Se revoca la sentencia apelada en cuanto se declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería del actor señor Francisco de Villa.

"3ª Se confirma la misma sentencia en cuanto se declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, reconstituida por escritura pública número 319, de 24 de marzo de 1899, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito, representada por el señor Juan B. Arango M.

"4ª Ejecutoriado que sea este fallo, devuélvase el expediente a la Gobernación para los fines legales.

"Queda así reformada la sentencia apelada."

Los apoderados de los opositores interpusieron recurso de casación y lo fundaron ante el Tribunal. Lo admite la Corte por hallarlo dentro de las condiciones requeridas en orden a la cuantía del asunto y a la naturaleza del juicio.

Los recurrentes alegan la primera causal de casación a que se refiere el artículo 2º de la Ley ciento sesenta y nueve de mil ochocientos noventa y seis, "porque en nuestra opinión —dicen— la sentencia viola disposiciones legales sustantivas, ya directamente, ya por indebida aplicación, ya por interpretación errónea, e incurre en errores de hecho y de derecho en la apreciación de ciertas pruebas, según lo iremos indicando a medida que comentemos los pasos de la sentencia que transcribiremos en vez de extractarlos, porque de esta manera, sin faltar al espíritu de la ley, se evitan errores y defectos en los extractos."

Observa la Corte, que el Tribunal, al revocar la decisión del Juez acerca de la intervención del señor De Villa en el juicio, entendió que estaba acreditada la personería de la Sociedad, de mil ochocientos setenta y ocho, en liquidación, para formular la oposición, y sólo así le fue dado al sentenciador entrar en el fondo del asunto.

Primer motivo. La demanda de casación transcribe este párrafo de la sentencia:

"Para resolver la apelación interpuesta, se considera: no habiendo sido registrado en ninguno de los Juzgados de Medellín el extracto de la escritura otorgada en 1899, sobre constitución de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, dicha Sociedad no ha tenido existencia como persona jurídica (artículos 465, 470, Código de Comercio, y 2º de la Ley 42 de 1898)."

¿Qué se sigue de no haberse registrado en ninguno de los Juzgados de Medellín el extracto notarial de la escritura social de 1899, constitutiva de la Sociedad Agrícola y de Inmigración? Que el contrato habría sido absolutamente nulo, pero sólo entre los socios, porque así lo dice el artículo 472 del Código de Comercio. Siendo claro este artículo, el 27 del Código Civil prohibe interpretarlo para darle un alcance más extenso que el restrictivo, limitado a los socios, que él tiene. Tan cierto es esto, que desenvolviendo aquel artículo, dice el artículo 479 del Código de Comercio que el tercero que contrate con una sociedad que no ha sido legalmente constituida, no puede sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones. Lo que quiere decir que un contrato de esta clase es válido para los terceros que contraten con la sociedad, porque si no lo fuera, no se les podría exigir sus obligaciones para con ella, y que si éstas se las puede exigir es porque tiene existencia legal, porque es persona jurídica, ya que quien no existe no tiene derechos ni puede ejercitarlos.

La sanción civil del citado artículo 472 no basta por sí sola para romper el vínculo contractual, el que continúa legalmente válido mientras no se dicte sentencia que cause ejecutoria, en juicio ordinario, con intervención de los contratantes. Así lo enseña la jurisprudencia de la Corte en Sala de Casación. (Los recurrentes copian aquí algunas decisiones de esta corporación).

Por otra parte, declarar, como se hace en el párrafo transcrito, que la Sociedad Agrícola y de Inmigración reconstituída en 1899 no ha tenido existencia como persona jurídica, equivale a declarar de oficio que el contrato social es absolutamente nulo. ¿Y de oficio puede hacerse semejante declaración? Nó, supuesto que a ello se opone el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, conforme al cual la nulidad absoluta sólo puede declararse de oficio cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato. Para que tal declaración o la de carencia de personería pudiera hacerse de oficio por el Juez, sería necesario que

en el contrato constitutivo de la sociedad apareciese de modo evidente el vicio de nulidad absoluta que afectase el contrato o la personería, y ese vicio no aparece de ese modo ni de modo alguno en la escritura social. Luego de oficio no es dable hacer tal declaración. Si por separado de esa escritura se hubiera traído prueba de que el extracto de ella no se registró judicialmente, eso no autorizaría la declaración oficiosa de la nulidad del contrato y de la carencia de la personería jurídica, porque habría sido una prueba diferente de la que debía aparecer en la escritura misma de modo manifiesto.

Si las sociedades civiles anónimas, como la Agrícola y de Inmigración, se rigen por el Código de Comercio, según el artículo 2090 del Civil, la existencia legal de dicha sociedad quedó establecida y probada con la escritura social, de conformidad con el artículo 551, en relación con el 465, ambos de aquel primer Código. De suerte que con la presentación de esa escritura debidamente registrada, está acreditada la existencia de la sociedad. No hay ley que para ese fin exija otros documentos.

Por último, como van corridos más de treinta años a partir del 24 de marzo de 1899, en que se constituyó la sociedad, hasta la fecha de la sentencia, pues esos treinta años se cumplieron el 24 de marzo de 1929, el vicio de nulidad absoluta que se atribuye al contrato social quedó saneado desde la última fecha y revalidado el contrato desde la que tiene la escritura social, según la última parte del citado artículo 15, pues durante aquel lapso no hubo interrupción natural ni civil que impidiese la verificación del saneamiento.

Por todo lo anterior, los recurrentes afirman que la sentencia viola por interpretación errónea e indebida aplicación los artículos 472, 465 y 551 del Código de Comercio, 2090 del Civil, y la primera parte del artículo 15 de la Ley 95 de 1890; que viola directamente, por no haberla aplicado, la última parte del citado artículo 15, y que "todos los artículos citados son los aplicables al caso del pleito."

Se considera:

La sentencia recurrida confirmó, en el numeral 3º de su parte resolutiva, la de primer grado en cuanto en ésta se declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, reconstituida por la escritura número trescientos diez y nueve, de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve.

Por virtud del artículo 2º de la Ley 42 de mil ochocientos noventa y ocho, son aplicables a las sociedades anónimas las disposiciones de los artículos 469 a 472 y 480 del Código de Comercio terrestre.

La reconstitución de la Sociedad Agrícola y de Inmigración requería escritura pública, y el extracto de tal escritura debía ser registrado en el Juzgado respectivo y publicado.

Faltando, como faltan, las diligencias de registro y publicación, el acto de reconstitución no produjo efectos contra terceros, como es el señor Trucco, de conformidad con el artículo 480 citado. Luego el Tribunal, al reconocer la excepción de ilegitimidad de la personería de la entidad reconstituida, no hizo en el fondo otra cosa que aplicar la doctrina del artículo en favor del demandado, que no se halla ligado contractualmente con la Sociedad, porque es claro que si el acto de reconstitución no vale respecto de Trucco, la Sociedad reconstituída no es una persona capaz de ejercitar una acción contra él. Con arreglo al artículo 479, el tercero que contrate con una sociedad que no ha sido legalmente constituída, no puede sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones; mas se comprende que esto no es lo que ocurre en el caso del litigio.

No ha desconocido el Tribunal que la sociedad anónima y la colectiva se forman y prueban por instrumento otorgado ante el Notario; pero hallando que el extracto de la escritura de constitución de la Sociedad Agrícola y de Inmigración no fue registrado en el Juzgado, no pudo menos de negarle al acto efectos contra Trucco. La sentencia puso en relación los artículos 465 y 551 con el 480, lo cual no implica interpretación errónea ni indebida aplicación de los dos primeros, sino una compaginación legal de ellos con el último.

Cuanto al artículo 472, del cual se desprende, según los recurrentes, que la sociedad en que se han omitido la escritura constitutiva o cualquiera de las solemnidades de los artículos 469 y 470, si nula entre los socios, no lo es para los terceros, adviértase que no fue violado con lo resuelto por el sentenciador acerca de la excepción de ilegitimidad de la sociedad reconstituída, una vez que ésta se encuentra en el evento del artículo 480. El párrafo acusado en el presente motivo deja qué desear en punto de explicación suficiente; pero admite un sentido acertado y preciso al ser concordado el susodicho artículo 472 con los artículos 477, 478 y 479.

Se dice quebrantada la primera parte del artículo 15 de la Ley 95 de mil ochocientos noventa, porque el Tribunal declaró de oficio la nulidad del contrato de reconstitución de la Agrícola, sin que semejante nulidad apareciese manifiesta en la escritura; mas el reparo es inaceptable, porque lo declarado fue la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva, a petición del demandado, quien especialmente la alegó al contestar la demanda.

Afirman los recurrentes que el vicio de nulidad absoluta que se atribuye al contrato quedó saneado por el transcurso de más de treinta años, a partir del veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, fecha de la escritura, hasta la fecha de la sentencia; por lo cual, al no reconocerlo así el Tribunal, infringió la segunda parte del mismo artículo 15. Empero, si el acto de reconstitución no produjo efecto alguno contra terceros, al tenor del artículo 480, el solo curso del tiempo no alcanza a conferírselos. Lo que sanea el tracto de treinta años son los vicios de que pudieran adolecer los contratos celebrados con terceros por la sociedad de hecho y las obligaciones contraídas por los socios entre sí.

Por lo expuesto, no prospera este motivo de casación.

Segundo motivo. Transcriben los recurrentes este párrafo del fallo:

"Por diversas razones no podría librarse el pleito a favor de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, a saber: las 100,000 hectáreas que hubo por remate el señor Cisneros, y de que en parte trata la Ley 63 de 1872, se refieren, no a una porción determinada de baldíos dentro del territorio del Departamento de Antioquia, sino a una porción determinable, pero que todavía no se ha determinado."

Convienen los recurrentes en lo de indeterminado y determinable, pero no en cuanto a que la determinación no se haya hecho.

Según el artículo 2º de la 63 de 1872, las doscientas mil hectáreas se tomarían en el territorio antioqueño donde

el Presidente del Estado las solicitara; conforme a la concesión 3ª del artículo 1º de la Ley 18 de 1874, dicho Presidente podía tomar esas tierras en los intervalos entre los lotes de que habla la ley; esa facultad electiva la cedió el Presidente al señor Francisco J. Cisneros, por mandato del artículo 8º de la Ley antioqueña 36 de 1877, cumplido por la escritura número 334, de 8 de junio de 1878, otorgada en la Notaría 1ª de Medellín; el señor Cisneros le pasó dicha facultad a la Sociedad Agrícola y de Inmigración al introducir a ella las cien mil hectáreas que había rematado y que llevaban consigo aquella facultad, y porque nada se reservó y la nombrada Sociedad ejerció esa prerrogativa por medio de su apoderado doctor Clímaco A. Paláu, quien en su memorial al Ministerio de Obras Públicas, de 19 de mayo de 1911, manifestó que tomaba las cien mil hectáreas en los referidos intervalos, a uno y a otro lado de la vía férrea, y delimitó los dos lotes.

Por consiguiente, la sentencia incurre en error de hecho que aparece de modo evidente en los autos al negar que se hayan determinado las cien mil hectáreas, pues existe la prueba en contrario.

Como la Ley 18 de 1874 no determinó el lugar en que debían tomarse las cien mil hectáreas, lo natural y razonable era que la Sociedad, como sucesora del Estado de Antioquia y del señor Cisneros en esas tierras, las tomara, como lo hizo, de donde empiezan los trabajos del Ferrocarril, o sea, del río Magdalena en adelante, que fue donde empezaron, porque allá era donde se necesitaban, lo mismo que las maderas, piedras, etc., existentes en ellas, para utilizarlas en la construcción de la obra y explotación de la misma, pues para eso estaban destinadas.

Se considera:

Lo sustancial del cargo consiste en imputarle un error de hecho al sentenciador al negar que, por virtud del memorial presentado por el doctor Paláu al Ministro de Obras Públicas el diez y nueve de mayo de mil novecientos once, hubiera hecho la Sociedad Agrícola la singularización del territorio antioqueño en que debían localizarse las hectáreas de baldíos.

El Tribunal relata que en la citada pieza el doctor Clímaco A. Paláu pidió que se le adjudicaran a la Sociedad las 200.000 hectáreas en dos lotes, cuyos linderos detalló el apoderado y se hallan copiados en la sentencia.

El sentenciador no desconoció la existencia de ese memorial en el proceso, ni que en él se hubieran determinado los lotes, pero no le reconoció efectos jurídicos a dicha determinación, o, en otros términos, virtualmente estimó que ella no era el medio apto para llegar a la adjudicación de los baldíos.

Por tanto, no se ve el error de hecho acusado. Si hubiera error, sería de derecho, en cuanto el Tribunal no le asigna al memorial el valor jurídico que, según los recurrentes, tiene para probar que por medio de él se efectuó la determinación legal de los baldíos y por este aspecto no se ha aducido el cargo, el cual, por tanto, no prospera.

Tercer motivo. Se impugna este párrafo de la sentencia:

"Por este motivo (el anterior), aunque se considerase que la Sociedad Agrícola y de Inmigración tiene derecho de elegir el lugar en el cual deben entregársele las 100.000 hectáreas (de las 200.000 de que trata la Ley 63 de 1872) dentro del territorio de Antioquia, no puede pretender que esa entrega se haga a uno y otro lado de la vía férrea que va de Medellín a Puerto Berrío, en perjuicio de terceros, bien sea de colonos cultivadores, bien sea de denunciantes de determinadas porciones de baldíos con títulos de concesión. En el particular puede decirse que el denuncio establece la prelación; y que ésta corresponde al señor Trucco como denunciante de un globo de baldíos que ha determinado por linderos."

Por la manera como rompe este párrafo—arguyen los recurrentes—puede considerarse como una consecuencia del anterior; mas como éste se basa en que no se han determinado las tierras, y esa premisa resultó inexacta, la consecuencia quedó sin apoyo.

Fuera de esto, es el caso de observar que sobre el derecho de elegir no cabe duda; que la demanda no trata de entrega; que la prelación o preferencia la funda la Sociedad en la destinación especial dada a las tierras por las citadas Leyes 63 y 18, pues eso se opone a que se les dé otra aplicación, como se les daría adjudicándolas total o parcialmente a colonos cultivadores o a denunciantes a cambio de títulos de concesión; que como aquellas leyes deben cumplirse, que para tal fin se dictaron, su ejecución tiene que efectuarse aunque les resulten perjuicios a quienes después que entraron en vigor se hayan situado en las tierras a que ellas se refieren, como colonos cultivadores o denunciantes con títulos de concesión, como le sucede al señor Trucco, y que el denuncio de éste no puede prevalecer contra la destinación especial establecida por aquellas leyes.

"Deducimos de lo que precede, que las disposiciones aplicables son el artículo 1º de la Ley 63 de 1872 y el artículo 1º de la Ley 18 de 1874, en su concesión 3ª, y que en el párrafo comentado la sentencia viola directamente esas disposiciones."

Se considera:

Ya se dijo en el motivo anterior que no hubo error de hecho en la apreciación que el fallo recurrido le dio al memorial del doctor Paláu, y que no se acusó por error de derecho. No es, pues, cierto que el actual motivo por sólo ser consecuencia del precedente haya quedado sin apoyo. Como en el párrafo transcrito no se hace referencia a las cien mil hectáreas de la Ley 18 de mil ochocientos setenta y cuatro sino a la mitad de las doscientas mil que fueron objeto de la Ley 63 de mil ochocientos setenta y dos, no ha podido ser violado directamente el artículo 1º, concesión 3ª, de la primera Ley, con lo expuesto allí por el sentenciador.

Ni aparece acreditada la violación directa del artículo 1º de la Ley 63, pues el Tribunal no negó que semejante artículo hubiera dispuesto cederle al Estado de Antioquia doscientas mil hectáreas de tierras baldías para el fomento de la inmigración. Lo que sostiene es que la Agrícola, por no haber hecho la determinación de las tierras, no puede pretender que se le entreguen las cien mil hectáreas de que se trata a uno y otro lado de la vía férrea de Medellín a Puerto Berrío, con perjuicio de terceros que tengan denuncios anteriores, como el señor Trucco, pues el denuncio establece prelación. Si merced a estos conceptos, el Tribunal quebrantó el artículo 1º de la mencionada Ley 63, el quebrantamiento habrá sido por errónea interpretación del texto legal o por errores en la apreciación de las pruebas; y en este sentido ha debido ser presentado el cargo.

No es aceptable el actual motivo de casación.

En el cuarto se critica el siguiente paso de la sentencia:

"Para que la Sociedad Agrícola pudiese alegar la prelación, hubiera sido preciso que su denuncio, respecto de ese lote determinado de terreno, hubiese sido anterior al del señor Trucco."

Anotan los autores del recurso que en el memorial del doctor Paláu, como mandatario de la Sociedad, se dijo:

"En el Distrito de Puerto Borrio existe una extensión baldía que excede en mucho de trescientas mil hectáreas, y en ella solicito se cumplan las Leyes 18 de 1874 y 63 de 1872, respectivamente, adjudicando a la Sociedad que represento un globo de doscientas mil hectáreas, que para mayor claridad divido en dos lotes, tomando por base la línea del Ferrocarril de Antioquia".....

En este memorial, cuya copia auténtica está en el expediente, la Sociedad denunció doscientas mil hectáreas de las correspondientes a las nombradas Leyes y pidió la adjudicación de las mismas por linderos determinados. Luégo, de conformidad con el razonamiento de la sentencia y aun prescindiendo de la destinación especial, el denuncio de la Agrícola prefiere al de Trucco, porque aquél es de diez y nueve de mayo de mil novecientos once, y el que se le atribuye al señor citado es de ocho de septiembre de mil novecientos veinticuatro, o sea unos trece años después. Con la lógica del Tribunal, un tercero podrá denunciar hoy, dentro del lote denunciado por Trucco, una porción con linderos determinados y obtener prelación sobre el denuncio de don Pedro. Admitir esto sería tan absurdo como admitir que el denuncio de Trucco prevalece sobre el de la Sociedad. El lote de este señor se comprende dentro del gran globo de la Sociedad; pero en previsión de que así no fuese, se solicitó en la demanda la declaración d). Adviértase que en la contestación de la demanda no se niega que el lote de Trucco se encierra en el globo de la Sociedad, y de aquí que el hecho haya que tenerlo como probado, al tenor del artículo 578 del Código Judicial.

"Por consiguiente, en el punto que es materia de este comentario, la sentencia incurre en error de hecho al apreciar la prueba que suministra la parte transcrita del memorial del doctor Paláu y en error de derecho al apreciar los dos denuncios."

Se considera:

Dejóse explicado que no hubo error de hecho en la apreciación del memorial del apoderado Paláu; pero como aquí se impugna ya esa apreciación por error de derecho, ha de verse si es correcto el reparo.

Para la Sala, el memorial de que se trata no tiene el valor jurídico de un verdadero denuncio de baldíos. Presentado en mil novecientos once, bajo la vigencia del Código Fiscal de 1873, ha debido ceñirse a las prescripciones de este cuerpo de disposiciones y de sus leyes adicionales y reformatorias.

Como lo expuso la Comisión de Abogados Auxiliares en su nota de 4 de junio de 1911, dirigida al Ministro de Obras Públicas, la Sociedad Agrícola y de Inmigración estaba sometida a las leyes fiscales comunes en todo lo que no contraviniera a las especialidades consignadas en las mencionadas Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874.

Para lograr la adjudicación de las doscientas mil hectáreas de la primera de estas leyes, el Presidente del Estado de Antioquia debió acomodar su solicitud al procedimiento detallado en el Decreto proferido por el de los Estados Unidos de Colombia el siete de enero de mil ochocientos setenta: esto antes de la expedición y vigencia del Código Fiscal de 1873 (Ley 106, de 13 de junio de dicho año).

Sea que se hubiesen observado las disposiciones de aquel Decreto o que hubiera mediado un convenio especial entre el Estado de Antioquia y el Gobierno Nacional, es lo cierto que éste expidió, con fecha de tres de junio de mil ochocientos setenta y tres, cuarenta títulos de tierras baldías, de a cinco mil hectáreas cada uno, a favor del susodicho Estado, a cuyo Gobierno le fueron remitidos por conducto de don Basilio Martínez. (Cuaderno de pruebas del demandado).

La mitad de estos títulos y los que después se expidieron en cumplimiento de la Ley 18 de 1874, fueron aportados por el señor Cisneros a la Sociedad; y dueña ésta de ellos, ha debido solicitar en cambio de los mismos la respectiva adjudicación de las tierras. Ahora bien: el procedimiento, que puede verse detallado en la Circular del Secretario de Hacienda del Gobierno Nacional, dirigida el 15 de octubre de 1884 a los Secretarios Generales o de Hacienda de los Estados y a los Prefectos de los Territorios Nacionales, exigía que con el memorial elevado al Presidente del Estado o Prefecto del Territorio para denunciar las tierras como baldías se acompañasen una información de testigos y los títulos de concesión suficientes para cubrir el número de hectáreas pretendidas. Empero, como la Sociedad Agrícola y de Inmigración no adujo, con el memorial de su apoderado doctor Paláu, los títulos de los baldíos que solicitaba, no es dable afirmar que dicho memorial poseyera las condiciones legales necesarias para considerarlo como verdadero denuncio.

De aquí que el sentenciador no hubiera incurrido en error de derecho al desestimar el mencionado memorial, ni al estimar el denuncio de Trucco; fuera de que, en el evento de existir semejante error, no se indicó en la demanda de casación la ley violada como consecuencia de él (artículo 9° de la Ley 90 de 1920). Luego no procede el actual motivo.

El quinto motivo se endereza contra esta parte del fallo:

"Hubiera podido alegar la Sociedad Agrícola la preferencia por otro concepto: el tener derecho a 100,000 hectáreas de tierras baldías a uno y a otro lado de la vía férrea en virtud de otra Ley, la 18 de 1874, en la cual declaró el Congreso que en vista del contrato celebrado entre el Departamento de Antioquia y el señor Francisco J. Cisneros sobre construcción del Ferrocarril y de que el Estado de Antioquia le había concedido cien mil hectáreas de baldíos, subsistía esa concesión. Pero no probó la entrega de los bonos."

Observan los recurrentes que la Sociedad sí alegó esa preferencia, como puede verse en la parte motiva y en las peticiones de las demandas; por donde la sentencia incurre en error de hecho manifiesto al apreciar la prueba que suministra la demanda.

La Sociedad no funda su derecho en bonos de ninguna clase, sino en las Leyes 63 y 18. Aquéllos no eran necesarios, porque ni el Código Fiscal de 1873 ni las mencionadas leyes lo prescribían. Si se emitieron por convenio posterior a tales leyes, acordado entre el Gobierno de la Unión y el del Estado de Antioquia, su expedición no

abrogó esas leyes, que son los verdaderos títulos de la Sociedad, como sucesoras del Estado. La Corte tiene declarado lo siguiente:

"La ley en la generalidad de los casos es siempre el título remoto de un derecho, como sucede en el contrato de venta; en otros casos es título próximo, título único de derecho, como cuando el legislador hace una cesión a una persona jurídica o entidad de derecho público."

Esto viene como de molde, porque el Congreso de Colombia fue el que, por medio de las Leyes 63 y 18, hizo cesión de las referidas tierras a la entidad de derecho público llamada Estado Soberano de Antioquia. De manera que, aunque no se hubiera probado la entrega de los bonos, el derecho de la Sociedad sobre las tierras de que trata el juicio, sería incontrovertible.

Las expresiones "pero no probó la entrega de los bonos" son demasiado vagas, porque no dicen entrega de quién a quién; pero tómense en cualquier sentido, es inexacto que los bonos no hayan sido entregados por la Nación al Estado de Antioquia, por él a Cisneros y por éste a la Agrícola. Para demostrarlo basta leer las dos escrituras sociales en el capítulo relativo al capital, pues allí se habla de doscientas mil hectáreas de tierra en títulos de baldíos; lo cual aparece también al reverso del folio 16 del cuaderno de pruebas de los demandantes, en la confesión del demandado (numeral 3°, folio 1°, de su cuaderno de pruebas) y en el concepto de la Comisión de Abogados.

"Por consiguiente, la sentencia, en el párrafo que comentamos, incurre en errores de hecho y de derecho al apreciar las pruebas que suministran los citados documentos cuando niega la existencia de la prueba de haberse entregado los bonos."

Se considera:

En sentir de la Sala, al manifestar el Tribunal que la Sociedad Agrícola y de Inmigración no probó la entrega de los bonos, quiso significar que ella no presentó los bonos al Gobierno, cuando el doctor Paláu dirigió el memorial varias veces citado, ni en ninguna otra ocasión.

La sentencia no desconoce que en las demandas se invocaron como motivo de preferencia las Leyes 63 y 18, sino que da a entender que para que prosperara la preferencia, era necesario que al denuncio se acompañaran los bonos por parte de la Sociedad.

No hay, por tanto, errores de hecho y de derecho al apreciar las pruebas citadas, que versan sobre la entrega de los títulos del Gobierno Nacional al Estado, de éste a Cisneros y de Cisneros a la Sociedad.

Cuanto a que las mencionadas leyes son los verdaderos títulos de la Sociedad, es punto que se tratará al examinar otro motivo de la demanda. El presente no se halla probado.

En el sexto motivo se objeta este párrafo de la sentencia:

"Aunque no se hubiera producido esa prueba, no podría accederse a las declaraciones pedidas por las razones que expresó el Tribunal en sentencia de doce de julio, y que se copian:

'En materia civil la ley no reconoce otras causas de preferencia que las instituidas en el Título 40 del Libro 4° del Código de la materia (artículo 2508). Entre esas causas ninguna aprovecha a los bonos de baldíos. Los derechos que alega la Sociedad Agrícola y de Inmigración pueden ser considerados como obligaciones de género a cargo de la Nación, y por ello no puede dicha Sociedad oponerse a que la Nación enajene baldíos de la misma clase o género, mientras no compruebe que sólo quedan suficientes para la adjudicación a que tal Sociedad pueda tener derecho (artículo 1657 del Código Civil). Pero esa prueba no se ha dado en este juicio.'"

Exponen los recurrentes que, habiendo estado siempre el ramo de baldíos regido por legislación especial, resulta improcedente la aplicación del Código Civil a dicho ramo, sea en general, o sea en su Título 40 del Libro 4° (artículo 2508). Eso sería tan absurdo como aplicar las disposiciones de ese Código para resolver controversias relativas a asuntos comerciales o de minas. Luego la sentencia quebranta por indebida aplicación los artículos que integran el susodicho Título 40, o bien el 2508 en especial.

Además, no es exacto que los derechos que alega la Agrícola puedan ser considerados como obligación de género a cargo de la Nación, porque los artículos 1565, 1566 y 1567 del Código Civil, invocados por la sentencia, se refieren únicamente a bienes muebles propiamente tales, pues allí se habla de un individuo indeterminado de una clase o género determinado, de que el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo, etc., lo que no puede acontecer con los bienes raíces, pues en ellos no caben individuos indeterminados de una misma clase, ni hay más que un solo género.

"Puede concluirse de aquí que la sentencia viola los artículos 1565, 1566 y 1567, por interpretación errónea y por indebida aplicación, esto último por la razón expuesta en el comentario anterior."

Se considera:

En concepto de la Sala, las disposiciones del Título 40 del Libro 4° del Código Civil, referentes a la prelación de créditos, no son aplicables al caso del litigio, en que se debate el derecho de preferencia que alega la Sociedad Agrícola a la adjudicación de unos baldíos; como que éstos se rigen por legislación propia. El sentenciador incurrió, por tanto, en la infracción que se acusa; mas ello no constituye causa suficiente para infirmar el fallo, porque éste encuentra apoyo en otras razones, entre ellas la poderosa de no haber solicitado la Agrícola la adjudicación de los baldíos mediante la aducción de los títulos o bonos respectivos.

En lo tocante a la transgresión de los artículos 1565, 1566 y 1567 del propio Código, es inútil entrar a inquirir si la hubo, pues en el evento afirmativo, el fallo seguiría también apoyado en otras razones que le prestan sustento.

El motivo séptimo rueda sobre este paso, copiado de la sentencia de doce de julio:

"Los representantes de la entidad demandante fundan la preferencia que alegan en las Leyes 63 y 18, de las cuales sostienen que son especiales. No se puede negar que tales leyes son especiales, pero su especialidad no puede comprender sino las materias de que ellas tratan, y entre éstas no se encuentra la preferencia. Si esa preferencia se funda en la facultad de escoger, se contesta que la misma facultad tienen y han tenido los que pretenden adquirir baldíos mediante la ocupación y el cultivo."

Las demandas de oposición—manifiestan los recurrentes—fundan en las citadas leyes el derecho de prefe-

rencia, no solamente por la especialidad de ellas, sino principalmente porque, conforme a las mismas, a las tierras se les dieron destinos especiales, al fomento de la inmigración las de la Ley 63, y para auxiliar y facilitar la construcción y explotación de la vía férrea las de la Ley 18, pues cuando esto sucede, a las cosas así destinadas no se les puede dar otra aplicación, porque lo prohibe el artículo 200 del Código Político y Municipal. De suerte que si alguien denuncia como baldía una porción de las tierras de que tratan dichas leyes para que se le adjudique como colono o cultivador o como ocupante con ganado, su propósito tiene que ceder el campo en favor de quienes tengan los derechos conferidos por aquellas leyes. Apliquese esto al caso del litigio y se verá que resalta la preferencia que invocan las demandas. De aquí resulta que no es en la facultad de escoger en lo que las demandas buscan su derecho de preferencia, y que si los denunciantes también tienen la facultad de escoger, no pueden ejercerla legalmente en terrenos destinados a fines especiales. Si esto no fuera así, se llegaría al absurdo de quedar sin efecto las leyes que consagran esas destinaciones especiales. La facultad de escoger la tiene el denunciante en los terrenos baldíos libres, no en los destinados antes por una ley a ciertos fines o en que ya otro haya elegido en virtud de esa Ley, como aconteció según lo visto en el numeral 2º de esta demanda de casación.

Son consecuencias de lo expuesto:

"a) Que las disposiciones aplicables al caso del pleito son los artículos 1º de la Ley 63 de 1872, 1º de la Ley 18 de 1874 y 200 del Código Político y Municipal.

"b) Que la sentencia viola directamente esos artículos por no haberlos aplicado; y

"c) Que la sentencia viola también esos artículos por interpretación errónea."

Se considera:

No niega la sentencia que sean aplicables los artículos primeros de las Leyes 63 y 18; sino que dice de ellos y de las leyes a que pertenecen que su especialidad sólo se refiere a las materias que comprenden, entre las cuales no se halla la preferencia para escoger con prescindencia de toda otra formalidad.

Para la Sala no es errónea esta interpretación acerca de la especialidad de las mentadas leyes, porque no conteniendo ellas, como se declarará luégo, una cesión directa o inmediata de tierras, necesitaban, para su efectividad, de un proceso de cumplimiento, el cual debía buscarse en las leyes fiscales comunes (artículos 4º del Decreto ya citado, de siete de enero de mil ochocientos setenta; 904 del Código Fiscal de 1873 y sus concordantes).

Téngase presente, en lo que mira al reparo de que en aquellas leyes se les asignó a las tierras un destino especial, que por ministerio de la 63 se le concedieron al Estado de Antioquia, para el fomento de la inmigración, doscientas mil hectáreas de tierras baldías, que se tomarían en el territorio antioqueño; y si a esta destinación se le diera el sentido lato que desean los recurrentes, no hubiera podido adjudicarse a terceros en todo el suelo antioqueño ni una mínima porción de tierra baldía, por estar todo él vinculado a semejante destinación. Lo mismo, guardada la debida proporción, es dado observar respecto de la concesión 3ª del artículo 1º de la Ley 18: aunque en los aledaños de la vía férrea pueda haber mucho más de cien mil hectáreas, no sería factible adjudicar baldíos allí por hallarse íntegramente esa zona sujeta a la ligadura de la destinación. Y todo ello durante el tiempo, dilatable indefinidamente, que tardara la Agrícola en hacer la elección. Los inconvenientes que por su amplitud producirían estas conclusiones, están demostrando que no basta la simple destinación concebida en el texto legal para impedir toda adjudicación de baldíos en los contornos de la línea férrea; sino que era preciso ejecutar por las vías pertinentes esas leyes con el fin de hacer práctica la destinación. Es que tales leyes no le confirieron derecho de dominio al Estado de Antioquia sobre partes circunscritas y determinadas de los baldíos, sino el derecho a obtenerlo por las vías jurídicas conducentes.

No hay, por tanto, quebrantamiento de los expresados artículos de las Leyes 63 y 18, por omisión o por interpretación errónea; ni puede haberlo del artículo 200 del Código Político y Municipal. Estatuye éste que los bienes que por su fundación u origen están destinados a un objeto especial, no podrán tener en ningún caso otra aplicación; mas como está incorporado en el capítulo VIII, sobre **bienes, impuestos y gastos de los Distritos**, del Título VI, que versa sobre **Régimen de los Municipios**, se comprende que nada tiene qué ver en la presente cuestión sobre baldíos.

En el octavo motivo se objeta el siguiente paso, sacado igualmente de la sentencia de doce de julio:

"En las leyes generales sobre baldíos tampoco se establece ninguna preferencia en favor de los que pretenden tierras baldías con bonos de concesión o en favor de algunos de ellos. El Código Fiscal de 1873 no la establece. Varias leyes posteriores al Código (161 de 1874, 48 de 1882 y 56 de 1905), no hablan sólo de preferencia en favor de los colonos sino de algo más: de derecho exclusivo en el terreno que ocupan y cultivan, pues les reconocen la propiedad y no un simple derecho a pedir la adjudicación."

Contra estos asertos formulan los recurrentes tres acusaciones que van a verse en la respuesta, para deducir que la sentencia viola por indebida aplicación el Código y las leyes de que hace mérito el aparte transcrito, a causa de que estaban derogados desde mil novecientos doce; que en el supuesto de que estuvieran vigentes, también los viola por indebida aplicación, pues se los invoca como disposiciones de carácter general y el asunto se rige por las Leyes especiales 63 y 18, que son las aplicables; que en el mismo supuesto, la sentencia violaría directamente los artículos 1º y 4º de la Ley 61 de 1874 y 2º de la Ley 48 de 1882, que violaría asimismo el artículo 56 de la Ley 74 de 1926 y que, en el supuesto inmediatamente anterior, la sentencia violaría dichos Códigos y leyes por errónea interpretación, estimándolos aplicables al caso del pleito.

Se considera:

a) Anotan los recurrentes que desde que en mil novecientos doce entró en vigor el Código Fiscal del propio año, quedaron derogados el de mil ochocientos setenta y tres y todas sus leyes adicionales y reformatorias, así como los respectivos decretos reglamentarios, tanto por disposición expresa del artículo 450 de aquel primer Código, como porque él reglamentó íntegramente las materias sobre que versa, entre ellas la de baldíos, de suerte

que es inexplicable que la sentencia recurrida le aplique al actual juicio, comenzado en mil novecientos veinticuatro, un Código y unas leyes derogados trece años antes, que sólo favorecerán a la sociedad, una vez que a su amparo adquirió derechos que leyes posteriores no pueden vulnerar.

Contéstase que, aunque derogados el Código Fiscal de 1873 y sus leyes reformatorias, a la fecha de la instauración de este juicio, algunas de sus disposiciones son aplicables aquí, porque los derechos que se ventilan se remontan a época muy anterior a la expedición del Código Fiscal de 1912. Ya se ha dicho que las concesiones de las Leyes 63 y 18 habían y han menester ejecución de conformidad con los trámites comunes de las leyes fiscales en lo pertinente, y cuando el apoderado doctor Paláu presentó el memorial que los recurrentes califican de denuncio se hallaban en vigencia las viejas leyes.

b) Añaden los impugnadores que, en la hipótesis de que esos Códigos y leyes estuvieran rigiendo, no serían aplicables al caso del pleito, pues son de carácter general, y él se gobierna por las disposiciones especiales de las conocidas Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874; y hacen en seguida una disquisición encaminada a demostrar que el Tribunal quebrantó algunos textos de las Leyes 61 de 1874, 48 de 1882 y 56 de 1905. "Quisiéramos saber—concluyen—en vista de las sentencias que está dictando el Tribunal cómo va a cumplir el Gobierno el artículo 56 de la Ley 74 de 1926."

Empero, recuérdese una vez más que las Leyes 63 y 18 sólo repelen la aplicación de las leyes comunes de baldíos en lo que aquéllas tienen de especial.

Respecto de las Leyes 61 de 1874, 48 de 1882 y 56 de 1905, expone el sentenciador que ellas no sólo hablan de preferencia en favor de los colonos, sino de derecho exclusivo en el terreno que ocupan y cultivan, pues les reconocen la propiedad y no un simple derecho a pedir la adjudicación. Esta tesis no queda destruida con las citas que aduce la demanda de casación, aunque sea discutible por algún otro aspecto no invocado ahora. Cierto es que en el caso del artículo 1° de la Ley 61 no adquiere derecho el cultivador que se sitúe en un terreno inculto de la Nación al cual se le haya dado aplicación especial por la ley; pero se comprende que la razón de ello es porque aquella aplicación, que ha de ser con singularización del terreno, le ha quitado a éste en cierto modo el carácter de baldío. Nada arguye contra lo afirmado por la sentencia la exigencia del artículo 4° de la misma Ley acerca de que el colono, para ser reputado dueño, necesita haber fundado habitaciones y cultivos permanentes por más de cinco años. Al tenor del artículo 2° de la Ley 48 de 1882, hay casos en que los cultivadores pueden ser privados del terreno baldío por sentencia judicial; lo cual es dable que acontezca por haber otros cultivadores de mejor derecho. Cuanto a la Ley 56 de 1905, sin duda el artículo de ella aludido por el Tribunal para confirmar su tesis es el 1°, con arreglo al cual todo individuo que ocupe terrenos baldíos y establezca en ellos casa de habitación y cultivos artificiales, adquiere derecho de propiedad sobre el terreno cultivado y otro tanto. Finalmente, el artículo 56 de la Ley 74 de 1926 se contrae a terrenos baldíos que hayan sido cedidos como cuerpos ciertos a los Departamentos y Municipios.

c) Manifiestan los recurrentes que no es en bonos de concesión en lo que la Sociedad Agrícola funda su derecho de preferencia, sino en las mencionadas Leyes 63 y 18, que son sus títulos, como sucesora de los derechos otorgados por ellas al Estado Soberano de Antioquia, porque efectivamente por esas leyes se cedieron las tierras, así como el título del comprador de un inmueble es la escritura pública que le otorga el vendedor. Viene a propósito la doctrina antes transcrita de la Corte, porque fue el Congreso quien le cedió por medio de las Leyes 63 y 18, al Estado de Antioquia, trescientas mil hectáreas de tierras baldías. "Porque hay que no perder de vista sino tenerlo muy presente, que lo cedido por esas leyes fueron tierras, que tierras de esas fue lo que el Estado de Antioquia le cedió al señor Cisneros y tierras lo que éste aportó a la Sociedad Agrícola y de Inmigración." Si por convenio entre el cedente, la Nación y el cesionario, el Estado de Antioquia, se emitieron bonos relativos a las tierras cedidas, y si en el artículo 2° de la escritura social se dijo que el capital de la Compañía se componía de doscientas mil hectáreas de tierra en títulos de baldíos, todo eso no varió la naturaleza de las cosas, de tal manera que esos títulos abrogaran las leyes concesionarias, quedando en lugar de ellas, tanto menos cuanto que títulos no es sinónimo de bonos y que los contratantes emplearon la palabra **título** como significativa de las mencionadas leyes, que verdaderamente son títulos. Los tales bonos no eran necesarios, conforme al Código Fiscal de 1873 y las Leyes 63 y 18, porque no los prescribían, ni, por otra parte, eran bonos de concesión, nombre que se daba a otros emitidos al portador, mientras que aquéllos son especialísimos y nominales. Hé aquí porqué la Agrícola no funda en estos bonos su derecho de preferencia y porqué el fallo recurrido carece de razón cuando sostiene que, según las leyes generales de baldíos, los bonos de concesión no establecen preferencia en provecho de quien con ellos pretende adquirir tierras, refiriéndose a la Agrícola.

La Sala disiente del dictamen de los recurrentes sobre el alcance de lo otorgado por las Leyes 63 y 18. No contienen ellas la cesión del derecho de dominio, sobre partes concretas del territorio antioqueño, sino la del derecho a obtener la adjudicación de cierto número de hectáreas.

En otros términos, cuando la Ley 63 de 1872 le cedió al Estado de Antioquia, para el fomento de la inmigración, doscientas mil hectáreas de tierras baldías que habían de tomarse en el territorio del Estado, no se las traspasó individualizadas por medio de su localización precisa y sus linderos: apenas le concedió el derecho de llegar a hacerse dueño de ellas en virtud de la elección del lugar y de la adjudicación que se cumpliera por los trámites adecuados. El artículo 3° se refería a los gastos necesarios para llevar a efecto la cesión. Y lo propio ha de afirmarse de la Ley 18 de 1874: la concesión de cien mil hectáreas a ambos lados del camino y en lotes alternados de a diez mil con los que se reservara la Nación o el Estado en virtud de leyes anteriores, no implica un traspaso de hectáreas individualizadas por su ubicación y límites, ya que, como antes se dijo, a lo largo de aquel camino puede haber una crecida extensión baldía, superior con mucho al número enunciado.

La doctrina de la Corte acerca de que hay casos en que la ley es título próximo o único del derecho, como cuando el legislador hace una cesión a una persona jurídica o a una entidad de derecho público, ha de entenderse, en lo tocante al dominio, en el sentido de que la cesión del bien

debe ser directa, en la forma de cuerpo cierto, o de cosa individualizada, lo cual no ocurre aquí.

Vista la forma de las cesiones, el Estado de Antioquia o su sucesor tenían que hacer ejecutar las leyes para conseguir el dominio, y el modo consistía en la presentación de los bonos o títulos para su cambio por tierras baldías, de acuerdo con los procedimientos respectivos. El Código Fiscal de 1873 hablaba (artículos 909 y 910) de certificados y los llamaba títulos de concesión. Es claro que el certificado único podía subdividirse, bien por ministerio de decretos reglamentarios, de pactos con los interesados o de la aplicación analógica del artículo 872 ibidem. El artículo 904 de este Código preceptuaba la manera de iniciar el proceso tendiente a obtener la declaración de los derechos á tierras baldías, reconocidos a los Estados de la Unión en calidad de tales (artículo 901). Por lo demás, los bonos emitidos a favor del Estado de Antioquia en cumplimiento de las Leyes 63 y 18, cuya copia se encuentra al folio 13 del cuaderno de pruebas del denunciante, son verdaderos títulos o bonos de concesión, sin que a ello se opongan sus caracteres de especialísimos y nominales. La Ley 7ª de 1881 le ordenó al Poder Ejecutivo Nacional expedir títulos en beneficio del Estado de Antioquia o de quien representara sus derechos, por cien mil hectáreas de tierras baldías que debían tomarse a los lados del camino férreo, en los términos consignados en la concesión 3ª del artículo 1º de la Ley 18 de 1874.

De lo expuesto se sigue que las Leyes 63 y 18 no constituyen el título inmediato de propiedad de las hectáreas concedidas al Estado de Antioquia, y que lo propiamente aportado al fondo social de la Agrícola son los títulos de concesión o bonos, que le conferían a la Compañía el derecho de demandar la adjudicación. Esto último fue también lo que entendieron los contratantes al otorgar las escrituras números 478, de siete de agosto de mil ochocientos setenta y ocho, y 319, de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve: véanse el artículo 1º de la parte primera y el artículo 2º de la parte segunda de la primera de estas escrituras, y el artículo 21 de la segunda.

No se descubren, por tanto, las violaciones legales imputadas a la sentencia en este motivo.

En el noveno y último se transcribe, para refutarlo, este párrafo de la sentencia de doce de julio:

"La Ley 110 de 1912 dispone que entre los diversos denunciantes con fundamento en títulos de concesión hay preferencia por razón de la fecha del denuncio (artículo 90). El artículo 47 dice, en su parte final, refiriéndose en general a las adjudicaciones, que éstas dejan a salvo los derechos de los cultivadores o colonos. Véase, además, la Ley 71 de 1917. Las disposiciones 51, 59, 79, 80 y 84, conceden ventajas, preferencias o privilegios en favor de los mismos. Y el aparte b) del artículo 88, en concordancia con el artículo 47, prohibe indirectamente la adjudicación de baldíos ocupados por cultivadores o colonos a individuos o entidades que los pretendan con bonos de concesión."

Advierten los recurrentes que el asunto no se rige por las disposiciones generales de la Ley 110 de 1912, sino por las especiales de las Leyes 63 y 18, a causa de aquel principio jurídico que enseña que la disposición o ley especial, prevalece sobre la general.

De otro lado, el derecho de la Sociedad Agrícola y de Inmigración sobre las doscientas mil hectáreas data del 7 de agosto de 1878, porque desde entonces se aportaron a ella, al tenor de la escritura constitutiva. Si durante algún tiempo esos terrenos no estuvieron bien determinados, señaladamente las cien mil hectáreas que hubo por remate el señor Cisneros, pues las cien mil hectáreas de la Ley 18 las localizó la misma Ley a uno y otro lado de la línea férrea en lotes alternados, aquel derecho siempre se conservó, como el comunero conserva el suyo mientras dura la comunidad. Pero después, en mil novecientos once, cesó la indeterminación, por las razones sentadas en otra parte de la demanda. "Se tiene, pues, que el mencionado derecho se concretó a las doscientas mil hectáreas determinadas por los linderos en el año de 1911."

Siendo ese derecho un derecho civil legítimamente adquirido, no se le puede desconocer ni vulnerar por una ley posterior, cual es el Código Fiscal de ahora, según el artículo 31 de la Constitución, que forma parte del capítulo que sirve de título preliminar al Código Civil. El artículo 202 del mismo Estatuto Fundamental ampara también los derechos que alega la Sociedad; pero diga lo que dijere el Código Fiscal de mil novecientos doce, no puede venir en daño o menoscabo del mencionado derecho de la Sociedad.

El terreno deslindado no es campo abierto para que se establezcan en él, de buena o de mala fe, colonos o cultivadores u ocupantes con ganados, precisamente porque en dicho terreno está vinculado el derecho de la Sociedad Agrícola, pues si no puede ser desconocido ni vulnerado por una ley posterior, menos, mucho menos, puede ser arrebatado por terceros que se rediquen en él. No es dable pronunciar una sentencia justa que rechace aquel derecho para proteger a esos terceros. Los indicados artículos del Código de 1912 rigen para los casos comunes, entre cultivadores u ocupantes de terrenos no destinados a ciertos fines por leyes especiales, promulgadas con anterioridad al cultivo o la ocupación; mas no rigen cuando no acontece aquello sino esto.

"Conclusiones:

"La sentencia viola por indebida aplicación los artículos que cita el párrafo transcrito de ella.

"La sentencia viola esos mismos artículos por interpretación errónea, al considerarlos aplicables al caso del pleito.

"La sentencia viola directamente el artículo 31 de la Constitución o el título preliminar del Código Civil, y viola también el artículo 202 de la Constitución de modo evidente y por errónea interpretación."

Se considera:

Ya se ha dicho que las Leyes 63 y 18 no se oponen a la aplicación de las comunes sobre baldíos sino en los puntos en que su especialidad las hace incompatibles con éstas.

Si el memorial del doctor Paláu, fechado el diez y nueve de mayo de mil novecientos once, pudiera ser mirado como un denuncio jurídicamente apto, a cambio de títulos de concesión, sería cierto que él constituía un derecho adquirido por la Sociedad y, por lo mismo, una valla infranqueable para los posteriores denuncios. Mas no resultando aceptable aquel memorial en calidad de denuncio, las expectativas que conserve la Agrícola de denunciar determinadas tierras, mediante la aducción

de los títulos, única manera que la habilita para la escogencia y adjudicación de tales terrenos, no alcanzan a entorpecer los denuncios de los cultivadores y ocupantes, porque la ocupación y el cultivo crean derechos actuales a la adjudicación.

Como este cargo descansa sobre la base de la admisibilidad del referido memorial como denuncio, no prospera; ni el relativo a la violación directa o por errónea interpretación del artículo 202 de la Constitución. Con arreglo a él, la República recobró el dominio de los baldíos que eran de los Estados, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros por dichos Estados. La sentencia no niega esto, ni trata de interpretar el artículo, que ni siquiera menciona, en sentido diferente del que indica su contexto literal.

No es dable acoger el actual motivo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso de casación.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—**Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, quince de diciembre de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Al tramitarse en la Gobernación de Antioquia la solicitud sobre adjudicación de baldíos hecha por los señores José María Ramírez y Apolinar Moreno, la Sociedad Agrícola y de Inmigración, por medio de sus representantes, se opuso diciéndose dueña de los terrenos solicitados en adjudicación como baldíos, por lo cual el señor Gobernador remitió el negocio al Juez competente, quien falló la oposición absolviendo a los demandados de los cargos que se les formularon en la demanda de oposición.

Apelada esta sentencia, el Tribunal de Medellín resolvió:

"1º Confírmanse los numerales 1º, 2º, 3º y 5º de la sentencia apelada.

"2º Revócase el numeral 4º En su lugar no cabe pronunciamiento alguno, ante la confirmación de los numerales anteriores, y

"3º No hay lugar a condenar en costas."

Contra este proveído se interpuso recurso de casación el siete de mayo de mil novecientos treinta y uno, el cual se concedió habida consideración a que todavía no estaba rigiendo la nueva ley judicial (Ley 105 de 1931), de suerte que el recurso ha de someterse a las prescripciones del Código Judicial vigente a la fecha en que se concedió el recurso, de acuerdo con las prescripciones del artículo 1228 de la citada Ley 105 de 1931.

Ahora, consta en el expediente, que el auto en que se corrió traslado a la parte recurrente para fundar el recurso, tiene fecha primero de agosto del año en curso y el memorial dirigido a los Magistrados de la Corte, fundando el recurso de casación, fue recibido en esta Superioridad el día treinta de mayo de este año, es decir, antes de dictarse el auto en que se ordenó correr traslado a la parte recurrente para fundar el recurso, todo lo cual está diciendo que el recurso no se fundó dentro del perentorio término que señala la ley y por tanto habrá que declararlo desierto de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 90 de 1920.

Esta decisión se ajusta a la jurisprudencia constante de la Corte sobre el particular, como puede verse, entre otros, en los fallos de 27 de agosto de 1917, tomo XXVI, página 160, 3ª; 16 de octubre de 1917, tomo XXVI, página 167, 3ª; 17 de octubre de 1917, tomo XXVI, página 168, 1ª, y número 1043, tomo II, **Jurisprudencia.**

Pero suponiendo que este recurso se rigiera por la Ley 105 de 1931, al mismo resultado llegaría la Corte, porque los artículos 530 y 532 ordenan que se funde dentro del término del traslado para ese efecto; que si no se hiciere así, se declare desierto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Declárase desierto el recurso de casación interpuesto por la Sociedad Agrícola y de Inmigración contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha veintitrés de febrero de mil novecientos treinta y uno.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO — **Germán B. Jiménez**—El Conjuez, **Víctor Cock—Augusto N. Samper,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diciembre quince de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

El señor Pedro Vásquez U. denunció para sí y otros ante el Gobernador del Departamento de Antioquia, un globo de tierras baldías, denominado **San Juan,** situado en el paraje de este nombre, del Municipio de Puerto Berrío, del mismo Departamento, en una extensión de dos mil quinientas (2,500) hectáreas y demarcado así:

"Por el frente, que da al Oriente, con el río Magdalena, desde donde terminan las aberturas del señor Felipe Duque, conocidas con el nombre de **Santacruz,** siguiendo dicho río hacia abajo; por el costado norte, o de abajo, con tierras baldías de la Nación; por el Oeste o costado del centro, también con tierras baldías de la Nación; y por el costado sur, o lado de arriba, con aberturas de propiedad del señor Felipe Duque."

El señor Vásquez hizo este denuncio a título de ocupante con ganado.

Como al denuncio anterior se opusieron los señores Juan B. Arango M. y Francisco de Villa, el Gobernador de Antioquia pasó el asunto al Tribunal Superior del mismo Departamento, donde se desechó la oposición a la adjudicación que propuso el señor Juan B. Arango M. en nombre de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, y sustanció la oposición hecha en nombre de la misma Sociedad por el señor Francisco de Villa; pero antes de decidirla en el fondo observó que no era competente para conocer del asunto, y después de poner en conocimiento

de las partes la nulidad observada, aquéllas ratificaron expresamente lo actuado. El Tribunal después de declararlo así, pasó el negocio al Juez del Circuito de Yolombó.

En la demanda de oposición formulada por el señor Francisco de Villa, pidió éste se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que las tierras cedidas por las citadas Leyes 63 y 18, están destinadas a objetos especiales y no se les pueden dar otras aplicaciones, y que tanto por eso, como en virtud de las mismas cesiones, perdieron el carácter de tierras baldías denunciables desde que entraron en vigor dichas leyes, por otras personas que el cesionario, o aquellas a quien él haya transmitido sus derechos, en todo o en parte.

"b) Que la Sociedad Agrícola y de Inmigración, por quien hablo, tiene derecho preferente a los demandados sobre el terreno que ellos pretenden, bien haga parte de las cien mil hectáreas rematadas por el señor Cisneros, o de las cien mil que a éste le cedió el Gobierno de Antioquia.

"c) Que a los demandados no se les puede adjudicar el terreno que pretenden y que denunciaron como baldío, mientras no se le entreguen materialmente a la Sociedad demandante las referidas doscientas mil hectáreas, y eso en el caso de que aquél no se comprenda en ellas, pues, si se comprendiere, no se le puede adjudicar.

"ch) Que si los demandados se opusieren a esta demanda, se les condene en las costas del juicio, porque esa oposición es temeraria."

El señor De Villa fundó su demanda en hechos que el Tribunal resume así:

"1º Soy socio, Vicepresidente y liquidador de dicha Sociedad, constituída por la citada escritura número 478, de siete de agosto de mil ochocientos setenta y ocho, otorgada en la Notaría 1ª de aquí.

"2º Al haber de esa Sociedad introdujo el señor Francisco Javier Cisneros, por haberlas adquirido del Gobierno de Antioquia, doscientas mil hectáreas de terreno, cien mil por remate verificado de conformidad con la Ley antioqueña 36 de 22 de junio de 1877, y cien mil en virtud de cesión que le hizo el mismo Gobierno. Aquellas primeras cien mil hectáreas formaban parte de las doscientas mil de que trata la Ley 63 de 12 de junio de 1872, y las segundas cien mil son las mismas de que habla la Ley 18 de 4 de mayo de 1874.

"3º Los socios fundadores conmigo de dicha Sociedad fueron los señores Francisco Javier Cisneros y Jorge Bravo; aquél le cedió sus acciones al Departamento de Antioquia, y yo adquirí las que pertenecían al señor Bravo, quedando en consecuencia como únicos socios el Departamento de Antioquia y yo.

"4º En virtud del contrato de transacción que consagra la escritura de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito, bajo el número 692, el Departamento de Antioquia, representado entonces por su Gobernador, señor Juan Pablo Arango B., y yo, convinimos, por exigencia de éste, en reconstituír, por cuanto ya había expirado el término de su duración, la mencionada Sociedad, sobre las bases generales de la misma, y así lo hicimos, según la escritura 319, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito el veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve.

"5º De algún tiempo acá se viene sosteniendo con ahínco que este contrato de reconstrucción es absolutamente nulo, y en apoyo de esa tesis se cita el artículo 472 del Código de Comercio, relacionado con el 2º de la Ley 42 de 1898, si bien aquel precepto sólo habla de nulidad absoluta entre los socios.

"6º Con las cien mil hectáreas rematadas por el señor Cisneros, se le cedió al rematador el derecho de elegir en territorio antioqueño el lugar en que quisiera tomarlas, y ese derecho pasó a la primitiva Sociedad, pues al introducirlas a ella nada se reservó el aporte. Las cien mil hectáreas de la citada Ley 18 las localizó ella misma a uno y otro lado del ferrocarril de Antioquia, en lotes alternados de a diez mil hectáreas, o sea en los términos de la concesión tercera del artículo 1º de esa Ley.

"7º Tanto estas cien mil hectáreas como las doscientas mil a que se refiere la citada Ley 63 y por consiguiente las cien mil que remató el señor Cisneros, están destinadas a objetos especiales.

"8º Durante la existencia de la primitiva Sociedad Agrícola y de Inmigración, ella tomó posesión de sus doscientas mil hectáreas a uno y otro lado del ferrocarril de Antioquia, construyendo caminos en beneficio de éste y del Estado, montando potreros de pastos artificiales, estableciendo allí inmigrantes extranjeros y trabajadores o colonos del país, etc.

"9º El terreno denunciado como baldío por los señores Vásquez U. Uribe y Mejía, está en el Distrito de Puerto Berrío, esto es, en lugar donde se hallan las doscientas mil hectáreas a que tiene derecho preferente la Sociedad Agrícola y de Inmigración, si es que no le pertenecen en propiedad, o bien el terreno denunciado forma o puede formar parte del que a que con mucha anterioridad al denuncio se le destinó a objetos especiales por leyes que deben cumplirse y tiene los linderos que especifica la Resolución número 25, visible al folio 7 del expediente."

El apoderado de los denunciantes contestó la demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones en ella impetradas, y negando, en general, los hechos en que se funda.

El Juez falló en estos términos:

"1º Declárase improcedente la demanda de oposición incoada por el señor Francisco de Villa, en su carácter de Vicepresidente y liquidador de la Sociedad Agrícola y de Inmigración. En consecuencia, no es el caso de hacer las declaraciones pedidas por dicho señor en el libelo presentado por éste en contra de los señores Pedro Vásquez U., Lino Uribe y José Mejía, en relación al terreno baldío denominado **San Juan**, y por tanto se absuelve a los demandados de los cargos formulados en dicho libelo.

"2º Reconócese la existencia de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor.

"3º Ejecutoriado que sea este fallo, devuélvase el expediente a la Gobernación para los fines legales."

Esta sentencia fue apelada por el señor Martín Monsalve, extraño al asunto, pero ratificada en seguida la apelación por los señores Juan B. Arango y Félix de Villa, el primero como Presidente y liquidador de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, y el segundo como apoderado de Ernesto de Villa, heredero testamentario de Francisco de Villa. Admitido y sustanciado el recur-

so, el Tribunal Superior de Medellín, por sentencia de veinticinco de octubre de mil novecientos treinta, lo decidió así:

"1ª Se revoca la sentencia apelada en cuanto se declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería del actor señor Francisco de Villa.

"Se confirma la misma sentencia en cuanto no se accedió a hacerse las declaraciones solicitadas por el señor Francisco de Villa, en su carácter de Vicepresidente, de socio y de liquidador de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, y en cuanto se dispuso que el expediente volviese a la Gobernación para los fines legales.

"Por fundarse este fallo en razones distintas de las que adujo el señor Juez, no es el caso de condenar en costas a la parte apelante."

Contra este fallo interpuso recurso de casación el apoderado, ante el Tribunal, del señor Ernesto de Villa, heredero testamentario del señor Francisco de Villa, demandante en la oposición. Invocó la causal primera de las enumeradas en el artículo 2º de la Ley 169 de 1896 y con fundamento en dicha causal hace a la sentencia varios cargos.

El apoderado de la parte opositora alega que el recurso es inadmisible por estos motivos: porque la demanda fue promovida por el señor Francisco de Villa como liquidador de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, constituída por escritura pública número 478, de siete de agosto de mil ochocientos setenta y ocho, Notaría 1ª de Medellín, Sociedad que aparece disuelta y en liquidación y por lo mismo sólo puede ser representada en juicio por su liquidador; porque el carácter de heredero que el señor Ernesto de Villa aparece tener del señor Francisco de Villa, no lo autoriza para representar a la Sociedad en liquidación, ni el señor Francisco de Villa podía conferir a su heredero Ernesto de Villa el título de liquidador, porque el nombramiento de liquidador de una sociedad es un nuevo contrato de mandato que se relaciona con la situación actual de la Sociedad en que deben intervenir todos los socios, conforme al Código de Comercio.

A esto observa la Corte que si bien el señor Ernesto de Villa no podía interponer el recurso de casación como simple heredero del liquidador, señor Francisco de Villa, por ese título personalísimo, sí podía interponerlo como heredero de dicho señor en su carácter de socio que también alegó en la demanda, materia del juicio. Por este motivo no puede, pues, reconocerse que el recurso hubiera sido interpuesto por persona inhábil.

Se pasa en consecuencia a estudiar los cargos hechos a la sentencia:

En el primero de ellos dice el autor del recurso que el Tribunal incurrió en error evidente de hecho al afirmar que no se han determinado las cien mil hectáreas de tierra cedidas al Estado Soberano de Antioquia por la Ley 63 de 1872, pues, que si bien es cierto que por dicha Ley no se hizo tal determinación, como lo afirma el Tribunal al principio de su exposición, posteriormente la hizo el apoderado de la Sociedad Agrícola y de Inmigración. Desarrolla así el cargo el recurrente:

"Según el artículo 2º de aquella Ley, las doscientas mil hectáreas se tomarían en el territorio antioqueño, donde el Presidente del Estado las solicitara; conforme a la concesión 3ª del artículo 1º de la Ley 18 de 1874, dicho Presidente podía tomar las tierras en los intervalos entre los lotes de que habla esta Ley; esa facultad electiva la cedió el Presidente al señor Francisco J. Cisneros, por mandato del artículo 8º de la Ley antioqueña 36 de 1877, cumplido por la escritura número 334, de 8 de junio de 1878, otorgada en la Notaría primera de este Circuito; el señor Cisneros le pasó dicha facultad a la Sociedad Agrícola y de Inmigración, al introducir a ella las cien mil hectáreas, que llevaba consigo cuanto por razón de éstas había adquirido él, pues nada se reservó; y la nombrada Sociedad ejerció esa prerrogativa por medio de su apoderado doctor Clímaco A. Palau, quien en su memorial al Ministro de Obras Públicas, fechado el diez y nueve de mayo de mil novecientos once, manifestó que tomaba las cien mil hectáreas en los referidos intervalos, a uno y otro lado de la vía férrea, y delimitó los dos lotes así:

Primer lote, limita por el Norte, con la línea del ferrocarril, en una extensión de cincuenta kilómetros; por el Sur, con terrenos vertientes al río Nare, que son de propiedad nacional; por el Occidente, con el río Nus, y por el Oriente, con el río Magdalena.

Segundo lote. Limita por el Sur, con la línea del ferrocarril, en la misma extensión de cincuenta kilómetros; por el Norte, con terrenos de propiedad nacional, vertientes al río San Bartolomé; por el Oriente, con el río Magdalena; y por el Occidente, con terrenos vertientes al río Monos, y terrenos baldíos denominados de Alicante y Cupiná. Ambos lotes forman una extensión total de doscientas mil hectáreas y parte de la estación inicial de Puerto Berrío. Esto es, esos linderos comprenden las cien mil hectáreas rematadas por el señor Cisneros y las cien mil hectáreas de la Ley 18 de 1874, cedidas por ella al Estado Soberano de Antioquia y por éste al mismo señor Cisneros, quien las aportó a la Sociedad Agrícola, según la escritura social.

Se observa:

Como se ve, en definitiva el error de hecho lo hace consistir el recurrente en no haber tenido en cuenta el Tribunal, después de las cesiones hechas por las Leyes 63 y 18, el memorial que se dice dirigió el apoderado de la Sociedad Agrícola al Ministerio de Obras Públicas, con fecha diez y nueve de mayo de mil novecientos once, en que se sostiene se verificó la determinación y situación de las tierras baldías de que habían aquellas Leyes, a favor de la Sociedad Agrícola. Pero además de que no obra en autos el memorial a que el recurrente se refiere, el recurrente con la aceptación que de acuerdo con la ley le diera dicho Ministerio, tampoco se indica la disposición legal que el sentenciador infringiere al no tenerlo en cuenta, y por consiguiente el cargo aparece del todo infundado.

Dice también el recurrente que al afirmar el Tribunal que para tener prelación la Sociedad Agrícola a las cien mil hectáreas de tierras baldías a uno y otro lado del ferrocarril de Antioquia, habría sido preciso que las hubiera denunciado con anterioridad al denuncio hecho por el señor Moreno, quien sí señaló un lote con linderos determinados, incurrió también en error de hecho evidente, pues que en autos no figura denuncio del señor Moreno. A esto se observa que tal error de cita únicamente no desvirtúa el concepto principal del Tribunal de no haberse hecho por la Sociedad Agrícola la determinación de las expresadas cien mil hectáreas por sus linderos antes del denuncio de los que hoy aspiran a que se les adjudiquen en aquellos lugares. De modo que por este aspecto tampoco prospera el cargo.

Continúa la sentencia:

"Hubiera podido alegar la Sociedad Agrícola la preferencia por otro concepto, el tener derecho a 100,000 hectáreas de tierras baldías a uno y otro lado de la vía férrea en virtud de otra Ley, la 18 de 1874, en la cual declaró el Congreso que en vista del contrato celebrado entre el Departamento de Antioquia y el señor Francisco J. Cisneros, sobre construcción del ferrocarril y de que el Estado de Antioquia le había concedido cien mil hectáreas de terrenos baldíos a uno y otro lado de la vía, subsistiría esta concesión. Pero no habiéndose producido la prueba de que la Sociedad hubiese entregado al señor Cisneros los bonos o títulos territoriales relativos a las cien mil hectáreas de que trata la Ley 18 de 1874, es forzosa la absolución de los demandados."

Por error de hecho y de derecho ataca el recurrente esta parte del fallo. Lo primero porque dice el Tribunal que la Sociedad Agrícola no alegó la preferencia a las cien mil hectáreas de tierras baldías a que le daba derecho la Ley 18 de 1874, ni dio la prueba de haber entregado al señor Cisneros los bonos territoriales relativos a ellas, y de eso concluyó que se imponía la absolución de los demandados en la oposición, sin tener en cuenta que en los hechos 6° y 9° de la demanda se alegó la preferencia que echa de menos el Tribunal; y además entendió en sentido inverso las cosas al en que debían cumplirse, porque los bonos fueron expedidos a favor del Estado de Antioquia de acuerdo con la Ley 7ª de 1881, y dicha entidad los endosó al señor Cisneros, quien a su vez los endosó a la Sociedad Agrícola, la que por lo mismo no tenía porqué entregar tales bonos al señor Cisneros. Dice el recurrente que al no tener en cuenta los citados hechos de la demanda, incurrió en error de derecho y en el mismo error al sostener que la Sociedad Agrícola debía entregar los bonos al señor Cisneros.

Se considera:

Hay dos errores que anota el recurrente, pero a pesar de ellos no puede casarse la sentencia, porque de un lado tiene el fundamento ya indicado de no haberse determinado por sus linderos las hectáreas a que se refiere la Ley 63 de 1872; y de otro, porque aun aceptada la alegación de la preferencia que el recurrente apoya en la segunda de dichas leyes, no estando tampoco determinadas por sus linderos las cien mil hectáreas en la misma Ley 18, no se sabe o conoce la cosa singular a que se refiere esa preferencia, en la extensión considerable de tierras allí existente. Por otra parte, el recurrente no indica la ley que el sentenciador violara con tales errores, como era de rigor según el inciso 2° del artículo 9° de la Ley 90 de 1920, vigente cuando se interpuso el recurso. No es, pues, procedente el cargo.

Continúa la sentencia:

"Por otra parte, aunque hubiese producido esa prueba (la relativa a la entrega de los bonos), no podía accederse a las declaraciones pedidas por las razones que expresó el Tribunal en sentencia de doce de julio, que se copian:

"En materia civil la ley no reconoce otras causas de preferencia que las instituidas en el Título 40 del Libro IV del Código de la materia (artículo 2508). Entre estas causas ninguna aprovecha a los bonos de baldíos. Los derechos que alega la Sociedad Agrícola y de Inmigración pueden ser considerados como obligaciones de género a cargo de la Nación y por ello no puede dicha Sociedad oponerse a que la Nación enajene baldíos de la misma clase o género, mientras no compruebe que sólo quedan suficientes para la adjudicación a que tal sociedad puede tener derecho (artículo 1057 del Código Civil), pero esta prueba no se ha dado en este juicio."

Considera el recurrente que con estos conceptos el Tribunal violó, en primer término, las disposiciones contenidas en el título 40 del Libro 4° del Código Civil, por indebida aplicación, porque "es absurdo—dice—aplicar disposiciones de este Código, estando siempre el ramo de baldíos regido por legislación especial, y en segundo lugar, violó los artículos 1565, 1566 y 1567 de la misma obra, citados en el fallo al afirmar el Tribunal que los derechos alegados por la Sociedad Agrícola y de Inmigración pueden ser considerados como obligaciones de género, porque las obligaciones de género se refieren a muebles y semovientes, ya que allí se habla de individuos indeterminados de una clase o género determinado, lo que no puede aplicarse a bienes raíces, porque en ellos no caben varios individuos indeterminados de una misma clase, ni hay más que un solo género.

Se observa:

En el primer concepto hay realmente un error del Tribunal que viola las disposiciones del Título 40 del Libro 4° del Código Civil, sobre prelación de créditos, porque el ramo de baldíos se rige por las disposiciones especiales del Código Fiscal y no por las del Civil en ese punto. No así en el segundo concepto, porque lo que parece haber entendido el Tribunal fue solamente que no habiéndose determinado por sus linderos las hectáreas cedidas en las leyes de que se trata, no puede hablarse de cosas determinadas o de especies, sino de hectáreas o cosas indeterminadas del género conocido de baldíos, en una extensión dada de territorio. Pero sea de ello lo que fuere, y no obstante el primer error, no puede casarse la sentencia, porque descansa, como se ha dicho, en el fundamento de no haberse hecho la determinación por sus linderos de las hectáreas cedidas.

El cargo siguiente lo deduce el recurrente de este otro aparte de la sentencia:

"Los representantes de la entidad demandante fundan la preferencia que alegan en las Leyes 63 y 18, las cuales sostienen que son especiales. No se puede negar que tales leyes son especiales, pero su especialidad no puede comprender sino las materias de que ellas tratan, y entre éstas no se encuentra la preferencia. Si esta preferencia se funda en la facultad de escoger, se contesta que la misma facultad tienen y han tenido los que pretenden adquirir baldíos mediante la ocupación y el cultivo."

Arguye el autor del recurso que el Tribunal conviene en que las Leyes 63 y 18 son especiales, que en ellas funda el demandante la preferencia, y por razón de tal especialidad se aplica a las materias de que tratan, pero agrega sin dar razón alguna, como debió hacerlo, que tales leyes no implican preferencia para la adjudicación de las tierras a que ellas se refieren en orden a los denunciantes demandados o de cualquier denunciante de una porción de baldíos, sin tener en cuenta el Tribunal, agrega el recurrente, que la demanda funda en las citadas leyes el derecho de preferencia alegada no tanto por la especialidad de ellas, sino porque conforme a las mismas leyes, a las tierras se les dieron destinos espe-

ciales para el fomento de la inmigración, la 63, y para facilitar la construcción y explotación de la vía férrea, las hectáreas de la Ley 18; y que cuando esto se hace, a las cosas así destinadas no se les puede dar otra destinación, porque lo prohibe el artículo 200 del Código Político y Municipal. De suerte que si alguien denuncia como baldía una porción de tierras que se hallan en esas condiciones o destino especial, su propósito tiene que ceder el campo en favor de quienes tengan los derechos conferidos por esas leyes especiales. De donde resulta, dice el autor del recurso, que no es en la facultad de escoger en lo que la demanda funda la preferencia, y si los demandados denunciantes la tienen, no pueden ejercerla legalmente, pues que si así no fuera, se llegaría al absurdo de quedar sin efecto las leyes que dan esos destinos especiales. Que esa facultad la tienen los denunciantes en terrenos libres. Como consecuencia saca el recurrente la de que con aquellos conceptos el Tribunal violó los artículos primeros de las Leyes 63 y 18, y el artículo 200 del Código Político y Municipal, por interpretación errónea y por no haberlos aplicado al caso del pleito.

A juicio de la Corte, lo que el Tribunal quiso expresar no fue otra cosa sino que, sin haberse determinado en las mismas leyes materia de la cesión las tierras a que ellas se refieren, por sus linderos, no obstante su destino especial, la parte demandante que alega esa destinación se halla en la misma situación en que se encuentran los que pretenden esas tierras por adjudicación, para el sostenimiento de ganados o para el cultivo, porque la destinación no quedó cumplida con el solo señalamiento de la región en que estaban situadas tales tierras, ni con la expedición de dichas leyes, de modo que si los denunciantes han ejecutado primero, como aparece, los actos a que dan derecho las leyes generales sobre baldíos, su derecho tiene que ser respetado; conceptos estos que lejos de implicar el absurdo de que habla el recurrente y ser violatorios de las disposiciones contenidas en dichas leyes, armonizan, no solamente con el pensamiento del legislador, expresado en todas las leyes sobre baldíos, sino con las leyes que dan destino especial a las cosas de la Nación, pues es claro que si éstas determinan las cosas por su situación y linderos, tratándose de bienes raíces, ya es completo el dominio de los que las pretenden y por lo mismo preferente su derecho al de los colonos; pero en este caso no se halla la Sociedad Agrícola opositora, por la falta de determinación de las tierras cedidas en orden a sus linderos, si se consideran las cedidas por la Ley 63 de 1872. Y aun tratándose de las que comprende la Ley 18 de 1874, no hubo esa determinación suficiente en dicha ley con sólo decir que se daban a uno y otro lado de la línea del ferrocarril, en lotes de a diez mil hectáreas, no sólo porque habiendo una extensión mucho mayor en el sitio de Puerto Berrío, la destinación por la expresada Ley haría imposible la adjudicación del resto a cultivadores y colonos, sino porque en caso de no haber más tierras baldías en los intervalos de los lotes de a diez mil hectáreas, sacando las que se reservó la Nación o el Departamento, conforme a la misma ley, a los opositores correspondía dar esa prueba y es el caso que no la presentaron.

Por lo demás, el artículo 200 del Código Político y Municipal se refiere a destinación en bienes que no son nacionales.

De lo anterior se deduce claramente que el cargo no es fundado.

Más adelante dice la sentencia:

"En las leyes generales sobre baldíos tampoco se establece ninguna preferencia en favor de los que pretenden tierras baldías con bonos de concesión, o en favor de alguno de ellos. El Código Fiscal de 1873 no la establece. Varias leyes posteriores al Código (61 de 1874; 48 de 1882 y 56 de 1905), no hablan sólo de preferencia en favor de los colonos, sino algo más: de derecho exclusivo en el terreno que ocupan y cultivan, pues les reconoce la propiedad y no un simple derecho a pedir la adjudicación."

De lo anterior arguye el recurrente:

"1º Que es inexplicable que la sentencia le aplique al juicio de que se trata, comenzado en 1925, un Código y leyes derogados varios años antes, pues desde que empezó a regir el nuevo Código Fiscal, o Ley 110 de 1912, quedaron derogados el de 1873 y todas las leyes que lo adicionaban y reformaban, tanto por declaración expresa consignada en aquél, como por haber regulado íntegramente la materia.

"2º Que suponiendo vigentes ese Código y leyes no serían aplicables al pleito por ser de carácter general y este caso se rige por las disposiciones especiales de las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874, como lo reconoce el Tribunal; y además, el artículo 1º de la Ley 61 de 1874, dice:

"Todo individuo que ocupe terrenos incultos pertenecientes a la Nación, **a los cuales no se les haya dado aplicación especial por ley** (lo subrayado es del recurrente), y establezca en ellos habitación y labranza, adquiere derecho de propiedad sobre el terreno que cultive cualquiera que sea su extensión."

Luégo—aduce el recurrente—si al terreno se le ha dado aplicación especial por la ley, que es el caso contemplado en la sentencia materia del recurso, el ocupante con habitación y labranza no tiene derecho.

Que conforme al artículo 4º de esa misma Ley "los colonos que estén en posesión de tierras baldías serán considerados propietarios de las porciones cultivadas y treinta hectáreas adyacentes a dichas porciones. Se entenderán como poseedores los que hayan fundado habitaciones y cultivos permanentes por más de cinco años de posesión continua. Anota el autor del recurso que esta disposición ni favorece a los demandados ni daña a los demandantes, porque los primeros no han dado la prueba de su posesión continua por más de cinco años.

Que si bien el artículo 2º de la Ley 48 de 1882 da derecho a los ocupantes de esos terrenos para ser considerados como poseedores de buena fe, se les puede privar de su posesión por sentencia dictada en juicio civil ordinario, que es precisamente el caso de que se trata—dice el recurrente.

Que la Ley 56 de 1905, invocada por la sentencia, sólo contiene disposiciones generales sobre lo que deben hacer los cultivadores o colonos. De modo que si el Tribunal hubiera estudiado con atención estas leyes, continúa el autor del recurso, y no se hubiera limitado a hacer citas en general, habría llegado a reconocer el derecho de la entidad demandante.

Que la Sociedad Agrícola no ha fundado su preferencia en bonos de concesión sino en las Leyes 63 y 18, como sucesora del Estado de Antioquia, porque en esas leyes, que son títulos de derecho, según lo ha dicho la Corte, se cedieron las tierras, primero, al expresado Estado, éste al señor Cisneros, de quien pasaron a la Sociedad Agri-

cola; y si bien se convino entre la Nación concedente y el cesionario Estado de Antioquia que se emitían bonos relativos a esas tierras baldías, y en la escritura social se dijo que el capital de la Sociedad se componía "de doscientas mil hectáreas de tierras baldías en títulos de concesión," todo esto no varía la naturaleza de las cosas, en términos que tales títulos abrogaron las leyes concesionarias, porque títulos no es sinónimo aquí de bonos, y si así hablaron las partes, emplearon la palabra título como significativa de aquellas leyes.

Que esos bonos no eran necesarios conforme al Código Fiscal de 1873, ni los prescribían las Leyes 63 y 18; que los emitidos por la Sociedad eran otros al portador, mientras que los de concesión son especialísimos y nominativos, razón por la cual la Sociedad Agrícola, dice el recurrente, no se fundó en esos bonos, ni la sentencia tuvo razón al decir que las leyes generales sobre baldíos no dan preferencia en favor de quien con bonos pretenda adquirir tierras baldías.

De todo lo anterior concluye el recurrente que el Tribunal violó por aplicación indebida el Código y las leyes citadas, por estar derogadas, que caso de estar vigentes, también las violó por ser de carácter general y preferir al caso de que se trata, las especiales ya citadas.

Se considera:

El hecho de que el Tribunal hubiera tenido en cuenta las disposiciones del Código Fiscal de 1873, para declarar que no establecen ninguna preferencia en favor de los que pretenden tierras baldías con bonos de concesión, no implica el desacierto que le atribuye el recurrente, no sólo porque bonos de esta clase fue lo que el Estado de Antioquia transmitió al señor Cisneros y éste a la Sociedad Agrícola, según los títulos escriturarios que obran en autos sobre el particular, sino porque bajo la vigencia de dicho Código se expidió una de dichas Leyes, la 18 de 1874, y es sabido que para reconocer un derecho hay que tener en cuenta la ley bajo cuyo imperio se realiza el hecho generador de aquél, aunque después se derogue la ley. Ahora, si como dice el recurrente, los demandantes no invocaron bonos, sino las mismas Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874, para que conforme a ellas resultara la preferencia alegada por los demandantes, sería preciso que en ellas se hubieran determinado por sus linderos las hectáreas de tierras baldías de que tratan, y eso es lo que los opositores no han logrado demostrar, según se dijo.

Cierto que el artículo 1º de la Ley 61 de 1874 deja a salvo para no adjudicar a cultivadores o colonos las tierras a que se haya dado un destino especial; cierto también que la ley puede ser por sí sola título de un derecho en bienes raíces, como lo ha dicho la Corte, siempre que en ella se determinen éstos, y que los demandantes invocaron como títulos las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874; pero subsiste el argumento aducido por el sentenciador de que en éstas no se hizo la determinación de las tierras cedidas por sus linderos, para que pudieran servir de único título, luego para esa determinación debían cumplirse las formalidades que exigía el Decreto de siete de enero de 1870, que regía cuando se expidió la primera de ellas y las del Código Fiscal de 1873, que eran la mensura, adjudicación y registro en la Oficina de instrumentos públicos, del certificado expedido por la autoridad administrativa nacional, de que habla el Título 10 de aquel Decreto.

Por la misma razón de no expresar las Leyes 63 y 18 los linderos de las hectáreas cedidas a la parte demandante no es aplicable el artículo 4º de la Ley 42 de 1882, porque esta disposición exige que para declarar el derecho de propiedad contra los cultivadores o colonos que pretendan tierras baldías, que el actor, en este caso la Sociedad Agrícola, presente no sólo el título legal de propiedad, sino que en éste se expresen con toda claridad los linderos del terreno que reclama y ese título con tales condiciones no se ha presentado por los demandantes, ni aparecen, ni podían aparecer en los títulos que forman los folios 11, 12, 14 y 18 de los autos. Tampoco presentó la entidad demandante, como se dijo atrás, el memorial en que afirma que con posterioridad a las leyes en que se funda, se hubiera hecho la respectiva determinación de las tierras y se hubiera aceptado por la autoridad administrativa correspondiente.

De modo que aunque no fuera necesario que los demandantes adujeran bonos cedidos a la Compañía Agrícola y de Inmigración, sino las Leyes 63 y 18, de éstas y de las que el Tribunal tuvo en cuenta, no aparece determinado el derecho de aquéllos, o sea el de las hectáreas cedidas por sus linderos, y por consiguiente no puede reconocerse probado el cargo de violación de las disposiciones legales que cita el recurrente en esa parte de su demanda.

Concluye la sentencia:

"La Ley 110 de 1912 dispone que entre los diversos denunciantes con fundamento en títulos de concesión, hay preferencia por razón de la fecha del denuncio (artículo 90). El artículo 47 dice en su parte final, refiriéndose en general a las adjudicaciones, que éstas dejan a salvo los derechos de los cultivadores o colonos. Véase además la Ley 71 de 1917. Las disposiciones de los artículos 51, 59, 79 y 84 conceden ventajas, preferencias o privilegios en favor de los mismos, y el aparte b) del artículo 88, en concordancia con el artículo 47, prohibe indirectamente la adjudicación de baldíos ocupados por cultivadores o colonos a individuos o entidades que los pretendan con títulos de concesión."

Arguye el recurrente que el nuevo Código Fiscal no es aplicable al caso en debate, sino las Leyes 63 y 18, tántas veces citadas; que el derecho de la Sociedad Agrícola a las doscientas mil hectáreas data desde agosto del año de 1878, porque desde entonces se aportaron a ella; que si durante algún tiempo esas tierras no estuvieron bien determinadas, en 1911 cesó esa indeterminación y quedó establecido el derecho de la Sociedad, que no puede ser vulnerado por disposiciones posteriores, conforme al artículo 31 de la Constitución, que hace parte del derecho civil, según la misma Carta; y que las disposiciones del nuevo Código Fiscal que cita la sentencia, rigen en los casos comunes, pero no en el de que se trata; y en consecuencia, al aplicar el Tribunal las disposiciones del nuevo Código Fiscal, las violó por interpretación errónea y por indebida aplicación al caso del pleito, y violó también los artículos 31 y 202 de la Constitución, lo mismo que el Título preliminar del Código Civil.

Se observa:

Aunque el Tribunal hubiera violado por indebida aplicación las disposiciones del nuevo Código Fiscal y leyes posteriores, por tratarse de caso ocurrido con anterioridad a estas disposiciones, no por ello podría casarse el fallo, porque es lo cierto que éste se sostiene por el motivo

desde un principio aducido por el Tribunal, de no haberse determinado en las Leyes 63 y 18 las hectáreas cedidas por sus linderos, ni posteriormente en el memorial a que se refiere el recurrente del doctor Palau, de modo que inequívocamente pudiera saberse que abarcan precisamente los lugares en que se han colocado los denunciantes demandados, y de esta suerte se hubiera violado el artículo 31 de la Constitución sobre derechos adquiridos, por tener los demandantes un derecho perfecto a las tierras, y el numeral 2º del artículo 202 de la Constitución Nacional.

Por lo demás, en la escritura de constitución de la Sociedad Agrícola, marcada con el número 478, de agosto de 1878, parte segunda, artículo 2º, no aparece que a dicha Sociedad se aportaran tierras, con determinación de linderos, sino tierras "en bonos de concesión," que es cosa distinta, aunque otra cosa sostenga el recurrente. El cargo es también infundado por ese aspecto.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar la sentencia de fecha veinticinco de octubre de mil novecientos treinta, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en ese juicio. Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

TANCREDO NANNETTI—Juan E. Martínez—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero diez de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

En el juicio ejecutivo instaurado por el señor Juan Gregorio Robledo contra el señor Guillermo Acevedo, se decretó el embargo, depósito y avalúo de una casa situada en el Municipio de La Cumbre (Departamento del Valle), alinderada así: por el Norte, con la zona del ferrocarril del Pacífico; por el Sur y Occidente, con propiedad de Vicente Guevara; por el Oriente, con predio de Abraham Aparicio, y en parte, con zona del ferrocarril del Pacífico.

La señora Carmen López de Acevedo, por medio de apoderado, promovió tercería excluyente de la mencionada casa, por estimar que le pertenece exclusivamente.

Fundó su demanda en los siguientes hechos:

"1º En la escritura pública número 911, de fecha diez de mayo de mil novecientos veintiocho, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito, consta protocolizado el testamento de la señora Licenia Herrera de García.

"2º En la cláusula g) del testamento declaró la testadora que en poder de los señores Juri & Cobo, del comercio local, tenía un crédito a su favor, de unos cuatro mil seiscientos ochenta pesos ($ 4,680), resto del precio de una finca vendida por ella.

"3º En la parte primera de las disposiciones del testamento, la testadora legó a mi mandante, la señora Carmen López de Acevedo, esa deuda, e hizo el legado con esta condición:

'Esta institución de heredera se la hago a título universal, bajo la condición expresa de que su marido, señor Manuel Guillermo Acevedo, no tenga la administración de los referidos bienes, condición precisa que impongo, acogiéndome al derecho que consagra el artículo 211 del Código Civil.'

"4º El juicio de sucesión de la señora Licenia Herrera García está protocolizado en la escritura número 1214, del treinta y uno de julio de mil novecientos veintinueve, de la Notaría 2ª del Circuito.

"5º Con ese dinero, pagado posteriormente por Juri & Cobo, la señora Carmen López de Acevedo adquirió la finca a que esta demanda se refiere y que se ha descrito antes. Eso consta en la escritura número 1906, de fecha nueve de octubre de mil novecientos veintiocho, de la Notaría 2ª de esta ciudad.

"6º No obstante todo esto, en un juicio ejecutivo que sigue en su despacho el señor Juan Gregorio Robledo contra el señor Manuel Guillermo Acevedo, la citada finca ha sido embargada y depositada, como si fuera de propiedad del señor Acevedo o de la sociedad conyugal Acevedo-López, cuando en verdad tal propiedad es del haber particular de la señora Carmen López de Acevedo."

En derecho se apoyó en los artículos 181, 183, 211, 1781, 1782 del Código Civil, y en las disposiciones pertinentes de la Ley 105 de 1890.

Contestó la demanda el ejecutante, oponiéndose a las pretensiones del actor, aceptando algunos hechos y negando otros.

El Juez del conocimiento absolvió al demandado de los cargos de la demanda de tercería.

El Tribunal Superior de Cali revocó la sentencia del Juzgado, y en su lugar declaró que "la casa situada en La Cumbre, y embargada en esta ejecución, es de la exclusiva propiedad de la señora Carmen López de Acevedo, y que, por consiguiente, ésta tiene mejor derecho que el ejecutante y el ejecutado al dominio de dicho inmueble; y se ordena, por lo mismo, que se cancele el embargo y se levante el depósito constituído sobre dicho inmueble. Sin costas."

El apoderado del ejecutante interpuso contra este último fallo recurso de casación, que la Corte procede a resolver una vez que se ha declarado admisible.

Alega el recurrente la primera de las causales de casación señaladas en el artículo 520 del Código Judicial, y es de concepto que la sentencia recurrida es violatoria, por aplicación indebida, de los artículos 211, 1781, 1782, 1783 y 1789 del Código Civil.

Transcribe el recurrente la parte sustancial de la sentencia acusada, que dice así:

"Es verdad que, de acuerdo con los numerales tercero y cuarto del artículo 1781 del Código Civil, los bienes muebles (entre los cuales figuran los créditos), adquiridos por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, a título gratuito, pertenecen a la sociedad conyugal, quedando obligada ésta a restituir su valor al dueño de ellos, al disolverse; pero no debe olvidarse que cuando esos bienes los adquiere la mujer en virtud de una herencia o legado, con la precisa condición de que no los administre el marido, de conformidad con el artículo 211 del Código Civil, no entran entonces a formar parte de la sociedad conyugal, porque sobre ellos se establece, por ministerio de la ley, una especie de separación parcial de bienes, según las reglas del citado artículo 211 y las de los artículos 204 a 207 del Código Civil. Quiere esto decir que dichos bienes no entran a formar parte de la sociedad conyugal, y sobre ellos conserva la mujer

donataria, heredera o legataria el pleno dominio y la administración libre, aun en lo concerniente a los frutos de dichos bienes y a todos los que con ellos adquiera. Por consiguiente, las disposiciones que regulan los bienes de la sociedad conyugal durante el matrimonio no pueden aplicarse a los que hubiera adquirido la mujer por donación, herencia o legado, con la condición precisa de que en ellos no tenga la administración el marido; y en consecuencia, tampoco le son aplicables las disposiciones que sobre subrogación establece el artículo 1789 en relación con el 1783 del Código Civil, y que de modo especial se refieren a valores propios de cualquiera de los cónyuges que no consistan en bienes raíces, y que, en la misma donación, o en las capitulaciones matrimoniales, se destinan para ser subrogados por otros durante el matrimonio."

Ataca luégo el autor del recurso este fundamento del fallo recurrido, y expone:

"El Tribunal Superior desatiende el tenor literal y claro de los artículos 1782 y 1783 del Código Civil, el primero de los cuales habla de las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges, a título de donación, herencia o legado, y dice que se agregarán a los bienes propios del cónyuge donatario, heredero o legatario, pero acto seguido, para que valga como adquisición exclusiva de uno de los cónyuges, emplea la disyuntiva categórica de que 'no obstante lo dispuesto en el artículo precedente, no entrarán a componer el haber social: el inmueble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble propio de alguno de los cónyuges.'

"Ante esta situación, cabe preguntar: ¿el crédito que le asignó testamentariamente la señorita Licenia Herrera a Carmen López de Acevedo, le pertenece a ésta con exclusividad? De acuerdo con el artículo 1782, sí le pertenece. Pero el inmueble adquirido con inversión de los fondos provenientes de ese crédito, según se dice, pero que no se ha demostrado en autos, le pertenece a la señora López de Acevedo? Ostensiblemente nó. Sencillamente, porque en nuestro caso no hubo subrogación legal de inmuebles, sino que en la escritura de compra de la casa cuyo desembargo se solicita, se dice que hubo una subrogación del dinero percibido por la señora de Acevedo, producto de un presunto crédito activo a su favor, y un inmueble, no subrogación de inmuebles, a que se refiere perentoriamente el artículo 1783 citado. Ni vale decir que una tal subrogación tendría eficacia, al tenor del artículo 1789, inciso 2°, pues éste preceptúa categóricamente:

'Puede también subrogarse un inmueble a valores propios de uno de los cónyuges, y que no consistían en bienes raíces; mas para que valga la subrogación, será necesario que los valores hayan sido destinados a ello, en conformidad con el número 2 del artículo 1783, y que en la escritura de compra del inmueble aparezca la inversión de dichos valores y el ánimo de subrogar.'

"Es decir, que esos dos textos legales estatuyen con claridad palmaria que para que valga la subrogación legal de bienes pertenecientes a uno solo de los cónyuges y queden excluidos del haber social, se necesita que ocurra uno de los casos allí previstos: o subrogación de un inmueble a otro, o la de un inmueble a otros valores, pero en este caso, de acuerdo con las condiciones explícitas que señala el segundo inciso del artículo 1789 del Código Civil.

"Y es imposible desconectar las reglas que rigen lo relativo al haber de la sociedad conyugal y de sus cargas, considerando aislada y acomodaticiamente las disposiciones referentes a la simple separación de bienes, contenidas en el capítulo 3°, Título 9°, del libro 1° de nuestro Código Civil, como lo hace el Tribunal sentenciador, sacando del control de un título posterior a la mentada obra, lo atañedero a la simple separación de bienes, para decir que son independientes, que no quedan sujetos a las ritualidades de la subrogación, ya que si ello fuera así, no contendría tan explícitos y comprensibles preceptos el Título 22, capítulo 4°, como son los contenidos en los artículos 1782, 1783 y 1789 del Código Civil, que hacen posible la mentada subrogación, y precisamente de bienes propios de uno de los cónyuges, que sea fruto de una donación, herencia o legado, como acaece en nuestro caso, en que el pretendido bien que se subrogó, y es materia del desembargo, le fue asignado a la articulante en testamento, pero no se cumplieron las ritualidades propias del caso, para que quedara operado ese fenómeno jurídico, en consecuencia con lo establecido por el artículo 1789, armonizado con el 1783 del Código Civil.

"Así que, para que las cosas hubieran quedado acomodadas a derecho, en la escritura de compra del inmueble que se pide sea desembargado, y la subrogación indispensable ajustada a legalidad, menester hubiera sido que los precisos requisitos del artículo 1789 del Código Civil, que es el aplicable al caso, se encontraran cumplidos completamente en la respectiva escritura. Por eso las argumentaciones de los doctores Mario Fernández de Soto, Leonidas Pardo, en su razonado escrito, y las mismas confesiones del apoderado de la señora Carmen López de Acevedo, cuando reconoce que no hubo subrogación en el sentido jurídico de la palabra, quedan subsistentes hoy día, y tienen toda la fuerza de los hechos. Las intenciones de la testadora hubieran alcanzado cumplido éxito si los actos se hubieran cuerdamente ajustado a los preceptos de la ley, es decir, que para sacar de la administración del marido lo que era materia de una herencia, con exclusiva ingerencia de la mujer asignataria, habría habido la necesidad imprescindible de que la subrogación se ciñera a las reglas que se han examinado, sin que en este caso se hubiera hecho menester apelar a desentrañar incongruencias, como las que se dice que aparecen en el de autos, ya que, aplicadas sensata y válidamente esas disposiciones no se llega a dificultad alguna, y en un campo jurídico habría podido obedecerse a la voluntad de la causante.

"Como creo dejarlo demostrado con estos sencillos raciocinios, el Tribunal Superior de Cali, en el ánimo de armonizar preceptos legales en provecho de la tesis que amparó el desembargo perseguido, involucró textos sustantivos, que no concuerdan con la argumentación precisa y la interpretación sana de tales disposiciones. Se violó, por las causales enumeradas en el artículo 520 del Código Judicial, en su primer inciso, la ley sustantiva, comoquiera que se sustraen los artículos 211 y sus relacionados, tomándolos aislada e independientemente para aplicarlos al asunto motivo del proceso, y decretar, en consecuencia, el desembargo solicitado, sin tener en cuenta los mandatos imperativos de los artículos 1783 y 1789 del Código Civil, que sí admiten, como me parece que lo llevo asentado, la subrogación legal de bienes propios de uno de los cónyuges, sacándolos de los bienes comunes al haber social, pero con el lleno de las ritualidades que para casos tales previenen tales estatutos."

Considera la Corte que el Tribunal no situó el fenó-

meno jurídico que se estudia en el caso de la subrogación, que contemplan los artículos 1782 y 1783 del Código Civil. Bien claro lo dice en el fallo. Su punto de vista está colocado en el artículo 211 del Código citado, esto es, en el de un legado que se hace a la mujer casada, con la condición precisa de que en las cosas donadas no tenga la administración el marido, condición que impone la testadora, señora Licenia Herrera García, al legarle a la señora Carmen López de Acevedo el crédito de cuatro mil seiscientos ochenta pesos ($ 4,680), a cargo de los señores Juri & Cobo, de los cuales fueron invertidos mil ochocientos pesos en la compra de la casa materia del pleito, según se expresó en la escritura de compra.

Dijo el Tribunal que los bienes dejados a la mujer casada, con la condición expresa de que no los administre el marido, no entran a formar parte del haber de la sociedad conyugal, porque sobre ellos se ejerce, por ministerio de la ley, una especie de separación parcial de bienes, según las reglas del citado artículo, y a los 204 y 207 del Código Civil. Quiere esto decir que tales bienes no entran a formar parte del haber de la sociedad conyugal, y sobre ellos conserva la mujer donataria, heredera o legataria, el pleno dominio y la administración libre, aun en lo concerniente a los frutos de dichos bienes, y a todos los que con estos adquiera.

Como se ve, está fuera de lugar la acusación relativa al quebrantamiento de los artículos 1782, 1783 y 1789 del Código Civil, que se refieren a casos distintos de los contemplados en el artículo 211 del propio Código.

Dice el recurrente que es imposible desconectar las reglas que rigen lo relativo al haber de la sociedad conyugal y de sus cargas, considerando aislada y acomodaticiamente las disposiciones relativas a la simple separación de bienes, contenidas en el capítulo 3º, Título 9º, del libro 1º de nuestro Código Civil, como hace el Tribunal sentenciador, sacando lo preceptuado en un título posterior de la mentada obra, lo atañedero a la simple separación de bienes, para decir que son independientes, que no quedan sujetos a las ritualidades de la subrogación, ya que si ello fuera así, no contendría tan explícitos y comprensibles preceptos el Título 22 en su capítulo 4º, como son los contenidos en los artículos 1782, 1783 y 1789 del Código Civil, que hacen posible la mentada subrogación, y precisamente de bienes propios de uno de los cónyuges, que sean fruto de una donación, herencia o legado, como acaece en nuestro caso, donde el pretendido bien que se subrogó, y es materia del desembargo, le fue otorgado a la articulante en testamento, pero no se cumplieron las ritualidades propias del caso para que quedara operado ese fenómeno jurídico, en consonancia con el artículo 1789, armonizado con el 1783 del Código Civil.

Estima la Corte que hay sustancial diferencia entre los bienes que adquiere la mujer casada, por cualquier título durante el matrimonio, y los que se le dejan por donación, herencia o legado, con la expresa condición de que no los administre el marido.

Los primeros entran a formar parte del haber social, y están sujetos a la administración del marido, quedando obligada la sociedad a la restitución de igual suma (artículo 1781 del Código Civil, ordinales 3º y 4º, y 1782 de allí).

Los otros, los asignados a la mujer casada con la expresa condición de que no los administre el marido, no entran a formar parte del haber social, no necesita la mujer de la autorización del marido para los actos y contratos relativos a la administración de lo que separadamente administra, puede enajenar a cualquier título los bienes muebles que separadamente maneja, y son suyos los frutos de las cosas que administra y todo lo que con ellos adquiera.

Ahora bien: no violó el Tribunal los artículos 1783 y 1789 del Código Civil, por no haber aplicado las reglas que sobre subrogación contienen tales disposiciones, porque ellas no se refieren a los bienes que la mujer casada, separada de bienes, administra exclusivamente, y el artículo 211 del Código Civil contempla un caso de separación parcial de bienes.

Ese artículo, así como todos los que se refieren a la separación parcial de bienes, regulan una materia especial en las relaciones de la sociedad conyugal que se forma entre los esposos, y no puede decirse que las disposiciones generales posteriores, sobre sociedad conyugal, abroguen o modifiquen las primeras.

Acusa el recurrente la sentencia por error de hecho en la apreciación de la prueba, referente a haber comprado la casa materia de la tercería, con parte del crédito que fue legado a la señora López de Acevedo, con la condición precisa de que no la administrara el marido.

El Tribunal, dice el recurrente, dejó de apreciar la falta de una prueba que es básica para poder desatar las pretensiones de la articulante, como era la de que suministrara el elemento preciso, inconfundible, de haber hecho las inversiones atañederas al caso de autos, con parte del valor del crédito legado, pues las aseveraciones de la parte interesada no tienen asidero en prueba alguna. De manera que esta es otra de las causas en que apoya el recurso de casación, señalando la sentencia como violatoria de una situación de hecho que el Tribunal no apreció, incurriendo en el caso estudiado en el inciso 2º del motivo primero del artículo 520 del Código Judicial.

Considérase:

No señala el recurrente la determinada prueba que el Tribunal apreciara erróneamente para llegar a la conclusión de que la compra de la casa se había hecho con parte del valor del crédito legado a la señora Carmen López de Acevedo con la expresa condición de que no lo administrara el marido. Se limita a decir que no hay prueba en autos de que el precio de la casa se pagara con esos fondos; pero como así se expresó en la escritura de compraventa, y pudieron los señores Juri & Cobo pagar el legado a la muerte de la testadora, sin esperar a que se concluyera el juicio de sucesión, no aparece el error manifiesto en que hubiera podido incurrir el Tribunal al admitir que las cosas ocurrieran como reza la escritura. Otra cosa sería si apareciera la prueba de que los señores Juri & Cobo no hubieran cancelado el crédito a la fecha de la compra de la finca materia del pleito. Entonces sí habría una prueba determinada y un error manifiesto en el Tribunal al desatenderla.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia materia del presente recurso, pronunciada por el Tribunal de Cali el veintidós de febrero de mil novecientos treinta y dos.

Sin costas, por no aparecer que se hayan causado.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese esta sentencia en la Gaceta Judicial, y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero diez y siete de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado 1º del Circuito de Santo Domingo, Juan Ramón Medina inició juicio ordinario contra María del Carmen Castro viuda de Arismendi y Eustaquio Cardona, en ejercicio de estas acciones:

"a) Que me corresponde en dominio y posesión la extensión de terreno comprendida dentro del triángulo escaleno C, D y E, que ostentan los planos números 1º y 2º, de diciembre de mil novecientos diez y nueve y de febrero de mil novecientos veintiséis, adjuntos al libelo actual, que mide 212 cuadras con 968 milésimos de la vara de 84 centímetros, situada dicha extensión de terreno en el Municipio de San Roque, que fue parte del inmueble denominado **La Laguna**, en el mismo Distrito ubicado, y encerrada la aludida extensión de terreno dentro de estos linderos:

'Del lugar que está cerca del desemboque de la quebrada **Pradera**, en el río Nus- punto E de los planos números 1º y 2º—siguiendo en línea recta hasta un mojón señalado con una botella, en un hoyo, y que está en el lado derecho, bajando, de la carrilera del ferrocarril de Antioquia, precisamente en el punto donde termina la cuchilla que desciende desde la bifurcación que señalan los planos números 1º y 2º con la letra C, en el vértice del respectivo triángulo; siguiendo esta misma cuchilla hacia arriba, dirección que está señalada por mojones, de los cuales el primero se halla en un hoyo, que está en una meseta, donde existen unos asientos viejos y había una casa; otro en la cordillera que divide **La Laguna** y **Monos**, justamente donde la cordillera principal, que viene de **Guacas** o **Las Guacas**, se abre en dos ramales grandes, bifurcándose (conocidos con los nombres del ramal de la derecha y el de la izquierda), siguiendo hacia abajo por la cordillera o ramal de la izquierda, desde la mentada bifurcación, punto C de los planos indicados, hasta llegar a una depresión formada por dicha cordillera o ramal, que baja justamente en el punto por donde pasa la línea ferroviaria del Departamento de Antioquia, y luégo sube hasta un morrito; de aquí, siguiendo la mentada cuchilla o ramal, hacia abajo, hasta donde se halla un mojón; de aquí, por una línea de mojones, siguiendo la aludida cuchilla o ramal, hasta llegar al río Nus; y río Nus abajo, hasta llegar al lugar cercano de la confluencia del arroyo **Pradera** en el preindicado río Nus—punto E de los planos—primer punto de partida en la presente alinderación.'

"b) Que consecuencialmente los señores María del Carmen Castro de Arismendi y Eustaquio Cardona, conjuntamente, y cada uno en lo que le corresponde como poseedor de la extensión de terreno que reivindico, están obligados a restituírme la nombrada extensión de terreno indicada en la letra A, inmediatamente anterior, y por los linderos allí acotados, dentro del término legal establecido o dentro del plazo que el Juzgado se sirva fijar convenientemente.

"c) Que, asímismo, y por derecho, los demandados en cuanto los atañe, deben ser constreñidos a pagarme, dentro del término que se les señale, los frutos naturales y civiles de la predicha extensión de terreno, percibidos y debidos percibir, con aquella diligencia y cuidado que los hombres ordinariamente emplean en sus propios negocios, desde el dos de febrero de mil novecientos diez y seis.

"d) Que igualmente deben ser condenados los demandados, conjuntamente y en cuanto les atañe, a pagarme los perjuicios que me han ocasionado con motivo de la indebida retención del terreno a que la presente demanda se contrae; y

"e) Costa."

El Juez de la causa, en sentencia de diez y seis de agosto de mil novecientos veintinueve, absolvió a los demandados de los cargos de la demanda, y condenó al demandante en las costas del juicio. Por apelación del actor, el Tribunal Superior de Medellín, por sentencia de veintiuno de enero de mil novecientos treinta y dos, confirmó la de primer grado, condenando también en costas al demandante.

La misma parte interpuso casación. La Corte declaró admisible el recurso por auto de fecha veintiocho de octubre de mil novecientos treinta y dos. Oportunamente se dio traslado al recurrente, quien dejó transcurrir el término legal sin fundar el recurso. Es, pues, el caso de aplicar la sanción establecida en el artículo 532 del Código Judicial.

Por tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara desierto el recurso de casación interpuesto por el señor Juan Ramón Medina contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, dictada en este juicio con fecha veintiuno de enero de mil novecientos treinta y dos, y condena al recurrente a pagar las costas del recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero veinticinco de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

El señor Juan Clímaco Córdoba, por sus propios derechos, y hablando como apoderado de los señores Amelia Córdoba T., Carmen R. Córdoba, Jael C. viuda de Ordóñez, Rafael Córdoba T. y Alfonso Córdoba, promovieron demanda ante el Juez 3º del Circuito de Pasto, para que con audiencia del señor Rector de la Compañía de Jesús, en esta ciudad, don Gabriel Lizardi; del Ilustrísimo señor Obispo de la Diócesis de Pasto, don Antonio María Pueyo de Val, y del Padre don Aristides Gutiérrez, albacea del testador señor Sergio F. Córdoba, y para la comunidad de la cual forman parte los demandantes, se hicieran por sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"1ª Que han caducado y no tienen efecto alguno las asignaciones testamentarias que hizo el señor Sergio F. Córdoba en el testamento cerrado que otorgó el veinte de febrero de mil novecientos diez y seis, ante el Notario 1º del Circuito de Pasto, testamento que se mandó protocolizar por auto de treinta y uno de julio de mil novecientos diez y ocho, dictado por el Juzgado 3º de este Circuito, documento público que realmente se protocolizó por medio de la escritura número 289, de primero de agosto de mil novecientos diez y ocho, siendo

tales asignaciones las contenidas en las cláusulas vigésimasegunda y vigésimasexta de dicho testamento, que son condicionales, según el punto X de la cláusula primeramente citada, y la cláusula vigésimanovena, la que fijó plazo de diez años para el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones impuestas, para que tengan efecto definitivo tales asignaciones.

"2° Que somos, mis poderdantes y yo, en las partes correspondientes, y en el todo la comunidad que se forme entre los sobrinos legítimos del señor Sergio F. Córdoba, según los términos de la citada cláusula vigésimanovena del testamento, como lo explicaré en el cuerpo de este libelo, los llamados a recoger los bienes en que consisten las asignaciones hechas por medio de las cláusulas vigésimasegunda y vigésimasexta del testamento, toda vez que se ha cumplido la hipótesis prevista en la cláusula vigésimanovena del testamento.

"3° Que consecuencialmente los bienes en que consisten o constituyen las asignaciones indicadas en los puntos anteriores, bienes muebles e inmuebles, deben entregarse inmediatamente a mis poderdantes y a mí y a la comunidad que se forma por efecto de la cláusula vigésimanovena del testamento de don Sergio F. Córdoba, con los frutos naturales y civiles rendidos desde la apertura del testamento, o siquiera desde la notificación de la demanda, como que los poseedores de tales bienes han procedido de mala fe. Además, los demandados deben ser condenados en costas, si opusieren su voluntad a las justas peticiones que hago por medio de este libelo."

Como fundamentos de derecho alegaron los demandantes las disposiciones del Código Civil que rigen la sucesión testada, principalmente las del capítulo 4°, Título 4°, libro 3°, del mismo Código, y como hechos fundamentales invocaron los siguientes:

"1° El señor don Sergio F. Córdoba otorgó testamento cerrado ante la Notaría número 1° del Circuito de Pasto, el veinte de febrero de mil novecientos diez y seis.

"2° Demostrada la muerte del testador, que ocurrió el veintidós de julio de mil novecientos diez y ocho, por auto de treinta y uno del mismo mes y del propio año, previas las formalidades legales, el Juzgado 3° de este Circuito ordenó protocolizar dicho testamento.

"3° La protocolización del testamento se verificó por medio de la escritura pública número 289, del primero de agosto de mil novecientos diez y ocho, ante el mismo Notario, que presenció la presentación del acto mediante el cual el señor Córdoba dispuso de sus bienes para después de su muerte.

"4° La cláusula vigésimasegunda del testamento otorgado por don Sergio F. Córdoba, dice:

'Destino las acciones del fundo Mapachico, que compré a los Ortegas, para que los Padres Jesuítas lo vendan, y con su producto edifiquen una casa en esta ciudad de Pasto, destinada al objeto que paso a expresar en los siguientes puntos:'

'1° La referida casa servirá para que en ella den ejercicios espirituales los Reverendos Padres Jesuítas, por el tiempo que juzguen necesario durante el año, y el resto de éste, en que no hubiere ejercicios, los Padres referidos darán habitación a las personas que la necesiten, dejando solamente las piezas que los Jesuítas juzguen no convenga ocupar para habitaciones. Esta casa será capaz de alojar doscientos ejercitantes.

'2° Darán los Padres Jesuítas este hospedaje, atendiendo con toda imparcialidad, sólo a la necesidad y pobreza del postulante; pero éste deberá observar los reglamentos que los Jesuítas expidan al efecto.

'3° Quiero que el Ilustrísimo señor Obispo de esta Diócesis tenga la facultad de vigilar por que se cumplan estas mis disposiciones; pero la administración de la casa de ejercicios y de los bienes que le dejaré, corresponde exclusivamente a los Reverendos Padres Jesuítas, cuyo superior, en esta ciudad, será el representante judicial y extrajudicial de la persona jurídica que constituye dicha casa de ejercicios. Sobre las bases de este testamento los Jesuítas expedirán los estatutos indispensables para hacer la fundación, y pedir oportunamente se otorgue personería jurídica a la expresada casa de ejercicios.

'4° Las pensiones conductivas que pagará el señor Ramón B. Apráez, y después que concluya el arrendamiento de éste, con los productos de la hacienda Santa Ana, se emplearán en construir la referida casa de ejercicios.

'5° Dejo para dicha casa de ejercicios, como propiedad de la fundación, la mencionada hacienda de Santa Ana, para que con sus productos se hagan los gastos de los ejercicios, y lo que sobrare se emplee en socorrer a los pobres que obtengan hospedaje en ella, según la distribución equitativa e imparcial que dejo a cargo de los Jesuítas, quienes serán los administradores de dicha hacienda y de todo lo que corresponde a la casa de ejercicios.

'6° Los Jesuítas llevarán cuentas que anualmente presentarán al Ilustrísimo señor Obispo de esta Diócesis, para su aprobación. Rendirán cuentas de las entradas y de los gastos que hagan en la edificación, conservación o mejora del edificio y de la hacienda, en los ejercicios y en el socorro de los pobres antes indicados. Extractos suficientemente claros y completos de dichas cuentas, se imprimirán cada año, y se distribuirán profusamente en el público de esta ciudad.

'7° Cuando ya esté funcionando la casa de ejercicios, los Jesuítas tendrán como remuneración, por administrar la finca y llevar las cuentas antes requeridas, el diez por ciento del producto anual de la finca Santa Ana.

'8° Durante los cinco primeros años, después de mi fallecimiento, la hacienda Santa Ana se dará en arriendo a mi yerno señor Ramón B. Apráez. La pensión conductiva será de cuatrocientos pesos anuales plata ($ 400), que éste pagará a los Jesuítas de este lugar. Transcurridos los cinco años, todo quedará a cargo de los Jesuítas.

'9° No se exigirá fianza ni caución de ninguna especie al arrendatario señor Ramón B. Apráez.

'10. Si pasados diez años después de mi muerte, no funcionare la casa de ejercicios, ni se cumplieren mis disposiciones respecto de ella, la misma casa y todo lo que asigno pertenecerá a mi heredera. (La subraya es mía).

'11. Es mi voluntad que en la casa de ejercicios se construya la correspondiente capilla.'

"5 La cláusula vigésimasexta del testamento dice:

'36. Deducidos los legados que dejo en este testamento, el remanente de mis bienes pertenecerá a la casa de ejercicios, con la deducción de mil pesos ($ 1.000), que de este mismo remanente dejo a mi heredera Romelia Córdoba de Apráez.'

"6 La cláusula vigésimanovena del testamento dice:

'Si ocurriere el caso previsto en el punto X de la cláusula (22), la casa de ejercicios y todo lo que asigno per-

tenecerá así: a mi heredera Romelia Córdoba de Apráez, la tercera parte, y las otras dos terceras las dejo para la educación de mis sobrinos legítimos.' (La subraya es mía).

"7º Los Reverendos Padres Jesuítas de esta ciudad, ni su Rector o Superior, ni el Ilustrísimo señor Obispo de esta Diócesis, ni los albaceas del testador, han hecho cosa alguna para cumplir las disposiciones testamentarias que dejo transcritas fielmente, a pesar de que ya transcurrieron diez años, desde el veintidós de julio de diez y ocho, fecha del fallecimiento del señor Sergio F. Córdoba, aun cuando el testamento se abrió, publicó y protocolizó pocos días después de la muerte del testador.

"8º Los Reverendos Padres Jesuítas de esta ciudad, y el Ilustrísimo y Reverendísimo señor Obispo de esta Diócesis, estaban encargados de fundar, sostener y administrar la institución de que trata la cláusula 22; a construir edificio propio, adecuado y exclusivo para la casa de ejercicios y de hospedaje, a proporcionar habitaciones en esa casa para los pobres, a rendir cuentas, a publicar extractos de ellas, etc., etc., y sin embargo, ni en todo ni en parte han ejecutado la voluntad expresa del testador.

"9º Por el contrario, los Reverendos Padres Jesuítas y el Ilustrísimo señor Obispo de esta Diócesis han ejecutado actos positivos y han incurrido en omisiones que tácita y expresamente demuestran que renunciaron las asignaciones, repugnaron las obligaciones que se les imponía por el testamento, y no quisieron admitir lo que por medio de dicho testamento adquirían condicionalmente.

"10. En consecuencia, caducaron las asignaciones condicionales y modales hechas en las cláusulas transcritas del testamento, por renuncia tácita de los asignatarios y aun por voluntad expresa, según algunos actos celebrados entre los Reverendos Padres Jesuítas, el Ilustrísimo señor Obispo y otras personas que ningún derecho tienen para modificar la voluntad y las disposiciones del testador.

"11. Por su parte, los albaceas tampoco hicieron cosa alguna para ejecutar las disposiciones del testador o exigir que se ejecutaran.

"12. Mis poderdantes y yo, así como la heredera, señora Romelia de Apráez, si ésta no hubiera renunciado legalmente, somos los llamados a recibir las asignaciones que contienen las cláusulas 22 y 26, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula vigésima novena del testamento, en nuestra condición de sobrinos legítimos del señor Sergio F. Córdoba, y necesitamos los bienes para nuestra educación."

Citaron también los demandantes, como fundamento de derecho, el artículo 36 de la Constitución Nacional.

Los demandados, señores Ilustrísimo Obispo de Pasto, y Rector de los Reverendos Padres Jesuítas, contestaron la demanda, aceptando los hechos primero a quinto; negaron totalmente los hechos séptimo a duodécimo; en parte el sexto; contradijeron los fundamentos de derecho, y propusieron las excepciones perentorias de transacción, carencia de acción y petición de un modo indebido.

El Juez falló la controversia declarando:

"1º No probadas las excepciones propuestas de transacción, carencia de derecho y petición de un modo indebido.

"2º Que han caducado y no tienen efecto alguno las asignaciones testamentarias contenidas en las cláusulas veintidós y veintiséis del testamento cerrado otorgado por el señor Sergio F. Córdoba el diez y nueve de febrero de mil novecientos diez y seis, adicionado el veinte del mismo mes y año, y protocolizado en la Notaría 1ª de este Circuito, bajo la escritura número 289, de primero de agosto de mil novecientos diez y ocho.

"3º Que la comunidad de la cual forman parte los sobrinos legítimos del señor Sergio F. Córdoba, en el todo, y en la parte correspondiente los demandantes Juan Clímaco Córdoba, Amelia Córdoba T., Carmen R. Córdoba, Jael C. viuda de Ordóñez, Rafael Córdoba y Alfonso Córdoba, son los llamados a recoger los bienes en que consisten las asignaciones hechas por medio de las cláusulas veintidós y veintiséis del mencionado testamento del señor Sergio F. Córdoba; y

"4º Sin lugar a ordenar en este juicio la entrega de los referidos bienes. Costas comunes."

Ambas partes apelaron de dicho fallo, y el Tribunal, por el suyo de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos treinta y uno, reformó el de primera instancia así:

"a) En el punto primero, para declarar probada en parte la excepción de petición indebida.

"b) En el punto tercero, para declarar que los allí nombrados son los llamados a recoger sólo hasta las dos terceras partes de los bienes a que se refiere este punto; y se confirma en todo lo demás.

"Por no haberlo hecho el Juez, cúmplase con el artículo 42 de la Ley 57 de 1887.

"Desglósese la copia de la escritura número 289, que corre del folio 1º al 8º, e investíguese la responsabilidad por la mutilación. Cúmplase con el artículo 150 de la Ley 40 de 1907."

El señor Obispo de Pasto y el representante de la Compañía de Jesús del mismo lugar, interpusieron recurso de casación contra el fallo anterior, que la Corte admitió oportunamente, y por ello se pasa a decidir, mediante el estudio de la demanda de casación.

Se alegan las causales primera y segunda de las que reconocía el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, en relación con el artículo 520 de la Ley 105 de 1931, y se acusa la sentencia por violación de ley sustantiva en sus tres conceptos principales, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, y por error de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas, en lo que se refiere a la causal primera; y con apoyo en la causal segunda, en dos conceptos: por no haber fallado el Tribunal una de las excepciones perentorias alegadas, y por haber resuelto sobre puntos que no han sido objeto de la controversia.

Causal segunda.

Primer motivo. El Tribunal declaró probada en parte la excepción de petición de un modo indebido alegada por los demandantes al contestar la demanda, pues dijo que reformaba la sentencia de primera instancia "en el punto primero, para declarar probada en parte la excepción de petición indebida."

Dice el apoderado de los recurrentes que por petición indebida se entiende una petición mal hecha, no arreglada a derecho, ya porque no se tiene el derecho que se pide, ora porque aun teniéndolo, se pide mal.

Que los demandantes han pedido la caducidad de las asignaciones hechas a la casa de ejercicios; que son ellos en compañía de la señora Córdoba de Apráez, y de todos

los sobrinos legítimos del testador Córdoba, los llamados a recoger la misma casa de ejercicios y todo lo a ella asignado, y que son los seis demandantes los llamados a recoger las partes correspondientes en dicha casa y en dichos bienes. Que no tienen derecho a la caducidad de las asignaciones, porque no representan la herencia, y caso de ser procedente esta petición, correspondía hacerla al ejecutor testamentario, y entonces la petición es indebida, no en parte, como lo dijo el Tribunal, sino en el todo. Que tampoco tienen derecho los seis demandantes a pedir la totalidad de los bienes para todos los sobrinos legítimos de don Sergio Córdoba, testador, porque la comunidad de bienes no es persona jurídica, sino que en ella cada comunero representa sus propios derechos, y así la petción es en todo indebida, porque los seis demandantes se arrogan una representación y un derecho que no tienen. Que los seis demandantes no tienen derecho a pedir las partes correspondientes a todos ellos, sin expresar cuál es esa parte en la casa de ejercicios y en los bienes a ella asignados, porque esta petición sería una consecuencia de la legalidad de la llamada sustitución fideicomisaria, que no existe, porque no se sabe qué guarismo aritmético representa esa parte correspondiente, y porque siendo enteramente imposible que con cinco mil pesos se pueda construir casa de ejercicios para doscientos ejercitantes, con capilla, hay que concluir que si la obra se construye tiene que ser con un capital mucho mayor; y pedir y obtener que se decrete un derecho a las dos terceras partes o al todo de esa obra, es pedir de modo indebido y hacer una declaración también indebida. Lo primero, porque se pedirán valores a que no se tiene derecho; y lo segundo, porque se fallaría sobre ellos.

Pone el apoderado de los recurrentes un ejemplo para aclarar su pensamiento, y dice que si se dejan tres mil pesos para una obra que no se puede construir con esta suma, por el hecho de que el donante de los tres mil pesos haya dicho en su testamento que si no se cumple con tal o cual condición, las dos terceras partes del edificio pasen a Fulano, este señor tiene derecho a las dos terceras partes de la obra que costará treinta mil pesos, o sea a veinte mil pesos?

Nó, arguye el autor del recurso, porque iría contra la razón, y por eso concluye que la petición en este caso es indebida en su totalidad, y al no declararlo así el Tribunal, o sea en la totalidad de la excepción, ha dejado de fallarla.

Se observa:

El Tribunal no dejó de fallar sobre la excepción de petición de un modo indebido, porque no reconoció parte de ella, sino que la consideró en su totalidad y por consiguiente no incurrió en la causal segunda. Si en la parte de la excepción que desechó incurrió en errores con los cuales pudo violar la ley, estos errores no se corrigen por la causal citada sino por la primera causal.

Segundo motivo. Se refiere este cargo a lo que el Tribunal resolvió respecto de la petición segunda del libelo que dice:

"Que somos yo, mis poderdantes y yo, en las partes correspondientes, y en el todo la comunidad que se forma entre los sobrinos legítimos del señor Sergio F. Córdoba, según los términos de la cláusula vigésima novena... los llamados a recoger los bienes en que consisten las asignaciones hechas por medio de las cláusulas vigésimasegunda y vigésimasexta del testamento, toda vez que se ha cumplido la hipótesis prevista en la cláusula vigésimanovena. El Tribunal reforma la sentencia de primera instancia, en el punto tercero, para declarar (punto F) de su fallo "que los (demandantes) allí nombrados, son los llamados a recoger sólo hasta las dos terceras partes de los bienes a que se refiere este punto."

Dice el recurrente que la petición segunda del libelo de demanda tiene dos interpretaciones que no se acomodan con la manera nueva y extraña como la falló el Tribunal, pues que en esa parte se demanda: una fracción representada por un quebrado que tiene por numerador la unidad y por denominador la totalidad de los sobrinos legítimos, hijos de los hermanos legítimos del testador Córdoba, o la totalidad de las asignaciones. Pero que petición sobre las dos terceras partes de las asignaciones, no contiene la demanda, ni expresa ni tácitamente. No expresamente, porque no lo dice; no tácitamente, porque al decir: "que somos yo, mis poderdantes y yo, en las partes correspondientes.... los llamados a recoger los bienes en que consisten las asignaciones hechas...." se demanda en abstracto esa cuota desconocida, representada por el quebrado que tiene por numerador la unidad y por denominador la totalidad de los sobrinos legítimos, que dicho sea de paso, anota el recurrente, nadie sabe cuál es, porque no se sabe cuántos sean los sobrinos que se hallen en ese grado. De modo que al fallar el Tribunal—concluye el autor del recurso—sobre las dos terceras partes de las asignaciones, falla sobre pretensiones que no han sido deducidas en juicio, incurriendo en la causal segunda, porque así la sentencia no guarda consonancia con la pretensión deducida por los actores.

Se considera:

En el reconocimiento que el Tribunal hizo no resolvió sobre punto extraño a la petición segunda del libelo, sino que dio aplicación a lo que establece el artículo 273 del Código Judicial, que dejó de regir, según el cual "si el demandante pide más de lo que se le debe, el Juez sólo le declarará el derecho a lo que probare que se le debe..." Es decir, que como los demandantes no han probado sino que tienen derecho únicamente a las dos terceras partes de los bienes a que se refiere la cláusula vigésimanovena del testamento del señor Sergio F. Córdoba, y no al total de esos bienes, el Tribunal sólo les reconoció aquellas dos terceras partes, que claramente están comprendidas en la petición mayor o más amplia del libelo. El cargo es, pues, fundado.

Causal primera. Transcribe el apoderado de los recurrentes los siguientes conceptos del Tribunal:

"Herederos. ¿Quién o quiénes son los herederos instituídos en el testamento de don Sergio F. Córdoba?

"A primera vista parece que la señora Romelia Córdoba de Apráez ha sido instituída heredera y tiene el carácter de tál. Esto parece desprenderse de la cláusula tercera del testamento, que a la letra dice:

"Reconozco como mi hija natural a Romelia Córdoba cónyuge de Ramón B. Apráez, a la cual instituyo por mi heredera."

Pero en realidad no es aplicable a este caso el artículo 1156 del Código Civil. La señora Córdoba de Apráez no es heredera sino simplemente legataria, porque estudiadas las asignaciones que se le hacen, no se encuentra ni una sola que tenga el carácter de asignación universal o de cuota, y entonces el artículo aplicable es el 1162 del Código Civil. Como hay un sucesor del remanente, que es la Casa de Ejercicios, instituído en la cláusula

veintiséis, no hay lugar a que dicha señora suceda mas que en las cosas que determinadamente se le han asignado a título singular. Y dicha señora tampoco puede tener el carácter de heredera abintestato, como legitimaria, de acuerdo con su condición de hija natural, porque no consta que se hayan perfeccionado las formalidades relativas a la aceptación del reconocimiento de tal calidad de hija natural. Para el Tribunal es indiscutible que hay que reconocer el carácter de heredera a la Casa de Ejercicios.

La cláusula veintiséis hace la institución al establecer: "Deducidos los legados que dejo en este testamento, el remanente de mis bienes pertenecerá a la Casa de Ejercicios.."

La simple lectura de lo transcrito permite comprender que esa Casa ha sido instituída asignataria del remanente, caso en el cual tiene el carácter de heredera universal, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1157 del Código Civil.

Contra esto se podría objetar que para ser heredero se necesita existir al tiempo de deferirse la herencia, y que como la casa ni existió entonces ni existe aún, no puede tener tal carácter. Este argumento se apoyaría en lo dispuesto en el artículo 1019 del Código Civil, pero allí mismo el artículo 1020 resuelve esta objeción, con su inciso segundo que dispone:

"Pero si la asignación tuviere por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento, podrá solicitarse la aprobación legal, y obtenida ésta, valdrá la asignación..."

Considera el apoderado de los recurrentes que en síntesis las conclusiones del Tribunal en los apartes transcritos, son éstas:

1ª Que a pesar de la cláusula tercera del testamento, la señora doña Romelia Córdoba de Apráez, hija natural del testador finado, señor Sergio F. Córdoba, no es heredera, sino simplemente legataria.

2ª Que la heredera universal del testador señor Sergio F. Córdoba es la Casa de Ejercicios, por haber asignado a ésta el remanente de sus bienes, como lo expresa en la cláusula veintiséis del testamento. Que estos razonamientos, continúa el autor del recurso, son erróneos y violan directamente, en primer término, el artículo 57 de la Ley 153 de 1887 y la parte segunda del artículo 243 del Código Civil, al sentar el Tribunal la premisa de que la señora Romelia Córdoba de Apráez no es heredera, porque la primera de dichas disposiciones dice:

"El reconocimiento del hijo natural debe ser notificado y aceptado o repudiado de la misma manera que lo sería la legitimación, según el Título II del Código Civil."

Y la segunda es del tenor siguiente:

"La persona que acepte o repudie deberá declararlo por instrumento público dentro de los noventa días subsiguientes a la notificación. Transcurrido este plazo, se entenderá que acepta, a menos de probarse que estuvo imposibilitada de hacer la declaración en tiempo hábil."

Si las reglas del Título II del Código Civil sobre legitimación, continúa el apoderado del recurrente, son aplicables al reconocimiento de un hijo natural, parece demasiado claro que notificada la señora doña Romelia Córdoba de Apráez de que había sido reconocida como hija natural, y transcurridos los noventa días subsiguientes a esa notificación, sin que ella hubiera repudiado ese reconocimiento, ante la ley se presume la aceptación; y si por alguna circunstancia la agraciada no hubiera querido aceptarlo y hubiera estado en imposibilidad de manifestar su repudio, tocaba a los interesados dar esa prueba. No la han dado, luego se mantiene en vigor la presunción de aceptación que trae el artículo 243 del Código Civil en favor de la agraciada señora Romelia Córdoba de Apráez.

Lejos de no existir esa prueba, anota el recurrente que en autos consta: el auto de apertura y publicación del testamento, de fecha treinta y uno de julio de mil novecientos diez y ocho, con lo cual la señora de Apráez quedó notificada de haber sido reconocida como hija natural; que el esposo de dicha señora fue quien hizo la protocolización del testamento y pidió la facción de inventarios; que la señora de Apráez aceptó la herencia con beneficio de inventario y tenida como tál en auto de treinta de noviembre de mil novecientos diez y ocho; y finalmente, aparece la actuación sobre el juicio en que aquélla pidió reforma del testamento del señor Sergio F. Córdoba para que se integrara a dicha señora la legitimidad rigorosa que le correspondía como hija natural.

De lo anterior concluye el recurrente que con toda claridad la sentencia recurrida viola directamente los artículos 57 de la Ley 153 de 1887 y 243 del Código Civil al desconocer la presunción de aceptación establecida por ellos a favor de la señora Córdoba de Apráez, porque la calidad de heredero forzoso o legitimario no depende de que en una memoria testamentaria se hagan asignaciones universales o de cuota o nó; que uno puede ser legitimario, porque es hijo legítimo o natural, y sin embargo puede suceder que no se le hayan hecho asignaciones universales, ni constituírsele expresamente heredero. Que en este caso hay herederos testamentarios que serían los extraños asignatarios de cuotas universales, si fueren sujetos activos de derecho, y herederos abintestato, que serían los legitimarios, cuya calidad no se había expresado en el testamento. Pero en manera alguna la falta de una asignación universal testamentaria a favor de un legitimario, quiere decir ante la ley que éste haya perdido su condición privilegiada. Que la sentencia no sólo desconoció a la señora Romelia Córdoba de Apráez su condición de heredera testamentaria sino la de heredera abintestato, cuando dijo que dicha señora no puede tener este carácter, como legitimaria, en su condición de hija natural, porque no consta que se hayan perfeccionado las formalidades relativas a la aceptación del reconocimiento de hija natural, con lo cual, anota el recurrente, la sentencia viola también directamente el inciso 2º del artículo 1009 del Código Civil, según el cual "la sucesión en los bienes de una persona difunta puede ser parte testamentaria y parte testada."

Se considera:

Aunque en el testamento del señor Sergio F. Córdoba no se hubiera hecho asignación a título universal a favor de la señora Romelia Córdoba de Apráez, la falta de esa asignación no la privaría del carácter de hija natural ni por consiguiente de heredera en esa calidad, porque el testador en la cláusula tercera de su memoria testamentaria la llama heredera, como hija natural, carácter éste que aparece confirmado con el hecho de haber aceptado expresamente la señora de Apráez la herencia

del señor Córdoba, según aparece en las copias que obran en autos, tomadas del juicio de sucesión del expresado causante, y por no haber rehusado en el término indicado en el artículo 243 del Código Civil el reconocimiento de hija natural que le hizo el mismo testador. Pero a pesar de tener la expresada señora el carácter de hija natural, mientras no se reforme el testamento del señor Córdoba, ella no puede recoger en la sucesión testamentaria sino lo que expresa el testamento. El desconocimiento por parte del Tribunal de la calidad de hija natural y consiguientemente de heredera de la señora Córdoba de Apráez, es violatorio de las disposiciones que el recurrente cita. Empero, por esta violación no puede casarse la sentencia, porque ese punto no es el principal en el debate, sino la caducidad de las asignaciones a la Casa de Ejercicios, de que se tratará adelante, y porque no siendo parte en este juicio la señora de Apráez, ni habiendo influido aquel desconocimiento en la parte resolutiva de la sentencia, éste no le perjudica.

Después de expresar el Tribunal que la señora Córdoba de Apráez no es heredera testamentaria abintestato, dice:

"En conclusión tiénese que en el testamento del señor Sergio F. Córdoba la Casa de Ejercicios es la única heredera universal."

Considera el autor del recurso que esta afirmación del Tribunal es altamente injurídica y violatoria del inciso 1° del artículo 1020 del Código Civil, que dice:

"Son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios o establecimientos cualesquiera, que no sean personas jurídicas. Pero si la asignación tuviere por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento, podrá solicitarse la aprobación legal, y obtenida ésta valdrá la asignación."

Transcribe el autor del recurso las cláusulas vigésimasegunda y vigésimasexta del testamento del señor Sergio F. Córdoba, que dicen:

"Vigésimasegunda. Destino las acciones del fundo **Mapachico**, que compré a los Ortega, para que los Padres Jesuitas lo vendan y con su producto edifiquen una casa en esta ciudad de Pasto, destinada al objeto que paso a expresar:

"1° La referida Casa servirá para que en ella den ejercicios espirituales los Reverendos Padres Jesuitas, por el tiempo que juzguen necesario durante el año, y el resto de éste, en que no hubiere ejercicios, los referidos Padres darán habitación a las personas que lo soliciten dejando solamente las piezas que los jesuitas juzguen no convenga ocupar para las habitaciones. Esta Casa será capaz de alojar doscientos ejercitantes.

"2° Darán los Padres jesuitas este hospedaje atendiendo con toda imparcialidad sólo a la necesidad y pobreza del postulante, pero éste deberá observar los reglamentos que los jesuitas expidan al efecto.

"3° Quiero que el Ilustrísimo señor Obispo de esta Diócesis tenga la facultad de vigilar porque se cumplan estas mis disposiciones; pero la administración de la Casa de Ejercicios, y de los bienes que le dejaré, corresponde exclusivamente a los Reverendos Padres jesuitas, cuyo Superior en esta ciudad será el representante judicial y extrajudicial de la persona jurídica que constituye dicha Casa de Ejercicios. Sobre las bases de este testamento los jesuitas expedirán los estatutos indispensables por hacer la fundación, y pedir oportunamente se otorgue personería jurídica a la expresada Casa de Ejercicios.

"4° Las pensiones conductivas que pagará el señor Ramón B. Apráez y después que concluya el arrendamiento de éste, con los productos de la hacienda **Santa Ana**, se emplearán en construir la referida Casa de Ejercicios.

"5° Dejo para dicha Casa de Ejercicios, como propiedad de la fundación, la mencionada hacienda **Santa Ana**, para que con sus productos se hagan los gastos de los ejercicios, y lo que sobrare se emplee en socorrer a los pobres que obtengan hospedaje en ella, según la distribución equitativa e imparcial que dejo a cargo de los jesuitas, quienes serán los administradores de dicha hacienda y de todo lo que corresponde a la Casa de Ejercicios.

"6° Los jesuitas llevarán cuentas, que anualmente presentarán al Ilustrísimo señor Obispo de esta Diócesis para su aprobación. Rendirán cuentas de las entradas y de los gastos que hagan en la edificación, conservación o mejora del edificio y de la hacienda, en los ejercicios y en el socorro de los pobres antes indicados. Extractos suficientemente claros y completos de dichas cuentas se imprimirán cada año y se distribuirán profusamente en el público de esta ciudad.

"7° Cuando ya esté funcionando la Casa de Ejercicios, los jesuitas tendrán como remuneración por administrar la finca y llevar las cuentas antes requeridas, el diez por ciento del producto anual de la finca **Santa Ana**.

"8° Durante los cinco primeros años después de mi fallecimiento, la hacienda de **Santa Ana** se dará en arrendamiento a mi yerno señor Ramón B. Apráez, con todas las sementeras, utensilios y ganados que tenga, según inventario que presentará el mismo señor Apráez. La pensión conductiva será de cuatrocientos pesos anuales plata ($ 400) que éste pagará a los jesuitas de este lugar. Transcurridos los cinco años, todo quedará a cargo de los jesuitas.

"9° No se exigirá fianza ni caución de ninguna especie al arrendatario señor Ramón B. Apráez.

"10. Si pasados diez años después de mi muerte no funcionare la Casa de Ejercicios ni se cumplieren mis disposiciones respecto de ella, la misma Casa y todo lo que asigno pertenecerá a mi heredera.

"11. Es mi voluntad que en la Casa de Ejercicios se construya la correspondiente capilla.

"Vigésimasexta. Deducido los legados que dejo en este testamento, el remanente de mis bienes pertenecerá a la Casa de Ejercicios...."

Dice el recurrente que el Tribunal, fundado en la cláusula que precede y en el artículo 1157 del Código Civil, sostiene que la Casa de Ejercicios es la heredera universal como asignataria del remanente, lo que a su juicio es violatorio de la disposición del artículo 1020, inciso 1°, porque si el testador al disponer la fundación de una Casa de Ejercicios con personería jurídica, quiso traer a la vida legal, porque no existía, una nueva entidad jurídica, capaz de derechos y obligaciones, hay que concluir que las asignaciones específicas, y aun la asignación universal del remanente, hubieran sido válidas si esa persona moral hubiera existido, mediante el reconocimiento que de ella hubiera hecho el Gobierno como persona jurídica, pero que como el proceso no registra la prueba de que esa casa de ejercicios que el testador quiso fundar, hubiera sido reconocida como persona jurídica, no puede ser sujeto activo ni pasivo de derechos,

ni recoger asignaciones testamentarias de ninguna clase, conforme al artículo 1020 del Código Civil, porque no se solicitó ni obtuvo la aprobación de dicha entidad, y no existiendo la casa de ejercicios no puede ser heredera universal del testador señor Córdoba, y al reconocer que sí lo es, el Tribunal viola dicha disposición, y queda en pie lo dicho, consistente en que dicha casa de ejercicios no es heredera universal, sino la señora Romelia Córdoba de Apráez, porque la herencia es un derecho que no puede situarse sino sobre la persona que exista naturalmente.

Considera la Corte que el hecho de no haber existido la casa de ejercicios con personería jurídica al vencimiento del plazo fijado por el testador, no era obstáculo para que el sentenciador dijera que conforme al testamento y con la posibilidad de haber sido declarada heredera de acuerdo con el artículo 1020 del Código Civil, dicha casa tenía el carácter de heredera como asignataria del remanente. Otra cosa es que por no haber existido la expresada casa puede recoger lo que el testador Córdoba le dejó en su testamento: el Tribunal no ha sostenido lo último, para que así hubiera violado las disposiciones que el recurrente cita, y la prueba de éste aparece clara del hecho de haber decretado el sentenciador la caducidad de las asignaciones hechas a la nombrada casa. El cargo no es, pues, fundado.

Violación del artículo 1536 del Código Civil.

Dice la sentencia:

"**Asignación condicional.** Ya vimos que la casa de ejercicios es heredera universal. Ahora, teniendo en cuenta la existencia de esa heredera, estudiemos las disposiciones testamentarias contenidas en las siguientes cláusulas del testamento:

"Transcribe aquí el Tribunal las cláusulas vigésimasegunda y vigésimanovena, ya conocidas, y continúa:

"Del estudio comparativo de las dos transcripciones precedentes, se colige claramente que el testador, si en un principio quiso que todo fuera a la señora Córdoba de Apráez, después cambió de parecer y resolvió que no sólo ella sino también sus sobrinos legítimos, vinieran a participar de esas asignaciones, "en el caso de que no se cumpliera su voluntad dentro del término por él señalado." Así entendidas las cosas, las dos disposiciones antes transcritas pueden perfectamente refundirse en ésta, que con más precisión expresa el pensamiento del testador:

"Si pasados diez años después de mi muerte no funcionare la casa de ejercicios, ni se cumplieren mis disposiciones respecto de ella, la misma casa y todo lo que le asigne pertenecerán a mi heredera Romelia Córdoba de Apráez, una tercera parte, y las otras dos terceras las dejo para la educación de mis sobrinos legítimos, hijos de mis hermanos legítimos."

"De lo anterior se deduce—continúa el Tribunal—que, aunque la casa de ejercicios haya sido instituída heredera del remanente y legataria de la hacienda de **Santa Ana**, desde un principio hubo la posibilidad de que otros vinieran a ponerse en lugar de la casa para suceder en el remanente y en la nombrada hacienda."

Estos otros espectadores no podían **devenir** herederos, son los llamados expresamente por el testador para tal fin: la señora Romelia Córdoba de Apráez y los sobrinos legítimos del testador.

"Esta expectativa, para convertirse en derecho perfecto, no esperaba otra cosa que el vencimiento de los diez años, sin que estuviera funcionando la fundación."

"El Tribunal cree penetrar la clara intención del testador al establecer un término para la realización de su voluntad, no la de fijar un plazo, sino la de estipular una condición. Si se tratara de una asignación a día, tendríamos que la voluntad del testador fue la de que la casa suceda hasta tal día cierto o incierto, determinado o nó, y no parece que esto fuera lo deseado por el testador. Más bien parece que él quiso establecer una condición resolutoria, como es la de que la herencia constituída a favor de la casa se resuelva en el caso de que, vencidos los diez años, la fundación no funcionare. Lo que se dice de la herencia se dice también de los legados a la heredera ya a los Reverendos Padres jesuítas... Entendiendo así la voluntad del testador, que es seguro la manera recta de entenderla, la condición estriba en el funcionamiento regular de su fundación en un tiempo no mayor de diez años, a contar de su muerte. Al dar a este funcionamiento la calidad de condición, se cumplen los elementos jurídicos de las condiciones: se trata de un hecho futuro no cumplido antes ni en la muerte del testador; además, es incierto porque no se sabe con seguridad si pasados los diez años que se fijan como plazo para la realización, funcionará o nó la fundación. Todo esto está de acuerdo con lo prescrito por el artículo 1128 del Código Civil."

"Así, pues, concluye el Tribunal, tiénese que la casa de ejercicios, heredera universal y legataria de **Santa Ana**, ha recibido dos asignaciones: la primera, la universal del remanente; la segunda, el legado sobre la hacienda de **Santa Ana**."

Transcribe el recurrente las cláusulas vigésimasegunda, vigésimasexta y vigésimanovena, y dice:

"Como se comprende por lo dicho, las cláusulas que se examinan envuelven una asignación de carácter duplex: señalan un plazo de diez años para que la casa de ejercicios espirituales tuviera existencia jurídica y fuera sujeto de derechos y obligaciones; y señalan ese mismo plazo de diez años para que esa casa ya existente como persona moral se pusiera en funcionamiento. En otros términos: el funcionamiento de la casa de ejercicios está subordinada a su existencia. Si la casa de ejercicios espirituales no ha existido jurídicamente, ¿puede ella ser sujeto de una cláusula resolutoria? La respuesta negativa se impone, y la razón no se hace esperar, ni exige mayores esfuerzos mentales para descubrirla. Dice el artículo 1536 del Código Civil:

"La condición se llama **suspensiva** si mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y **resolutoria**, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho.'"

Basta lo dicho, continúa el autor del recurso, para que la solución quede establecida: la condición resolutoria presupone la existencia de un derecho que se extingue al advenimiento de una condición. Por consiguiente, si la casa de ejercicios espirituales que estudiamos no ha tenido personería jurídica, no ha sido sujeto de derecho, ¿cuál es el derecho que se resuelve con el advenimiento de la condición resolutoria? Ninguno, porque la casa no ha existido.

Se considera:

Respecto de lo asignado por el testador a la casa de ejercicios como herencia y legado, no hay propiamente

condición resolutoria, sino una condición suspensiva consistente en que existiera la casa para que ésta tuviera el derecho; pero como esta condición falló por no haberse cumplido en el término fijado por el testador, se extinguió la asignación condicional. Esto fue lo que en el fondo quiso decir el Tribunal y por consiguiente no puede reconocerse que con este concepto violara la disposición del artículo 1536 del Código Civil.

Violación de los artículos 1223, 1156 y 1328 del Código Civil.

Este cargo se refiere a los siguientes conceptos del Tribunal:

"**Derecho de sustitución.** El establecimiento de asignaciones condicionales y modales origina la posibilidad de sustitución, en que una persona distinta del asignatario inmediato viene a reemplazarlo en la sucesión por cumplirse la condición, o no haberse realizado el modo. Esta sustitución es la que se verificaría con la restitución de la casa de ejercicios y todo lo asignado a ella de lo legado a los jesuítas, restitución que se haría a la señora Córdoba de Apráez y a los sobrinos legítimos del testador. Aquélla y éstos han sido llamados por el testador para "sustituir a los jesuítas y a la casa de ejercicios, en su calidad de heredera y legatarios, en el caso de realizarse la condición y de no haberse cumplido el modo. Esta sustitución es fideicomisaria, concluye el Tribunal, de acuerdo con el artículo 1223 del Código Civil."

Dice el recurrente que la premisa con que empieza el Tribunal es exacta si la condición y el modo se han constituido en verdad, porque radican sobre una persona existente y capaz, susceptible de aceptar ese derecho, condicional y modal; pero que no es exacta tal premisa si la persona que debería aceptar el derecho condicional y modal no existe, o es absolutamente incapaz, porque entonces la asignación no vale, y por más que ella revista todos los caracteres exteriores de condicional y modal, en realidad no lo es, porque falta el elemento capital: falta el sujeto activo que ha de cumplir o no la condición o el modo, y esto es precisamente lo que falta en el caso: el sujeto activo llamado casa de ejercicios, con personería jurídica. Por consiguiente, no sólo hay grave error al sostener el Tribunal que la casa de ejercicios es la única heredera universal, sino al decir que hay sustitución fideicomisaria al no cumplirse la condición del funcionamiento de la casa de ejercicios en el término fijado por el testador, y pasar los bienes a ella dejados a las personas determinadas en la cláusula vigésimanovena, porque para que exista esa clase de sustitución es preciso una persona actualmente existente y en posesión de la cosa, una condición de la cual depende la conservación o extinción de esa posesión, y otra persona, que al extinguirse el derecho de aquélla, recoja esa cosa. Que si esos elementos faltan, como sucede en caso de autos, la llamada sustitución fideicomisaria y el fideicomiso no existen. Que en el presente caso no existió la casa de ejercicios como persona jurídica, no fue heredera que recogiera la herencia, ni se resolvió el derecho a conservarla por el advenimiento de la condición resolutoria, y por consiguiente, no valen las asignaciones a la casa de ejercicios; pues que hay que distinguir entre la nulidad de una asignación, y que esa asignación no valga. Que la nulidad, ya absoluta o relativa, produce efectos civiles, porque el acto tiene existencia legal aunque viciosa, al paso que si el acto no vale, no ha tenido ni siquiera un principio de existencia y no produce efectos civiles, porque si conforme al inciso 2º del artículo 1020 del Código Civil, no se obtiene la aprobación legal de una asignación para la fundación de un nuevo establecimiento, la asignación no vale. Y si las asignaciones del señor Córdoba para la casa de ejercicios no han valido, no hay necesidad de declaración judicial para un acto que no ha tenido principio siquiera de existencia, y por consiguiente, mal pueden los que se titulan sobrinos legítimos del causante, llamarse herederos fideicomisarios o sustitutos de un ente moral que no ha tenido principio de existencia; y al no valer esas asignaciones, porque no existen, sólo queda en pie doña Romelia de Apráez, no como sustituta de la casa de ejercicios, sino como hija natural reconocida, como heredera directa del causante, y al desconocerla como tal el Tribunal, violó no sólo las disposiciones acabadas de citar, sino el artículo 1156 del Código Civil, al tenor del cual "el asignatario que ha sido llamado a la sucesión, en términos generales, que no designan cuota, como sea Fulano mi heredero, o dejo mis bienes a Fulano, es heredero universal; y el artículo 1328 de la misma obra, porque faltando los albaceas, la representación de la herencia corresponde a los herederos.

Se considera:

Ya se dijo al contestar el primer cargo, que el hecho de no haber tenido en cuenta el Tribunal la calidad de heredera testamentaria o ab intestato de la señora Córdoba de Apráez, no es punto que influyera en el fallo, con lo cual se contesta lo que sobre el particular se alega en el actual cargo en orden a la violación del artículo 1156 del Código Civil. En lo demás, la Corte entiende que el recurrente sostiene, sintetizando su pensamiento, que no habiendo existido la casa de ejercicios con personería jurídica, no valen las asignaciones a dicha entidad, conforme al artículo 1020 del Código Civil, porque no podía ser sujeto de derechos, y al no valer tales asignaciones, no había necesidad de declaración judicial alguna al respecto, ni podía llamar el Tribunal sustitutos fideicomisarios a los sobrinos legítimos del testador, porque no habiendo fiduciario que tuviera en propiedad esos bienes, no hubo sustitución fideicomisaria por la cual pasaran ellos a los sustitutos designados en la cláusula vigésimanovena del testamento del señor Córdoba.

Para la Corte no puede sostenerse que no valen las asignaciones a la casa de ejercicios, por no haber existido dicha casa con personería jurídica cuando se le defirieron, porque tratándose con ellas de una fundación, se está precisamente en el caso del inciso 2º del artículo 1020 del Código Civil, en que vale la asignación bajo la condición suspensiva de existir la entidad asignataria en el tiempo que el testador determine, en términos que si la casa de ejercicios hubiera llegado a tener personería jurídica dentro de ese tiempo, sus asignaciones quedaban en firme, aunque ella no hubiera existido al tiempo de la delación de la herencia o legado. En ese tiempo intermedio valen, pues, condicionalmente, tales asignaciones. Otra cosa es que por haber fallado la condición suspensiva para que naciera el derecho puro y simple, queden aquéllas sin efecto, o sea por haber expirado el tiempo dentro del cual la casa de ejercicios debía tener existencia o personería jurídica, y no la tuvo.

Ahora, puede haber error al decir el Tribunal que no habiendo existido la casa de ejercicios con personería jurídica, que tuviera en propiedad los bienes que se le dejaron, debían éstos pasar a las personas designadas en la cláusula vigésimanovena del testamento del señor Córdoba, como sustitutos fideicomisarios, porque este ca-

lificativo no se acomoda a la definición de sustitución fideicomisaria, consignada en el artículo 1223 del Código Civil; pero este error no es suficiente para casar la sentencia, y declarar que las personas designadas en aquella cláusula no son sustitutos de la casa de ejercicios, porque la condición impuesta por el testador para que pasaran a ellos esos bienes, no fue la de que los tuviera primero dicha casa en propiedd fiduciaria, sino que caso de no llegar a tener personería jurídica en determinado tiempo la casa de ejercicios, pasarían aquellos bienes a las personas designadas en la cláusula vigésimanovena del testamento. Y habiendo fallado la condición suspensiva a que el derecho de la casa de ejercicios quedó sometido, era necesaria una declaración judicial que definiera la situación de hecho en que vinieron a quedar las partes interesadas, máxime no estando de acuerdo.

Tampoco puede reconocerse que al declarar el Tribunal aquella sustitución hubiera violado el artículo 1328 del Código Civil, porque si bien sobre el albacea, y en su defecto sobre los herederos, pesa la obligación de cumplir las disposiciones testamentarias, ello no quiere decir que el asignatario respectivo no tenga, a falta de iniciativa del albacea o de los herederos, acción para hacer efectivos sus derechos, pues es sabido que quien tiene el derecho tiene la acción correspondiente. Si así no fuera, bastaría para hacer nugatorio el derecho de un asignatario, que el albacea o los herederos se abstuvieran de cumplir la voluntad del testador al respecto. Por todo lo dicho no prospera el cargo que se considera.

Violación del inciso 3.° del artículo 1151 del Código Civil.

Se funda este cargo en que para la construcción y sostenimiento de la casa de ejercicios sólo destinó el testador las acciones del fundo **Mapachico**, el **de Santa Ana**; y los arrendamientos de esta finca en diez años, valores que apenas alcanzaban, según su avalúo, a la suma de cinco mil pesos ($ 5,000), cantidad con la cual era absolutamente imposible comprar un área de terreno y construir un edificio con capacidad para doscientos ejercitantes, con capilla, como lo quiso el testador, situación en la cual era el caso de declarar que el modo a que se sujetó la asignación a la casa de ejercicios, era imposible de cumplir de modo absoluto, sin culpa del asignatario, y así la asignación vale sin el gravamen, como lo establece el inciso 3° del artículo supracitado, según el cual "si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, se hace enteramente imposible, subsistirá la asignación sin el gravamen," y al no reconocerlo así en este caso, violó el Tribunal dicha disposición de modo directo.

Se considera:

El Tribunal en lo pertinente estimó que si en verdad era imposible hacer la fundación con capacidad para doscientos ejercitantes, no lo era para un número menor, y que en tal caso la forma de cumplir el modo hubiera sido el establecimiento de una casa para ejercicios y albergue de pobres, en proporción a los valores efectivos dejados por el testador, y ajustándola a las prescripciones del inciso 2° del artículo 1151 del Código Civil, o sea a la aprobación del Juez, citando a los interesados, y dando a la entidad personería legal; pero que estos requisitos no se llenaron tampoco en el término fijado por el testador, para que sin variar la esencia de la disposición se cumpliera la forma análoga prevista por dicho inciso 2, y funcionara la casa de ejercicios. El concepto del Tribunal es, pues, que no era del todo imposible el cumplimiento de la disposición testamentaria, y que, por consiguiente, no se trata de la aplicación del inciso 3° del artículo 1151 del Código Civil, en que el cargo se funda, y el autor del recurso no ha alegado ni demostrado el error de hecho evidente que llevara al Tribunal a hacer tal apreciación. Por esta razón el cargo no puede prosperar.

Violación directa de los artículos 1037, 1048, inciso 2.°; 1161, 1242 y 1274 del Código Civil.

Se refiere este cargo al punto b) de la parte resolutiva de la sentencia, en cuanto reforma la de primera instancia, "para declarar que los allí nombrados son llamados a recoger sólo hasta las dos terceras partes de los bienes a que se refiere este punto."

Con estos conceptos considera el recurrente violadas de modo directo las disposiciones que se acaban de citar: porque los hijos naturales son legitimarios; que la cuota para los legítimos la constituye, según el artículo 1242, de los que se dicen violados, la mitad de los bienes herenciales; que el legitimario tiene derecho a la acción de reforma del testamento, si en éste no se le asigna lo que la ley le reconoce, acción que en este caso está en pie.

Por consiguiente—concluye el autor del recurso—si antes de la acción de reforma se dicta un fallo en que se reconoce a otro asignatario mayor cuota de la que le corresponde, ese fallo vulnera las legítimas, porque reconoce un derecho a favor de extraños, que absorbe las asignaciones forzosas, lo que viola directamente las disposiciones citadas.

A este cargo observa la Corte que, no habiéndose ejercitado en este juicio la acción de reforma del testamento del señor Córdoba por la legitimaria señora Córdoba de Apráez, el juzgador sólo podía tener en cuenta lo que dice el testamento citado, y ateniéndose a él, reconocer a los asignatarios sustitutos lo que el testador les dejó, sin perjuicio de la acción de reforma que se ejercite por quien tenga derecho a ella. Ya se dijo que no habiendo intervenido la señora Córdoba de Apráez en este juicio, como parte, el fallo no le perjudica, y por lo mismo, no puede reconocerse probado el cargo.

El recurrente ataca en seguida la parte resolutiva del fallo del Tribunal, en cuanto declara no probadas las excepciones de transacción, carencia de acción y petición indebida.

Por lo que hace a la excepción de transacción, el cargo tiene este antecedente: por medio de la escritura número 1°, de fecha dos de enero de mil novecientos veintitrés, otorgada en la Notaría 2ª de Pasto, Departamento de Nariño, el señor Obispo de la Diócesis del mismo nombre, obrando como representante de la Iglesia en dicha ciudad; el Padre Gabriel Lizardi, representante de la Comunidad de los Padres Jesuítas del mismo lugar, por una parte, y por otra, la señora Romelia Córdoba de Apráez, con autorización de su esposo Ramón B. Apráez, y como heredera testamentaria del señor Sergio F. Córdoba, celebraron una transacción, por la cual dicha señora declaró terminado el juicio sobre acción de reforma del testamento del señor Sergio F. Córdoba; cedió al señor Obispo de Pasto las acciones que ella pudiera tener en el fundo **Mapachico**, para que el cesionario lo enajenara, y con el usufructo de dicho inmueble o su producto de venta procediera el mismo señor Obispo a interpretar la voluntad del testador, en orden a la casa de ejercicios; cedió a la Compañía de Jesús el inmueble deno-

minado **Juradó**, radicado en Pasto, para que a juicio de los mismos Padres Jesuitas se promuevan en el Colegio de San Francisco Javier los ejercicios espirituales, y se cumpla así la voluntad del testador señor Córdoba. El señor Obispo y los Padres Jesuitas renunciaron a todo derecho en la sucesión del señor Sergio F. Córdoba, en razón de la casa de ejercicios de que habla el testamento, y le cedieron a la señora de Apráez cualquier derecho en el fundo de **Santa Ana**. Ambas partes declararon que no se tendrían como obligatorias las condiciones a que está sometido el legado a la casa de ejercicios, por estimar que en la forma acordada en esta transacción, queda cumplida la voluntad del testador Córdoba. La señora de Apráez, en cambio de los reconocimientos que se le hicieron, se obligó, como heredera del señor Córdoba, a pagar todos los legados que no hubiera pagado el albacea.

El Tribunal dijo que, aun suponiendo que la señora Romelia Córdoba de Apráez tuviera el título de heredera, en que se fundó para verificar la transacción anterior con los legatarios y los representantes de la casa de ejercicios que el testador quiso fundar, dicha transacción no podía afectar los derechos de otros herederos o legatarios, pues que el representante de una sucesión no tiene derechos para destruir o vulnerar en cualquier forma los derechos de otros interesados, máxime cuando la excepción de transacción, en lo relativo al derecho de tercera parte de la señora de Apráez en el testamento no es materia de este juicio.

Considera el recurrente que con estos conceptos, el Tribunal, al no acoger la excepción de transacción alegada por los demandados, violó directamente los artículos 820 y 2470 del Código Civil, porque la señora Córdoba de Apráez tiene dos títulos de heredera en la sucesión del señor Córdoba: uno actualmente existente, derivado de su condición de hija natural reconocida, y el otro, contingente, que se deriva del derecho a sustituir parcialmente a la casa de ejercicios; que el primer título fue efectivo, desde que se le defirió la herencia del señor Córdoba, mientras que el segundo sólo se hacía efectivo cuando transcurrieran los diez años posteriores al fallecimiento del testador, se fundara la casa de ejercicios con personería jurídica, pero sin que llegara a funcionar. Que durante los diez años señalados para el funcionamiento de dicha casa, la señora Córdoba de Apráez, como hija natural, era la única representante de la sucesión del señor Córdoba, y los actos que ejecutara en representación de la herencia eran válidos, pero no los que ella y los sobrinos legítimos, aspirantes a sustituir la casa de ejercicios, llevaran a cabo, porque estos actos eran de expectativa de derechos, y se rigen por el artículo 820 del Código Civil, según el cual, el fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa "de adquirirlo."

De modo que sí, en gracia de discusión—continúa el autor del recurso—se admite que la sustitución invocada por la sentencia, sea fideicomisaria y válida, hay que convenir que los fideicomisarios, dentro del plazo de los diez años, carecían de todo derecho para celebrar cualquier transacción, ya porque no representaban la herencia, ni siquiera como sustitutos en el remanente, ya porque eran incapaces de disponer de los bienes materia de la transacción; y así hay que convenir en que la única persona que legalmente podía representar a la herencia, era la señora Córdoba de Apráez. De manera que al desconocer la sentencia la eficacia de la transacción contenida en la escritura antes citada, de enero de mil novecientos veintitrés, que obra en autos, violó, dice el autor del recurso, de modo directo, los artículos 820 y 2470 del Código Civil.

Más: dice el recurrente que al declarar el Tribunal que el representante de una sucesión no tiene derecho a destruir en cualquier forma los derechos de otros herederos o legatarios, sean directos o sustitutos, sin la voluntad de ellos, viola las mismas disposiciones acabadas de citar, porque si bien así es cuando esos herederos o legatarios lo son en verdad, como en el caso no existió la persona sustituida, la casa de ejercicios, el representante único de la herencia tenía pleno derecho para hacer las transacciones que a bien tuviera, porque no existían derechos de terceros que pudiera vulnerar, ya que los sustitutos eran meros espectantes de un derecho, como fideicomisarios, y por consiguiente el representante de la herencia, la señora de Apráez, en el caso pudo hacer cualquiera operación válidamente, sin perjuicio de su responsabilidad.

Que en consecuencia—concluye el autor del recurso—al dar la sentencia a las expectativas de derecho, toda la fuerza de un derecho perfecto, y desconocer la transacción ya citada, fundándose en que no se pueden desconocer y afectar derechos de otros herederos, violó el artículo 820 del Código Civil, y también el 2470 ibidem, porque desconoce a la única representante de la herencia la capacidad de disponer de los bienes que fueron materia de la transacción, siendo así que en la fecha de ésta, la señora de Apráez era la única persona que representaba válidamente la herencia del señor Córdoba.

La Corte estima infundado este cargo, pues el recurrente no tiene en cuenta que los demandantes no intervinieron en la transacción de que se trata, para que se les pueda oponer; que si bien es cierto que durante el plazo de los diez años fijados por el testador, los herederos o legatarios sustitutos de la casa de ejercicios, no tenían sino meras expectativas de derechos, una vez vencido dicho plazo, sin que la casa de ejercicios funcionara con personería jurídica, de acuerdo con lo ordenado por el testador y la ley, nacieron para los sobrinos legítimos del testador y para la señora de Apráez los derechos que les da la cláusula vigésimanovena del testamento. A los primeros de esos derechos es a los que se refiere el Tribunal cuando dice que no podían ser vulnerados por el representante de la herencia. En parte alguna ha dicho el Tribunal que la transacción, en cuanto se refiere a derechos que tuviera la señora de Apráez al tiempo de celebrarse aquélla, no tenga efecto, ni que los sustitutos demandantes tuvieran derechos perfectos antes de cumplirse los diez años de que habla el testamento. Por consiguiente, mal pudo el sentenciador violar las disposiciones que cita el autor del recurso, al no dar efecto a la transacción respecto de los demandantes.

Para no reconocer probada la excepción de carencia de acción, dice la sentencia:

"De acuerdo con la cláusula 29 del testamento, los sobrinos legítimos se sustituyen fideicomisariamente al heredero, en el caso de no cumplirse la condición.

"Y no vale decir que los tales sobrinos no han sido llamados directamente a hacer la sustitución, sino que se les llama con una asignación destinada a su educación, o, como dice el testador:

'Las otras dos terceras partes las dejo para la educación de mis sobrinos legítimos.'

"Hay aquí una institución modal. El modo consiste en que es para su educación. Así entendido, es claro que esas dos terceras partes fueron dejadas a los sobrinos (artículo 1147 del Código Civil).

"Siendo esto así, los tales sobrinos tienen el carácter del sustituido, y como ese fue heredero, herederos serán ellos.

"Es en ese carácter como se presentan a demandar, y, por lo mismo, hay que reconocerles derecho para pedir la efectividad de la sustitución, prevista por el de cujus. Y como la acción no es sino el medio de hacer efectivo el derecho, hay que reconocer que la tienen para proponer la presente demanda.

"Y tal acción no podrían proponerla..... contra la heredera sustituta (la señora Córdoba de Apráez), porque ésta no entrará en posesión de esa calidad, sino cuando se declare la caducidad del legado y de la herencia discutidos."

De ilógica tacha el recurrente la deducción que saca el Tribunal en la última parte transcrita, al sostener que las dos terceras partes de bienes de que habla la cláusula 29 del testamento, fueron dejadas a los sobrinos legítimos del testador, por la razón de que el modo consiste en que ellas eran para la educación de dichos sobrinos; que eso es tan al revés, como decir que la causa se deriva del efecto, lo cual no es arreglado a la razón; pues que al dictar el testador tal disposición, ha podido tener en cuenta que más valo en el hombre la educación que el dinero; que asegurada aquélla, quedaba asegurado el porvenir de los sobrinos, como no quedaría al entregarles el costo de ella en efectivo. Que del hecho de que esas dos terceras partes de bienes se dejen para la educación de los sobrinos legítimos del testador, no se deduce que sean ellos los dueños de los bienes, ni que tengan derecho a ellos, y si no tienen derecho no tienen acción; pues que si la inversión de las dos terceras partes de los bienes en la educación de los sobrinos es un modo, éste gravita sobre el ejecutor testamentario, y en su defecto sobre la heredera única, la señora de Apráez. Que, por consiguiente, los apartes transcritos del fallo son violatorios de las siguientes disposiciones sustantivas: del artículo 633, e inciso 1° del artículo 1020 del Código Civil; el 1048, inciso 2°, y 1328 de la misma obra; los dos primeros, porque reconoce un derecho a quien es incapaz de todo derecho, y los dos últimos, porque desconoce todo derecho a quien lo tiene por ministerio de la ley, la señora de Apráez. Que la sentencia viola también el artículo 1020 citado, en este concepto: la comunidad sobre una cosa singular o universal, no es persona jurídica, sino que en ella cada comunero sólo representa sus propios derechos, y nada más. Consecuencia: que los demandantes han podido demandar para ellos por lo que les corresponde, pero no para la comunidad de ellos con los demás, porque no tienen la representación de éstos, ni nadie se la puede dar."

Agrega el autor del recurso que hay inconsecuencia entre el título que toma en cuenta el fallo, como invocado por los actores, y la manera de fallar, porque si el título de los demandantes es el de herederos sustitutos, falla para éstos en particular, lo que no es aceptable, pues que entonces la petición tendría que resolverse para la herencia de Sergio F. Córdoba y no para las personas de los seis demandantes indicados. Que en ese aparte, por consiguiente, el fallo viola de modo directo estas otras disposiciones: los artículos 346 y 347 del Código Civil, y el 22 de la Ley 57 de 1887, sobre estado civil y la manera de probarlo, por la sencillísima razón, dice el recurrente, de que si don Juan Clímaco, doña Amelia, doña Carmen, doña Raquel, doña Jael, don Rafael y don Alfonso Córdoba, son sobrinos legítimos en tercer grado civil de consanguinidad de don Sergio F. Córdoba, debieron probar lo siguiente:

1° Matrimonio de los padres de don Sergio F. Córdoba.

2° Nacimiento de don Sergio y de los papás de los seis demandantes, para saber si éstos son hermanos legítimos de aquél.

3° Matrimonio de los padres de los seis demandantes; y

4° Nacimiento de los seis demandantes, para saber si son sobrinos legítimos en tercer grado, esto es, hijos de sus hermanos legítimos.

Respecto de la primera parte del cargo, observa la Corte que el Tribunal sólo ha declarado la caducidad de las asignaciones a la casa de ejercicios, sin expresar que los herederos sustitutos sean los dueños de los bienes dejados para su educación. Tanto el Juez como el Tribunal negaron en este juicio la entrega de los bienes. Ahora: los actores podían demandar aquella caducidad, porque, como ya se dijo, son los que tienen el derecho conforme al testamento, y por consiguiente con este interés la acción respectiva. El Tribunal no ha reconocido derecho a entidad que no exista, para que así hubiera violado los artículos 633 y 1020 del Código Civil; ni como se dijo, el desconocimiento del derecho de heredera de la señora Córdoba de Apráez es punto principal en el debate que dé lugar a casar el fallo. Aunque la comunidad en una cosa universal no sea persona jurídica, no por eso deja de ser capaz de derechos. Si así no fuera, los herederos no podrían, por ejemplo, hacer valer la acción reconocida en el artículo 1325 del Código Civil, para la herencia. Y en cuanto a la comunidad a título singular, propiamente los demandantes no han pedido en nombre de una comunidad como entidad, sino que demandaron conjuntamente el total de las cuotas que como a sustitutos les dejó el testador.

Por lo que hace a la objeción de que hay inconsecuencia en el fallo, en cuanto al título que toma en cuenta, y la manera de fallar, tampoco la encuentra fundada la Corte, porque siendo los demandantes los favorecidos con la sustitución en la cláusula vigésimanovena del testamento, al cumplirse la condición allí establecida, no tenían porqué pedir para la herencia del señor Córdoba, ni el Tribunal decretar para ésta lo pedido.

Cierto que no se acreditó el matrimonio de los padres de don Sergio F. Córdoba, ni el de los padres de los seis demandantes, pero además de que sí pudo el Tribunal inferir que éstos son sobrinos legítimos del testador Córdoba, porque obran en autos las partidas que los acreditan como hijos legítimos de hermanos del testador, el punto que suscita el recurrente sobre prueba de esa filiación, es nuevo, una vez que no se discutió especialmente en las instancias del juicio, para que así pudiera reconocerse la violación de los artículos 346 y 347 del Código en relación con el 22 de la Ley 57 de 1887. Por eso no prospera el cargo.

Como consecuencia de los cargos anteriores, considera el recurrente, en el capítulo VIII de su demanda, que el Tribunal violó por indebida aplicación las siguientes disposiciones: el artículo 1157 del Código Civil, porque la casa de ejercicios espirituales, como inexistente, por carecer de personería jurídica, no ha podido ser heredera del remanente que se le asigna en la cláusula vigésima-

sexta del testamento, pues no ha podido recoger en ninguna forma esa asignación. El artículo 1019 ibidem, porque este precepto se refiere, como allí se dice, a las personas naturales, esto es, a las personas físicas, no a las personas jurídicas que viven en virtud de una ficción, de una creación de la ley. El artículo 1020 de la misma obra, porque, precisamente, si la asignación que se hace con el objeto de fundar un nuevo establecimiento se somete a la aprobación legal, es decir, si se obtiene personería jurídica, entonces a fortiori ella no vale. Es falso, pues, lo que afirma la sentencia, que el artículo 1020 resuelve la objeción que ella misma se crea sobre la no existencia de la persona al tiempo de deferirse la asignación. El artículo 1223 ibidem, porque la sustitución fideicomisaria presupone en los extremos dos sujetos igualmente capaces de derechos y obligaciones, y una condición resolutoria intermedia, de modo que cumplida ésta, el fideicomiso se extingue, se acaba para el uno y se adquiere para el otro. Pero en uno y otro extremo, la persona que goza de la cosa y la que espera gozar, deben existir, deben ser sujetos de derecho; si no existe aquélla o ésta, el fideicomiso es imposible, y su consecuencia, la sustitución fideicomisaria es imposible también. El artículo 1147 de allí, porque si la casa de ejercicios no ha existido, ella no ha podido tener por suyo lo que no ha podido recibir. El artículo 1148, inciso 1°, por las mismas razones anteriores. El artículo 1150 de la misma obra, porque los que se titulan asignatarios sustitutos nada han recibido, ni nada pueden recibir. No cabe sustitución donde no existe el sustituido.

Se responde:

El Tribunal dijo que, conforme al testamento del señor Córdoba, la casa de ejercicios fue instituída heredera del remanente, porque después de otras asignaciones, la suya es a título universal, lo que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 1157 del Código Civil, que, por lo mismo, no pudo ser violado. El Tribunal no ha dicho que no obstante no haber tenido existencia legal la casa de ejercicios en el término fijado por el testador, pueda recoger las asignaciones que se le hicieron, sino todo lo contrario, que por no haber tenido en ese tiempo personería jurídica no las podía recoger.

El artículo 1019 del Código Civil se refiere a las personas naturales; pero el inciso 2° del artículo 1020 ibidem, da validez a las asignaciones a entidades o fundaciones que no existan al tiempo de abrirse la sucesión, siempre que existan o lleguen a obtener aprobación legal. Al expresar el Tribunal que esta disposición contestaba la objeción, quiso significar únicamente que si la casa de ejercicios hubiera tenido personería jurídica en el término fijado por el testador, habría podido recoger las asignaciones que se le hicieron, no obstante no existir legalmente al tiempo de abrirse la sucesión del señor Córdoba. De modo que, lejos de ser falsa la declaración de la sentencia al respecto, es jurídica.

En orden a la violación del artículo 1223 del Código Civil, ya se dijo que aunque no se trate propiamente de una sustitución fideicomisaria definida en esta disposición, al reconocer tal sustitución, el Tribunal pudo haber incurrido en error, pero él no es suficiente para casar el fallo, porque tiene otros fundamentos.

El Tribunal no ha sostenido que la casa de ejercicios debe tener por suyo lo que se le asignó en el testamento, no teniendo personería jurídica, porque precisamente declaró que no habiendo llenado esta exigencia legal, impuesta por el testador, caducaron las asignaciones a su favor. Tampoco dijo el sentenciador que se trata de asignaciones simplemente modales, en el caso del artículo 1147 del Código Civil, sino de esas asignaciones con cláusula resolutoria, para el caso de no cumplirse el modo, como lo establece el artículo 1148 de la misma obra, disposiciones que, por consiguiente, no pueden haber sido indebidamente aplicadas; ni que las asignaciones a la casa de ejercicios sean en beneficio exclusivo de ella, de modo que no le impusieran obligación alguna, sino que llevan cláusula resolutoria. Por tanto, no ha habido indebida aplicación del artículo 1150 del Código Civil. Son, pues, infundados los cargos por indebida aplicación de las disposiciones que cita el recurrente en esos cargos.

Por último, considera el recurrente que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 749 del Código Civil, que define la propiedad fiduciaria, porque al decir esta disposición qué es propiedad fiduciaria, significa que el dominio debe radicar en una persona actualmente existente, sujeta al gravamen de pasar a otra persona, es decir, que la propiedad sale del dominio de una persona para colocarse en el de otra. Que como la casa de ejercicios no llegó a existir, no pudo ser persona, ni pudo tener, por tanto, propiedad; y al decir el Tribunal que la señora Córdoba de Apráez y los sobrinos legítimos del testador son sustitutos fideicomisarios de la casa de ejercicios violó la disposición citada por interpretación errónea, porque inventó un fideicomisario que no existe; pues que para que haya propietario fideicomisario es menester que exista primero propietario fiduciario, pues de otro modo no puede operarse la restitución.

Este cargo queda ya contestado, cuando se dijo que, aunque no se trate de una sustitución fideicomisaria propiamente dicha, ello no es obstáculo para que tuviera efecto la asignación condicional, que es en realidad lo que existe en aquellas asignaciones.

Por las anteriores consideraciones, la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar la sentencia de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos treinta y uno, proferida por el Tribunal Superior de Pasto en este juicio. Las costas del recurso son de cargo de los recurrentes.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

JUAN E. MARTINEZ—Francisco Tafur A.—Tancredo Nannetti—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Nicolás Ramiro Carbullo presentó ante el Juez del Circuito de Cartagena un libelo, en el cual expuso los siguientes hechos:

"Primero. El día veinticuatro (24) de marzo próximo pasado, como a la una y media de la tarde, al pasar el tren de carga por el kilómetro cincuenta (50), una chispa de la locomotora que hace servicio entre Cartagena y Calamar, incendió un potrero de mi propiedad, ubicado a orillas de la línea férrea, y a inmediaciones del caserío de Las Cejas, incendio que, al favor de la fuerte brisa que en esos momentos corría, se propagó inmediatamen-

te, pues habiendo empezado el fuego a devorar toda la paja de mi potrero nombrado **Las Antillas**, más una división del que poseo con el nombre de **Alemania**, continuó hasta consumir una porción de terreno cultivado de caña de azúcar y otro cultivado de plátanos.

"Segundo. Los potreros individualizados los he mantenido siempre cuidadosamente atendidos; en ellos tenía pastando ciento cincuenta (150) reses grandes, en estado de ceba, con el fin de venderlas en el mes de mayo próximo, que es la aparente, pues dada la época de verano por la cual atraviesa aquella región, como muchas otras del Departamento, no se encuentran pastos a ningún precio; de suerte que habiéndome quemado mis potreros una de las chispas de la locomotora de propiedad de The Colombia Railways and Navigation Company Limited, no me queda otro recurso que sostener tales reses en los potreros quemados, lo que de suyo me reporta un perjuicio positivo, puesto que quemados mis potreros, el ganado enflaquecerá, y no podré venderlo en mayo próximo, que es cuando el ganado, al estar gordo, adquiere su mayor valor.

"Tercero. Habiéndose quemado los pastos y quemada también, como lo está, toda la caña de azúcar, ésta perecerá en su totalidad, y en tal virtud tendré necesidad de resembrarla, por cuyo motivo no podré aprovecharla antes de que transcurran diez y ocho meses.

"Cuarto. Es un hecho indubitable que el incendio lo produjo una de las chispas de la locomotora de la prenombrada Sociedad anónima, pues hay testigos presenciales de tal hecho, testigos que trataron de realizar los mayores esfuerzos posibles por contener el fuego, que devoraba con sus llamas los pastos y aun toda la vegetación.

"Quinto. Es un hecho evidente que expelidas las chispas por la locomotora, que pasaba a eso de la una y media de la tarde del veinticuatro (24) de marzo último por el kilómetro cincuenta (50) de la vía férrea, los vientos reinantes en el momento del incendio ayudaron a que éste se generalizara, no obstante la lucha de varias personas que se empeñaron en impedir el aumento en la voracidad de las llamas, pues se dedicaron a abrir contrafuegos y a colocar numerosas ramas de hojas verdes, ya que los responsables del daño no pusieron nada de su parte que aminorara los estragos del incendio, ni los perjuicios que él me ocasionó.

"Sexto. Toda la paja quemada, en los rastros que de ella pudo verse, se hallaba, instantes después del incendio, inclinada hacia el Sur, lo mismo que los surcos o huellas de la candela en los guardafuegos, que se hallaban, y velanse claramente, en la dirección norte a sur, lo que demuestra que el incendio principió del lado de la línea férrea hacia dentro de mis potreros.

"Séptimo. Según pruebas que acompaño—que robusteceré durante el plenario del juicio, si ello fuere necesario—la extensión superficiaria abrasada por el incendio en mis potreros, es de ciento sesenta (160) hectáreas; la parte, también quemada, de mis cultivos de caña de azúcar, es de diez (10) hectáreas, y lo quemado de mi platanar es de una extensión de una hectárea."

En consecuencia, pidió que la Sociedad The Colombia Railways and Navigation Company Limited, fuera condenada, además de las costas del juicio, a indemnizar al demandante todos los perjuicios ocasionados por el incendio mencionado, los cuales debían pagarse conforme a la apreciación que hicieren peritos. Ramiro Carballo los estimó en tres mil pesos.

Como disposiciones de derecho citó el demandante los artículos 1494, 1527, 1613, 1614 y 2347 del Código Civil y 5ª de la Ley 62 de 1887.

El doctor C. W. Taylor, como representante de la entidad demandada, contestó la demanda en el sentido de rechazar la acción.

Las partes adujeron pruebas y el Juez profirió sentencia el siete de julio de mil novecientos veintiséis. En ella fue condenada la Compañía a pagarle al señor Carballo la suma de tres mil pesos, en concepto de daños y perjuicios.

Por apelación de Taylor subió el asunto al Tribunal Superior de Cartagena, quien, en sentencia de veintinueve de agosto de mil novecientos treinta, reformó la del Juez para condenar al demandado en abstracto, remitiendo a juicio separado la fijación de la cuantía de los perjuicios.

Entonces el representante interpuso recurso de casación, que la Corte admitió mediante providencia de diez y nueve de agosto de mil novecientos treinta y dos.

En el memorial de interposición, el señor Taylor alegó la causal 2ª del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, sosteniendo que la sentencia no está de acuerdo con las pretensiones deducidas por él, porque él, como se halla acreditado, la Compañía no puede ser responsable del daño que se dice sufrido por el señor Carballo, el fallo "dejó de resolver sobre la ninguna responsabilidad que tiene la Compañía dicha, sobre los hechos que han dado margen a este pleito."

Empero, al ser condenada la Sociedad, es claro que el sentenciador decidió acerca de la responsabilidad de ella, de manera contraria a las pretensiones del representante, y no existe la referida causal, la cual sólo procede cuando se resuelve sobre puntos no controvertidos, o se deja de resolver sobre alguno de los que lo han sido, se condena a más de lo pedido o no se falla sobre alguna de las excepciones perentorias alegadas, si era el caso de hacerlo.

El apoderado constituido aquí invoca la causal 1ª del mismo artículo, que no es otra que la primera del artículo 520 del actual Código Judicial, e invoca también la causal 6ª de este artículo.

Dice, en primer lugar, que el Código de ahora reconoce como causal de casación el haberse incurrido en el juicio en alguna de las nulidades de que trata el artículo 448 del propio Código, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley.

En el presente juicio se ha incurrido en la nulidad adjetiva y sustantiva de ilegitimidad de la personería de la parte demandada, se demandó a The Colombia Railways & Navigation Company Limited, sociedad anónima domiciliada en Londres, con negocios permanentes en la República de Colombia, y en el expediente no aparece acreditada la existencia de la sociedad, ni la representación que de ella tenga el señor C. W. H. Taylor, con quien se ha surtido todo el juicio.

El recurrente formula algunas observaciones acerca de esto.

Se considera:

Como el presente recurso de casación se interpuso antes de entrar en vigencia el actual Código Judicial, debe

regirse por la legislación procedente, con arreglo al artículo 1228; y como el artículo 2º de la citada Ley 169 de 1896 no reconocía las nulidades como causal de casación, no es dable admitir la que se alega.

Se desecha, por tanto, este extremo.

En el segundo extremo aparecen acusaciones por errores de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas, al afirmar el sentenciador que está demostrado que fue una chispa de la locomotora la que produjo el incendio. Al respecto se expresa así la sentencia:

"En cuanto a que fue una chispa de la locomotora la causa determinante del incendio en los potreros del señor Carballo, declaran los testigos presenciales señores Pablo Polo y Castro Puerta, en el sentido de que inmediatamente que pasó la locomotora por el mencionado kilómetro 50, se produjo el incendio en dichos potreros debido a la chispa que lanzó la locomotora a su paso por esos potreros.....

"Por lo anterior, es innegable que las declaraciones traídas por el actor para demostrar la causa del incendio, no han podido ser desvirtuadas por el demandado, ni en la primera, ni en la segunda instancia, y por consiguiente, hay que aceptar como hechos comprobados por el actor, que fue una chispa de la locomotora de propiedad de la nombrada Empresa ferroviaria, la causa determinante del incendio que se produjo en los potreros del señor Carballo y que, a consecuencia de ese incendio, éste recibió perjuicios, de cuyo monto se hablará más adelante."

En los anteriores conceptos existe un evidente error de hecho porque las declaraciones de Pablo Polo e Ignacio Castro Puerta no afirman concretamente que hubiera sido una chispa de la locomotora del ferrocarril la causa del siniestro.

El testigo Castro Puerta, en su declaración del folio 59 del cuaderno 1º, al ser repreguntado por el apoderado de la compañía demandada, dijo:

"Que al declarante no le consta haber visto caer la chispa que prendiera; por tanto, no da cuenta exacta de que haya sido el tren de carga el que incendiara el potrero de Ramiro Carballo."

El testigo Pablo Polo, en declaración visible al folio 16 del cuaderno 1º, expresa:

"Que si es cierto que encontrándose el declarante como se encontraba muy cerca de la línea del ferrocarril, hacia el punto del kilómetro 50, cortando yerba el día veinticuatro de marzo del año en curso, pudo notar el declarante que nada anormal ocurría antes de que el tren local de carga pasara por el punto que marca dicho kilómetro 50, de suerte que nada de particular, ningún hecho digno de mención pudo notar hasta entonces; pero que todo fue pasar por dicho kilómetro 50, como a la una y media de la tarde de ese día, el tren de carga, cuya locomotora llevaba gruesa columna de humo en dirección hacia el potrero del señor Nicolás Ramiro Carballo, que queda a orillas de la línea férrea, y acto continuo se declaró el incendio en dicho potrero, debido a una de las chispas de la locomotora que en dicho potrero cayó."

De estas dos declaraciones no se desprende que hubiera sido una chispa de una locomotora la causa del incendio, ya que Castro Puerta afirma no haber visto caer la chispa que prendiera y que la declaración de Polo no puede tenerse en cuenta por no haber sido recibida con todas las formalidades legales y haberse omitido en ella el contrainterrogatorio. Esta última declaración y las que en un principio se recibieron por el Juez Municipal de Arjona, no se rindieron con las formalidades legales y se omitió el contrainterrogatorio presentado por la compañía demandada, por la cual ésta reclamó de lo sucedido y pidió la reposición de las declaraciones, y a ello accedió el Tribunal de Cartagena. Por esto se recibieron nuevamente las declaraciones de David de Avila, Tomás Monterrosa, Ignacio Castro Puerta, Francisco Julio, Agustín Herrera y Juan Pájaro; mas de ellas tampoco se saca que la Empresa ferroviaria hubiera sido responsable del siniestro.

Hace el recurrente un breve examen de estas últimas declaraciones y continúa sosteniendo que existe un evidente error de hecho al afirmar el Tribunal que con las de Castro Puerta y Pablo Polo, se establece que fue una chispa de la locomotora la causa determinante del incendio de los potreros de Carballo. Estas dos declaraciones no concuerdan en circunstancias de lugar, tiempo y modo y lo propio ha de decirse de las otras, aunque no se citan en el fallo. Todo esto sin contar que es contrario a las leyes físicas, e imposible por lo mismo el que en un día ardiente, a pleno sol y a la una y media de la tarde, se pueda distinguir la chispa que arroje una locomotora, chispa que necesariamente es muy pequeña por tener esa locomotora el aparato protector correspondiente y porque se apaga casi inmediatamente al contacto del aire, tanto más si corría una fuerte brisa, como lo dicen los testigos.

Este error de hecho llevó al Tribunal a violar los artículos 607 y 610 del Código Judicial: el primero, por cuanto no existen dos testigos hábiles que concuerden en las circunstancias de lugar, tiempo y modo, para dar por sentado que fuera una chispa del ferrocarril la que ocasionara el incendio, y el segundo, por cuanto le dio valor probatorio a declaraciones de testigos que se contradicen notablemente respecto de las circunstancias de hecho. Fueron también violados los artículos 647 y 649 al reconocerles valor probatorio a declaraciones de testigos que no fueron repreguntados, a pesar de haberse presentado el contrainterrogatorio por escrito, no obstante que el mismo Tribunal, en auto de cuatro de septiembre de mil novecientos veinticuatro, dispuso que era menester dar cumplimiento al auto de veinticinco de junio del mismo año, por lo cual debían reponerse todas las declaraciones recibidas con desconocimiento del derecho que a la compañía le otorgaban aquellos textos. Estas disposiciones legales establecen lo mismo que establecían los artículos 644, 648 y 687 de la Ley 103 de 1923, que por consiguiente fueron quebrantados.

Los preceptos legales anteriores—continúa el autor del recurso—fueron violados por el sentenciador por no haber sido aplicados al caso del pleito, siendo aplicables y debiendo haberse decidido en armonía con ellos lo relacionado con las pruebas; y en el caso de que el Tribunal los hubiera tenido en cuenta en el fallo para resolver que estaba demostrado que una chispa arrojada por la locomotora había producido el incendio, entonces fueron violados por indebida aplicación y errónea interpretación.

Se considera:

El Juez dio por establecido con prueba de indicios el hecho de que la locomotora fue la causa del incendio, y enumeró como tales: la ocurrencia material del incendio, la dirección de la candela, las chispas que arroja el

tren, incendios anteriores, situación de la línea y del potrero, pasada del tren e incendio inmediato. Estos indicios se apoyan en declaraciones de testigos.

El Tribunal hizo un corto estudio del total de los testimonios; dijo que los testigos presenciales Pablo Polo y Castro Puerta declararon en el sentido de que inmediatamente que pasó la locomotora por el kilómetro 50 se produjo el incendio en los potreros debido a la chispa que lanzó ella a su paso y concluyó manifestando ser innegable que las declaraciones traídas por el actor no habían sido desvirtuadas por el demandado, por donde era forzoso aceptar que una chispa arrojada por la locomotora fue la causa determinante del incendio que se desarrolló en los potreros de Carballo.

Como se nota, no es de las deposiciones de Polo y Castro Puerta, aisladamente, de donde el sentenciador de la segunda instancia deduce la prueba de que la locomotora causó el incendio, sino del conjunto testimonial, como también lo hizo el Juez.

Según esto, no ha habido violación del artículo 607 del anterior Código Judicial, porque, no se trata, en rigor de prueba directamente testimonial, sino de prueba indicial, en la cual los indicios se fundan en declaraciones.

Tampoco aparece quebrantado el artículo 610 de la misma obra. Al contestar el testigo Castro Puerta las preguntas del interrogatorio principal, según se lee en la diligencia del folio 59 del primer cuaderno de pruebas, manifestó que, cuando iba por el kilómetro 49, vio el humo que salía del kilómetro 50, después que había pasado el tren, y que al llegar a dicho kilómetro vio que ardía el potrero de Carballo "y la candela llevaba ardido como veinticinco brazas." Luégo a las repreguntas respondió que no podía comprobar que fuera el tren de carga el que incendiara el potrero con una chispa, "porque no vio caer la chispa." Como el testigo no había dicho primero que había visto la chispa, no se advierte contradicción con lo aseverado en seguida. Lo que el deponente afirma, en sustancia, es que cuando llegaba al kilómetro 50, divisó el humo, que al llegar, vio que el potrero ardía, después de haber pasado el tren, y que no percibió la chispa incendiaria. En esto hay unidad lógica de pensamiento.

Se acusa la violación de los artículos 647 y 649 del Código Judicial que se está citando, porque el Tribunal les reconoció valor probatorio a declaraciones de testigos que no fueron contrainterrogados, a pesar de haberse presentado el contrainterrogatorio respectivo por escrito, "no obstante que el mismo Tribunal en auto de cuatro de septiembre de mil novecientos veinticuatro, visible al folio 50 del cuaderno número 1°, dispuso que era menester dar cumplimiento al auto de veinticinco de junio de mil novecientos veinticuatro, visible al folio 29 vuelto del mismo cuaderno. . . ."

El reparo parece concretarse a la deposición de Pablo Polo.

El señor Taylor presentó con retardo su memorial sobre repreguntas, pues a la fecha de éste (18 de junio de 1924), ya se había librado el despacho para las declaraciones principales al Juez Municipal de Arjona (día 17 del propio mes). De aquí resultó que cuando el contrainterrogatorio llegó al comisionado, los testigos habían rendido sus declaraciones. El Tribunal dispuso que se le diera cumplimiento al auto dictado por el Juez a quo el veinticinco de junio de mil novecientos veinticuatro. En éste, el Juez había reconocido unos voceros de la parte demandada, para que repreguntaran los testigos, y ordenado además la remisión de los contrainterrogatorios presentados, por la misma parte. Cuando en Arjona fue buscado el señor Polo para que repitiera la declaración con el objeto de que se le formularan las repreguntas, el Secretario del Juzgado informó que se hallaba trabajando en el Distrito de Turbaco y la diligencia no se surtió. Empero, la Sala, en el supuesto de que sean desechables las declaraciones en que no se hacen las repreguntas oportunamente solicitadas, estima que si cuando Polo rindió la suya, no se había remitido el interrogatorio de repreguntas, esa declaración bien puede ser apreciada, porque la falta de tales repreguntas no se debió a descuido del Juez de la causa para enviar aquel interrogatorio, sino a la tardía aducción del mismo.

Hé aquí porqué no se admite el cargo referente a la transgresión de los citados artículos del Código Judicial anterior y de los artículos 644, 648 y 687 de la Ley 103 de 1923, vigentes cuando se recibieron las declaraciones.

En el tercer extremo se impugna la sentencia por violación de los artículos 2347 del Código Civil; 5° de la Ley 62 de 1887, y 26 de la Ley 76 de 1920; violación que es directa e indirecta y por errónea interpretación, pues no existe demostración de que los daños sufridos por Carballo en sus propiedades hubieran tenido como causa las chispas que despidió la locomotora al pasar por los potreros del expresado señor, ni que los mismos daños hubieran sucedido por culpa de los empleados de la empresa propietaria del ferrocarril, por lo cual no puede hablarse de culpa.

Según el artículo 2347, toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieron bajo su cuidado. La Corte Suprema ha dicho que el artículo 5° de la mencionada Ley 62 estableció una regla especial a virtud de la cual los empresarios de vías férreas responden de los daños causados a las personas o a las propiedades por razón del servicio de las mismas vías, regla que ha venido a completar la del artículo 2347 del Código Civil. Por ministerio del artículo 26, ordinal d) de la Ley 76 citada, las empresas férreas están obligadas a indemnizar los daños causados a las propiedades privadas cuando sean ocasionados por culpa de los empleados de tales empresas;.

Pues bien: si no se ha comprobado que los daños sufridos por Carballo hubieran tenido como causa chispas despedidas por la locomotora del ferrocarril, ni menos aún demostrado que tales daños hubieran acaecido por culpa de los empleados de la Empresa, y si ésta, en el supuesto de que las chispas hubieran ocasionado el incendio, estaba imposibilitada para impedir que fueran llevadas por el viento hacia las propiedades del demandante, parece cierto que existe violación de los preceptos legales referidos al aplicarlos al caso del pleito y considerar que se está en presencia de la culpa de que tratan tales disposiciones, con lo cual se violaron éstas por indebida aplicación y errónea interpretación.

Transcribe en seguida el recurrente unos párrafos del alegato del apoderado de la Compañía en segunda instancia, con el objeto de fijar con exactitud lo relacionado con la culpa a que se refieren los textos legales antes enunciados.

Se considera:

Respecto de la violación de los textos legales citados en el actual extremo por no existir la demostración de que

los daños sufridos por Nicolás Ramiro Carballo hubieran tenido como causa las chispas despedidas por la locomotora al pasar por el potrero, ya queda dicho que el Tribunal, apreciando, como el Juez, un conjunto de indicios, halló que estaba establecida la relación de causalidad entre el paso de la locomotora con su columna de humo y chispas y el incendio de la propiedad del demandante. No le es dado a la Sala desconocer esa apreciación que el sentenciador hizo soberanamente, ni la cuestión ha sido planteada desde este punto.

Agrega el recurrente que, en el caso de estar acreditado que los daños tuvieron por causa las chispas de la locomotora, falta la prueba de que ello hubiera acaecido por culpa de los empleados de la Empresa y sugiere que dicha Empresa, en aquél caso, estaba imposibilitada para impedir que las chispas fueran llevadas por el viento hacia las propiedades de Carballo.

Mas a esto ha de responderse que la Compañía demandada, obligada a poner cuidado para no causar perjuicios en las propiedades aledañas a la vía férrea, no trajo a los autos la prueba de las precauciones que emplea con tal fin, por ejemplo, el aparato que ataja en lo posible el escape de chispas de la locomotora; y semejante prueba legalmente era de su incumbencia, con arreglo al inciso 3° del artículo 1604 del Código Civil, aplicable también a la culpa extracontractual, según lo tiene explicado la Jurisprudencia de la Corte. (Véase la sentencia de 14 de mayo de 1917, en el tomo XXVI, de la Gaceta Judicial).

Esto basta para desechar el cargo contenido en el presente motivo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Las costas que se hubieren causado son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial.

Remítase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

En demanda que fue repartida al Juzgado 2° del Circuito de Facatativá, los señores Benjamín Padilla, Neftalí Padilla, Balbina Bulla de Campos, mujer viuda, y Carmen Campos de la Torre, casada con Heliodoro de la Torre, demandaron por medio de apoderado a la sucesión ilíquida de la señora Mercedes Escobar de Villarraga, representada por sus herederos señores Adolfo Escobar, Isaura Escobar, soltera; Manuel Sánchez, Jacinto Ramírez, Demetrio Ramírez e Isaías Ramírez, para que con audiencia de la expresada sucesión, y previa la sustanciación de un juicio ordinario, se declare lo siguiente:

"1° Que la sucesión ilíquida de la señora Mercedes Escobar de Villarraga están en la obligación de pagar a mis poderdantes, en su condición de cesionarios del señor Rubén Campos, dentro del término legal, la cantidad de tres mil seiscientos pesos ($ 3,600) moneda corriente, en que estimo el valor de los servicios personales prestados por el señor Campos a la señora Escobar de Villarraga, durante los diez años inmediatamente anteriores al fallecimiento de ésta, o la cantidad que se pruebe que valen tales servicios; y

"2° Que la expresada sucesión está obligada a pagar a mis poderdantes las costas del juicio."

Son hechos de la demanda:

"1° El señor Rubén Campos acompañó a la señora Mercedes Escobar de Villarraga, y le prestó sus servicios personales, durante un período de más de diez años continuos, hasta el día del fallecimiento de dicha señora.

"2° Los servicios personales prestados por el señor Rubén Campos a la señora Mercedes Escobar de Villarraga consistieron en la dirección y ayuda en los trabajos y labores agrícolas ejecutados en los predios de la expresada señora, cuidado de los ganados, cobro de cánones de arrendamiento e intereses, faenas y quehaceres caseros y atenciones y cuidados prodigados a aquella señora.

"3° El señor Rubén Campos desplegó siempre el mayor celo, consagración, honradez y esmero en la prestación de los servicios personales mencionados en el hecho anterior, y sus cuidados y atenciones para la anciana señora Escobar de Villarraga fueron prodigados con todo el respeto y miramiento debidos.

"4° La señora Mercedes Escobar de Villarraga falleció en esta ciudad el día primero de octubre de mil novecientos veintiséis, sin otorgar testamento.

"5° Poco tiempo después de la fecha indicada, falleció también, en esta ciudad, el señor Rubén Campos.

"6° En el Juzgado de usted cursa el juicio de sucesión intestada de la señora Mercedes Escobar de Villarraga.

"7° Al tiempo de la muerte de la señora Escobar de Villarraga, quedaron como herederos universales ab intestato, además del señor Rubén Campos, los señores Adolfo Escobar, Isaura Escobar, Manuel Sánchez, Jacinto Ramírez, Demetrio Ramírez e Isaías Ramírez, todos los cuales han sido declarados herederos, en su condición de primos hermanos legítimos de la causante.

"8° Entre el señor Rubén Campos y la señora Escobar de Villarraga no medió estipulación sobre el valor o precio de la remuneración de los servicios personales prestados por el primero a la segunda.

"9° El valor de los servicios personales prestados por Campos a la señora Escobar de Villarraga, durante los diez años inmediatamente anteriores al fallecimiento de dicha señora, módicamente estimado, asciende a la cantidad de tres mil seiscientos pesos moneda corriente, computándolos a razón de trescientos sesenta pesos anuales, o treinta pesos mensuales.

"10. Por medio de la escritura número 693, otorgada en la Notaría de esta ciudad, el nueve de noviembre de mil novecientos veintiséis, el señor Rubén Campos vendió a mis expresados poderdantes el derecho que tenía para cobrar de la sucesión ilíquida de la señora Mercedes Escobar de Villarraga la remuneración de sus servicios personales prestados a dicha señora en un lapso de diez años; y

"11. En consecuencia, la sucesión ilíquida de la señora Escobar de Villarraga debe a mis poderdantes el valor de los expresados servicios."

Se expresa en seguida la causa o razón de la demanda, y como disposiciones legales en que se apoya, se citan los artículos 1010, 1155, 1411, 1414, 1973, 2000, 2045, 2054, 2063, 3064, 2142, 2143, 2184 y sus concordantes del Código Civil.

Adolfo e Isaura Escobar y Manuel Sánchez contestaron la demanda, negando los hechos fundamentales en que se funda, lo mismo que el derecho invocado en su apoyo, proponiendo el primero las excepciones perentorias de nulidad del contrato contenido en la escritura número 693, de nueve de noviembre de mil novecientos veintiséis, a que alude el hecho 10 de la demanda, y la de cobro de lo no debido; y los otros dos, las de ilegitimidad de la personería sustantiva en el actor, prescripción de la acción, y la general, de que habla el artículo 51 de la Ley 105 de 1890.

(Jacinto, Demetrio e Isaías Ramírez, al corrérseles traslado de la demanda, pidieron que previamente la parte actora prestara fianza de costas, reservándose "el derecho de contestar la demanda cuando la fianza se haya constituido," cosa que no hicieron).

El siete de febrero de mil novecientos treinta, el Juez del conocimiento dictó sentencia, absolviendo a todos los demandados de los cargos formulados en la demanda.

Apelada esa sentencia por el personero de los demandantes, el Tribunal Superior de Bogotá decidió el recurso por sentencia de veintiséis de mayo de mil novecientos treinta y uno, así:

"1ª Condénase a la sucesión de la señora Mercedes Escobar de Villarraga, representada por sus herederos Adolfo Escobar, Isaura Escobar, Manuel Sánchez, Jacinto Ramírez, Demetrio Ramírez e Isaías Ramírez, a pagar a los señores Benjamín Padilla, Neftalí Padilla, Balbina Bulla de Campos, mujer viuda, y Carmen Campos de de la Torre, casada con Heliodoro de la Torre, colonarios de Rubén Campos, el valor de los servicios personales prestados por éste a la señora Escobar de Villarraga, durante los diez años inmediatamente anteriores al fallecimiento de dicha señora. El valor de estos servicios se fijará en un juicio sumario separado (artículo 11, Ley 39 de 1921, numeral 31), en el cual ya no se discutirá la obligación de pagar, sino la cuantía que debe pagarse, según las siguientes bases:

"a) Que los servicios fueron prestados por Rubén Campos en los diez años anteriores a la muerte de la señora Mercedes Escobar de Villarraga, ocurrida el primero de octubre de mil novecientos veintiséis.

"b) Que esos servicios consistieron en la dirección y ayuda en los trabajos agrícolas, ejecutados en los predios de la nombrada señora, cuidando de los ganados, cobro de cánones de arrendamiento, faenas y quehaceres caseros.

"c) Que durante los diez años de la prestación de sus servicios, Rubén Campos vivió en la casa de la señora Villarraga, donde recibía, además, alimentación.

"d) Que en la estimación de los servicios deben tenerse en cuenta los precios y condiciones en que se prestaban servicios semejantes durante el período respectivo.

"2ª Declárase no probadas las excepciones perentorias propuestas por los demandados. No se hace condenación en costas en la primera ni en la segunda instancia."

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación Jacinto Ramírez, como heredero de la señora de Villarraga y en nombre de su sucesión. Dijo que las causales en que funda dicho recurso están detalladas en los numerales primero y segundo del artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

Igualmente recurrió en casación contra esa sentencia la parte demandante, en cuanto le es desfavorable, invocando la causal primera de las reconocidas en la misma disposición, "por ser violatoria de leyes sustantivas y por mala apreciación de determinadas pruebas, con motivo de haberse incurrido en errores de hecho y de derecho.

Respecto del recurso interpuesto por Jacinto Ramírez, pide el opositor demandante, al replicar a la demanda respectiva que, como cuestión previa, la Corte declare inadmisible dicho recurso, fundándose en que el recurrente demandado no expresó las causales en que lo apoya, como lo exige el artículo 150 de la Ley 40 de 1907, pues que se limitó a decir que esas causales están detalladas en una ley que no ha existido, la Ley 169 de 1895.

En apoyo de su tesis transcribe el opositor demandante la doctrina de la Corte sentada en casación de 23 de julio de 1920, según la cual, la petición sobre interposición del recurso de casación debe llenar, de acuerdo con el artículo 150 de la Ley 40 de 1907, los siguientes requisitos:

"1º Hacerse esa petición por escrito.

"2º Dirigirse el memorial respectivo al Tribunal sentenciador.

"3º Decirse en el escrito que se interpone el recurso de casación.

"4º Indicarse en él la causal o causales en que se funda."

Considera la Corte que el memorial de Ramírez al Tribunal llena los requisitos a que se refiere la doctrina de casación citada, porque si por cualquier causa el recurrente erró en cuanto al año en que fue expedida la ley que establece dichas causales, no así en cuanto a la indicación de las que alega, pues dice que ellas son las detalladas en los numerales 1º y 2º del artículo 2º de la Ley 169. Basta, como lo dice la doctrina de la Corte, que se indiquen la causal o causales en que se funda el recurso, y esa indicación puede hacerse en la sola cita de ellas, sin necesidad de expresar su contenido, como lo sostiene el recurrente.

La otra razón para que se decrete la inadmisibilidad del recurso, consiste en que, persiguiendo la demanda el pago de una deuda hereditaria por la cantidad de tres mil seiscientos pesos ($ 3,600), deuda que es divisible entre los herederos, de conformidad con el artículo 1411 del Código Civil, la cuota que haya de caberle al recurrente, siendo siete el total de los herederos, no alcanzaría a la cuantía necesaria para que aquél pudiera interponer el recurso de casación.

Tampoco es el caso de declarar inadmisible el recurso por el reparo anterior, porque aunque es verdad que se trata de una deuda divisible, y de que "las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas," como lo establece el artículo 1411 del Código Civil, no se está en el caso contemplado en esta disposición, una vez que no se demanda a cada heredero por su cuota en la deuda, sino a la sucesión ilíquida de la señora Escobar de Villarraga, que bien puede estar representada por el conjunto de los herederos o por uno cualquiera de ellos.

La Corte declara, pues, admisible este recurso, lo mismo

que el interpuesto oportunamente por el apoderado de la parte actora, y procede a decidirlos ambos, comenzando por el estudio de la demanda de casación, formulada por el personero del recurrente demandado. Aunque en el escrito en que éste interpuso el recurso, invoca las causales primera y segunda de las establecidas en el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, al fundarse la demanda ante la Corte sólo se ataca la sentencia recurrida por violación de ley sustantiva y por error de derecho, lo que es materia de la primera causal.

"Concretando este alegato—dice el demandado recurrente—a las disposiciones civiles, que considero han sido violadas por el fallo del Tribunal, señalaré en primer lugar:

"a) Violación de los artículos 2304 a 2313 del Código Civil.

"Estas disposiciones que reglamentan el cuasicontrato de agencia oficiosa, según parece deducirse de la misma sentencia acusada—arguye el autor del recurso—son las que mejor se ajustan en nuestra legislación al caso del pleito; pero no fueron aplicadas, sino desconocidas y violadas en la sentencia."

En apoyo del cargo cita, entre otros, el siguiente pasaje de la sentencia recurrida:

"De manera que según esto, las obligaciones que se contraen sin convención, procedentes de un hecho lícito, pertenecen al sistema de los cuasicontratos, concepto que reafirma el artículo 2303, cuando enseña que hay tres principales cuasicontratos, con lo cual quiere significar que fuera de aquellos cuasicontratos hay otros, pero que los enumerados son el prototipo de esa figura jurídica."

El anterior razonamiento—dice el recurrente que debería concluir con la aplicación de las reglas del cuasicontrato de agencia oficiosa, al caso de autos, una vez que afirma el Tribunal que los servicios de Campos no pueden clasificarse en el mandato ni en el arrendamiento de servicios, porque no implican ellos representación ni estipulación de salarios, lleva sin embargo al sentenciador a una conclusión distinta, pues para solucionar el pleito, recurre a la acción in rem verso, al aforismo de que "nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro," con lo cual el Tribunal aplica una legislación muerta al caso del pleito, y, por lo mismo, viola la sentencia los artículos que se dejan citados, y de manera especial el inciso 2º del 2308 del Código Civil, según el cual, "el interesado no es obligado a pagar salario alguno al gerente."

Concluye el cargo el recurrente diciendo que el Tribunal contra esta disposición, condena a los herederos de la señora Escobar de Villarraga a pagar a los cesionarios de Campos la suma que en juicio separado se fije como precio de los servicios personales prestados por éste. Si los principios en que se apoya el Tribunal para sentenciar a favor de los demandantes, son sanos y morales—sigue diciendo -no hay que olvidar que el progreso de la legislación los ha fundido en preceptos claros, enumerados ordenadamente en los diversos títulos de los modernos códigos.

Los conceptos del Tribunal que sustentan el fallo dicen:

"Establecido plenamente el hecho segundo de la demanda—dice la sentencia—fundamental de la acción, corresponde averiguar qué clase de relaciones jurídicas vinieron a crearse entre doña Mercedes Escobar de Villarraga y Rubén Campos, por virtud del cumplimiento de ese hecho. Porque la determinación de esa clase de relaciones facilita la aplicación y el estudio de la respectiva acción.

"El Código clasifica las fuentes de las obligaciones en cuatro grupos (artículo 1494 del Código Civil), a saber:

"1º Los contratos.

"2º Los hechos que no tienen los caracteres de un contrato.

"3º Los hechos constitutivos de injuria o daño para otra persona, denominados en general delitos.

"4º La ley.

"Contrato o convención, dice el artículo 1495 ibídem, es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

"De consiguiente, según ello, el hecho propuesto como generador de la acción incoada carece de los caracteres esenciales de todo contrato, porque entre la señora Mercedes Escobar de Villarraga y Rubén Campos no medió ningún compromiso previo, mediante el cual el segundo se hubiera comprometido para con la primera a verificar las operaciones citadas en el hecho segundo de la demanda, a cambio de otras obligaciones en favor de Campos, como alimentarlo, vestirlo o pagarle determinado precio por los servicios prestados.

"Sin acuerdo expreso de voluntades, Campos vivió en la casa de la señora Mercedes Escobar de Villarraga, empleando todas sus actividades en el servicio de dicha señora, dirigiendo o ayudando los trabajos agrícolas ejecutados en sus predios, cuidando de sus ganados, cobrando los arrendamientos de sus fincas y realizando otras labores relacionadas con los quehaceres domésticos.

"Jurídicamente considerado el hecho, ni es un mandato, porque Campos careció de aquella representación propia del mandatario, que gestiona uno o más negocios por 'cuenta y riesgo' del mandante. El mandato implica necesariamente representación, es decir, la facultad de crear, conservar, modificar o extinguir derechos por cuenta de otro, y en el hecho planteado como razón de la demanda, se observa la ausencia de tal facultad. Ni es tampoco un arrendamiento de servicios, como lo ha creído el apoderado de los demandantes, porque este contrato exige la estipulación expresa de salario, de la cual carece el acto jurídico materia del juicio; pues el hecho octavo de la demanda anuncia que entre Rubén Campos y Mercedes Escobar de Villarraga no medió estipulación sobre el valor o precio de la remuneración de los servicios prestados.

"Careciendo, pues, el hecho sometido a juicio, de las condiciones de un contrato, hay que recurrir a la segunda fuente de las obligaciones, consistente en los hechos que no son contratos, a efecto de buscar allí su origen y su sanción, como acto generador de derechos.

"Los hechos que no son contratos, es decir, ciertas obligaciones que se forman sin que intervenga convención alguna, están reconocidos como fuentes de derechos desde los tiempos del Derecho Romano. La institución de Cayo dice que también solían nacer las obligaciones ex variis causarum figuris; y explica: hechos lícitos que se asemejaban a los contratos sin entrar en ellos acuerdo de voluntades; y hechos ilícitos, que sin estar definidos como delitos propiamente dichos, pero siendo hechos que lesionaban el derecho ajeno, debían acarrear indemniza-

ción de los perjuicios causados. En el primer caso, nacían las obligaciones **quasi ex contractu**, y en el segundo, **quasi ex delito**, de donde vinieron los sustantivos cuasicontrato, cuasidelito.

"El Derecho romano contaba entre los principales **cuasicontratos, la gestión de negocios ajenos, el pago de lo indebido**, las obligaciones procedentes de la tutela, y la que tenía el heredero de pagar los legados por la aceptación de la herencia. Hoy estas dos últimas clases de obligaciones son más bien legales, porque derivan su fuente principal de la ley."

Transcribe en seguida el Tribunal lo que dispone el artículo 1370 del Código Civil francés, y las disposiciones de los artículos 34 de la Ley 57 de 1887 y 2303 del Código Civil colombiano, y concluye así:

"De manera que según el Código, las obligaciones que se contraen sin convención, procedentes de un hecho lícito, pertenecen al sistema de los cuasicontratos. Concepto que reafirma el artículo 2303, cuando enseña que hay tres principales cuasicontratos, con lo cual quiere significar que fuera de aquellos cuasicontratos hay otros, pero que los enumerados son el prototipo de esa figura jurídica.

"La noción del cuasicontrato, considerado como constitutivo de una fuente específica de obligaciones, nació entre los jurisconsultos romanos, de la observación que hacían de que había casos en que la equidad y la utilidad pedían que se hiciera nacer obligaciones de hechos que no constituían ni contrato ni delito, y que las acciones nacidas de estas obligaciones se parecían algunas veces a las que nacen de un contrato. Así decían: las acciones nacidas de una gestión de negocios se parecen a las que nacen de un mandato; la acción nacida del pago de lo indebido, se parece a la del mutuo.

"Esta sabia idea informa todavía la noción jurídica de los cuasicontratos, y de ella se valen todos los autores para explicarlos y justificarlos.

"La justicia y la equidad, que dio nacimiento a la teoría de los cuasicontratos, consagró también desde tiempo inmemorial, en principio jurídico, el principio de razón, según el cual no es lícito enriquecerse injustamente con daño de otro. Este principio explica la acción con que están sancionados muchos de los cuasicontratos, y así vemos que desde la época de los romanos existía cierto número de acciones personales, llamadas condiciones, que permitían en diversos casos a la víctima de un enriquecimiento injusto, realizado por otro en su perjuicio, reclamar la reparación pecuniaria de dicho perjuicio. En estas condiciones estaba, por ejemplo, la **condictio indebiti**, que correspondía a nuestra actual petición de lo indebido, acción proveniente del pago de lo no debido, cuasicontrato reglamentado en el capítulo 2º del título de los cuasicontratos del Código Civil.

"La acción por enriquecimiento injusto, llamada en general acción de **in rem verso**, una de cuyas aplicaciones es la **condictio indebiti**, adquiere cada día mayor amplitud. Encaminada a impedir todo enriquecimiento injusto, nace de la doctrina hoy aplicada por analogía a todos los casos donde el principio de justicia lo aconseja, y las leyes no ofrecen un remedio jurídico más especial. Los autores han hecho notar que en el Código de Napoleón hay aquí y allá multitud de aplicaciones de la regla, de que nadie puede enriquecerse sin causa en perjuicio de otro. Así, por ejemplo, quien está obligado a restituir una cosa, ya porque su título de adquisición ha sido resuelto, o ya porque es nulo, tiene derecho a ciertas indemnizaciones, procedentes de gastos necesarios que haya hecho para conservar la cosa; el depositario tiene derecho al reembolso de los gastos para conservar el depósito; en las diversas hipótesis de accesión, el propietario de la cosa principal está obligado a indemnizar al de la cosa accesoria que se le ha incorporado.

"De lo hasta aquí expuesto, dedúcese que aunque ningún texto de la ley positiva consagra expresamente la regla general de equidad, de **que nadie puede enriquecerse sin derecho en perjuicio de otro**, como ocurre en ciertas legislaciones más avanzadas, sin embargo, se le puede considerar como la jurisprudencia igual que si estuviera en vigor, comoquiera que inspira muchas de las construcciones legales imperantes en la legislación civil."

Después de señalar el Tribunal la noción del enriquecimiento sin causa, que en su concepto da lugar a la acción **in rem verso** que lo sanciona, resume su concepto sobre el punto materia del debate, en estos términos:

"Aplicando las nociones anteriores al caso de autos, contempla la Sala falladora un ejemplo típico de enriquecimiento injusto o de una acción **in rem verso**. En efecto: Rubén Campos, durante más de diez años, prestó determinados servicios a la señora Mercedes Escobar de Villarraga, sin que mediara ninguna estipulación sobre las obligaciones recíprocas de las partes. Con los actos de Campos, la Villarraga obtuvo un enriquecimiento, porque le evitó los gastos, que de otra manera hubiera tenido que erogar. Quien ayuda a conservar un patrimonio, lo enriquece indirectamente con el ahorro de pérdidas, que sin aquella vigilancia hubiéranse causado. De consiguiente, la equidad y la justicia impone una acción de indemnización en favor del autor del enriquecimiento, ya que no existe contrato o convención de donde pueda dimanar una acción especial. Y en el caso de autos, es tanto más aceptable y fundada, desde que así la Villarraga como Campos, entendieron que los servicios prestados por el segundo debían remunerarse. La intención de la Villarraga de remunerar a Campos está probada con el mismo dicho de los herederos de aquélla, demandados quienes trajeron distintas pruebas con el ánimo de acreditar, aun cuando no lo consiguieron, como ya se anotó, que la señora de Villarraga le dejaba a Campos los arrendamientos de una casa en Facatativá para remunerar sus escasos servicios. Resumiendo, tenemos que los tres elementos tradicionales de la acción **in rem verso** hállanse reunidos aquí: enriquecimiento del demandado, con la economía de pérdidas y gastos en que se traduce generalmente toda gestión administrativa; empobrecimiento del demandante, porque dejaría de recibir una indemnización por los servicios prestados; y falta de una justa causa en el enriquecimiento, porque no había ninguna obligación preexistente, ni voluntad expresa de Campos que justificara la prestación gratuita de los servicios."

Arguye el recurrente que en el caso de autos se trata de un cuasicontrato de agencia oficiosa, al cual le son aplicables las disposiciones que lo reglamentan, desconocidas y violadas por el Tribunal en su fallo, una vez que de este mismo parece deducirse que se está en presencia de un verdadero cuasicontrato de agencia oficiosa.

La Corte observa que no puede revocarse a duda que la tesis del Tribunal es la de que la reclamación de los

cesionarios de Campos genera un cuasicontrato de naturaleza sui generis; pero no puede inferirse de ninguna de sus apreciaciones que tal reclamación encaje dentro de las normas del cuasicontrato de agencia oficiosa, porque el Tribunal advierte que, aunque el artículo 2303 del Código Civil enseña que hay tres principales cuasicontratos, con ello quiso significar que fuera de aquellos hay otros, que el Código Civil no enumera ni reglamenta de manera especial.

El concepto del Tribunal es, pues, que en la reclamación materia de la controversia, se trata de un cuasicontrato, y que aunque ningún texto legal positivo consagra expresamente la regla general de equidad, de que nadie puede enriquecerse sin derecho en perjuicio de otro, era procedente la acción, y aplicable al caso el principio de equidad por él citado. No pudo, pues, el Tribunal, violar las disposiciones sobre el cuasicontrato de agencia oficiosa, dejándolas de aplicar, porque según las pruebas traídas al proceso, Rubén Campos obraba bajo las órdenes e inmediata responsabilidad de la señora de Villarraga, con pleno conocimiento de ésta, prestándole servicios personales de diversas clases.

De otro lado, el recurrente no ha demostrado que aquellos conceptos principales del fallo estén claramente en pugna con los preceptos sustantivos que estima violados, pues no les bastaba afirmar cuál es, en su concepto, la naturaleza de las relaciones jurídicas que han dado lugar a la litis, sino demostrar que tratándose de un cuasicontrato de agencia oficiosa, el Tribunal, sin razones o con razones equivocadas, desatendió las normas que regulan aquel cuasicontrato. La Corte ha dicho que "no puede considerar los cargos que un recurrente hace a la sentencia, cuando se limita a enumerarlos o enunciarlos sin expresar la razón o razones en que los sustenta. (Casación de 30 de abril de 1920. Tomo XXVIII, 21, 3ª). Por todo lo dicho no procede el cargo.

b) Violación de los artículos 1501, 1973, 2045 y siguientes del Título XXVI, capítulo VII, libro IV, del Código Civil.

"Estas disposiciones—dice el recurrente—se refieren al contrato de arrendamiento, según el cual una de las partes queda obligada a conceder el goce de una cosa o a prestar un servicio, y la otra, a pagar por ese servicio o goce, un precio determinado. El arrendamiento de servicios puede ser expreso o tácito. Ocurre lo primero, cuando en un escrito, llámese carta o documento, se estipulan claramente las cláusulas del contrato; y es tácito, cuando el servicio se presta sin estipulación escrita, como suele ocurrir al tomar un criado para que desempeñe determinados oficios, sin hablar de antemano de precio, el que en el caso, se entiende determinado, por la costumbre del país.

"En el caso de que se trata—agrega el autor del recurso—el señor Campos aparece haber prestado determinados servicios a la señora Escobar de Villarraga, y aunque ésta no entendió contraer la obligación de pagarlos, o probablemente entendió que ellos quedaban compensados con la protección de alimentación y alojamiento que dio a su mayordomo, éste, a última hora, ha creído tener derecho a que se remuneren sus servicios.

"Para los demandantes—sigue diciendo el recurrente—la razón de ser de su demanda estriba en el contrato de arrendamiento de servicios, y por eso la apoyan en los artículos 1973, 2000 y 2054 del Código Civil. Las pruebas que han traído al juicio, y de manera especial el dictamen pericial, se encaminan a establecer cuál es el salario mensual que según la costumbre se paga a los administradores o mayordomos de fincas rurales. Por tanto, el Tribunal, para obrar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, ha debido desatar la litis, aplicando las disposiciones del arrendamiento de servicios.

"Al declarar el Tribunal—arguye el recurrente—que el contrato de autos no puede regirse por las disposiciones sobre arrendamiento de servicios, violó el artículo 2046 del Código Civil, que permite, como hemos visto, que la remuneración del servicio o mayodromo no sea expresa, sino sujeta a regulación posterior, de acuerdo con la costumbre del país. Consecuencialmente violó también los artículos subsiguientes del capítulo VII, atrás citado. Ahora, si la reclamación de los cesionarios del señor Campos debe someterse a las reglas del arrendamiento de servicios, como lo insinúa la demanda, y lo tiene recibido la jurisprudencia, es el caso de observar que esa reclamación no pudo prosperar sino en lo relativo a un año de servicios, tiempo máximo que puede durar el contrato sin hacerse constar por escrito (2056, Código Civil). Violó, pues, el Tribunal, el artículo 2046, así como el que dispone no se admita prueba de testigos respecto de una obligación que ha debido consignarse por escrito."

Se considera:

El artículo 1501 del Código Civil, primero de los que el recurrente estima violados, establece qué cosas son de la esencia de un contrato, cuáles de su naturaleza y cuáles son puramente accidentales; pero el autor del recurso no expresa el concepto en que estriba la violación de dicha disposición. En cuanto a la de los artículos 1973 y 2046 de la misma obra, la hace consistir en que como la primera define lo que constituye el arrendamiento en sus varias clases, y la segunda, de manera de contratar el arrendamiento de servicios, lo que se acomoda, dice el recurrente a las pruebas aducidas por los demandantes, el Tribunal las violó por no haberlas aplicado, y concluir así que se trata de un arrendamiento de servicios. A esto contesta la Corte que el Tribunal estimó que no era el caso de aplicar las disposiciones de los artículos 1973 y 2046 del Código Civil, porque no hubo contrato entre la señora de Villarraga y Rubén Campos, sobre los servicios que el último le prestó, sino que debía aplicarse al caso el principio sobre enriquecimiento sin causa. Ahora, si el recurrente estima que debieron aplicarse de preferencia las disposiciones sobre arrendamiento de servicios a los del principio citado, como lo establece el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, debió acusar como violada esta última disposición, y es el caso que no hay acusación por este aspecto, lo que deja en pie ese concepto del Tribunal para sostener la sentencia.

c) Transcribe el recurrente, bajo esta letra, la disposición del artículo 92 de la Ley 153 de 1887, según la cual "al que demanda una cosa de más de quinientos pesos de valor, no se le admitirá la prueba de testigos, aunque limite a ese valor la demanda."

Y agrega el autor del recurso:

"Por más que se esfuerce la imaginación es imposible desconocer que la suma que aquí se demanda alcanza a la cantidad de tres mil seiscientos pesos; por tanto, la prueba de testigos es inadmisible."

Concluye la acusación así:

"Queda dicho que aun suponiendo que los reclamos pudieran regirse por el cuasicontrato de la agencia ofi-

ciosa, la sentencia que declaró el pago de ellos, incurre en causales de casación."

Que el Tribunal cree hallar estricta armonía entre los artículos 91 y 92 de la Ley 153 de 1887; pero la atenta lectura de ellos demuestra—continúa el recurrente—que se refieren a casos enteramente distintos. El primero habla de promesas de valor mayor de quinientos pesos; el segundo, de deudas, sin consideración a que éstas provengan de actos o contratos relacionados con esas promesas; y donde la ley no distingue, no es lícito al Juez hacer salvedad ninguna. Por lo demás, no se explica cómo las relaciones jurídicas entre Campos y su patrona pudieran proceder de otra cosa que de actos o contratos. Queda dicho que aun suponiendo que los servicios reclamados pudieran regirse por el cuasicontrato de agencia oficiosa, la sentencia que declaró el pago de ellos incurrió en causales de casación.

Se observa:

Parece dar a entender el recurrente que el Tribunal viola el artículo 92 de la Ley 153 de 1887, porque reclamándose la suma de $ 3.600, ha debido constar por escrito la existencia de esa deuda, y para establecerla no ha debido, por tanto, el sentenciador, admitir la prueba testimonial.

La razón que tuvo el Tribunal para admitir la prueba testimonial, con el fin de acreditar el monto de la indemnización reclamada, consta en el siguiente párrafo de la sentencia:

"El Juez opone en la sentencia al reconocimiento del derecho alegado, un argumento derivado de los artículos 90 y 91 de la Ley 153 de 1887, sobre la admisibilidad de la prueba testimonial en el caso de que se trata.

"El Juez no paró la atención en el texto expreso de las disposiciones citadas, según las cuales deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos (artículo 91), y que al que demanda una cosa de más de quinientos pesos de valor, no se le admitirá la prueba de testigos (artículo 92). Los dos preceptos, armónicos entre sí, claramente se refieren a demandas provenientes de actos o contratos relativos a la entrega o promesa de una cosa. Pero cuando la acción no tiene semejante procedencia, y nace, en cambio, de actos extracontractuales verificados por una persona en beneficio de otra, como el cobro de servicios no contratados, la prueba testimonial no admite reparos, como no lo admite cuando tiende a comprobar un hecho que haya inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otra, fuente de perjuicios reparables, aun cuando valgan más de quinientos pesos.

"Mas el razonamiento anterior sobra, desde que los representantes de la sucesión demandada, en los diferentes interrogatorios de posiciones reconocieron la prestación de los servicios demandados."

Sin entrar a estudiar el primer argumento aducido por el sentenciador en esa parte del fallo, pues él mismo lo considera innecesario, observa la Corte que el Tribunal aduce el de que los representantes de la sucesión demandada, en interrogatorios de posiciones, reconocieron la prestación de los servicios que se cobran, concepto que el recurrente no atacó, y por consiguiente, sostiene la sentencia en ese punto.

No se hace cargo a la sentencia con decir que incurre en causales de casación, porque no son lo mismo los motivos de casación que las causales.

Por lo que respecta a la violación del artículo 1777 del Código Civil, basta leerlo, para ver que no se refiere a la admisibilidad de la prueba testimonial; y en cuanto al 2054 del Código Civil, no viene al caso, porque él se refiere a contratos para la confección de una obra material de que aquí no se trata.

Termina la demanda de casación sobre el quebrantamiento del artículo 2543 del Código Civil, que dice:

"Prescribe en dos años la acción de los mercaderes, proveedores y artesanos, por el precio de los artículos que despachan al menudeo. La de los dependientes y criados por sus salarios. La de toda clase de personas, por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente, como posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc."

Para fundar el cargo, dice el recurrente que, "razonando como lo ha venido haciendo sobre la posible aplicación de las leyes sobre arrendamiento de servicios al presente caso, resulta claramente violado el artículo 2543 del Código Civil citado. Al obrar en contra de él fue violado por el fallo.....

"Implica, además,—sigue diciendo el autor del recurso—manifiesto error de derecho al sostener el Tribunal que la prescripción de servicios se cuenta desde el día en que dejaron de prestarse. Consiste el error en que si han pasado, como aquí sucede, diez años desde la fecha del acto o contrato, solamente puede reclamarse el precio de los servicios anteriores en dos años a la demanda; los prestados durante los primeros ocho años, por no haberse reclamado en tiempo, son asimilados a 'servicios viejos' y cobijados por la prescripción. Al disponerlo así la ley, obra con justicia, pues es de presumir que si durante dos años el sirviente o mayordomo no formuló reclamo alguno sobre salario, era porque estaba dispuesto a servir gratuitamente, o porque, como aquí sucede, estimaba dicho mayordomo compensados sus servicios con los beneficios que de su patrón o patrona recibió."

La Corte encuentra fundado este cargo en cuanto al error de derecho en que incurrió el Tribunal, al decir que la prescripción se cuenta desde que dejaron de prestarse los servicios, porque no hay disposición legal que autorice dicho concepto, sino el de que la prescripción de la acción se cuenta desde que la obligación se hace exigible, como lo establece el artículo 2535 del Código Civil, lo que es distinto de lo dicho por el Tribunal. En este punto debe, pues, casarse el fallo.

Para resolver en instancia, se considera:

Si, como se vio atrás, el fallo se fundó para reconocer los servicios demandados, en el principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otro, principio que en cuanto a la prescripción o extinción de la acción que por él se reconozca, no tiene reglamentación especial en el Código Civil, hay que aplicar en ese sentido, por mandato del artículo 8° de la Ley 153 de 1887, las disposiciones legales que regulen materias o casos semejantes. Y no hay duda de que la disposición aplicable, como que regla materia semejante, es la del artículo 2543 del Código Civil. En ella se habla de servicios que se prestan por dependientes y criados, periódica o accidentalmente, y fija la prescripción de la acción en dos años, la que se cuenta, como dice el artículo 2535 del Código Civil,

desde que la acción se hace exigible. Esta exigibilidad ocurría cada año en el caso, por tratarse de servicios en predios rústicos, en su mayor parte. De modo que según esto los demandantes, como cesionarios de Rubén Campos, sólo tienen derecho a cobrar los servicios prestados por éste a la señora de Villarraga, primero del año de mil novecientos diez y seis a octubre de mil novecientos veinticinco; y como el recurrente limitó su demanda a que se descontara el valor del servicio en ocho años, únicamente, deben reconocerse también los prestados desde de octubre del año de mil novecientos veinticuatro a octubre de mil novecientos veinticinco.

Procede ahora a examinar la demanda de casación formulada por la parte demandante. El apoderado del actor, al interponer el recurso ante el Tribunal, invoca —como quedo dicho— la causal primera de casación; pero al fundarlo ante esta Superioridad, alega la primera y la segunda de dichas causales, establecidas en el artículo 2° de la Ley 169 de 1896.

Se entra a estudiar en primer término la causal segunda.

En el capítulo 3° de la demanda de casación, y con apoyo en esta causal, se acusan como violados por el Tribunal los artículos 836 y 843 del Código Judicial.

Para fundar su acusación, dice el demandante recurrente que "el Tribunal violó estas disposiciones al abstenerse de apreciar y fallar sobre la cuantía o monto de la indemnización demandada, y al remitir a las partes, sin ser el caso, a un juicio sumario respectivo de tales puntos, prescindiendo de elementos cuyo mérito probatorio ha debido reconocer, y procediendo a dictar el fallo como si no existieran. También las violó, al estimar en los pasajes transcritos y en otros de la parte motiva del fallo, y disponer en su parte resolutiva que para fijar el monto de la indemnización debida a Campos, hay que tener en cuenta y deducir o descontar el valor de la alimentación y alojamiento recibidos por Campos en casa de la señora de Villarraga durante la prestación de los servicios, porque ninguna de las partes ha pedido en forma y tiempo oportunos que se haga semejante deducción, ni la parte demandada ha contrademandado por el valor de aquellas cosas, ni ha pedido que se descuenten, ni es el caso de hacerlo.

"La sentencia recurrida —concluye el cargo— no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, por haberse resuelto en ella sobre puntos que no han sido objeto de la controversia, y haberse dejado de resolver sobre algunos que sí lo han sido, como la fijación en el juicio del valor de la remuneración demandada."

La Corte considera:

Cierto que el Tribunal se abstuvo de reconocer la suma de tres mil seiscientos pesos ($ 3,600) demandados como valor de los servicios, y que fue también la que los peritos fijaron durante el juicio; pero ello no quiere decir que el sentenciador se abstuviera de fallar el punto materia de la litis, con lo cual incurriera en la causal 2ª, sino que para él carecía de mérito probatorio el dictamen pericial aducido sobre el particular. Si en la apreciación de esta prueba incurrió en error, éste es materia de la causal primera, pero no de la segunda. El reparo por esta causal es, pues, inadmisible. Pero como también se acusa la sentencia por mala apreciación de la prueba pericial, con fundamento en la causal primera, se pasa a considerar ese reparo con apoyo de esta última causal.

En dos capítulos desarrolla el recurrente la acusación que hace a la sentencia por la primera causal. En el primero de ellos sostiene que el Tribunal viola los artículos 541, 651 y 656 del Código Judicial y los artículos 77 y 79 de la Ley 105 de 1890, y que, además, incide en errores de hecho y de derecho.

Para demostrar la violación de los citados artículos, dice el recurrente que no habiendo mediado estipulación sobre el valor de los servicios prestados por Campos a la señora Escobar de Villarraga, a fin de establecer su valor, pidió la parte actora su determinación por medio de peritos.

Al rendir éstos su dictamen —arguye el recurrente— tuvieron en cuenta las pruebas traídas al juicio sobre la prestación de los indicados servicios, la calidad e importancia de ellos, la consagración y honradez desplegadas por Campos mientras vivió al lado de la Villarraga.

Los peritos, con evidente acierto —sigue diciendo el autor del recurso— equipararon esos servicios a los que prestan los administradores de fincas rurales, porque en realidad, además de otros menesteres, fueron esas las funciones que desempeñó Campos. La dirección de los trabajos agrícolas exige conocimientos de agricultura, y el cuidado y manejo de ganados requieren versación en la industria pecuaria. Los quehaceres en una casa de campo son, entre otros, el cuidado y arreglo de las herramientas y máquinas de labranza, de los graneros, de los frutos recolectados, etc. Por eso conceptúan los peritos que Campos debe ganar un salario mensual mínimo de treinta pesos libres; que en la sabana de Bogotá, donde prestó sus servicios, no hay individuo medianamente capaz que se obligara a prestarlos por menos de un peso libre, diario. Los expertos tuvieron en cuenta únicamente el precio mínimo, el más exiguo que puede pagarse por esa clase de servicios, ya que cualquier cocinera de casa acomodada ganaba en esa época un salario mayor de treinta pesos libres.

De lo dicho se deduce —arguye el recurrente— que por medio del dictamen pericial ha quedado comprobado el hecho 9° de la demanda.

El Tribunal apreció mal la prueba pericial —dice el autor del recurso— como se deduce de estos pasos de su sentencia:

"En la demanda el demandante estima los servicios prestados por Campos en la suma de tres mil seiscientos pesos moneda corriente, computándolos a razón de trescientos sesenta pesos anuales, o treinta pesos mensuales. Sobre el particular, en primera instancia hizo practicar un dictamen pericial, y los peritos estuvieron acordes en dicha estimación. Sin embargo, el dictamen carece de mérito probatorio, porque los peritos limitáronse a verificar un avalúo caprichoso, omitiendo fundarlo en razones aceptables. Además, hay nuevo factor que puede modificar la cuantía de la indemnización, y que los peritos dejaron de tener en cuenta, a saber: el valor aproximado de la alimentación y alojamiento dados a Campos durante el tiempo de la prestación de los servicios.

"Por tanto, la sentencia no puede contener la orden de pago de una cantidad líquida. Esta cantidad deberá deducirse previos los trámites de un juicio sumario, cuyo fin sea únicamente fijar el monto de la remuneración debida a Campos."

Al estimar el Tribunal —dice el recurrente— que el dictamen pericial carece de mérito probatorio, incurrió en los siguientes errores de hecho:

a) Olvidó el Tribunal que los expertos fundaron su dictamen en las pruebas traídas al proceso y en otras razones concluyentes.

b) Olvidó también el sentenciador que el avalúo que él estima caprichoso, es el más bajo y moderado, si se tiene en cuenta la calidad e importancia de los servicios sometidos a tasación, que habrían sido más elevados si se estimar por su precio corriente.

c) Asimismo olvida que el dictamen pericial reúne todos los requisitos legales para formar plena prueba, no objetada por la contraparte en cuanto al monto de la cuantía fijada; pues la única objeción que le hizo uno de los demandados, desechada por el Juez, se refiere al elemento ilustrativo y comparativo usado por los peritos al fundar su dictamen. Esto, por otra parte, no adolece de ningún desacierto por exceso en la apreciación ni por otra causa, porque es notoriamente moderado.

d) El Tribunal, al decir que los peritos dejaron de tener en cuenta el valor de la alimentación y alojamiento suministrados a Campos por la Villarraga, olvida que los expertos apreciaron únicamente el valor o precio libre de la remuneración reclamada, esto es, el valor no sujeto a deducciones, exento de cualquier erogación invertida en la subsistencia de Campos.

El error de derecho se hace consistir en que el Tribunal desconoció el valor probatorio del dictamen pericial, fallando el pleito como si tal prueba no se hubiera allegado a los autos, con lo cual viola las disposiciones atrás citadas, como también el artículo 79 de la Ley 105 de 1890, porque el sentenciador desecha arbitrariamente la prueba pericial, sin examinar las razones que la sustentan.

El segundo capítulo de la demanda de casación está intimamente relacionado con el anterior, y en él apenas se acusa la sentencia de haber violado el artículo 11 de la Ley 32 de 1921, por indebida aplicación al caso del pleito, ya que sin razón—dice el recurrente—el Tribunal remite a las partes a un juicio sumario para fijar la cuantía de la indemnización, desestimando arbitrariamente la prueba pericial.

La Corte halla fundados los motivos que se dejan expuestos, alegados por el recurrente en apoyo de la causal primera, porque el Tribunal, para desechar el dictamen pericial y declararlo carente de mérito probatorio, ha debido expresar las razones que para ello tuviera, analizando detenidamente el dictamen rendido por los expertos y las demás pruebas del proceso, cosa que no hizo.

"Para que el Juez o Magistrado pueda preferir su propia estimación a la de los peritos avaluadores—ha dicho la Corte—es necesario que concurran tres condiciones conjuntamente:

"1ª Que se tomen en consideración las razones en que funden su dictamen los peritos.

"2ª Que se tengan en cuenta las demás pruebas legales del proceso; y

"3ª Que se expresen los motivos de la determinación judicial.

"Si falta alguna de estas circunstancias, la estimación del Juez o Magistrado no subroga legalmente la de los peritos." (Casación de 29 de julio de 1913. Tomo XXIII, 153, 2ª).

Es, pues, casable en ese punto también la sentencia recurrida, y no hay necesidad de considerar los demás cargos. Para dictar la de instancia, se considera:

El dictamen de los peritos a que se ha hecho referencia, rendido el quince de julio de mil novecientos veintinueve, ante el Juez de la primera instancia, dice textualmente:

"Encontramos comprobado con el testimonio de los señores José María Valbuena, Justiniano Sierra, Belisario Plazas, Emiliano Grillo y Tiberio C. Rubio, personas todas honorables de la localidad, lo siguiente: que don Rubén Campos acompañó y prestó sus servicios personales a la señora Mercedes Escobar de Villarraga, por más de diez años continuos, hasta el fallecimiento de ésta, ocurrido el primero de octubre de mil novecientos veintiséis, en la dirección y ayuda de los trabajos y labores agrícolas, ejecutados en los predios de dicha señora, cuidado de ganados, cobro de cánones de arrendamiento e intereses, faenas y quehaceres caseros y cuidados y atenciones prodigados a aquella señora, y que el señor Campos desplegó siempre el mejor celo y consagración y esmero deseable, en la prestación de los servicios mencionados y los cuidados y atenciones para la anciana señora fueron prodigados con el respeto y miramiento debidos.

"El administrador o mayordomo de fincas rurales, a cuyo trabajo como tal se agregan otros servicios constantes, como los enunciados ya, debe ganar un salario mensual mínimo de treinta pesos libres, porque no podría aceptarse que ganara menos de un peso diario en la prestación de esos servicios. En la sabana de Bogotá, donde prestó los anotados servicios el señor Campos a la señora Mercedes, no habría persona medianamente capaz que se obligara a prestar servicios, como los prenombrados, por un precio menor de un peso libre diario. Por ello estimamos, según nuestro leal saber y entender, que los servicios prestados por el señor Rubén Campos a la señora Mercedes Escobar de Villarraga, en diez años, contados desde el primero de octubre de mil novecientos diez y seis hasta el primero de octubre de mil novecientos veintiséis, valen tres mil seiscientos pesos ($ 3,600), o sea un sueldo de treinta pesos ($ 30) mensuales, en ciento veinte meses."

Los servicios en que avaluaron los peritos durante el lapso de diez años, comprendido entre el primero de octubre de mil novecientos diez y seis y el primero de octubre de mil novecientos veintiséis, plenamente acreditados con los testimonios de José Valbuena, Justiniano Sierra, Belisario Plazas, Emiliano Grillo y Tiberio C. Rubio, consistieron: "en la dirección y ayuda en los trabajos y labores agrícolas ejecutados en los predios de la nombrada señora (la Escobar de Villarraga), cuidado de los ganados, cobro de cánones de arrendamiento e intereses, faenas y quehaceres caseros, y cuidados y atenciones prodigados a aquella señora." Además de estos servicios, Campos prestó a la Villarraga cuidados y atenciones personales con el debido respeto.

Se tiene, pues, que los servicios personales sometidos a avalúo, son varios y de distintas clases. Los peritos sólo quisieron avaluar especialmente los prestados por Campos como administrador de las fincas de la Villarraga, pero también tuvieron en cuenta e incluyeron en su estimación los demás de que se ha hecho mérito, llegando a la conclusión de que los considerados por ellos no pueden valer menos de treinta pesos mensuales libres, como salario mínimo.

Advierten los expertos que la remuneración de los mencionados servicios, a razón de un peso libre diario, o treinta mensuales, es la menor, la más exigua. Con la expresión, salario mensual libre, en que insisten, quisieron significar, a no dudarlo, que ese salario no debería estar sujeto a deducción alguna.

Si a los servicios prestados se agregan otros que se dice prestó también Campos, la estimación, en cuanto al precio mensual de ellos, no puede desatenderse.

No era el caso de remitir a las partes a otro juicio sumario para fijar el monto del valor de los servicios, porque los que el Tribunal encuentra plenamente acreditados fueron regulados por un precio mínimo, advirtiendo los expertos que el salario de un peso diario, o treinta pesos mensuales, debe ser libre, esto es, deducción previa del valor de subsistencia y alojamiento suministrados a Campos, únicos puntos sobre los cuales hacen fe los testimonios de varios testigos de la parte demandada. No puede, pues, sostenerse, como lo afirma el Tribunal, que el dictamen en referencia no tuviera en cuenta el descuento previo de aquellos valores; ni como lo dice la parte recurrente demandante, se pidió en tiempo que se descontaran.

Pero, como atrás se dijo, al resolver el recurso de la parte demandada, los cesionarios de Campos sólo tienen derecho al pago de los servicios prestados por Campos en dos años, comprendidos entre el veintiséis de octubre de mil novecientos veinticuatro a la misma fecha del año de mil novecientos veintiséis, a razón de treinta pesos mensuales; por estar prescrita la acción para reclamar los anteriores, a la cantidad de setecientos veinte pesos ($ 720) debe limitarse el reconocimiento materia del juicio.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia de fecha veintiséis de mayo de mil novecientos treinta y uno, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este juicio, y en su lugar resuelve:

1ª Condénase a la sucesión de la señora Mercedes Escobar de Villarraga, representada por sus herederos Adolfo e Isaura Escobar, Manuel Sánchez, Jacinto, Demetrio e Isaías Ramírez, a pagar a los señores Benjamín y Neftalí Padilla, Balbina Bulla de Campos, mujer viuda, y Carmen Campos de de la Torre, casada con Heliodoro de la Torre, como cesionarios de Rubén Campos, la suma de setecientos veinte pesos, como valor de los servicios prestados por Campos a la señora Escobar de Villarraga, durante dos años.

2ª Declárase prescrita la acción para el cobro del valor de los demás servicios, y por ello se absuelve a la sucesión de la expresada señora.

3ª Declárase no probadas las demás excepciones perentorias propuestas por los demandados.

4ª No se hace condenación en costas, ni en primera ni en segunda instancia.

5ª No hay costas en el recurso de casación.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

JUAN E. MARTÍNEZ.—**Tancredo Nannetti.—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Ante el Juez del Circuito de Convención, el señor Praxedis Molina presentó contra su hermano Juan C. Molina la siguiente demanda:

"Demando por la vía ordinaria a Juan C. Molina, de este vecindario, residente en el Corregimiento de Brotaré, para que por sentencia definitiva se declare que está obligado a presentar, y liquidar conmigo, las cuentas de las operaciones ejecutadas y realizadas por él, como administrador de la sociedad comercial que de hecho establecimos él y yo, con asiento en dicho Corregimiento de este Municipio, desde el año de mil novecientos cuatro, en la explotación del negocio de mercancías, transporte de carga a lomo de bestias, cría de ganado mayor, potreros de pastos artificiales, posesiones agrícolas y casas de habitación, aportando yo, desde su iniciación y en el curso de los negocios, la suma de seiscientos setenta pesos ($ 670) oro, representada así: ciento cincuenta pesos ($ 150), en una bestia de silla; trescientos, en un terreno ubicado en jurisdicción del Municipio de Convención, vendido a Saturnino Montejo; ciento veinte, en el valor de ocho reses mayores, que yo tenía en poder de Eloy Serrano y las recibió él (Juan C. Molina), y cien, en el valor de una casa ubicada en el Municipio de González, vendida a Domingo Portillo, y que pagó con un buey y un mulo del servicio de carga, y otros aportes que haré ver oportunamente, cuyas utilidades serían divisibles por mitad, habiendo aportado él su industria. Y a que una vez hecha la respectiva distribución, transferirme el dominio de los bienes raíces que me pertenecen, cuyas existencias generales continúa administrando en su poder, con excepción de las bestias mulares que teníamos al servicio, que las dividimos en el año de mil novecientos veinticinco, y el ganado hembra que teníamos en el Municipio de Aguachica, quedando pendientes veintidós reses (machos), que no quiso dividirlas con mi recomendado Cristóbal Molina, manifestándole que lo iba a poner en potrero para partirlo gordo, con el que tenemos en el Municipio de La Gloria, y hasta la fecha no me ha dado cuenta ni participación de los bienes que ha realizado, ni de las deudas que ha recaudado; cuyos bienes hubo, fomentó y cultivó con fondos de la Compañía de que se trata, y son las siguientes, además de los que él ha dispuesto: un potrero denominado **El Tren**, ubicado en el Corregimiento de Brotaré, de esta jurisdicción, con casa de habitación, pesebrera y cercado de alambre de púas, alinderado así (aquí los linderos); dos casas en la Calle de Tescua, del mismo pueblo, construídas de tierra apisonada, madera y tejas (aquí los linderos respectivos de las dos casas)."

Fundó esta acción en los hechos siguientes:

"1º Que es cierto que desde el año de mil novecientos cuatro, Juan C. Molina y yo establecimos de hecho la asociación de negocios de que trata este libelo, en participación, por partes iguales en la explotación del comercio de toda clase de mercancías, transporte de carga a lomo de bestias, cría de ganado mayor, potreros de pastos artificiales, posesiones de campo agrícolas y casas de habitación.

"2º Que es cierto que desde la iniciación de dicha Compañía, y en el curso de sus negocios, yo aporté la suma

de seiscientos setenta pesos oro, representada así: ciento cincuenta, en una bestia de silla, aperada; trescientos, en un terreno ubicado en jurisdicción del Municipio de Convención, vendido a Saturnino Montejo; ciento veinte, en el valor de ocho reses (ganado mayor), que yo tenía en poder de Eloy Serrano, y las recibió Juan C. Molina, y otros valores más, que oportunamente reclamaré, y él aportó su industria.

"3° Que es cierto que desde que se dio principio a los negocios ya mencionados, Juan C. Molina los ha administrado, y en su poder continúan, con excepción de las bestias mulares que teníamos del servicio de la Compañía, que a mediados del año de mil novecientos veinticinco las dividimos, y el ganado hembra que teníamos en el Municipio de Aguachica, quedando pendientes de éste veintidós reses del ganado macho, que él no quiso dividirlas con mi recomendado Cristóbal Molina, manifestándole que las iba a empotrerar para partirlas gordas con el que tenemos en el Municipio de La Gloria.

"4° Que es cierto que Juan C. Molina, como administrador de la Sociedad expresada, y con fondos de ésta, compró varios bienes raíces, los fomentó y cultivó, y los frutos naturales y civiles los ingresaba en el fondo común y prestaban el servicio, y eran considerados por él, y el vecindario de aquel Municipio en general, como de propiedad de aquella Compañía, las mismas descritas en este libelo, y otras más.

"5° Que es cierto que con excepción de las bestias mulares, que las dividimos en el año de mil novecientos veinticinco, y el ganado hembra que teníamos en el Municipio de Aguachica, él ha continuado administrando todos los bienes, derechos y acciones de la referida Compañía; y

"6° Que es cierto que ha estado disponiendo de varios bienes de dicha Compañía, recaudado deudas, y hasta la fecha no me ha dado cuenta ninguna, ni participado nada de lo cobrado."

Como razones de derecho expuso las que a continuación se transcriben:

"I. Que consecuentes los hechos que dejo expresados con lo estatuído en el artículo 2322 del Código Civil, la aludida asociación constituye una comunidad singular entre Juan C. Molina y yo, y consecuencialmente una especie de cuasicontrato, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 2323 ibidem, en concordancia con el 34 de la Ley 57 de 1887, nos da derecho a cada uno, del mismo modo que el de los socios, en el haber social, puesto que se trata de un hecho voluntario ejecutado entre ambas partes, cuya sociedad también reconoce el artículo 463 del Código de Comercio; y

"II. Que las circunstancias a que se contraen los hechos aludidos, manifiestan de modo inequívoco que Juan C. Molina adquirió aquellos bienes por cuenta de la referida Sociedad, por lo cual debe entenderse que contrató por cuenta de ésta (segundo miembro del artículo 2120 ibidem), por ende, en el valor de tales bienes está representado el derecho que sobre éstos le demando, así como el de facultad de pedir que se haga la liquidación respectiva (artículo 2083 ibidem).

"Estimo esta acción en cantidad mayor de ochocientos pesos oro, cuya causa califica la Corte Suprema de Justicia de sociedad de hecho (número 627, Gaceta Judicial de 1925, tomo XXXI), y su tramitación ordinaria la previene el artículo 148 de la Ley 40 de 1907."

Contestó el señor Juan C. Molina rechazando la acción, negando los hechos y oponiendo estas excepciones:

"Nulidad de la obligación.

"Esta defensa está reconocida por el artículo 479 del Código Judicial y el 472 del Código de Comercio, y la fundo en el hecho de que la Sociedad es nula, porque no existe escritura social de su constitución, pues siendo consensual el contrato de compañía, debe probarse como lo determinan los artículos 91 a 94 de la Ley 153 de 1887, esto es, por escrito, o con la confesión de las partes, y ni una ni otra forma de prueba existen, no obstante que se trata de cuantía de más de $ 300.

"Consecuencia de ello es también que el señor Praxedis Molina no puede considerarse socio, legalmente hablando; y bien he podido oponer excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería, pero al no haberlo hecho, en pro de la brevedad de este camorroso debate, espero que el señor Juez declare en la sentencia definitiva la excepción de **carencia de acción o falta del derecho que se reclama**, pues así lo solicito desde ahora, juntamente con la declaratoria de nulidad antes referida, en cuanto hace relación al contrato."

Adelantado el juicio en primera instancia, el Juez lo falló así:

"Absuelve a Juan C. Molina de los cargos que contiene la demanda de Praxedis Molina, origen de este fallo, declarando, como declara, probadas las excepciones perentorias de 'nulidad de la obligación' y 'carencia de acción' o 'falta del derecho que se reclama.'"

El Tribunal Superior de Pamplona confirmó la sentencia del Juez, acogiendo algunas razones de la parte motiva de ese fallo y aduciendo otras nuevas.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el personero del demandante.

Como tal recurso fue declarado admisible, procede la Corte a resolverlo.

El Tribunal reconoce que entre los hermanos Molinas existió una sociedad de hecho, pero le niega el derecho a Praxedis de exigirle cuentas a Juan C., porque no se ha demostrado que éste fuera el administrador de la Sociedad.

El autor del recurso alega las causales primera y segunda de casación, reconocidas por el artículo 2° de la Ley 169 de 1896. Con relación a esta última sostiene que el fallo no está en concordancia con las peticiones oportunamente deducidas en la demanda, puesto que el actor pidió que se declarase que el demandado "está obligado a presentar y a liquidar conmigo las cuentas de las operaciones ejecutadas y realizadas por él," y la sentencia absuelve al demandado no sólo de la obligación de rendir cuentas, sino de concurrir con el actor a la liquidación de la Sociedad, que el sentenciador reconoce que existe entre los dos litigantes.

Observa la Corte que habiendo sido la sentencia absolutoria, hay que entender que abarcó todos los términos del litigio, y que, por lo mismo, no cabe alegar que fue deficiente el fallo. Así lo tiene resuelto la Corte en varias decisiones.

En lo tocante a la primera causal, acusa el autor del recurso la sentencia por error de hecho, que aparece de modo evidente en los autos, y que indujo al Tribunal a quebrantar el artículo 2083 del Código Civil, el cual da derecho a cada uno de los socios de una sociedad de he-

cho, para pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que hubiere aportado.

En efecto —dice el recurrente— el Tribunal sostiene que no se ha demostrado que Juan C. Molina fuera administrador o gestor de los negocios en que se ocupaba la Sociedad, desconociendo con ello la prueba que resulta de las cartas escritas por Juan C. Molina a su hermano, reconocidas bajo juramento, en donde aparece que sí manejaba los negocios de la Compañía.

Enumera luégo esas cartas, y las comenta así:

"Carta de 8 de enero de 1925.

'Estimado Praxedis:

'Es cierto que todos nuestros negocios son en compañía, y nada niego de eso. **Para yo pagar las deudas de nuestro negocio, con dinero que don Celso me dé**, tiene que quedar el dinero representado en una finca. (Subrayo lo que en estas confesiones revela que el demandado manejaba los negocios de la compañía de hecho). Por esta razón es que don Celso no ha querido **darme dinero**; me dijo que **él me daba el dinero siempre que lo trabajara separado de la Compañía**.....'

"En carta de nueve de mayo (folio 19), el demandado consignaba:

'No tengo porqué llevarte cuenta separada de los gastos.....'

"En esto y en lo anterior, aparece nítida la confesión de que Juan C. Molina era quien manejaba las operaciones y llevaba las cuentas de las mismas.

Además, agregaba:

'Obdulio me dio $ 50; Julio, $ 50, y con algo más que reuní, le mandé a Arsenio los $ 156.'

'Para mandarle a Emiro los $ 100, mandaré vender dos cargas de café a Gamarra, con Ramón Pérez. Puedes comprar una letra con diez días de plazo, y se la mandas a Emiro.

'Las reses me las llevo todas para Simaña, a lo que engorden partiremos las nuestras, si no quieres que las siga atendiendo todas por nuestra cuenta.'

"Carta número 6, reconocida judicialmente.

'El lunes irá Manuel A. Castro con unas cargas de ajos, de fletes y de nosotros, para la venta de tres a cuatro cargas, para que **las venda y me traiga el dinero**. Manuel A. regresará, caso de encontrar un buen flete, para Gamarra; **con él puedes mandarme dos cargas de sal.**'

"Carta número 8.

'Cuando lleguen los arrieros a ésa, como no traerán sal, con ellos me mandas dos cargas de sal, una arroba de queso, algo de rancho, y los sacos. Cuando baje, compraré en mayor número la sal.'

"En todas estas declaraciones se ve claro que Juan C. Molina era quien hacía los pedidos de mercancías, se encargaba de los despachos, hacía las compras y las ventas, despachaba arrieros y bestias con cargamentos, enviaba los ganados de la Sociedad para engordarlos en **Simaña**, y ejecutaba, en fin, operaciones propias de administrador.

"En las posiciones de segunda instancia, después de reconocer todos sus papeles y cartas exhibidos por el actor, declara el demandado:

'Que es cierto que durante los años de mil novecientos cuatro a mil novecientos veinticinco, algunos cargamentos, no todos, del comercio de Barranquilla, despachados para Praxedis Molina, **los recibía en Brotaré el declarante, dando al expendio las mercancías** (el confesante quiso explicar esta confesión agregando que era por compras a su socio, de esos cargamentos, que los recibía y expendía, recibiendo el demandante los pagos, aun cuando esos cargamentos traían esta marca: **Molina Hermanos**).'

"Estas pruebas y otras del proceso demuestran que el demandado era quien manejaba los negocios entre los dos socios, y que el actor casi siempre se concretó a suministrar elementos para la Sociedad y su propio crédito, pero el Tribunal hizo caso omiso de tan importante prueba, incurriendo así en error de derecho."

Considera la Corte que, dada la existencia de la sociedad de hecho que el Tribunal reconoce como demostrada en algunas de las aseveraciones de Juan C. Molina, hechas en las cartas, cuyo extracto en lo pertinente se deja copiado, es indudable que el socio expresado administró algunos negocios de esa Sociedad, y que si bien no puede considerarse como administrador o gestor único de ella, como acertadamente lo expresa el sentenciador, no es el caso de absolverlo de la demanda, pues que el artículo 2083 del Código Civil da derecho a cada uno de los miembros de una sociedad de hecho para pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar lo que hubiere aportado.

El Tribunal incurrió, pues, en error manifiesto de hecho, al desconocer la prueba que aparece de las cartas reconocidas por Juan C. Molina, de las cuales aparece que él manejó algunos de los negocios de la sociedad de hecho formada con su hermano Praxedis Molina, y violó con ello el artículo 2083 del Código Civil, al desconocer el derecho que asiste a este último para pedir que su hermano Juan C. Molina presente las cuentas y la liquidación de las operaciones realizadas por él como administrador de la sociedad de hecho, advirtiendo que si bien no aparece probado que fuera él el único administrador de todas las operaciones de esa Sociedad, sí lo fue de algunas, y sobre ellas debe versar la rendición de cuentas, que es base imprescindible de la liquidación de la Sociedad.

Si el demandante pidió más de lo que es debido, esto es, si la demanda hubiera de entenderse en el sentido de que la rendición de cuentas se dirige a considerar a Juan C. Molina como único administrador de la sociedad de hecho, lo cual no aparece demostrado, no por ello debe negarse la liquidación de las operaciones de esa Sociedad y la rendición de cuentas respectivas en los negocios sociales en que obró como administrador, pues a ello da derecho el artículo 273 del Código Judicial, que regía cuando se instauró la demanda. Si el demandante pidiere más de lo que se le debe, el Juez sólo le declarará el derecho a lo que probare que se le debe.

Por tanto, habrá de casarse la sentencia.

Para dictar la que debe reemplazar a la del Tribunal, considera la Corte que está demostrada la sociedad de hecho que existió entre el demandante Praxedis Molina y su hermano Juan C. Molina, para la explotación de negocios de mercancías, transporte de carga a lomo de bestias, cría de ganado mayor; que no puede precisarse el tiempo durante el cual existió esa sociedad de hecho; que Juan C. Molina administró algunos de esos negocios, y que no aparece comprobado que fuera el gestor de todos; que tampoco está demostrado el aporte hecho a ella por el demandante, ni la adquisición de bienes raíces por

la Compañía; que Juan C. Molina está obligado a presentar las cuentas de los negocios que administró, para liquidar con su hermano Praxedis Molina las operaciones referentes a esa administración.

El demandado propuso la excepción de nulidad de la Compañía, porque no existiendo escritura social, su omisión, a la luz de la disposición citada, produce nulidad absoluta entre los socios; pero a esto se observa que no se ha demostrado que los contratantes tuvieran el carácter de comerciantes, y si bien algunos de los fines de la Compañía, según se expresa en la demanda, eran de índole comercial, otros, como la fundación de posesiones agrícolas y la adquisición de fincas raíces, no tienen ese carácter.

De manera que no puede sostenerse que la Compañía fuera comercial, para que tenga aplicación el artículo 472 del Código Civil.

A lo cual puede agregarse que, precisamente, cuando existe esa nulidad, no por ello quedan eximidos los socios de proceder a la liquidación de las operaciones anteriores, conforme al artículo 472 del Código de Comercio, que armoniza perfectamente con el artículo 2083 del Código Civil, el cual, precisamente, prevé el caso de formaciones de sociedades de hecho, que no pueden subsistir legalmente como contrato alguno. En ambas disposiciones, la del Código de Comercio y la del Código Civil, está consignado el principio de equidad de la liquidación, para que cada socio recupere lo que le pertenece.

Como consecuencia de la excepción de nulidad, alega el demandado la de carencia de acción o falta del derecho que se reclama, ya que no podría considerarse al señor Praxedis Molina legalmente como socio.

Observa la Corte que como no ha prosperado la primera excepción, tampoco tiene asidero la segunda, que es consecuencial.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Pamplona el diez y nueve de septiembre de mil novecientos treinta y uno, revoca la de primera instancia, y en su lugar resuelve:

1º Juan C. Molina está obligado, en el término de sesenta días, contados desde la ejecutoria del auto en que se manda cumplir esta sentencia, a presentar las cuentas de las operaciones que realizó como socio de la compañía de hecho que formó con su hermano Praxedis Molina, y a liquidar con éste dichas cuentas.

2º Absuélvese a dicho Juan C. Molina de los demás cargos de la demanda.

3º No están probadas las excepciones propuestas.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese esta sentencia en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ—**Tancredo Nannetti**—**Francisco Tafur A.**—**Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado 7º del Circuito de Bogotá, María Elena y Ester Bernal promovieron demanda ordinaria contra Zalatiel Pérez G., para que se hicieran estas declaraciones:

"1ª Que en la celebración del contrato que consta en la escritura número 2327, de fecha veintitrés de octubre de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá, contrato en virtud del cual el demandado Pérez adquirió de Alberto Morales París las dos casas contiguas, de tapia y teja, que determinamos en el punto petición siguiente, dicho demandado no obró por sí mismo o en su propio nombre, sino como mandatario nuestro, y por ende, en nuestra representación.

"2ª Que, en consecuencia, y por cuanto la adquisición que en la citada escritura número 2317, de veintitrés de octubre de mil novecientos veinticuatro, pasada ante el Notario 2º de este Circuito, aparece haciendo para sí el demandado Pérez, fue hecha para nosotras y por cuenta nuestra, y en todo caso con dinero y haberes de nuestra propiedad, nos pertenece a nosotras la propiedad de las dos fincas objeto de ella, que son las siguientes: dos casas contiguas, de tapia y teja, junto con los lotes de terreno en que se encuentran edificadas y sus correspondientes solares, situadas en la carrera octava de esta ciudad de Bogotá, barrio de Las Cruces, marcadas con los números veintiocho y treinta, que antes formaban una sola casa, con dos tiendas para la calle, las cuales casas están alinderadas en general así: por el Sur, con casa y solar de los herederos de Tomás Baquero, hoy de la señora Mónica de Quijano; por el Norte, con casa de Avelina Macharaviaya, en parte, y en parte, con casa de los herederos de Mercedes Torres; por el Oriente, en parte, con la finca de Mónica de Quijano, antes de Avelina Rojas de Romero y otros, y en parte, con propiedad de Jesús Pedraza, y por el Occidente, con la carrera octava, en parte, y en parte, con propiedad de los herederos de Mercedes Torres.

"3ª Que el demandado Zalatiel Pérez G. debe otorgarnos, en el término que usted al efecto le señale, y con las formalidades legales, la correspondiente escritura pública de transmisión de dominio de las dos casas dichas, determinadas en el punto precedente, y entregarnos las mismas dos casas libres de hipotecas, embargos, condiciones resolutorias de dominio y de todo gravamen.

"4ª Que el mismo demandado debe pagarnos el valor de los frutos civiles y naturales de las referidas dos casas, desde que él las tiene en su poder, y no sólo los que haya percibido sino los que las casas hubieran podido producir manejadas con mediana inteligencia y cuidado.

"5ª Que en todo caso se declare que las susodichas casas, por los linderos expresados en el punto segundo, son de nuestra exclusiva propiedad, y en consecuencia, se obligue al demandado a entregárnoslas con sus frutos, en el término que se le fije en el fallo."

Subsidiariamente pidieron se condenara al demandado a pagarles, en el término legal, lo siguiente:

"a) El valor de los bienes raíces que vendió a nuestro nombre, y obrando como nuestro apoderado en virtud del poder que le conferimos para ello ante el Notario de Tensa, por medio de la escritura número 88, de fecha tres de marzo de mil novecientos veinticuatro.

"b) El valor de varios créditos nuestros que fueron cobrados por él, obrando como nuestro apoderado en virtud del mandato que conferimos por medio del citado instrumento número 88 de mil novecientos veinticuatro, ante el Notario de Tensa, créditos cuyo valor percibió el demandado de los señores Antonio Forero y Gregorio Roa, y que ambos valían setecientos pesos.

"c) Los intereses del producto de las ventas de nues-

tras propiedades, verificadas por él, y del valor de los créditos que cobró a nuestro nombre, desde el día en que verificó tales ventas y recibió el valor de los créditos, hasta aquel en que se nos haga el pago o restitución.

"d) La suma de cuatro mil pesos moneda corriente, o la que en el curso del juicio se compruebe, de acuerdo con las reglas legales, como valor de los perjuicios que el demandado nos ha causado por no haber cumplido sus deberes de mandatario nuestro."

También pidieron se le condenara en costas.

Los hechos en que se apoya la demanda son:

"1º Por medio de la escritura número 88, otorgada el tres de marzo de mil novecientos veinticuatro ante el Notario de Tensa (Boyacá), conferimos poder general al demandado Zalatiel Pérez G. para pleitos y negocios, y lo facultamos para agenciar y llevar a cabo la venta de las varias fincas de nuestra propiedad que allí se enuncian, y las que en lo sucesivo adquiriéramos, para permutar y enajenar a otros títulos los mismos bienes, para hipotecarlos, etc.

"2º En ejercicio de dicho poder, Zalatiel Pérez G. vendió bienes de nuestra propiedad por medio de las siguientes escrituras públicas: la número 274, otorgada en el Municipio de Tensa, de fecha doce de junio de mil novecientos veinticuatro; la número 224, de fecha quince de mayo de mil novecientos veinticuatro, otorgada en el Municipio de Tensa; la número 455, de doce de agosto de mil novecientos veinticuatro, firmada en el Municipio de Caragoa; la número 2318, de veintitrés de octubre de mil novecientos venticuatro, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá; además, vendió otros bienes nuestros.

"3º Zalatiel Pérez, en ejercicio del mismo poder, cobró varios créditos nuestros, y recibió el valor de ellos, a los señores Gregorio Roa y Antonio Forero, por la cantidad de ochocientos pesos, y otros.

"4º Zalatiel Pérez G., con el dinero que recibió en pago de los créditos de que hablamos en el hecho anterior, y con el producido de las ventas que hizo de fincas y bienes de nuestra propiedad, compró las casas situadas en la carrera octava de esta ciudad, y de que tratan las cinco peticiones principales de que trata esta demanda; y tanto esto es así, que al vendedor de dichas casas, señor Alberto Morales París, le dio en parte de pago una de las fincas nuestras, según consta en la escritura subsiguiente a la de compra que él le hizo a dicho señor Morales París.

"5º Hasta la fecha, no obstante ser nosotras las dueñas verdaderas del citado inmueble de la carrera octava de esta ciudad, por haber sido comprado con dinero de nuestra propiedad y para nosotras, el señor Pérez se ha negado a entregarnos dicha finca.

"6º El mismo Pérez no ha cumplido el deber moral y legal de darnos cuenta de sus gestiones, ni de entregarnos lo que nos corresponde de las fincas y bienes nuestros que vendió como nuestro apoderado. Nada nos ha entregado por estos respectos.

"7º Es obvio que al conferirle el poder de que venimos tratando, no hicimos al señor Pérez cesión de nuestros bienes, ni lo autorizamos para que tomara para sí el dinero producto de ellos, ni para que con ese mismo producto adquiriera otros para él, sino para nosotras, como nuestro mandatario que era.

"8º En todo caso, Pérez está obligado a pagarnos o devolvernos lo que recibió para nosotras, como nuestro apoderado, y a indemnizarnos de los enormes perjuicios que nos ha causado, como que hoy nos tiene reducidas a la miseria."

Como fundamento de derecho de la acción, se citan las disposiciones contenidas en los Títulos 12 del libro 2º, y 33 y 34 del libro 4º del Código Civil y sus concordantes.

El demandado se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas, y contestó los hechos así:

"El primero: es cierto.

"El segundo: es cierto en cuanto a las ventas verificadas por las escrituras públicas que en él se mencionan, pero no lo es, y lo niego en la parte que dice: 'además, vendió otros bienes nuestros.'

"El tercero: es cierto que cobré el crédito contra Antonio Forero, y recibí la suma de seiscientos cincuenta y nueve pesos. Pero no es cierto, y por lo tanto lo niego, que haya cobrado el crédito contra Gregorio Roa.

"El cuarto: lo niego rotundamente, por no ser cierto.

"Tampoco es cierto el hecho quinto, y por lo mismo lo niego rotundamente.

"Niego igualmente el hecho sexto, por no ser cierto.

"El séptimo lo contesto así: las demandantes no me hicieron cesión de sus bienes, ni yo pretendí ni pretendo tal cosa, ni me he quedado con nada que sea de ellas, ni he adquirido bienes de ninguna especie para ellas.

"El octavo: lo niego, por no ser cierto, puesto que no sólo no les debo a las demandantes dinero alguno, sino que ellas me salen a deber, como lo probaré en el curso del juicio."

En sentencia de fecha dos de octubre de mil novecientos veintiocho, el Juez de la causa condenó al doctor Zalatiel Pérez G.:

"1º A pagar a las señoritas María Elena y Ester Bernal, dentro de seis días, la cantidad de dos mil cinco pesos ($ 2,005) moneda corriente.

"2º A pagar a las mismas los intereses legales de dos mil pesos ($ 2,000), desde el veintiséis de octubre de mil novecientos veinticuatro hasta cuando se verifique el pago; y

"3º A pagar a las mismas señoritas los intereses legales de cinco pesos, desde el diez y seis de marzo de mil novecientos veinticinco, hasta cuando se verifique el pago."

Absolvió al demandado de los demás cargos de la demanda.

Por apelación de ambas partes, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de fecha veintinueve de septiembre de mil novecientos treinta y uno, "reforma la sentencia apelada en la forma siguiente:

"1º Absuélvese al demandado de las condenaciones pedidas como principales en la demanda.

"2º Condénase al doctor J. Zalatiel Pérez Gutiérrez a pagar a las señoritas María Elena y Ester Bernal, seis días después de notificada esta sentencia, la suma de cuatro mil quinientos doce pesos ($ 4,512) moneda corriente; y

"3º Condénase al demandado a pagar los intereses del mencionado saldo, desde que quede constituido en mora (artículo 2182 del Código Civil).

"No se hace condenación en costas."

El demandado interpuso casación. El recurso fue de-

clarado admisible por la Corte en auto de abril veinticinco de mil novecientos treinta y dos.

El recurso se apoya en la causal primera del artículo 2° de la Ley 169 de 1896.

Primer motivo.

"Acuso la sentencia—dice el recurrente—por violación de la ley sustantiva, proveniente de error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, por errónea interpretación y aplicación indebida de la ley al caso del pleito, y por haber dejado de aplicarle disposiciones pertinentes. La sentencia quebrantó directamente los artículos 946, 947, 952, 955 y 971 del Código Civil, por interpretación errónea e indebida aplicación al caso del pleito.

"Las peticiones principales y subsidiarias se encaminan a que se declare que son dueñas y debo entregarles, o las casas números 28 y 30 de la carrera 8ª de esta ciudad, con sus frutos desde que las tengo en mi poder, porque diz que las adquirí no para mí sino como mandatario de ellas y con dinero de su propiedad, o el valor de bienes raíces y de créditos que realicé como su mandatario, y de los intereses y perjuicios correspondientes.

"La propia sentencia asienta, por lo que respecta a las casas números 28 y 30, que las adquirí para mí, y no como mandatario de las Bernal, y por lo que respecta a fincas de las actoras, reconoce que fueron vendidas, y su valor, como el de algunos créditos percibidos por mí. De suerte que no tratándose de restitución de cuerpos ciertos que estén en mi poder, y fueran o hubieran sido de propiedad de las actoras, sino de exigirme el saldo que les resulte por administración del mandato que me dieron, o los perjuicios en su caso, no procede la acción de dominio deducida en juicio y que sirvió de fundamento a la sentencia."

Se considera:

De acuerdo con la ley y con la jurisprudencia constante y uniforme de la Corte, el recurrente debe tener interés en que se infirmen las declaraciones hechas por el Tribunal. Cuando ese interés no existe, cuando no ha habido agravio, el recurso es improcedente e improcedentes los cargos.

El recurrente fue favorecido en la sentencia que se estudia, en cuanto fue absuelto de las peticiones de la demanda principal, la cual se apoyó en el Título 12 del Código Civil, título en el cual están incorporadas las disposiciones en que se basa este cargo. Como las declaraciones de la sentencia, en lo concerniente a la acción reivindicatoria o de dominio, claramente le favorecen, la acusación es improcedente.

"Como el recurso de casación se dirige también, aunque de modo secundario, a enmendar los agravios causados a las partes, se deduce que donde no hay agravio no hay parte legítima en casación." **(Jurisprudencia de la Corte, tomo I, número 188).**

"El recurso de casación no puede prosperar cuando el recurrente no sufre agravio con la sentencia acusada, ni cuando la infracción de las leyes en que lo funda no le perjudica." (Ibidem, tomo II, número 102).

"No infiere agravio al demandado la sentencia que lo absuelve de la acción reivindicatoria, por estimar probada la excepción de prescripción adquisitiva, y en consecuencia, carece de derecho para acusar en casación ese fallo por razón de omisiones." (Ibidem, tomo III, número 151).

"Como uno de los objetos del recurso de casación es reparar los agravios que la sentencia haya inferido al derecho del recurrente, es claro que el recurso no es procedente si no aparece el agravio manifiesto." (Ibidem, número 152).

Segundo motivo.

"Acuso la sentencia—dice el recurrente—por violación de los artículos 2181, 2182 y 2183 del Código Civil, por no haberlos aplicado al caso del pleito, siendo, como son, aplicables.

"Si el Tribunal hubiera aplicado estos artículos correctamente, me habría absuelto de los cargos de la demanda, desde luégo que de autos aparece que a la presente acción no ha precedido cuenta alguna, y por lo mismo no hay base para precisar la cuantía del derecho del uno y del otro de los contratantes, porque esa cuantía debe estar representada por el saldo que arroje la cuenta."

Se considera:

Este punto no se discutió en las instancias, y es medio nuevo. La Corte ha declarado en todo tiempo que los medios nuevos son improcedentes en casación. Además, la excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido, que es la que contempla la acusación, no se ha debatido en el juicio. El recurrente no la alegó, y las sentencias de primera y segunda instancia nada dicen sobre ella.

"Es doctrina jurídica, que se deriva de la naturaleza especial del recurso de casación, y que ha sido establecida por esta Corte en numerosos fallos, la de que no pueden ser objeto de tal recurso cuestiones que no se hayan debatido en las instancias del juicio, y que en este recurso no pueden introducirse medios nuevos, o sea traer a discusión extremos que no hayan sido objeto del debate." **(Jurisprudencia de la Corte, tomo II, número 265).**

El cargo es improcedente.

Tercer motivo.

"Acuso la sentencia por error evidente de hecho en la apreciación de la demanda. Tanto de las peticiones del libelo como de los hechos que la sustentan resulta, con la sola vista de esas piezas, que la acción intentada fue la de reivindicación, como lo expuse en las razones que adujo en apoyo del motivo primero de esta acusación. De manera que esa acción, y únicamente ella, es la que debía resolver el sentenciador, absolviendo, si quería aplicar rectamente los preceptos que la regulan, de los cargos de la demanda.

"Pero el Tribunal, lejos de concretarse a fallar la acción de dominio analizada, decide la demanda como dirigida a obtener la condenación por saldos provenientes de la administración del mandato que me dieron las señoras Bernal. En efecto: después de una larga e innecesaria exposición, tendiente a estudiar pruebas de distinto orden y de aceptar o rechazar las que demuestran la entrega de dinero que hice a las mandantes inmediatamente que los recibía de terceros, sienta y sintetiza el fundamento de la decisión en el siguiente párrafo:

'Como el señor Pérez G. recibió de las distintas operaciones que verificó, para liquidar los bienes de las Bernal, la suma total de once mil ciento sesenta y nueve pesos con setenta centavos, queda a su contra un saldo de cuatro mil quinientos doce pesos.'

"Este error de hecho llevó al sentenciador a incidir en el consiguiente de derecho, y a quebrantar, por lo mis-

mo, los artículos 946, 947, 952, 955 y 971 del Código Civil, por no haberlos aplicado rectamente al caso del pleito, para decidirlo negativamente; los 2181, 2182 y 2183 de la misma obra, en cuanto por su aplicación indebida me condenó como responsable de saldos provenientes de una cuenta que no se ha presentado; los 1369 a 1383 del Código Judicial, entonces vigente; 146, 147 y 148 de la Ley 40 de 1907, por no haberlos aplicado al caso del pleito, siendo aplicables."

Se considera:

Al absolver el juzgador al demandado de las peticiones principales, legalmente tenía que considerar las peticiones subsidiarias. Esto fue lo que hizo el Tribunal. La acusación carece en absoluto de base.

En el cargo primero se estudió lo referente a la violación de los artículos 946, 947, 952 y 971 del Código Civil. En el cargo segundo se consideró lo concerniente a los artículos 2181, 2182 y 2183 del Código citado, disposiciones concordantes con los artículos 1368 a 1383 del Código Judicial antiguo, y relativas a la tramitación del juicio de cuentas.

El cargo es improcedente.

Cuarto motivo.

"Acuso la sentencia—dice el recurrente—por error evidente en la estimación y apreciación de la prueba que constituyen los recibos que obran en el cuaderno 3º a los folios 22 a 31; los recibos 1º a 4º del folio 32; el 5º del folio 33, de dineros entregados por Senén Chaves; el 3º del folio 33 vuelto, de dinero entregado por A. Forero, y el 4º del mismo folio 33 vuelto, de dinero entregado por Isaías Pinzón. Estos recibos acreditan un total de $ 2,395-10, que entregué a las Bernal en ejecución del mandato, y que el sentenciador dejó de computar y agregar a la cantidad de $ 6,657-60, que reconoce como pagado por mí a las actoras.

"La Sala sentenciadora hizo caso omiso de la prueba plena que constituyen esos recibos, y dejó de computar las cantidades de que ellos tratan; de consiguiente, aparece de bulto y evidente el error de hecho que denuncio.

"Este error de hecho llevó al sentenciador a incidir en el correspondiente de derecho, consistente en no dar a esa prueba el valor que tiene ante la ley, y a quebrantar directamente los artículos 1761 y 1769 del Código Civil; 536, 568, 691 del Código Judicial, entonces vigente, y 72 de la Ley 105 de 1890."

Se considera:

Dice el Tribunal:

"María Elena Bernal reconoció las firmas puestas al pie de los recibos; pero sólo aceptó diez, y respecto a los demás, dijo que no recibió los dineros a que se refieren. Esta modificación no fue comprobada, y, por tanto, deben tenerse como reconocidos.

"Ahora, de los recibos presentados, y de que se viene haciendo referencia, en unos está claramente indicada la procedencia y relación con el mandato, pero en otros nada se dijo, por consiguiente, no pueden tenerse en cuenta, máxime cuando en las posiciones que María Elena Bernal absolvió en la segunda instancia, y aun en algunos de los recibos consta la afirmación de que entre las partes mediaron otros negocios distintos de los del mandato escriturario, como el de dar alimentación y pieza al doctor Pérez y su sobrino, arrendamiento de un local; manejo de dineros dados por las Bernal antes del mandato, etc.; y consta, además de las declaraciones de Valerio González y Clodomiro Romero, que María Elena Bernal entregó al doctor Pérez sumas de dinero procedentes de las ventas de los terrenos efectuadas por el mandatario.

"De acuerdo con lo anterior, se tienen en cuenta los recibos que hacen referencia al mandato y operaciones consiguientes a éstas, a saber:

"Recibo, folio 30, cuaderno número 3º, vuelto: documento e intereses que debía Manuel Camargo.....$	150 ..
"Recibo, folio 31, de 31 de diciembre de 1926.	10 ..
"Recibo, folio 33, procedente de Manuel Ramírez.....	15 ..
"Recibo, folio 33, procedente de Isaías Pinzón.	120 ..
".....	1,000 ..
"..... Amelio Bernal.....	800 ..
"..... 33 vuelto..... de compañía de vaca, Antonio Forero, e intereses de Manuel Camargo.	52 60
"Recibo del folio 33 vuelto, procedente del señor Barreto.....	1,000 ..
"Recibo del folio 33 vuelto, procedente de Amelio Bernal.....	1,200 ..
"Recibo del folio 33 vuelto, procedente de Desposorios López.....	31 ..
"Recibo procedente de R. M. Barreto.....	600 ..
"Suma total.....$	6,657 60

"Como el señor Pérez G. recibió de las distintas operaciones que verificó para liquidar los bienes de las Bernal, la suma total de $ 11,169-60, queda en su contra un saldo de $ 4,512 moneda corriente.

"El módico porcentaje del 20 por 100 que cobra el doctor Pérez como comisión por la liquidación y venta de los bienes de las Bernal, y que fue estipulado en esa cuantía, no puede descontarse, porque no ha sido demandado, y por idéntica razón, nada puede resolverse en relación con los reclamos de alimentación, alojamiento, honorarios médicos y drogas que el doctor Pérez exige a las Bernal.

"En materia de pruebas, es prerrogativa exclusiva del sentenciador el apreciarlas soberanamente; en ello entra como elemento supremo su propio criterio, digno de especial respeto, al aplicar la ley. Sólo en caso de error evidente podrá ser modificado el fallo y revocada aquella apreciación." (Casación, julio 16 de 1918, XXVII, 12, 2ª).

Nota del Relator:

"Esta doctrina ha sido constante en la Corte, como puede verse en los números 282, 3254 del tomo I; 136 y 141 del tomo II de la **Jurisprudencia.**", **(Jurisprudencia de la Corte, tomo III, número 230).**

La lectura de los pasajes transcritos, tomados del fallo del Tribunal, patentiza que no existe en la sentencia recurrida error evidente en la apreciación de los recibos en referencia.

El cargo es infundado.

Quinto motivo.

"Acuso la sentencia—dice el recurrente—por error de hecho evidente y error de derecho en la estimación y apreciación de las siguientes pruebas:

"La cláusula d) de la escritura número 88, de tres de marzo de mil novecientos veinticuatro, de la cual ya hice mención, y que contiene el mandato que originó este

pleito. El error consiste en que el Tribunal hizo caso omiso del contenido de aquella cláusula en la estimación de los recibos a que se contrae la acusación del motivo anterior.

"De la escritura 224, de quince de marzo de mil novecientos veinticuatro, ante el Notario de Tensa, instrumento en el cual se consignó la venta que por dos mil pesos hice a nombre de mis mandantes y a favor de Isaías Pinzón, de un terreno en Miraflores. Allí consta que del precio de ese terreno recibí de contado mil pesos, y los mil pesos restantes quedaron con seis meses de plazo. Este último contado es el de que trata el recibo 4º del folio 33 vuelto, que la sentencia no computó. Proviene el error de que el sentenciador hizo caso omiso del contenido de aquella escritura, y eso lo llevó a desechar el recibo.

"En los mismos errores cayó la sentencia al pasar por encima de la declaración de Antonio Forero en relación con el recibo número 3º del folio 33 vuelto. Forero declara que me entregó el veinticuatro de septiembre de mil novecientos veinticuatro, seiscientos sesenta pesos, como mandatario de las Bernal, procedentes de dinero que les debía con garantía hipotecaria. Corre esa declaración al folio 26 del cuaderno 2º.

"Los errores de hecho y de derecho a que se contrae este motivo fueron causa de que el fallo quebrantara, por falta de aplicación, siendo aplicables al pleito, los artículos 606 y 681 del Código Judicial vigente entonces."

Se considera:

Dice así la cláusula d) de la escritura 88, de tres de marzo de mil novecientos veinticuatro:

"Para que exija, cobre y perciba cualesquiera cantidades de dinero y de otras especies que se adeuden a las poderdantes, expida los recibos y haga las cancelaciones correspondientes."

En la sentencia no se desconocen las facultades otorgadas al recurrente por la cláusula transcrita.

En ningún pasaje de la sentencia niega el Tribunal el valor probatorio de la escritura 224, de quince de marzo de mil novecientos veinticuatro, en la cual consta la venta por dos mil pesos hecha por el recurrente a Isaías Pinzón. Antes, por el contrario, el Tribunal reconoce, fundado en tal escritura y en otras pruebas, que el comprador pagó al recurrente el precio de la venta.

Lo concerniente al valor probatorio de los recibos, ya se trató en el cargo precedente.

Queda demostrado, por ende, que el Tribunal no violó el artículo 606 del Código Judicial, puesto que no desconoció el valor probatorio de las escrituras a que alude el cargo. Tampoco violó el artículo 681 del mismo Código, cual lo sostiene el recurrente. Con arreglo a esta disposición, la declaración de un solo testigo no constituye plena prueba. El sentenciador legalmente no podía estimar como probados los hechos sobre que declara Antonio Forero, por ser testigo único.

El cargo es infundado.

Motivo sexto.

"Acuso la sentencia —dice el recurrente— por error de hecho, que aparece de modo evidente en los autos, en la apreciación que hizo del recibo del folio 30 del citado cuaderno 3º, y que acredita el dinero que entregué a las mandantes, procedente del documento del señor Manuel Camargo.

"Ese recibo aparece por $ 156, y sin embargo, la sentencia no computa sino $ 150. El error de hecho llevó al sentenciador al consiguiente de derecho, que también denuncio, y a quebrantar por no haberlos aplicado al caso del pleito, siendo aplicables, los artículos 1761 del Código Civil y 691 del Código Judicial."

Se considera:

Es manifiesto el error numérico en que incidió el Tribunal. La sentencia recurrida se casará parcialmente, con el único y exclusivo objeto de enmendar tal error.

Motivo séptimo y último.

Expresa el recurrente:

"Acuso la sentencia por error de derecho en la apreciación de las declaraciones de los señores Pedro P. Cervantes, Guillermo Uribe Cualla, Enrique Llamas, Juan N. Mora, Clodomiro Romero, María Ortega de Téllez, Francisco Martínez R., Graciliana Perilla viuda de Robayo y Carlos Julio Ortega, en cuanto se les dio el mérito probatorio de que carecen, para justificar las providencias del señor Juez a quo y del señor Magistrado sustanciador, en la segunda instancia, por las cuales se decidió no recibir las posiciones que, como pruebas de mi parte, pedí fueran absueltas dentro del juicio por Ester Bernal.

"Las declaraciones de los tres primeros, como médicos, se recibieron fuera de juicio y no se ratificaron dentro de él, y aun cuando se hubieran ratificado, esos testimonios no constituyen el dictamen de peritos que la ley requiere para decidir de la capacidad o estado mental de un individuo.

"Tocante a las de los otros declarantes se hallan, como las primeras, rendidas dentro de un juicio que no es el que la ley determina para los fines antes indicados.

"Erró también de derecho el Tribunal al dar valor a los proveídos del señor Juez y del señor Magistrado, acabados de citar, para llegar a la conclusión de que Ester Bernal es una persona idiota e incapaz.

"El error en que me ocupo llevó al Tribunal a violar, por no haberlos aplicado, siendo aplicables, los artículos 615, 638, 651, 658, 1449 a 1460 del Código Judicial; 553, inciso 2º, y 1503 del Código Civil; y por errónea interpretación y aplicación indebida, los 446, 447, 452, 459 del Código Judicial; 47 y 48 de la Ley 105 de 1890."

Se considera:

El cargo se refiere a un incidente del juicio, definitivamente resuelto por el Tribunal. El recurrente pidió, entre otras pruebas, que absolviese posiciones Ester Bernal, a lo cual accedió el Tribunal, según consta en auto de ocho de junio de mil novecientos veintinueve. El apoderado de las demandantes pidió reforma de tal auto en lo tocante a las posiciones que se ordenó que absolviera Ester Bernal. En auto de catorce de junio del año mencionado, el Tribunal negó la reforma solicitada, quedando ejecutoriado el fallo. Este lo funda el Tribunal en el pasaje que se copia en seguida:

"La prueba decretada en el numeral V del auto de ocho de junio de los corrientes debe practicarse, pues no está probado que la señorita Ester Bernal esté actualmente imposibilitada para absolver posiciones, y, por otra parte, la ley no presume legalmente esa imposibilidad, mientras no conste en autos que la presunta absolvente se halla en interdicción judicial. Si al momento de practicar la prueba, el Magistrado ve la imposibilidad de hacerla, resolverá lo que fuere conducente." (Cuader-

no de pruebas del demandado, número 7, páginas 4 y 7 vuelto).

El Tribunal se abstuvo de interrogar en posiciones a Ester Bernal, fundado en las razones que constan en la siguiente diligencia:

"En Bogotá, a veinte de junio de mil novecientos veintinueve, se presentó en el Despacho del Tribunal Superior del Distrito Judicial, siendo la hora señalada, la señorita María Ester Bernal, con el objeto de absolver las posiciones que se le pidieron. Al proceder el suscrito Magistrado, por ante el Secretario del Tribunal, a recibirle la promesa legal a la absolvente, observó que ésta es persona que no tiene discernimiento preciso sobre las cosas que se le preguntan, pues sus respuestas son incoherentes, y menos tiene noción acerca de la gravedad del juramento, como se puso de presente al hacérsele varias preguntas relacionadas con el pleito en el cual se le han pedido las posiciones; todo lo cual hace ver que es imposible interrogarla sobre los puntos de que tratan las posiciones en cuestión. En tal virtud, el suscrito Magistrado se abstiene de abrir el pliego de posiciones, y de acuerdo con él interrogar a la absolvente, porque sería inútil esta diligencia." (Cuaderno citado, folio 14 vuelto).

En atención a lo expuesto atrás, es patente que el Tribunal no reconoció valor probatorio legal a las declaraciones a que alude el recurrente, y que el cargo es infundado.

En virtud de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, el día veintinueve de septiembre de mil novecientos treinta y uno, y en su lugar decide:

1ª Absuélvese al demandado de las condenaciones pedidas como principales en la demanda.

2ª Condénase al doctor J. Zalatiel Pérez Gutiérrez a pagar a las señoritas María Elena y Ester Bernal, seis días después de notificada esta sentencia, la suma de cuatro mil quinientos seis pesos ($ 4,506) moneda corriente.

3ª Condénase al demandado a pagar los intereses del mencionado saldo, desde que quede constituído en mora (artículo 2182 del Código Civil).

4ª Sin costas en el recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Urbana Tovar demandó a Polonia Eloisa Argüelles de Muñoz para que se declarara:

"I. Que la señora Polonia Eloisa Argüelles de Muñoz no tiene la calidad de hija natural de la señora Remigia Argüelles.

"II. Que la referida señora Polonia Eloisa Argüelles, no tiene la calidad de hermana natural del señor Juan Crisóstomo Julio Argüelles Alcázar.

"III. Que la mentada señora Eloisa Argüelles de Muñoz, no tiene el carácter, como hermana natural, ni a ningún título, de heredera del señor Julio Argüelles, ya mencionado.

"IV. Que la partida de nacimiento de Polonia Eloisa Argüelles sirve para establecer la filiación de dicha señora, tanto respecto del padre como de la madre que fueron Remigia Argüelles y Juan Antonio de Alcázar.

"V. Que Polonia Argüelles procede de dañado y punible ayuntamiento habido entre Juan Antonio Alcázar y Remigia Argüelles.

"VI. Que por las anteriores razones, la demandada no concurre con la cónyuge sobreviviente señora Urbana Tovar, a la sucesión del señor Julio Argüelles, ni tiene derecho a intervenir en ella, ni a la adjudicación de bienes de la referida sucesión.

"VII. Que se declare que la señora Urbana Tovar es esposa legítima del señor Julio Argüelles y como tal tiene derecho a intervenir como única interesada en el referido juicio de sucesión del señor Julio Argüelles y a que se le adjudiquen los bienes, ya como gananciales ya como heredera de Argüelles.

"VIII. Que se declare sin ningún valor ni efecto legal el fallo del señor Juez 1º de este Circuito de Ambalema, de fecha treinta y uno de marzo de mil novecientos veinticinco, en cuanto declaró a Polonia Eloisa Argüelles heredera legítima de Julio Argüelles, en su condición de hermana natural de éste, y el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, de fecha diez y seis de junio del corriente año, en cuanto declara a Polonia Eloisa Argüelles, sin perjuicio de tercero, heredera de Julio Argüelles, en su condición de hermana natural de éste.

"IX. Que se declare que las providencias a que se refiere el punto anterior no hacen tránsito a cosa juzgada y no perjudican el derecho de la cónyuge sobreviviente mi mandante, señora Urbana Tovar de Argüelles, en la sucesión de su esposo Julio Argüelles, por tratarse de una declaratoria sumaria sin perjuicio de tercero."

La demandada contradijo la demanda y contrademandó para que se fallara:

"I. Que la demandada Urbana Tovar o Moreno no tiene el carácter de cónyuge legítimo, sobreviviente, del señor Julio Argüelles, como quiere hacer aparecer de la partida de matrimonio sentada irregularmente por un cura párroco de Lérida, el día veintiuno de marzo de mil novecientos veinticinco.

"II. Que carece, por tanto, la demandada Urbana Tovar o Moreno de título o derecho para figurar como parte en el juicio de sucesión de Julio Argüelles.

"III. Que queda, en consecuencia, sin valor legal ni efecto jurídico el reconocimiento de cónyuge que en ella hizo el señor Juez 1º del Circuito de Ambalema, sumariamente en auto de fecha tres de abril de mil novecientos veinticinco.

"IV. Que mi poderdante Eloisa Argüelles de Muñoz es heredera legítima de su hermano natural el señor Julio Argüelles, sin perjuicio de tercero.

"V. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, la demandada Urbana Tovar o Moreno está en la obligación de restituir a los herederos de Julio Argüelles, dentro del término que usted señale, los bienes hereditarios que se hallaren en su poder, tanto corporales como

incorporales, y los aumentos que esos bienes hayan tenido desde que están en poder suyo.

"VI. Que la señora Tovar o Moreno es ocupante de mala fe y está obligada a las prestaciones correspondientes a tal carácter de ocupación.

"VII. Que la demandada debe pagar las costas de este juicio y las del principal."

El Juez falló:

"Demanda principal.

"1ª Declárase probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la señora Urbana Tovar.

"2ª No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones pedidas en la demanda principal ordinaria, promovida por Urbana Tovar, por medio de apoderado, contra la señora Polonia Eloisa Argüelles de Muñoz con fecha diez y seis de septiembre de mil novecientos veintisés, que ha sido materia de este juicio, excepto la cuarta declaración únicamente en cuanto a que la partida de nacimiento de Polonia Eloisa Argüelles sirve para establecer la filiación de esta señora solamente respecto de su madre natural señora Remigia Argüelles.

"Demanda de reconvención.

"1ª La señora Urbana Tovar o Moreno no tiene el carácter de cónyuge sobreviviente del señor Julio Argüelles.

"2ª La señora Urbana Tovar o Moreno no tiene derecho para figurar como parte en el juicio de sucesión de Julio Argüelles, como cónyuge sobreviviente de éste.

"3ª No tiene valor legal ni produce efectos jurídicos el reconocimiento de cónyuge sobreviviente de Julio Argüelles, hecho a favor de la señora Urbana Tovar por el señor Juez 1º del Circuito de Ambalema, en auto de fecha tres de abril de mil novecientos veinticinco, proferido en el juicio de sucesión por causa de muerte de Julio Argüelles.

"4ª La señora Polonia Eloisa Argüelles de Muñoz es heredera del señor Julio Argüelles, en su calidad de hermana natural, sin perjuicio de terceros.

"5ª No es el caso de hacer esta declaración.

"6ª No es el caso de hacer esta declaración.

"7ª Condénase a la señora Urbana Tovar a pagar las costas de este juicio, las que serán tasadas en la forma legal."

El Tribunal de Ibagué confirmó en todas sus partes el fallo anterior y contra él se interpuso recurso de casación que se estudia por haberse ya admitido.

El apoderado de Urbana Tovar acusa ante la Corte la sentencia del Tribunal por varios extremos que no se considerarán en su totalidad porque prosperan los siguientes:

Primer capítulo. Violación de los artículos 346, 347, 348, 349 y 351 del Código Civil; 22 de la Ley 57 de 1887, y 79 de la Ley 153 de 1887, la cual se hace consistir en que tratándose de averiguar si Polonia Eloísa Argüelles es hermana natural de Julio Argüelles, el sentenciador, advirtiendo que no se habían acompañado las respectivas partidas de bautizo de los dos presuntos hermanos, conceptuó que ellos tenían entre sí ese carácter porque así lo habían reconocido los litigantes.

Es evidente la violación apuntada.

Es constante jurisprudencia de la Corte que el estado civil de las personas está sometido para su comprobación, a determinadas pruebas, que de modo taxativo señala la ley, y entre estos modos de comprobación no está la confesión de las partes o su asentimiento.

No se acompañaron ni las partidas eclesiásticas, ni las civiles que llevan los Notarios, como lo reconoce el sentenciador, ni siquiera se trató de demostrar por prueba supletoria ese estado, si es que la condición de hijo natural admite como prueba la posesión notoria de ese estado.

También prospera la acusación por violación de las citadas disposiciones a consecuencia del error de hecho en que incurrió el sentenciador, al apreciar la prueba del parentesco natural entre Polonia y Julio Argüelles, cual es el asentimiento de los litigantes, y al respecto se expresa así:

"El Tribunal sostiene que Polonia Eloísa Argüelles no es hija de dañado y punible ayuntamiento de Remigia Argüelles, y deduce que, por lo tanto, es hija natural de ésta. Pero esa deducción no está respaldada en los autos, porque no aparece comprobado que Polonia sea hija de Remigia. El Tribunal concluye también en dicha sentencia que Julio Argüelles es hermano natural de Polonia Eloísa Argüelles, por no ser ésta ni aquél hijos adulterinos; pero además de que esta conclusión no procede, según se vio ya, tampoco está demostrado en autos que Julio Argüelles hubiera sido hijo de Remigia.

"Si el Tribunal se basa en el asentimiento de las partes, ya se vio y demostró que el estado civil de las personas no se demuestra con esa clase de asentimientos, sino por los medios indicados en la ley.

".....Sentando que en los años de 1874 a 1876, según la legislación del extinguido Estado del Tolima, la calidad de hijo natural se adquiría por el mero hecho del nacimiento, del parto, establecido este factor de derecho, habría sido necesario establecer dos factores de hecho, a saber: que Polonia Eloísa fue hija de Remigia y que nació entre los años de 1874 a 1876, para deducir si quedaba o nó cobijada con la reforma que en el Estado del Tolima se hizo al Código Civil del Estado de Cundinamarca. Estos dos factores precisamente, que darían una solución positiva en derecho, son los que faltan y sobre los cuales no paró mientes el Tribunal de Ibagué en la sentencia acusada.

"Pero si se volviera a objetar que el Tribunal de Ibagué tuvo en cuenta, como es la verdad, la copia de una declaratoria de heredera de Polonia Eloisa Argüelles, como hija natural de Remigia Argüelles, además de los argumentos expuestos arriba en contra de semejante tesis, injurídica a todas luces, podría refutarse victoriosamente con la misma doctrina sentada por la Corte Suprema en varios fallos, entre ellos el de treinta y uno de mayo de mil novecientos trece, en que sostiene muy sabiamente que en un juicio ordinario de petición de herencia no debe apreciarse, como prueba del parentesco que debe establecerse, la sentencia dictada en un juicio sumario de declaratoria de herederos; la cual, aunque ejecutoriada, no funda la excepción de cosa juzgada. De manera que si fuera plena la prueba se incurriría en petición de principio. Esta doctrina es aplicable al caso que se contempla."

Ya se ha visto que la confesión no es prueba para de-

mostrar el estado civil de las personas, y si bien puede admitirse la ley del extinguido Estado del Tolima que le daba el carácter de madre natural a la mujer que hubiera tenido hijos fuera del matrimonio, es lo cierto que habría que demostrar que los hijos de Remigia Argüelles, Polonia Eloísa y Julio, habían nacido durante la vigencia de esa legislación y que ambos tenían por madre a la propia Remigia, pero no se ha demostrado de ninguna manera que en el presente litigio se hayan llenado esas condiciones, pues no se sabe en qué años nacieron Polonia y Julio, ni si estos individuos nacieron de la misma madre.

A esto no puede replicarse, como lo anota el recurrente, que ese parentesco fue reconocido por un auto de declaración de heredera de Polonia de su madre Remigia, porque ese auto no hace tránsito a cosa juzgada, ya que en este juicio ordinario se discute el estado civil de Polonia.

Igualmente se ataca el fallo por el quebrantamiento de los artículos 50 y 79 de la Ley 153 de 1887; 17 y 22, Ley 57 de 1887, por cuanto el Tribunal no le reconoció valor a la partida eclesiástica acompañada para demostrar el matrimonio católico de Julio Argüelles y Urbana Tovar, ya que el sentenciador, no podía, dice el recurrente, entrar a examinar si esa partida y el matrimonio que ella acredita, estaba expedida con arreglo a las normas civiles y si el matrimonio se había o nó celebrado con todos los rituales del sacramento.

La partida reza:

"El infrascrito sacerdote, certifica:

"Que en el libro de matrimonios correspondiente al año de 1906 y siguientes, hacia la página 252, se encuentra una partida que copiada dice así:

"Número 39. En la parroquia de Lérida, a veintiuno de marzo de mil novecientos veinticinco, yo, el Vicario Ecónomo, oído el testimonio jurado de los testigos Pastor A. Lezama y Ana Rosa Ramírez, doy fe de que el día cuatro de marzo de mil novecientos catorce, contrajo matrimonio en **Malabrigo**, vereda de esta parroquia, y en su casa de habitación, Julio Argüelles Alcázar con Urbana Tovar.

"Los casó el Reverendo Padre Felipe Moisés González, en tiempo de misiones.

"En constancia firman los testigos conmigo.

"**Pastor A. Lezama—Ana Rosa Ramírez—Fray Valencia**

"Hay una rúbrica.

"Expedida en Lérida a veintitrés de diciembre de mil novecientos veintinueve.

"**A. Rodríguez Castro**, presbítero."

También prospera este capítulo de acusación. No les es permitido a los funcionarios del orden judicial entrar a averiguar si una partida eclesiástica relativa al estado civil, llena las formalidades prescritas por la ley canónica, porque eso sería invadir jurisdicción ajena, ni menos si un matrimonio ha sido celebrado con el lleno de las formalidades canónicas, porque ambas legislaciones, la civil y la eclesiástica, son independientes, constitucionalmente hablando, y la una no puede inmiscuirse en el círculo de la otra.

Reconocida la validez del matrimonio católico y asimiladas las partidas eclesiásticas a actas del estado civil, la presunción de que esas partidas están de acuerdo con las leyes canónicas y que los actos que ellas testifican han sido ajustados con el pleno de esas leyes, las cobija, mientras no se demuestre su falsedad, cosa que al presente no se discute, y si esas partidas adolecen de algún defecto, o si el acto que ellas acreditan no se celebró de acuerdo con las leyes canónicas, es a la iglesia a quien toca decidir esos puntos por medio de su justicia, pero no a los Tribunales civiles.

Esta ya es jurisprudencia sentada en varias decisiones por la Corte. (Casación, 30 de junio de 1927, **Gaceta Judicial**, tomo 34, números 1765 y 1766).

Lo dicho en casación es suficiente para fundamentar la sentencia de instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero. Infírmase la sentencia del Tribunal de Ibagué, de fecha veintinueve de octubre de mil novecientos treinta y uno.

Segundo. Revócase la sentencia del Juez de Ambalema, de fecha treinta de noviembre de mil novecientos veintinueve.

Tercero. La señora Polonia Eloísa Argüelles de Muñoz no tiene la calidad de hija natural de la señora Remigia Argüelles.

Cuarto. La señora Polonia Argüelles de Muñoz no tiene el carácter, como hermana natural, ni a ningún título, de heredera del señor Julio Argüelles.

Quinto. La demandada no concurre con la cónyuge sobreviviente, señora Urbana Tovar, a la sucesión del señor Julio Argüelles, ni tiene derecho a intervenir en ella, ni a la adjudicación de bienes de la referida sucesión.

Sexto. Se declara que la señora Urbana Tovar es esposa legítima del señor Julio Argüelles, y como tal tiene derecho a intervenir como única interesada en el referido juicio de sucesión del señor Julio Argüelles, y a que se le adjudiquen los bienes ya como gananciales ya como heredera de Argüelles.

Séptimo. Se declara sin ningún valor ni efecto legal el fallo del señor Juez 1º del Circuito de Ambalema, de fecha treinta y uno de marzo de mil novecientos veinticinco, en cuanto declaró a Polonia Eloísa Argüelles heredera legítima de Julio Argüelles, en su condición de hermana natural de éste, y el fallo del Tribunal Superior de Ibagué, de fecha diez y seis de junio de mil novecientos veinticinco, en cuanto declara a Polonia Eloísa Argüelles, sin perjuicio de tercero, heredera de Julio Argüelles, en su condición de hermana natural de éste.

Octavo. Se declara que las providencias a que se refiere el punto anterior no hacen tránsito a cosa juzgada y no perjudican el derecho de la cónyuge sobreviviente, señora Urbana Tovar de Argüelles, en la sucesión de su esposo Julio Argüelles, por tratarse de una declaratoria sumaria, sin perjuicio de tercero.

Noveno. Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — **José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, aprobatoria de la partición verificada en el juicio de sucesión del señor Belisario González, interpuso recurso de casación el doctor Ernesto Valderrama Ordóñez, apoderado de los señores Rafael M. González y Primitiva Calderón.

El Tribunal negó el recurso por haber sido interpuesto después de los quince días que otorga la ley para el efecto.

Se fundó el Tribunal en que, cuando el doctor Valderrama Ordóñez interpuso el recurso, no podía ser oído en el juicio por razón de lo dispuesto en el artículo 351 del Código Judicial, ya que había sido renuente en el suministro de papel sellado para la notificación del fallo, la cual se había extendido en papel común; y cuando consignó en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel empleado en la notificación, ya habían corrido veintidós días desde la fecha en que quedó surtida tal diligencia.

Tiene resuelto este Tribunal, dice el de Bogotá, que una petición presentada por una parte a quien no puede oírse por haber incurrido en la sanción establecida en el artículo 351 del Código Judicial, no detiene la actuación, ni suspende por lo mismo los términos concedidos en el juicio.

El doctor Valderrama Ordóñez pidió reposición del auto denegatorio del recurso de casación, y en subsidio interpuso el de hecho ante la Corte.

Corresponde a ésta resolverlo.

El competente abogado que ante esta Superioridad representa a la parte recurrente, sostiene que el artículo 351 del Código Judicial fue mal interpretado por el Tribunal, pues tal disposición no establece que la parte pierda definitivamente su derecho de ser oída en el juicio, sino simplemente que se aplaza la resolución de sus peticiones hasta tanto que indemnice al Fisco, dando el doble del papel sellado que debía emplearse en la actuación, y que fue suplido por papel común.

Sostiene además que aquella disposición, de suyo incompleta, no es aplicable a las peticiones contenidas en la demanda, y en los recursos, porque de aplicarla en esos casos, se llegaría a la conclusión inaceptable de que a la parte remisa en el suministro de papel se la tendría por desistida de su demanda o del recurso interpuesto, o que habría caducado la instancia o el recurso, y el desistimiento o la caducidad sólo se producen en los casos expresamente previstos por la ley.

Considera la Corte que en asunto análogo, la Sala de Casación, reunida en pleno, por tratarse de establecer jurisprudencia en punto nuevo, interpretó, como lo hace ahora el Tribunal, el artículo 351 del Código Judicial, esto es, que cuando se ha suplido por papel común el sellado, que debe suministrar, y no ha suministrado, la parte obligada a ello, en el juicio, su renuencia le acarrea la sanción de no ser oída mientras no cumpla lo mandado en el inciso 2° del artículo mencionado, y se consideran como no presentadas o no hechas las peticiones introducidas durante el lapso de la sanción.

Dos razones condujeron a la Corte Plena de Casación Civil a sentar esta jurisprudencia. Del fallo pronunciado el veintiocho de octubre de mil novecientos treinta y dos en el recurso interpuesto por el doctor Telésforo Jiménez, para que se le concediera el de casación que interpuso contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal de Bogotá, en el juicio ordinario seguido contra Laserna & Compañía, se copian en seguida esas razones:

"Si ya ha avanzado poco o mucho la tramitación posterior, cuando la parte remisa se decide a revalidar el papel común para que se despache su petición y se le conceda el recurso, y si, como consecuencia de la una o del otro, se resuelve por el superior algo que sea incompatible con dicha tramitación, ¿queda ésta irrita? Si así fuere, se pondrá en las manos de un litigante malicioso o descuidado un medio seguro de anular el procedimiento, que a anulación equivaldría prácticamente la ineficacia sobreviniente en él."

"Si a la parte remisa se le brindara la seguridad de que con aducir su petición provenía el derecho de que el Juez se la fallara cuando a ella le viniera en talante revalidar el papel común con estampillas, le sería fácil producir la paralización indefinida del curso del negocio, en el evento de la apelación de la sentencia, a menos que la contraparte, sin hallarse obligada, costeara las estampillas a que la sanción se contrae, lo cual resultaría aberrante.

"De manera que, con la mira de eludir estos inconvenientes y procurar la firmeza de la actuación, importa adoptar la primera interpretación respecto de que la verdadera fecha (la fecha procesal, pudiera decirse), de la petición que hace la parte remisa, se entiende ser aquella en que se cumplió la revalidación con estampillas, de las hojas de papel común con que se había suplido el sellado. La parte no puede formular ninguna petición o gestión hasta que se ponga a paz y salvo con las prescripciones legales atañederas al papel sellado; tal es, en puridad, el sentido del artículo que se estudia."

Dice el autor del recurso que este último inconveniente puede obviarse señalando a la parte remisa el término dentro del cual debe hacer la indemnización, y puesto que ese término es necesario para que la disposición no resulte ineficaz, y no ha sido señalado por la ley, debe ser fijado por el Juez, de acuerdo con el artículo 366 del Código Judicial; pero a esto se observa que teniendo por objeto el artículo 351 del Código Judicial, evitar la demora y retardo en los juicios por la falta de papel sellado, según reza la exposición de motivos, la sanción impuesta a la parte renuente de no ser oída mientras no cumpla su deber de litigante, es suficiente estímulo para obligarla a suministrar el papel, desde luego que su omisión no suspende el curso del juicio. La ineficacia de la disposición resultaría, si la parte que quisiera demorar la prosecución del pleito, tuviera la seguridad de que las peticiones introducidas por ella durante el tiempo en que no puede ser oída, quedaban apenas en suspenso, para ser atendidas cuando tuviera a bien revalidar el papel común con que el Secretario suple el sellado.

No es aplicable, dice el recurrente, la disposición que se viene comentando, a las peticiones de la demanda o de los recursos, porque de aplicarla se llegaría a la conclusión inaceptable de que a la parte remisa en el suministro de papel se la tendría por desistida de su demanda o del recurso interpuesto, o que había caducado la instancia o el recurso, y el desistimiento o la caducidad no pueden presumirse sino en los casos expresamente previstos por la ley.

Considera la Corte que en lo relativo a las demandas no ocurriría el caso que el recurrente señala, porque es preciso entender que éstas se escriban en papel competente para poder ser admitidas, y en lo que atañe a los recursos, no se trata de caducidad sino de su interposición fuera de los términos que la ley establece para ello. Quien no puede ser oído en un juicio, cuando los términos están corriendo, debe apresurarse a remediar la falta que le impone esa sanción, so pena de dejarlo pasar sin poder hacer uso oportuno de su derecho. La circunstancia de que no se hubiera ejecutoriado el auto denegatorio del recurso cuando se hizo el suministro de las estampillas, no muda el hecho de haber expirado el término de interponerlo cuando se efectuó tal suministro.

No se oculta a la Corte que es excesiva la sanción que establece el nuevo Código Judicial para las faltas de papel sellado, y que quizá las disposiciones derogadas armonizaban mejor la celeridad de los juicios con los derechos de las partes, ya que el procedimiento actual puede prestarse a sorpresas que hieren en el fondo el objeto primordial de la administración de justicia, que consiste en dar a cada uno su derecho. La Corte había propuesto ya la enmienda del artículo 351 citado.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, niega el recurso de hecho de que se ha hecho mención, y ordena que se archive el expediente.

Dése al Tribunal el aviso de que trata el artículo 514 del Código Judicial, inciso 2º, para los efectos que el mismo artículo señala.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la **Gaceta Judicial**.

JUAN E. MARTINEZ — **Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Avelino Alvarez N. inició juicio ordinario ante el Juzgado 1º del Circuito de Neiva contra Urbano Rodríguez E., para que se condenara a éste a entregarle, "en primer lugar, seis bultos de mercancías o que contenían mercancías extranjeras, la mayor parte géneros blancos de bretañas, de superior calidad; zarazas americanas, géneros para sábanas, doble ancho; géneros de Samacá para pantalón, y géneros de colores para camisas; o al no hacer la entrega dentro del término señalado, pague también, dentro del término que se le señale, la suma en dinero de tres mil pesos moneda legal, en que estimo los seis bultos de mercancías dichas, más los perjuicios causados con la no entrega de tales artículos, y a contar desde el año de mil novecientos siete en adelante, perjuicios que serán estimados en el curso del juicio, más las costas y costos de cobranza."

Son hechos fundamentales de esta demanda:

"1º En uno de los meses del año de mil novecientos siete, tomé a crédito en la ciudad de Girardot los seis bultos de mercancías a que me he referido, a varios clientes, y la entregué al señor Víctor S. Camargo, quien se me ofreció remitírmela a esta ciudad.

"2º Dicha mercancía fue recibida por mi demandado para entregármela en la plaza de esta ciudad, muy pocos días después de estar en poder del señor Camargo.

"3º El señor Rodríguez no cumplió su cometido, pues no me entregó a mí directamente, ni a nadie,, como mi recomendado, la referida mercancía, habiéndola recibido, según avisos.

"4º El señor Rodríguez, al preguntarle yo después por el paradero de tal mercancía, me manifestó no haberla recibido, pues que tan sólo le habían hablado, pero que no se había resuelto traerla, y que debía estar en poder del citado Camargo, a quien debía reclamársela, cosa que me manifestó por varias veces, y así lo creí; y

"5º Ya en estos pocos días he venido a tener conocimiento de que la referida mercancía la recibió mi demandado para traérmela, y no lo hizo o no cumplió su compromiso, pues ni a mí ni a nadie, como mi representante, entregó, y esta la causa de más antes no habérsela reclamado."

En derecho se funda la demanda en los artículos 1494, 1502, 1527, 1551, 1603, 1608, 1613, 2070, 2073 y concordantes del Código Civil; 298, 300, 303, inciso 1º del 306 y concordantes del Código de Comercio.

El demandado se opuso a la acción, negando todos los hechos de la demanda, y el Juez de la causa pronunció sentencia absolutoria con fecha doce de noviembre de mil novecientos treinta.

Por apelación del actor, el Tribunal Superior de Neiva, en sentencia de veintiocho de enero de mil novecientos treinta y dos, "confirma la sentencia apelada y condena en costas al apelante."

La misma parte interpuso casación. El recurso fue declarado admisible por la Corte, en auto de veinticinco de julio de mil novecientos treinta y dos.

La primera causal de casación la sustenta el recurrente en la violación por indebida aplicación y por errónea interpretación de los artículos 313, 10 y 266 del Código de Comercio y 2078 del Código Civil.

Alega el recurrente que el artículo 313 del Código de Comercio se refiere única, exclusiva y taxativamente a la responsabilidad del porteador en el contrato comercial de transporte en razón de pérdida, desfalco o avería de las mercancías. No siendo comercial el contrato celebrado entre demandante y demandado, sino civil, de arrendamiento de transporte, y no habiéndose intentado la demanda con fundamento en la pérdida, desfalco o avería, es indebida la aplicación del citado artículo 313 al caso del pleito. Además, si—como dice la sentencia—no se ha probado el contrato para la conducción de las mercancías, es más injustificada todavía la aplicación de aquel precepto legal para un contrato inexistente.

Con respecto al artículo 2078 del Código Civil, dice el recurrente que el Tribunal lo interpretó erróneamente al hacerle decir que en el caso contemplado por esa disposición se aplican las leyes especiales del Código de Comercio.

Por lo que hace a los artículos 10 y 266 del Código de Comercio, sostiene el recurrente que los contratos son, por regla general, civiles, y por excepción, comerciales. Sólo al demostrarse la excepción, o sea que el contrato de que se trata es comercial, tiene cabida la aplicación de las reglas especiales de la legislación mercantil. No estando esto demostrado en el proceso, la aplicación de tales artículos es a todas luces indebida. El Tribunal ha debido aplicar el artículo 2070 del Código Civil, que define el contrato civil de arrendamiento de transporte.

Se considera:

El demandado alegó en su favor la prescripción extintiva de la acción, y a este respecto, el fallo del Tribunal tiene dos fundamentos principales:

"1º El artículo 2073 del Código Civil—dice la sentencia—impone al acarreador la obligación de entregar la cosa acarreada en el paraje y tiempo estipulados; no se encuentra en el capítulo mencionado disposición alguna que hable del tiempo que tenga el consignatario para ejercitar la acción proveniente del no cumplimiento de la obligación de entregar, pero el artículo 2078 del mismo capítulo da a entender que en este caso se aplicarán las reglas especiales del Código de Comercio, entre las cuales se encuentra la del artículo 313, que estatuye un lapso de seis meses a un año como término para prescribir la responsabilidad del porteador.....

"2º Hay que aceptar que el término para la prescripción es el del artículo 313 citado, transcurrido seguramente muchas veces en los veinte años transcurridos entre aquel en que se dice que recibió el demandado las mercancías y el año de mil novecientos veintisiete, en el cual aparece que se estableció esta demanda; pues los veinte años que comprende este lapso son suficientes hasta para extinguir la acción ordinaria, al tenor del artículo 2536 del Código Civil."

Los hechos 1º y 2º de los fundamentos de la demanda, dicen así:

"1º En uno de los meses del año de mil novecientos siete, tomé a crédito en la ciudad de Girardot los seis bultos de mercancías a que me he referido, y la entregué al señor Víctor S. Camargo, quien se me ofreció remitírmela a esta ciudad.

"2º Dicha mercancía fue recibida por mi demandado para entregármela en la plaza de esta ciudad, muy pocos días después de estar en poder del señor Camargo."

Estos dos hechos los comprueba el demandante con las declaraciones de los testigos Julio C. Perdomo y Daniel Casabianca, quienes dicen que en uno de los meses del año de mil novecientos siete, Samuel López entregó en Purificación a Urbano Rodríguez seis bultos de mercancías extranjeras para entregárselas en Neiva a su propietario señor Avelino Alvarez; y con la carta privada dirigida por Urbano Rodríguez a Jacinto Echeverri, fechada en Colombia el quince de octubre de mil novecientos veintisiete, reconocida por el demandado en el juicio, en la cual éste dice que "en uno de los años de mil novecientos cinco, seis o siete, época en que yo vivía en el Municipio de Villavieja, y viajaba a Purificación, Girardot y Honda, con un barquetón, me comprometí a subirle unos bultos de mercancías al señor Avelino Alvarez, los que le fueron entregados en esa plaza."

El contrato de transporte puede ser civil o comercial. Si es comercial, la responsabilidad del portador, por hecho o culpa suyos, prescribe en los términos señalados en el numeral 4º, artículo 313, del Código de Comercio, según lo establecido en el artículo 314 del mismo Código. Si el contrato es civil, también son aplicables las reglas especiales del Código de Comercio en lo relativo a la prescripción, según se desprende de lo preceptuado por el artículo 2078 del Código Civil.

Pero hay más. El demandante no demostró en qué mes del año de mil novecientos siete recibió el demandado las mercancías, y como el Tribunal asienta la conclusión de que han transcurrido veinte años entre el día en que se dice que el demandado recibió las mercancías y *el año de mil* novecientos veintisiete, doce de diciembre, en que se notificó la demanda, y esta conclusión del Tribunal no ha sido acusada por el recurrente, queda, por tanto, en firme la resolución del Tribunal, en cuanto establece que la acción del actor está prescrita.

El cargo no prospera, y quedando en pie esta declaración del fallo recurrido, los otros cargos que formula el recurrente no pueden tener eficacia para hacer infirmar la sentencia materia del recurso.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia recurrida, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Neiva con fecha veintiocho de enero de mil novecientos treinta y dos.

Se condena en costas a la parte recurrente, si se hubieren causado.

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

JOSÉ MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.**

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Rosendo Caicedo, en representación de Dolores Mina, como marido de la misma; Gaspar Mina, Juan de Jesús Mina y José Mina propusieron demanda por medio de apoderado, ante el Juez 3º del Circuito de Popayán, contra Jesús María Mina, para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Es nula, y de ningún valor, la sentencia de quince de junio de mil novecientos seis, que reconoció a Jesús María Mina como hijo natural de Melchor Mina.

"2ª Jesús María Mina no tiene el carácter de hijo natural de Melchor Mina.

"3ª Consecuencialmente no le asiste derecho alguno al demandado para heredar a Melchor Mina, y en su defecto, declárese herederos de éste a los demandantes, sus sobrinos Dolores, Gaspar, Juan de Jesús y José.

"4ª Costas."

Como fundamento de la acción instaurada, el personero de los demandantes expuso lo siguiente:

"En el Juzgado 2º de este Circuito, y en los años de mil novecientos cuatro y mil novecientos cinco, cursó la sucesión testada de Melchor Mina; pero como tuve necesidad de demandar en juicio ordinario la nulidad del testamento del dicho Melchor Mina, así lo hice con fecha cinco de septiembre de mil novecientos cuatro. Seguido el juicio, hubo de desatarse con fecha veinte de octubre de mil novecientos cinco, en cuya sentencia se declaró nulo tal testamento, resolución que fue confirmada por el Tribunal de este lugar, con fecha veinticinco de abril de mil novecientos diez, en la cual se confirmó la sentencia de primera instancia, y aun se condenó en costas al apelante demandado. Estos fallos dieron lugar a que quedara nulo, y de ningún valor, todo lo hecho por Jesús María Mina, a la sombra o amparo de tal testamento, quedando de ningún valor ni efecto la sucesión testamentaria de Melchor Mina. Advierto que en dicho testamento, que se declaró nulo, en una de sus cláusulas reconocía el testador a Jesús María Mina como

hijo natural, lo que demuestra categóricamente que el causante o testador Melchor Mina tenía conciencia íntima de que Jesús María Mina no había nacido bajo el imperio de las leyes españolas (leyes de partida), sino bajo el de la Ley 95 de 1861, primer Código Civil caucano.

"En la Oficina de usted, y con fecha veinticinco de enero de este año, se ha declarado abierta la sucesión intestada del tántas veces mencionado Melchor Mina, y ha declarado usted heredero de él a Jesús María Mina, en el carácter de hijo natural, fundándose quizá en la sentencia proferida por el Tribunal singular en uno como juicio ordinario de filiación, con fecha quince de junio de mil novecientos seis, sin haber tenido (el juicio) parte contradictoria. Como dejo dicho, tal debate no tuvo contraparte, y debió ser sustanciado en la vía ordinaria, porque no tenía tramitación especial señalada, y por falta de papel no se declaró ejecutoriada, ha quedado en el aire, pues el auto que ordenara el cúmplase, dictado por el Juzgado 1º del Circuito, con fecha treinta de junio de mil novecientos seis, no se notificó a nadie. Además, la citada sentencia de filiación o de reconocimiento de hijo natural, se resolvió por el Poder Judicial, y ninguna ley, decreto ni nada han conferido esta facultad a tal entidad, excepción hecha del caso en que el hijo natural demande de su mismo padre tal reconocimiento. Además, la resolución que contiene tan absurda sentencia, no ha sido expresamente aceptada por Jesús María Mina (artículo 57 de la Ley 153 de 1887), y adolece de vicios sustanciales, que la invalidan o hacen ineficaz cualquier pretensión.

"El derecho, causa o razón lo fundo:

"a) En que un juicio de filiación no teniendo, como no tiene, procedimiento especial determinado, debió seguirse en juicio ordinario, con contradicción de parte legítima y no con el Fiscal del Circuito, que no era el representante de los parientes del actor.

"b) En que durante el debate de tal juicio, y con citación de parte legítima contradictoria, debieron ratificarse en sus declaraciones los testigos cuyos testimonios se habían recibido sumariamente (aparte 2º del artículo 74 de la Ley 105 de 1890).

"c) En que todo juicio ordinario se decide en segunda instancia, en Sala plural, y no en Sala singular, como se hizo en el caso a que aludo, que el fallo de segunda instancia lo dio un solo Magistrado, es el caso del artículo 1741 del Código Civil.

"d) En que Jesús María Mina nació bajo el imperio de la Ley 95 de 1861, primer Código Civil caucano, y no durante el régimen de las leyes españolas (de partida), Ley 7ª de Toro.

"e) En que el mencionado juicio de filiación, cuya sentencia anuló, no se siguió entre padre e hijo, razón por la cual no pudo, no debió perjudicar los intereses o derechos de mis comitentes, según el precepto del artículo 854 del Código Judicial, y como éste es excepción, hay que tomar este artículo en sentido literal, es decir, restrictivamente, por ser derecho de excepción y no de acción.

"f) En que no habiendo sido parte ninguno de mis comitentes en dicho juicio de filiación, no les debió perjudicar en nada la resolución, y tienen derecho perfecto de reclamar contra ella por lo irregular, ilegal y absurda, y con el fin de poner hoy en claro su derecho de familia.

"g) En lo dispuesto en los artículos antes citados, en el artículo 74 de la Ley 95 de 1861, primer Código Civil caucano, congruente con el 348 de la Ley 273, segundo Código Civil caucano; en los 57 y 58 de la Ley 153 de 1887, y en las demás disposiciones, tanto sustantivas como adjetivas, que rigen actualmente."

El asunto pasó al Juez del Circuito de Bolívar, y posteriormente al Juzgado del Circuito de Bordo, y este último resolvió el pleito, en sentencia de fecha cinco de junio de mil novecientos diez y ocho, así:

"1º No hay lugar a declarar nula la sentencia de quince de junio de mil novecientos seis, proferida por el honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial, por medio de la cual se reconoció a Jesús María Mina como hijo natural de Melchor Mina.

"2º Tampoco hay lugar a decretar que el demandado no tiene el carácter de hijo natural de Melchor Mina, ni que no le asiste al primero derecho para heredar al último de los nombrados; y

"3º No hay lugar a declarar herederos de Melchor Mina a los demandantes Dolores, Gaspar, Juan de Jesús y José Mina."

Rosendo Caicedo, Gaspar y Juan de Jesús Mina apelaron de este fallo, y el Tribunal Superior de Popayán, en sentencia de fecha diez y nueve de mayo de mil novecientos veintiocho, "confirma la sentencia recurrida," condenando en costas a los apelantes.

El apoderado judicial de Eustasio Mina interpuso casación, y el recurso fue admitido por la Corte, en auto de fecha treinta y uno de mayo de mil novecientos treinta y dos.

El recurso de casación fundóse en las causales primera y segunda del artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

Segunda causal.

"La sentencia recurrida—dice el recurrente—al confirmar, como confirma, el fallo de primer grado, deniega cuanto se demandó, con la adehala de haber traído—por sí—a colación, materia no pretendida por la parte demandada, cual es la supuesta carencia de personería en los actores. De todo lo cual creo desprender razón para que se aprecie como bien traída y mejor demostrada la segunda causal, que sirve de mote a este capítulo de mi demanda de casación. Naturalmente, analizada bajo este nuevo punto de vista la sentencia sujeta al recurso, se alcanza que ella, por este otro extremo, entraña violación de las disposiciones legales citadas en el capítulo correspondiente a la primera causal alegada, ya por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea luégo. Ello, con agravio de claros derechos de la parte que ha recurrido ante vosotros, para que os dignéis repararlo, con mira en las sanas doctrinas de la ley, y como acto supremo de la justicia que os está atribuido administrar."

Se considera:

La sentencia recurrida absuelve al demandado de todos los cargos formulados en la demanda. En este caso es improcedente la segunda causal, puesto que jurídicamente no puede haber exceso o defecto en la parte resolutiva de una sentencia absolutoria. Así lo ha resuelto uniformemente la Corte en innumerables fallos.

"No es suficiente fundamento de la causal que consiste en no haberse fallado en consonancia con las pretensiones de las partes; el no haber resuelto el Tribunal acerca de las excepciones de la parte demandada, sí, por otro lado, se ha desconocido la acción del demandante;

pues la sentencia absolutoria deja resueltos implícitamente todos los puntos controvertidos." (**Jurisprudencia de la Corte, tomo I, número 626**).

"El motivo de casación consistente en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones deducidas en la demanda, no ocurre cuando se falla contra las pretensiones del demandante." (Ibidem, número 628).

El cargo, por ende, es infundado.

Primera causal.

"Dada la inexistencia de las partidas—dice el recurrente—que se dejan relacionadas, la parte actora se acogió, para demostrar el estado civil de las personas que la constituyen, y los demás menesteres de esta índole en orden al derecho de heredar a Melchor Mina, a las pruebas supletorias autorizadas al efecto por la ley. Y con una pluralidad de testimonios rendidos en forma legal y visibles en los autos, comprobó los hechos que paso a enumerar:

"a) Que Melchor Mina y Jesús Mina, hermanos carnales entre sí, fueron concebidos y dados a luz como hijos naturales de Petrona Ibarra.

"b) Que Melchor Mina murió célibe y sin dejar ascendencia.

"c) Que Jesús Mina, hermano carnal de Melchor Mina y Encarnación Mosquera, fueron cónyuges legítimos entre sí, y que dentro del matrimonio Mina-Mosquera nacieron y vivieron como hijos legítimos las personas que constituyen la parte demandante en este juicio.

"d) Que Jesús Mina, padre legítimo de las personas que constituyen la parte demandante, falleció.

"Los testimonios demostrativos de estos hechos fueron rendidos por los deponentes Tiburcio Ibarra, Juan Manuel Ibarra, Rosaura Nieves, José Castro Ibarra, Teodolfo Latorre, Pedro Antonio Torres, Juan Gregorio Vargas y otros más.

"De los citados testimonios, el Tribunal fallador ni siquiera quiso ocuparse de los dos que se dejan indicados en primer término, omisión ésta que buscó cohonestar a pretexto de 'estar desprovisto de los requisitos legales,' pero sin expresar el porqué, y sin demostrarlo. Tocante a los demás, aparecen desestimados de su valor probatorio, no obstante que todos ellos concurren—por lo mismo que ni se hallan concebidos en términos de cartabón o de identidad sospechosa, ni hay exigencia legal para que los hechos de que dan fe se amolden estrictamente a fórmula sacramental alguna—a acreditar lo sustancial de la cuestión debatida, o sea el grado de consanguinidad entre la parte demandante y el causahabiente de la herencia, Melchor Mina.

"Incurrió, pues, el Tribunal sentenciador, en error de hecho, visible y palmario en los autos, al aceptar, como cuestión de hecho, que la parte actora no acreditó en el juicio su personería, obrando, como obran, realmente, en el proceso, los elementos materiales que acreditan la existencia real de la prueba de tal personería. Cometió, coetáneamente, error de derecho, al desposeer de valor demostrativo las pruebas señaladas ya, y que sí son bastantes, ante lo jurídico y legal, a acreditar la personería con que en el litigio ha intervenido la parte demandante."

Se considera:

Es función propia de los Tribunales apreciar la prueba testimonial, y la Corte no puede modificar su apreciación sino por error evidente. En seguida se copian los pasajes pertinentes de la sentencia, a fin de poner de manifiesto que no existe el error evidente de que trata el recurrente:

"Incumbe estudiar, en primer término, la prueba aducida por la parte actora para acreditar el parentesco de consanguinidad de Melchor Mina con Dolores, Gaspar, Juan de Jesús y José Mina, es decir, si por ser estos cuatro últimos, hijos legítimos de Jesús Mina, y como tales sobrinos de Melchor, deben heredar a éste por derecho de representación, en consonancia con el artículo 1041 del Código Civil. Pues obvio es que sin la prueba de ese parentesco sería inútil pasar al estudio de las demás peticiones de la demanda, por falta de personería de los actores, o del derecho que les debe asistir como parte legítima para contradecir en juicio el carácter o condición en que Jesús María Mina fue declarado heredero del referido Melchor Mina.

"En lo tocante al matrimonio de Jesús Mina y Encarnación Mosquera, fueron aducidas en la segunda instancia las siguientes pruebas: una certificación expedida por el Cura párroco de Patía, sobre la inexistencia de la partida correspondiente en los libros parroquiales; la declaración de Rosaura Nieves, quien dio fe de haber presenciado el matrimonio en la iglesia de Patía, y las declaraciones de los testigos José Castro Ibarra y Juan Gregorio Vargas, sobre posesión notoria de ese estado. Los mismos testigos depusieron sobre la posesión notoria del estado civil correspondiente a los demandantes Juan de Jesús, Gaspar, José y Dolores Mina como hijos legítimos de Jesús Mina y Encarnación Mosquera.

"Pero estos testimonios no son eficaces para el objeto con que se han traído a los autos, por las siguientes razones:

"Las pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos, o matrimonios o defunciones de personas bautizadas, o casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, son las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales (artículo 22, Ley 57 de 1887).

"Esta prueba, en caso de falta, puede suplirse con otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y en defecto de estas pruebas, por la notoria posesión del estado civil respectivo.

"Ahora bien: la parte actora no ha traído a los autos otro documento auténtico, y se ha valido de declaraciones de testigos para comprobar su estado civil, por haber presenciado los hechos constitutivos de él, y también para demostrar la posesión notoria de ese estado civil.

"Al efecto: han declarado, como ya se dijo, José Castro Ibarra, Rosaura Nieves y Juan Gregorio Vargas, testimonios de los cuales únicamente es eficaz el del último, respecto a la posesión notoria de Dolores, Juan de Jesús, Visitación, Gaspar y José Mina, de hijos legítimos de Jesús Mina y Encarnación Mosquera, cuyo matrimonio, dice el testigo, no presenció, pero que sí da fe también de la posesión notoria del estado civil de casados de los dos individuos que últimamente se mencionaron.

"El testigo Ibarra tampoco presenció el matrimonio de Mina y la Mosquera, y como respecto a esa posesión notoria, como a la de hijos legítimos, Ibarra no da razón de su dicho, a su testimonio no puede prestársele fe, en

atención a lo dispuesto en el artículo 636 del Código Judicial.

"Nieves presenció el matrimonio de Jesús Mina y Encarnación Mosquera, pero respecto a la posesión notoria de hijos legítimos de los demandantes, no da fundamento a su aseveración. Además, el carácter singular de ese testimonio y su imprecisión en cuanto a la época de su celebración, no demuestra el hecho.

"Aun en el supuesto de que se hubiese demostrado el matrimonio de Jesús Mina y Encarnación Mosquera y la calidad de hijos legítimos de los demandantes, faltaría la demostración de que Melchor y Jesús Mina fueron hermanos naturales, lo que no se ha establecido, puesto que los testigos que al efecto han declarado, dicen haber conocido el hecho por haber sido voz general, es decir, por haberlo oído a otros; pero esta clase de testimonios no es eficaz, sino cuando se refiere a un hecho muy antiguo, o se trata de probar la fama pública (artículo 608 del Código Judicial).

"Las declaraciones de Tiburcio Ibarra y Juan Manuel Ibarra, traídas al debate desde la primera instancia, no entra el Tribunal a examinarlas, porque se hallan desprovistas de los requisitos legales.

"No habiendo, pues, demostrado la parte actora su personería, es innecesario, como ya se dijo, entrar a examinar los otros postulados de la demanda."

Al abstenerse el Tribunal de expresar las razones merced a las cuales desechó las declaraciones de Tiburcio y Juan Manuel Ibarra, virtualmente aceptó el análisis que consta en el siguiente pasaje de la sentencia de primera instancia:

"Respecto de las declaraciones de José Tiburcio Ibarra, Juan Manuel del propio apellido y Santos Meléndez, allegadas en copias para establecer la posesión notoria del estado civil de los demandantes y de sus ascendientes, es preciso observar: el primero de los testigos nombrados no se ha ratificado en su declaración, y de los dos últimos, uniformemente afirman los abonadores Figueroa y Latorre, la veracidad y buena fama de ambos, con la salvedad de que Juan Manuel Ibarra vive todavía. Por tanto, cree el suscrito que la declaración de este último testigo no es aceptable en la forma en que ha sido presentada, ya que el artículo 618 del Código Judicial se refiere al caso de fallecimiento; y así ese testimonio debió recogerse, para poder ser apreciado legalmente, en consonancia con lo estatuido en los artículos 615, 617 a 619 ídem, y 74, inciso 2°, de la Ley 105 de 1890. De modo que la aseveración de Santos Meléndez, testigo abonado, por sí sola es insuficiente a establecer la posesión notoria del estado civil de las personas a que ellas se refieren (artículo 606, Código Judicial). Esa prueba, que debe ser irrefragable, no satisface las exigencias del artículo 399 del Código Civil."

Además, el estado civil de hermanos naturales tampoco aparece demostrado, a juicio del Tribunal, porque las declaraciones que para ese fin se acompañaron, fueron tachadas por el sentenciador, porque esos declarantes dicen haber conocido el hecho por voz general, concepto éste que el recurrente no ha atacado de manera expresa, y que él sólo bastaría para sustentar el fallo.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Popayán, con fecha diez y nueve de mayo de mil novecientos veintiocho.

Condénase al recurrente al pago de las costas del recurso, si se hubieren causado.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez y siete de marzo de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Georgina López de Garzón demandó a Alejandro Díaz para que se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que a virtud de haber cumplido en debida forma mi poderdante señora Georgina López viuda de Garzón el pacto de retroventa que se hizo constar en la escritura pública número 1435, de 20 de agosto de 1926, otorgada en la Notaría 4ª de este Circuito, quedó resuelto el contrato de compraventa que se hizo constar en ese mismo título y mediante el cual mi poderdante vendió con pacto de retroventa al demandado señor Díaz la casa y lotes de terreno que allí se determinan.

"Segunda. Que como consecuencia de la resolución del contrato expresado, el demandado señor Alejandro Díaz está obligado a restituir a mi poderdante, la casa y lotes de terreno que por aquella escritura se le vendieron, casa y lotes que según esa misma escritura se determinaron.

"Tercera. Que el demandado es poseedor de mala fe de las fincas expresadas por haberlas ocupado como dueño contra la voluntad de mi poderdante y contra todo derecho desde el cumplimiento del expresado pacto, y, en consecuencia, está obligado a restituir a dicha señora junto con las mismas fincas los frutos naturales y civiles que éstas hayan producido desde el cumplimiento del pacto, y no solamente los percibidos sino los que la misma señora hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad si esas fincas hubieran estado en su poder desde el cumplimiento del citado pacto.

"Cuarta. Que el demandado Díaz es responsable y debe pagar a mi poderdante señora López de Garzón los daños y perjuicios que le ha causado por su renuencia o negación a reconocerle el cumplimiento del pacto de retroventa de que se habla en los puntos anteriores.

"Quinta. Que el demandado es responsable de los deterioros que hayan sufrido las fincas cuya restitución se demanda, en todo el tiempo que las haya tenido o tenga en su poder desde el cumplimiento del pacto expresado.

"Sexta. Que está obligado igualmente el mismo demandado a pagar a la misma señora demandante las costas del juicio si se opone a las peticiones que se acaban de formular."

El demandado solicitó en demanda de reconvención estos pronunciamientos:

"Primero. Que la contrademandada no cumplió ni ha cumplido en ninguna forma con la condición resolutoria de que habla el instrumento público número 1435, de 26 de agosto de 1926, de la Notaría 4ª de Bogotá.

"Segundo. Que soy poseedor regular con justo título y buena fe de las fincas que me vendió la contrademandada por medio de la escritura pública citada en la petición precedente.

"Tercero. Invalida la oferta de pago por consignación hecha por la contrademandada con fecha 20 de agosto de 1928.

"Cuarto. Que no se ha verificado a favor de la contrademandada el retracto de las fincas estipulado en la misma escritura pública citada anteriormente.

"Quinto. Que se extinguió el derecho de retracto pactado en el mismo instrumento público.

"Sexto. Que se condene en costas a la contrademandada."

El Juez falló el doble litigio así:

"1ª Declárase que Georgina López viuda de Garzón cumplió en debida forma y oportunamente el pacto de retroventa que se hizo constar en la escritura pública número 1435, de veinte de agosto de mil novecientos veintiséis en la Notaría 4ª de esta ciudad, y por lo mismo el contrato de compraventa contenido en dicha escritura, y celebrado entre Georgina López viuda de Garzón y Alejandro Díaz queda sin efecto alguno, o resuelto, y deben reponerse las cosas a su estado anterior.

"2ª En consecuencia, ordénase al demandado Alejandro Díaz a restituir dentro del término de seis días a Georgina López viuda de Garzón los siguientes bienes:

"a) Una casa de tapia y teja, con el lote en que está construida, situada en el barrio de Las Cruces de esta ciudad, en la calle segunda B, marcada con el número once A (11 A);

"b) Un lote de terreno que hace parte del marcado en el plano respectivo con el número veinticinco (25), ubicado en Bogotá, y

"c) Un globo de terreno ubicado en el barrio de Las Cruces de Bogotá, integrado por los lotes números veintisiete (27), veintiocho (28) y veintinueve (29) del plano respectivo, los cuales lotes miden doscientas setenta y seis varas cuadradas cada uno (276), o sea, en total, ochocientas veintiocho varas cuadradas (828)." (Aquí alindera la casa número 11 A de la calle 2ª B, el lote que hace parte del marcado en el plano con el número 25, calle 2ª A, y el globo integrado por los lotes números 27, 28 y 29 del plano, fincas ubicadas en el barrio de Las Cruces de esta ciudad).

"3ª Condénase a Alejandro Díaz como poseedor de mala fe a restituir a Georgina López viuda de Garzón, dentro de seis días, los frutos civiles y naturales que hayan producido las fincas relacionadas en el punto anterior, desde el 20 de agosto de 1928 hasta cuando se verifique la restitución, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder.

"Si no existen los frutos deberá Díaz el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción.

"La cuantía de estos perjuicios se determinará en juicio separado.

"4ª Condénase a Alejandro Díaz a pagar a Georgina López viuda de Garzón el valor de los perjuicios que le haya causado por el incumplimiento del pacto de retroventa mencionado.

"Estos perjuicios serán fijados en juicio separado.

"5ª Condénase a Alejandro Díaz a pagar a Georgina López viuda de Garzón los deterioros que hayan sufrido las fincas relacionadas en el punto 2ª, durante el tiempo en que las ha tenido o tenga en su poder.

"6ª Declárase no probada la excepción perentoria propuesta.

"7ª Niéganse las peticiones contenidas en la demanda de reconvención propuesta por Alejandro Díaz.

"En consecuencia, absuélvese a Georgina López viuda de Garzón de todos los cargos de dicha demanda; y

"8ª Las costas del juicio son de cargo de Alejandro Díaz. Tásense."

El Tribunal a su vez resolvió lo siguiente:

"1ª Declárase que a virtud de haber cumplido Georgina López viuda de Garzón, en debida forma, el pacto de retroventa que consta en la escritura pública número mil cuatrocientos treinta y cinco, de la Notaría cuarta de este Circuito, de fecha veinte de agosto de mil novecientos veintiséis, quedó resuelto el contrato de compraventa que por medio de esa escritura celebraron dicha señora y Alejandro Díaz respecto de la casa y lotes de terreno que allí se determinan.

"2ª Como consecuencia de la resolución del contrato expresado, el señor Alejandro Díaz está obligado a restituir a la señora Georgina López viuda de Garzón los siguientes bienes:

"a) Una casa de tapia y teja con el lote en que está construida, situada en el barrio de Las Cruces de esta ciudad, en la calle segunda B, marcada con el número 11 A (11 A), que linda: por el Norte, con la calle segunda B; por el Sur, con propiedad que fue de Teodosio Garzón; por el Oriente, con propiedad de E. Vásquez; y por el Occidente, con propiedad de Luis Rodríguez;

"b) Un lote de terreno que hace parte del marcado en el plano respectivo con el número veinticinco (25), ubicado en Bogotá, que linda: por el Norte, con la calle segunda A (2ª A), en doce (12) metros; por el Occidente, con casa de Clementina Solano Rey, en veinticinco metros; por el Sur, cerca de alambre de por medio, con propiedad de Angel María Romero, en doce metros; por el Oriente, callejuela en proyecto al medio, con propiedad de la sucesión o que fue de la sucesión de Teodosio Garzón, hoy de la otorgante López de Garzón;

"c) Un globo de terreno ubicado en el barrio de Las Cruces de Bogotá, integrado por los lotes números veintisiete (27), veintiocho (28) y veintinueve (29) del plano respectivo, los cuales lotes miden doscientas setenta y seis (276) varas cuadradas cada uno, o sea un total de ochocientas veintiocho varas (828 v.) cuadradas, globo que linda en general así: por el Norte, con la calle segunda A (2ª A); por el Sur, con finca de Luis Calderón Tejada; por el Oriente, con carrera en proyecto, y por el Occidente, con el lote número veintiséis del mismo plano, perteneciente a Angel María Romero.

"3ª Condénase a Alejandro Díaz, como poseedor de mala fe, a restituir a Georgina López viuda de Garzón, los frutos naturales y civiles de las fincas relacionadas en el punto anterior, y no solamente los percibidos por Díaz desde el veinte de agosto de mil novecientos veintiocho hasta cuando se verifique la restitución, sino los que la señora López viuda de Garzón hubiera podido per-

cibir con mediana inteligencia y actividad teniendo las fincas en su poder, en el mismo espacio de tiempo.

"Si no existen los frutos, deberá Díaz el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción con deducción de los gastos ordinarios que haya invertido en producirlos. El importe se fijará en la ejecución de este fallo (artículos 480 y 553 de la Ley de Procedimiento Civil).

"4° Condénase a Alejandro Díaz a pagar a Georgina López viuda de Garzón dos mil pesos moneda corriente como indemnización de los perjuicios que a ésta causó con su negativa a reconocer el cumplimiento por ella del pacto de retroventa mencionado.

"5° Condénase a Alejandro Díaz a pagar a Georgina López viuda de Garzón el valor de los deterioros que hayan sufrido las fincas relacionadas en el punto segundo, durante el tiempo que las haya tenido o tenga en su poder desde el cumplimiento del pacto de retroventa expresado. El importe de ese valor se fijará en la ejecución de este fallo.

"6° Declárase no probada la excepción perentoria propuesta por el demandado.

"7° Niéganse las peticiones contenidas en la demanda de reconvención de Alejandro Díaz. En consecuencia, absuélvese a Georgina López viuda de Garzón de todos los cargos de dicha demanda.

"8° Las costas del juicio son de cargo de Alejandro Díaz. Tásense.

"9° Queda así reformada la sentencia apelada.

"10. Las costas de la segunda instancia son de cargo del demandado Díaz."

Contra este proveído se interpuso recurso de casación, que fue admitido y que se pasa a estudiar.

La base primordial de la sentencia es ésta, copiada textualmente:

"¿Pero la vendedora ejerció legal y oportunamente su derecho de retracto?

"El demandado alega que no se le dio la noticia del retracto con la anticipación de seis meses y por notificación judicial anterior al vencimiento del pacto, y este es un hecho admitido por la demandante.

"El artículo 1943 del Código Civil dice:

'El tiempo en que se podrá intentar la acción de retroventa no podrá pasar de cuatro años, contados desde la fecha del contrato.

'Pero en todo caso tendrá derecho el comprador a que se le dé noticia anticipada, que no bajará de seis meses para los bienes raíces ni de quince días para las cosas muebles; y si la cosa fuera fructífera y no diere frutos sino de tiempo en tiempo y a consecuencia de trabajos e inversiones preparatorias, no podrá exigirse la restitución demandada sino después de la próxima percepción de frutos.'

"El primer inciso fija el plazo del pacto de retroventa cuando los contratantes no lo han señalado. El segundo inciso no se puede entender ni aplicar con prescindencia del primero sino relacionándolo y armonizándolo con él como lo hizo el legislador al colocarlos ambos en una sola disposición. Por tanto, el requisito de la noticia anticipada que en todo caso exige el segundo inciso ha de entenderse para cuando el plazo de la retroventa no es convencional sino legal. Y como en todo caso el plazo no era el legal sino el de dos años que señalaron los contratantes, síguese que la vendedora no estaba obligada a dar el aviso anticipado de que recobraría las fincas vendidas.

"Por otra parte, la ley no exige el aviso anticipado como condición de validez del retracto sino como requisito previo para que pueda pedirse la restitución de la cosa recobrada en virtud del ejercicio del derecho del retracto. En efecto, la única condición exigida por el artículo 1939 para que el vendedor recobre la cosa vendida es el reembolso de la cantidad estipulada al comprador o de lo que le haya costado la compra. Y la razón del plazo concedido por la ley al comprador y determinado por el aviso anticipado es la de que éste necesita prepararse para la restitución de la cosa comprada y proceder a la percepción de sus frutos. De aquí que la consecuencia que trae la omisión del aviso anticipado, sea convencional o legal el plazo de la retroventa, es la de que el retrayente no puede pedir la restitución inmediata de la cosa retraída, sino que tiene que esperar, para su devolución, seis meses si es un bien raíz, quince días si es una cosa mueble y la próxima percepción de los frutos si la cosa no los da sino de tiempo en tiempo y a consecuencia de trabajos e inversiones preparatorias.

"Por consiguiente, de la falta del aviso anticipado por la demandante al demandado no se puede deducir que no se hubiera cumplido la condición resolutoria de la venta, ni que se hubiera dejado de verificar el retracto."

Este fundamento lo combate el recurrente Díaz así:

"Como se ve, nuestro Código Civil, por medio de la disposición citada, señala el plazo máximo para la duración del pacto de retroventa: cuatro años contados desde la fecha del respectivo contrato. Ello no significa que las partes no sean libres de restringir su duración. Lo que está prohibido es estipular un término que exceda del señalado por la ley; pero en ninguna parte, ni de su contexto se infiere, prohíba fijar uno más corto. Por tanto, y así está aceptado por la jurisprudencia nacional y extranjera, la ley permite acordar un plazo más corto que el señalado por la ley para la duración del pacto de retroventa. No hay, pues, razón para afirmar, como lo hace el Tribunal sentenciador, que el segundo inciso sólo hace referencia a sólo cuando se conviene en el plazo legal de cuatro años y que no comprende el caso de uno convencional.

"De otro lado, el contexto del artículo 1943 del Código Civil, no es oscuro, ni contiene vacío ninguno y, por consiguiente, el aviso anticipado de que habla lo requiere, sin excepción ninguna, sea legal o convencional el plazo de duración del pacto de retroventa.

"He dicho que el primer inciso de la disposición citada se limita a determinar el máximum del tiempo dentro del cual se puede 'intentar la acción de retroventa' y la época desde que ha de contarse. Luego es claro que la ley deja en libertad a los contratantes para moverse desde el mínimum hasta dicho máximum. En esto no hay oscuridad ni vacío, y como el contexto de la ley es claro, neto y categórico, no cabe interpretación ninguna.

"El segundo inciso de la misma disposición exige perentoriamente la formalidad del aviso anticipado a la liquidación de la acción de retroventa, anticipación que

'no bajará' de seis meses para los bienes raíces, ni de quince días para los muebles. Lo precedente significa que antes de entablarse la correspondiente acción judicial, dentro del plazo convencional, debe darse noticia con anticipación de seis meses; y no hay razón ninguna para pretender suprimir tal aviso, ni menos para minorar la anticipación legal, pues al respecto la ley es neta, categórica e imperativa, ya que enseña que en 'todo caso' y que 'no bajará de seis meses para los bienes raíces.'"

Para la Corte es clarísima la violación del artículo 1943 del Código Civil. Esta disposición está redactada de una manera límpida y es de una claridad meridiana. Ella no da asa para hacer los distingos que hace el Tribunal, ni da pie para decidir que ella sólo se aplica cuando el plazo es legal y no convencional.

Esta interpretación está respaldada con la misma autoridad de la Corte, quien en sentencia de fecha veintidós de noviembre de mil novecientos seis, al resolver un caso en un todo idéntico al que hoy se estudia dijo, refiriéndose al artículo 1943:

"Por lo que hace a la primera condición de las que se anotaron como indispensables para que la retroventa llegue a consumarse, que consiste en el aviso o noticia que el vendedor debe dar al comprador de que va a intentar la acción de retroventa, con anticipación por lo menos de seis meses para los bienes raíces, condición cuyo no cumplimiento sirve de fundamento al motivo de casación que se hace descansar en la violación del artículo 1943 del Código Civil, que como ya se vio, fue desechada en el caso del pleito por el Tribunal sentenciador, quien después de declarar, basado en que el retracto se consumó el 2 de mayo, que el aviso no se dio, lo estima innecesario, porque, dada la situación de las partes, ninguna restitución tenía que hacer el comprador al vendedor.

"Nuestro Código Civil, en el artículo 1943, declara de una manera terminante a favor del comprador el derecho 'a que se le dé noticia anticipada, que no bajará de seis meses para los bienes raíces ni de quince días para las cosas muebles,' y como tal disposición no adolece de oscuridad, ni se advierte en ella vacío que el juzgador debiera llenar, la sentencia acusada debió haberla aplicado y no la aplicó al considerar el aviso como una simple formalidad procedimental, y al declarar, como declaró, que en el caso del pleito carecía de objeto."

Bien es cierto que la Corte de entonces, a pesar de considerar que se había quebrantado la disposición del artículo 1943, no infirmó el fallo, porque consideró que la oferta del reembolso del precio antes de los seis meses de que habla la ley, oferta que la Corte consideró equivalente al aviso antelado que exige la disposición del artículo 1943, porque, "quien anuncia que restituirá el precio de una cosa que ha vendido y pactado recobrar, avisa necesariamente que debe volver a la adquisición de esa cosa, esto es, manifiesta el intento de recuperarla," pero ese evento no acaece al presente, pues la vendedora con pacto de retroventa, no ofreció reembolsarle al comprador el precio antes de vencerse los seis meses de que habla la ley, para que ese ofrecimiento pudiera considerarse como el aviso legal.

Ahora, como este fundamento es el primordial de la sentencia, caído él, en virtud del quebrantamiento del artículo 1943, todo el fallo cae.

Sin más consideraciones, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero. Infírmase el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha treinta de mayo de mil novecientos treinta y dos, en cuanto condenó a Alejandro Díaz.

Segundo. Revócase el fallo de primera instancia en cuanto condenó a Díaz en las peticiones de la demanda principal.

Tercero. En lo demás no se infirma el fallo del Tribunal, es decir, se absuelve a Georgina López viuda de Garzón de las peticiones de la demanda de reconvención.

Cuarto. Sin costas en el recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Se inició el presente juicio ante el Juzgado séptimo del Circuito de Bogotá con el libelo de demanda en que Luis F. Aguirre, en su propio nombre y como representante legal de su menor hijo José Rafael Aguirre Ospina, pide que en la sentencia definitiva y con audiencia de las demandadas, señoritas Rosa Emilia y María Teresa Ospina, se hagan las siguientes declaraciones:

"1' Que está afectado de nulidad absoluta, por simulación, el contrato de compraventa que se hizo constar en la escritura número 867, otorgada en la Notaría 4' de esta ciudad con fecha 24 de mayo de 1920 por la entonces señorita Lucía Ospina, quien fue después mi esposa, a favor de sus hermanas las mencionadas señoritas Rosa Emilia y María Teresa Ospina O., de los siguientes bienes de propiedad de la primera de las nombradas:

"a) La quinta parte proindiviso de un globo de tierra denominado **El Cardonal**, ubicado en jurisdicción del Municipio de Bogotá, barrio de Chapinero, y demarcado por los siguientes linderos: 'por el Norte, con propiedad de Carlos Hollman; Occidente, con el camino que va a Suba; por el Sur, con propiedad de Francisco de P. Rueda, y por el Oriente, con la carrilera del Ferrocarril del Norte';

"b) El derecho proindiviso que tiene en la finca denominada **San Felipe**, ubicada en jurisdicción de este mismo Municipio, barrio de Chapinero, compuesta de dos lotes y demarcado en general así: lote de **El Cardonal**: 'por el Norte, con propiedad de Carlos Hollman; Occidente, con el camino que va a Suba; por el Sur, con propiedad de Francisco de P. Rueda, y por el Oriente, con la carrilera del Ferrocarril del Norte'; el otro lote linda: 'por el Oriente, con el camino que va a Suba; por el Norte, con propiedad de Carlos Hollman, Catón Téllez y Joaquín Castro; por el Occidente, con el río del Arzobispo, de por medio con terreno de José Joaquín Vargas Escobar; y por el Sur, con terreno de María de Peñalosa, Marcos Ferré y Asilo de Niños Desamparados';

"c) El derecho proindiviso que tiene en la casa baja de tapia y teja situada en el barrio de San Victorino de

esta ciudad de Bogotá, en la carrera diez y seis (16), marcada con el número treinta y dos (32), y que linda así: 'por el frente u Occidente, con la carrera diez y seis (16); por el Norte, con la casa del señor Abelardo Arias; por el Oriente, con propiedad de la señora Paula Quiroga y de la mortuoria de Nepomuceno Rey, y por el Sur, con propiedad del Banco de Bogotá.'

"2' Que, como consecuencia de la nulidad pedida en el punto anterior, debe cancelarse la diligencia de registro en que consta la tradición que de los inmuebles materia de ese contrato se hizo a las demandadas por la citada escritura número 867.

"3' Que las demandadas deben restituir dentro del término que usted señale, a la sucesión de mi finada esposa señora Lucía Ospina de Aguirre, representada por mi menor hijo José Rafael Aguirre Ospina y por mí, los mencionados bienes materia de ese contrato, junto con sus frutos civiles y naturales y no sólo los que hayan producido, sino los que hubieran podido producir administrados con mediana inteligencia y actividad. Tales frutos deben pagarlos las demandadas desde el 24 de mayo de 1920, fecha del citado contrato de compraventa, hasta cuando se verifique la restitución.

"4' Que las demandadas deben pagar los deterioros que hayan sufrido los mencionados bienes desde que los tienen en su poder, y los daños y perjuicios que se hayan causado a la sucesión de mi finada esposa por esa retención indebida; y

"5' Que las demandadas deben pagar las costas que ocasione el presente juicio."

Son hechos de la demanda:

"a) En el contrato de compraventa contenido en la citada escritura número 867, otorgada en la Notaría 4' de Bogotá, el 24 de mayo de 1920, por la entonces señorita Lucía Ospina O. a favor de sus hermanas las señoritas Rosa Emilia Ospina O. y María Teresa Ospina O., es simulado por haberle faltado el consentimiento, el objeto y la causa real, pues no hubo la intención de vender ni la de comprar, ni pago de precio, como así lo confesaron las demandadas en las posiciones que absolvieron ante el señor Juez 5' de este Circuito el 19 de agosto del corriente año, y que en copia auténtica presento;

"b) En que fui el esposo legítimo de dicha señora Lucía Ospina O. y soy el padre legítimo de nuestro hijo menor José Rafael Aguirre Ospina, sobre quien ejerzo la patria potestad, y en que mi citada esposa falleció en esta ciudad el día 23 de abril de 1922, todo lo cual acredito con las respectivas partidas de matrimonio, de bautismo y de defunción que presento;

"c) En que en mi carácter de cónyuge sobreviviente de mi citada esposa Lucía Ospina de Aguirre, y representante legal de mi menor hijo José Rafael Aguirre Ospina, tengo derecho para promover el presente juicio de nulidad;

"d) En que los bienes a que se refiere el citado contrato de compraventa, cuya nulidad demando, pertenecen a la sucesión de mi finada esposa Lucía Ospina de Aguirre, y a ella deben ser restituídos con sus frutos civiles y naturales que debieran haber producido con mediana inteligencia y actividad administrados;

"e) En que no me han rendido las cuentas que tales frutos han debido producir desde el 24 de mayo de 1920, fecha desde la cual las demandadas tienen en su poder los referidos bienes;

"f) En que dichas demandadas son responsables de los deterioros causados en los referidos bienes, desde que están en su poder, o sea desde el 24 de mayo de 1920, así como de los daños y perjuicios ocasionados por esa causa o por otra cualquiera."

Contestaron las demandadas oponiéndose a que se hagan las declaraciones pedidas en la demanda, y en cuanto a los hechos en que ésta se funda dijeron en escritos separados y uniformemente:

"Al primer punto, enumerado como hecho marcado con la letra a). No estoy obligada a contestar por tratarse de un punto de derecho y no de un hecho.

"Al punto segundo, marcado con la letra b). Es verdad que el demandante fue esposo legítimo de la señora Lucía Ospina y es padre legítimo de José Rafael Aguirre. También es verdad que Lucía Ospina de Aguirre falleció.

"Al punto tercero, marcado con la letra c). No estoy obligada a responder por ser un punto de derecho.

"Al punto cuarto, marcado con la letra d). No estoy obligada a responder por tratarse de un punto de derecho.

"Al punto quinto, marcado con la letra e). No es cierto.

"Al punto sexto, marcado con la letra f). No estoy obligada a responder por tratarse de un punto de derecho."

Las mismas demandadas presentaron a su vez demanda de reconvención, para que en la sentencia se hagan estas declaraciones:

"**Primera.** Que el señor Luis Felipe Aguirre, en su propio nombre y como representante de su menor hijo José Rafael Aguirre Ospina, aceptó el contrato de compraventa de una parte de los terrenos denominados **El Cardonal**, contrato que nosotros celebramos con el señor Pedro N. López por medio de la escritura número 1386, de 27 de septiembre de 1922, pasada ante el Notario 4' de Bogotá.

"Segunda. Que el señor Luis Felipe Aguirre, en su propio nombre y como representante de su menor hijo José Rafael Aguirre Ospina, recibió de nosotras lo que correspondía a la sucesión ilíquida de la señora Lucía Ospina de Aguirre en el contrato de compraventa de una parte de los terrenos de **El Cardonal**, celebrado con el señor Pedro N. López, o sea el mismo de que habla el punto anterior.

"Tercera. Que nosotras estamos libres de toda responsabilidad para con la sucesión ilíquida de la señora Lucía Ospina de Aguirre por razón del contrato que celebramos con el señor Pedro N. López por medio de la escritura número 1386, de 27 de septiembre de 1922, de la Notaría 4' de Bogotá, porque el representante de la misma recibió el precio correspondiente a la quinta parte de los terrenos vendidos.

"Cuarta. Que el derecho determinado en el punto b) de la escritura número 867, de 24 de mayo de 1920, pasada ante el Notario 4' de este Circuito, pertenecía al señor Pablo Emilio Ospina, quien por medio de la escritura número 659, de 23 de mayo de 1919, pasada ante el mismo Notario 4', lo transmitió en confianza y a título de venta a su hermana Lucía Ospina.

"Quinta. Que al transmitirnos Lucía Ospina, por medio de la escritura número 867, de 24 de mayo de 1920,

pasada ante el mismo Notario 4° el derecho que en el ordinal b) de dicha escritura se determina, así: 'El derecho proindiviso que tiene en la finca denominada **San Felipe**, ubicada en jurisdicción de este Municipio, barrio de Chapinero, compuesto de dos lotes, demarcados en general así: Lote de **El Cardonal**: por el Norte, con propiedad de Carlos Hollman; Occidente, con camino que va a Suba; por el Sur, con propiedad de Francisco de P. Rueda, y por el Oriente, con la carrilera del Ferrocarril del Norte. El otro lote linda: por el Oriente, con el camino que va a Suba; por el Norte, con propiedad de Carlos Hollman, Catón Téllez y Joaquín Castro; por el Occidente, con el río del Arzobispo de por medio, con terreno de José Joaquín Vargas Escobar, y por el Sur, con terrenos de María Peñalosa, Marcos Ferré y Asilo de Niños Desamparados, nos confirió poder para devolverlo a su verdadero dueño, señor Pablo Emilio Ospina, de quien lo había recibido en confianza.'

"Sexta. Que al devolver nosotras al señor Pablo Emilio Ospina el derecho determinado en el punto anterior, cumplimos un mandato de Lucía Ospina de Aguirre, y no tenemos, por tanto, qué responder a la sucesión de ésta del valor del mismo.

"Séptima. Que los demandados Luis Felipe Aguirre y José Rafael Aguirre Ospina, deben pagar las costas de este juicio."

Como fundamentos de su contrademanda, adujeron los siguientes hechos:

"a) Nuestra hermana señora Lucía Ospina, antes de contraer matrimonio, el 23 de mayo de 1919, por medio de la escritura marcada con el número 659, de la Notaría 4ª, recibió en confianza, de su hermano señor Pablo Emilio Ospina, el dominio de un derecho proindiviso, del globo denominado **San Felipe**, situado en el barrio de Chapinero y deslindado como lo hicimos en el quinto punto petitorio de esta demanda.

"b) Nuestra hermana, antes de contraer matrimonio con el señor Luis Felipe Aguirre y comprendiendo que su nuevo estado le dificultaba devolver a su hermano Pablo Emilio Ospina el dominio de los derechos que había recibido en confianza, resolvió, de acuerdo con Aguirre, y por medio de la escritura marcada con el número 867, de 24 de mayo de 1920, pasada ante el Notario 4° de Bogotá, transmitirnos esa propiedad, para que nosotros, a nuestro turno, la devolviéramos a su verdadero dueño Pablo Emilio Ospina.

"c) El señor Luis Felipe Aguirre tiene conocimiento de los dos hechos anteriores, o sea los marcados con los ordinales a) y b).

"d) Cuando nuestra hermana señora Lucía Ospina nos hizo la escritura marcada con el número 867, de 24 de mayo de 1920, de la Notaría 4ª, la finca de **El Cardonal** estaba hipotecada al Banco López por la suma de diez mil pesos ($ 10,000).

"e) Con el fin de que el matrimonio de nuestra hermana Lucía no impidiera la consecución del dinero suficiente para cancelar la hipoteca constituida a favor del Banco López, ésta resolvió, de acuerdo con Aguirre, hacernos la escritura de venta de sus derechos de **El Cardonal**, para que así pudiéramos hacer una nueva hipoteca o vender una parte de los terrenos para atender al pago del crédito hipotecario.

"f) Muerta nuestra hermana Lucía, sin que hubiera sido posible pagar el crédito del Banco López, y cuando éste se disponía a ejecutarnos, de acuerdo con Luis Felipe Aguirre resolvimos buscar un comprador de una parte de los terrenos, para pagar con su precio al Banco López, y al efecto hicimos varias diligencias en ese sentido.

"g) En el mes de septiembre de 1922 se presentó el señor Pedro N. López, prometiendo comprar una parte considerable de los terrenos de **El Cardonal**, y al efecto se la vendimos por la suma de sesenta y tres mil pesos ($ 63,000), lo que consta en la escritura número 1386, de 27 de septiembre de 1922, pasada ante el Notario 4° de Bogotá.

"h) Verificada la venta pagámos al Banco López el valor del crédito, y el resto del precio lo distribuímos entre los dueños del terreno, y al efecto al señor Luis Felipe Aguirre, personalmente y como representante de su menor hijo José Rafael Aguirre Ospina, quienes a la vez representan la sucesión ilíquida de Lucía Ospina de Aguirre, le entregámos la quinta parte de los sesenta y tres mil pesos ($ 63,000), después de descontar lo que la citada sucesión debía en el crédito del Banco López, los gastos de entierro de la causante y algunas otras deudas.

"i) Al señor Luis Felipe Aguirre le entregámos en cheques y letras la suma de diez mil novecientos cincuenta pesos ($ 10,950) como parte del precio de los terrenos vendidos por nosotras a Pedro N. López, según escritura número 1386, que citamos arriba.

"j) Con la suma de diez mil novecientos cincuenta pesos ($ 10,950) y el pago de las demás deudas de la sucesión, Aguirre declaró que nosotras estábamos a paz y salvo con la sucesión de su esposa señora Lucía Ospina de Aguirre.

"k) Después de que Luis Felipe Aguirre recibió de nosotras los diez mil novecientos cincuenta pesos ($ 10,950) de que trata el hecho anterior, se negó a firmarnos el recibo que le presentámos, pero en cambio escribió de su puño y letra un recibo en el que hacé constar espontáneamente la venta de los terrenos de **El Cardonal** al señor Pedro N. López, la suma de dinero que recibió de nosotras como correspondiente a la sucesión de su esposa, la venta en confianza que a ésta le hizo Pablo Emilio Ospina, y finalmente declaró que estábamos a paz y salvo con la sucesión de su esposa por razón de la venta citada y de los arrendamientos de los bienes de la misma sucesión hasta el 31 de octubre de 1922.

"l) Como nosotras no quisimos aceptar el recibo de que tratamos en el hecho anterior por la forma en que fue redactado, resolvimos, de común acuerdo con Aguirre, nombrar al doctor Juan de Dios Carrasquilla para que como amigable componedor nos dirimiera nuestras diferencias, y al efecto, por medio de carta suscrita por nosotras y por Aguirre, dimos al doctor Carrasquilla las autorizaciones del caso, y este caballero dio su resolución el 14 de abril del corriente año, que nos comunicó por carta de la misma fecha.

"ll) Aguirre no respetó la resolución del doctor Carrasquilla y se apartó de ella, a pesar de que dicho doctor fue nombrado por nosotras y por él con tal fin."

El contrademandado Aguirre contestó oponiéndose a todo lo pedido por las señoritas Ospinas; insistió en que se hagan las declaraciones pedidas por él, y, en relación a los hechos de la contrademanda, dijo:

"Al primero, marcado con la letra a). No me consta.

"Al segundo, marcado con la letra b). En lo que a mí se refiere, no es cierto. Lo demás no me consta.

"Al tercero, marcado con la letra c). No estoy obligado a contestarlo, porque no se refiere a mí.

"Al cuarto, marcado con la letra d). No es cierto; esa hipoteca gravaba entonces no solamente el lote pequeño denominado **El Cardenal**, sino a toda la hacienda denominada **San Felipe**.

"Al quinto, marcado con la letra e). En lo que a mí se refiere, no es cierto. Me consta que Lucía Ospina les confió casi todos sus bienes; pero no para que los vendieran, sino para que consiguieran dinero en préstamo y en buenas condiciones.

"Al sexto, marcado con la letra f). En lo que a mí se refiere, no es cierto.

"Al séptimo, marcado con la letra g). No me consta que así fuera.

"Al octavo, marcado con la letra h). No me consta que le hayan pagado al Banco López. El entierro de Lucía Ospina lo pagó Carlos Ospina con dineros que a ella le debía de arrendamientos. El resto del punto no es cierto en el sentido capcioso que quieren darle, pues no es cierto que yo recibiera de ninguna persona 'la quinta parte de sesenta y tres mil pesos.' No me consta cuáles sean las 'algunas otras deudas.'

"Al noveno, marcado con la letra i). No es cierto que yo haya recibido dinero, ni cheques o letras 'como parte del precio' de terrenos algunos.

"Al décimo, marcado con la letra j). No es cierto.

"Al undécimo, marcado con la letra k). No es cierto. No me presentaron ningún recibo. Yo hice algún proyecto de recibo, pero no está firmado, lo que significa que no es 'recibo,' ni tiene valor alguno.

"Al duodécimo, marcado con la letra l). No es cierto en la forma en que está redactado. Al doctor Carrasquilla, abogado de las demandantes, lo acepté como árbitro o amigable componedor, en vista de que estaban gestionando la venta de los terrenos denominados **San Felipe**; de que esquivaban todo arreglo directo, y de que no le devolvían a la sucesión de mi esposa los bienes que habían recibido en confianza, y los estaban malbaratando.

"Al decimotercero, marcado con la letra ll). Me aparté de la resolución dictada por el señor doctor Carrasquilla, porque no se refiere a la demanda que yo le presenté y que él aceptó; porque ella desconoce justos derechos de mi hijo y míos; y porque falló sin conocer mi alegato de defensa."

Planteado así el debate, el veintinueve de julio de mil novecientos veintisiete se dictó la sentencia de primera instancia, por la cual "el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

"1º Es nulo, de nulidad absoluta, por causa de simulación, el contrato de compraventa que se hizo constar en la escritura número ochocientos sesenta y siete (867), otorgada en la Notaría cuarta de este Circuito el veinticuatro de mayo de mil novecientos veinte (1920), por medio de la cual la señorita Lucía Ospina vendió a las señoritas Rosa Emilia y María Teresa Ospina los bienes de que trata el mismo instrumento.

"2º Cancélese la diligencia de registro de la escritura número 867, de que trata el punto anterior, sin perjuicio de los derechos de terceros, para lo cual se librará el correspondiente oficio.

"3º Dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia las señoritas Rosa Emilia y María Teresa Ospina entregarán a la sucesión de la señora Lucía Ospina de Aguirre, representada por el señor Luis Felipe Aguirre, los bienes materia del contrato que se anula, sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes.

"4º Las demandadas pagarán a la sucesión de la señora Lucía Ospina de Aguirre los frutos naturales y civiles de los mismos bienes, excepción hecha de los vendidos al señor Pablo Emilio Ospina por medio de la escritura número ochocientos diez y ocho (818), de veintidós (22) de mayo de mil novecientos veinticinco (1925), otorgada en la Notaría cuarta (4ª) de este Circuito; y no sólo los frutos percibidos sino los que el representante de la sucesión hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad si aquellos bienes hubieran estado en su poder. Estos frutos se pagarán a partir del primero de enero de mil novecientos veintiséis en adelante, deduciendo la cantidad de doscientos setenta y cuatro pesos noventa y seis centavos ($ 274-96), saldo que en esa fecha tenían a su favor las señoritas Rosa Emilia y María Teresa Ospina. El monto de esos frutos se fijará en juicio separado.

"5º Las demandadas pagarán a la sucesión de la señora Lucía Ospina de Aguirre, representada por el señor Luis Felipe Aguirre, los perjuicios causados por la venta hecha por ellas al señor Pablo Emilio Ospina, por medio de la escritura número 818, de 22 de mayo de 1925, pasada ante el Notario 4º de este Circuito, perjuicios que se fijarán en juicio separado.

"6º Absuélvese a las demandadas de los demás cargos de la demanda principal.

"7º No es el caso de hacer las declaraciones pedidas en las peticiones 1ª a 6ª de la contrademanda, y por tanto se niegan; y

"8º No hay lugar a hacer condenación en costas en este juicio.

"Cópiese y notifíquese."

Ambas partes apelaron de esa sentencia, y el Tribunal Superior de Bogotá, previa la tramitación correspondiente, profirió el fallo de segunda instancia que lleva fecha veintitrés de julio de mil novecientos veintiocho, desatando así la controversia:

"1º Declárase nulo, de nulidad absoluta, por simulación, el contrato de compraventa consignado en la escritura número ochocientos sesenta y siete (867), otorgada en la Notaría cuarta de este Circuito, el veinticuatro de mayo de mil novecientos veinte (1920), y por la cual la señorita Lucía Ospina vende a las señoritas Rosa Emilia y María Teresa Ospina los bienes de que trata el mismo instrumento.

"2º Cancélase la diligencia de registro de la escritura mencionada en el punto anterior, sin perjuicio de los derechos de terceros, para lo cual se librará el oficio del caso.

"3º Dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia las señoritas Rosa Emilia y María Teresa Ospina restituirán a la sucesión de la señora Lucía Os-

pina de Aguirre, representada por el heredero José Rafael Aguirre Ospina, los bienes materia del contrato que se anula, sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes.

"4ª Las demandadas señoritas Ospina pagarán a la sucesión ilíquida de la señora Lucía Ospina de Aguirre, los frutos naturales y civiles de los mismos bienes, excepción hecha de los vendidos a los señores Pedro A. López y Pablo Emilio Ospina, y no sólo los percibidos, sino los que el representante de la sucesión hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad si aquellos bienes hubieran estado en su poder, a partir del día primero de enero de mil novecientos veintiséis y hasta cuando se verifique la restitución, pero deduciendo la cantidad de doscientos setenta y cuatro pesos noventa y séis centavos ($ 274-96) moneda corriente, saldo que a tal fecha tenían a su favor las demandadas. El monto de esos frutos se fijará en juicio separado.

"5ª Las mismas demandadas pagarán a la sucesión demandante, representada por el heredero Aguirre Ospina, los perjuicios causados a ésta, por las ventas hechas por aquéllas a los señores Pedro A. López y Pablo Emilio Ospina por medio de las escrituras números mil trescientos ochenta y seis (1386) y ochocientos diez y ocho (818), ambas de la Notaría 4ª de Bogotá, y respectivamente de fechas 27 de septiembre de 1922 y 22 de mayo de 1925. Tales perjuicios se fijarán en juicio separado.

"6ª Absuélvese a las demandadas de los demás cargos de la demanda principal.

"7ª Absuélvese a la sucesión de la señora Lucía Ospina de Aguirre de los cargos formulados contra ella en la contrademanda.

"8ª No se hace especial condenación en costas.

"9ª Queda en estos términos reformada la sentencia en revisión; y

"10. Sin costas en la segunda instancia."

Ambas partes interpusieron el recurso de casación, el que les fue concedido por el Tribunal.

El demandante Aguirre, en su alegato de oposición a la demanda de casación formulada por las señoritas Ospina, pide que se niegue el recurso de casación propuesto por éstas, en cuanto se refiera a la demanda de reconvención, por ser—dice—"la cuantía de esa contrademanda inferior en mucho a la que exige y señala taxativamente el artículo 149 de la Ley 40 de 1907," y trata de justificar esta afirmación alegando que "como en la citada contrademanda la cuantía fue fijada diciendo que es 'mayor de quinientos pesos,' ello indica que no alcanza a la que la ley pide como indispensable y suficiente."

La Corte no accede a esta petición, por cuanto en los fundamentos de hecho de la contrademanda, marcados con los ordinales h), i), J) y k), está expresado categóricamente que la petición contenida en el punto segundo de la parte petitoria de la demanda de reconvención tiene por objeto que se declare que el demandante Aguirre recibió de las señoritas contrademandantes la cantidad de diez mil novecientos cincuenta pesos, lo que satisface la exigencia del artículo 1º de la Ley 90 de 1920. En consecuencia, se admite el recurso interpuesto por ambas partes, y procede a examinar, en primer lugar, el de la parte demandada, la que, en el escrito en que lo interpuso ante el Tribunal, dijo:

"Como causales de casación invoco las que señala el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, y especialmente la de ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por interpretación errónea e indebida aplicación al caso del pleito; por mala apreciación de las pruebas, por haber incurrido en error de hecho y de derecho en la estimación de las mismas; la de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, por haberse resuelto sobre puntos que no eran materia del recurso de apelación y de la demanda principal; y, finalmente, la de contener la sentencia en su parte resolutiva disposiciones contradictorias."

Luégo, al fundar el recurso ante esta Superioridad, formula cuatro cargos que impropiamente denomina causales, pues los tres primeros se contraen a demostrar que la sentencia es casable por violación de ley sustantiva y por errores de hecho y de derecho, y lo que se afirma en el cuarto cargo es que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, todo lo cual vale invocar las causales 1ª y 2ª del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, y los referidos cargos son meros motivos aducidos en apoyo de esas causales. Así lo aprecia la Corte, según norma establecida en varios casos semejantes. (Gaceta Judicial XXI. 358. 1º; XXIII. 276. 2º; XXV. 34. 2º).

Para justificar la segunda causal, dice la parte demandada recurrente:

"Al apelar Luis Felipe Aguirre de la sentencia del Juzgado de primera instancia, dijo textualmente: 'Apelo de aquellos considerandos referentes a la contrademanda, que me sean desfavorables.' De manera que Aguirre no apeló de la parte resolutiva del fallo, que, sin embargo, no condenó a las demandadas sino a pagar los perjuicios provenientes de la venta hecha a Pablo Emilio Ospina y no los perjuicios provenientes de la venta hecha a Pedro N. López. No obstante eso, el Tribunal, en la sentencia de segunda instancia, condenó también a las demandadas al pago de los perjuicios provenientes de esta última venta. No está, pues, la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, pues los perjuicios provenientes de la venta a López, ya no eran objeto de la controversia en segunda instancia. Esta es una causa suficiente para casar la sentencia (artículo 2º de la Ley 169 de 1896)."

Se observa:

La razón que aquí se aduce para demostrar que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes, es que el Tribunal falló sobre los perjuicios provenientes de la venta hecha a Pedro N. López, punto que no fue objeto en la segunda instancia, porque quedó fallado en la primera, y no fue materia de la apelación, pero como lo que con ello se da a entender es que el Tribunal violó la cosa juzgada, la acusación debió formularse de acuerdo con la causal primera, y no por la segunda, tal como aparece. El cargo es infundado.

Dice el apoderado de las demandadas recurrentes:

"En la parte resolutiva de la sentencia, y bajo el numeral 1º, dijo el Tribunal:

'Declárase nulo, de nulidad absoluta, por simulación, el contrato de compraventa consignado en la escritura número 857, otorgada en la Notaría 4ª de este Circuito el 24 de mayo de 1920, y por la cual la señorita Lucía Os-

pina vende a las señoritas Emilia y María Teresa Ospina, los bienes de que trata el mismo instrumento.'

"No existe en nuestro Código Civil disposición expresa que declare nulos los contratos simulados. Pero, nuestra jurisprudencia, de una manera uniforme y constante, ha resuelto que ellos adolecen de nulidad, porque carecen de los elementos que constituyen la esencia de toda obligación contractual. Como se ve, se trata de una interpretación del artículo 1502 del Código Civil. Pero precisa distinguir la simulación absoluta de la relativa. 'Es negocio absolutamente simulado el que, existiendo en apariencia, carece en absoluto de un contenido serio y real. Las partes no quieren el acto, sino tan sólo la ilusión exterior que él produce. El negocio se limita a una forma vacía destinada a engañar al público: a un fantasma, como dice Kuntze.' 'La simulación relativa consiste en disfrazar un acto, en ella se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto. Los contratantes concluyen un negocio verdadero que ocultan bajo una forma diversa, de tal modo que su verdadera naturaleza permanezca secreta.' (Francisco Ferrara: **La simulación de los negocios jurídicos**).

"Para la simulación relativa no existe la sanción de la nulidad, porque el contrato relativamente simulado no carece de los elementos que constituyen la esencia de la obligación contractual.

"En efecto: la nulidad de los contratos absolutamente simulados, se basa sobre todo en la falta de causa, aunque esto no se puede invocar siempre, porque el negocio simulado es algo más que un contrato sin causa. De todos modos, es perfectamente evidente, que en los contratos relativamente simulados existe la causa. Así por ejemplo, en un contrato de mandato para enajenar, la causa sería la adquisición de facultad por una persona para poder disponer de una cosa, por una parte, y por otra, el otorgamiento de esta facultad. No importa que el contrato se disfrace bajo las apariencias de una compraventa. La causa existe, como también los otros elementos esenciales de la obligación: capacidad, consentimiento y objeto."

Después de otras consideraciones, agrega:

"Examinemos a la luz de los principios sentados, la sentencia objeto del presente recurso:

"Dice el Tribunal:

'Afirma al respecto (el apoderado de las demandadas) que la aparente vendedora señora Lucía Ospina, al otorgar la escritura número 867, pretendió tan sólo autorizar a las señoritas Rosa Emilia y María Teresa Ospina para que, sirviéndose de los bienes que dijo transferirles, consiguieran a cualquier título el dinero necesario para cancelar un crédito a favor del Banco López, y que en este particular las partes contratantes estuvieron en completo acuerdo.'

"Este aserto, según lo dicho antes acerca de la naturaleza específica de la simulación relativa, sería viable si se encontrara respaldado en autos; mas tal respaldo se echa de menos, ya que el demandante niega rotundamente que las señoritas Ospinas estuvieran facultadas para vender los bienes de la señora Lucía, y que aun en la hipótesis de que así lo confesaran, como esa confesión no emana del mismo contratante, resultaría a todas luces ineficaz para establecer la intención de éste.

"Si de las probanzas aducidas no se colige que la señorita Lucía confiriera mandato para vender, como sostiene la parte demandada, sino para hipotecar, al decir de la actora, hay que concluir forzosamente que no hubo concurso real de voluntades en cuanto a la celebración de determinada convención, y sin este requisito, mal puede afirmarse que la simulación de que adolece el contrato cuestionado sea meramente relativa.

"Fácilmente se ven—agrega el recurrente—las contradicciones en que incurrió el Tribunal. Primero afirma que 'el aserto relativo a la existencia del mandato no tiene respaldo en autos,' y más adelante dice textualmente: 'De las probanzas aducidas se colige que la señora Lucía (sic) dio mandato no para vender sino para hipotecar.' De manera que el Tribunal, en resumidas cuentas, halla probada la existencia del mandato, pero no lo admite para que en él apoye sus pretensiones la parte demandada. Extraña lógica! Afirmar que de las pruebas presentadas se colige (o deduce) la existencia de un mandato para hipotecar, y luégo declarar que el hecho de que no se hubiera hipotecado sino vendido, hace que el Tribunal no pueda tener en consideración el contrato de mandato, es tanto como afirmar este absurdo jurídico: la extralimitación del mandatario quita toda existencia legal al mandato, lo anula de nulidad absoluta, vuelve las cosas al estado anterior a la convención de los interesados!

"Tenemos, pues, en claro, por la declaración misma del Tribunal, lo siguiente: se halla probada en autos la existencia de un **(documento)** contrato de mandato cuyos términos no se pueden precisar claramente. El Tribunal no tomó en cuenta la existencia de este contrato para fallar, y por esa razón estimó haber en el contrato consignado en la escritura número 867, otorgada en la Notaría 4ª de este Circuito el 24 de mayo de 1920, una simulación absoluta, por no reunir tal contrato, en concepto del mismo Tribunal, los elementos necesarios para la existencia de toda obligación contractual (artículo 1502 del Código Civil).

"En primer término, existe en la sentencia un error de hecho evidente en los autos. Porque existiendo las pruebas de la existencia de un contrato de mandato no se les toma en cuenta al fallar. Y existe además un error de derecho por errada interpretación y aplicación del artículo 1502 del Código Civil, porque el contrato relativamente simulado sí tiene los elementos esenciales de toda obligación contractual. El error de hecho, evidente en los autos, ha conducido al error de derecho, y ambos constituyen causales suficientes para casar, como lo demando, la sentencia que motiva este recurso (Ley 169 de 1896, artículo 2º, numeral 1º)."

La Corte estima fundada esta acusación, pues observa que desde el comienzo de esta litis, las demandadas adujeron como base o fundamento de su demanda de reconvención, este hecho:

"c) Con el fin de que el matrimonio de nuestra hermana Lucía no impidiera la consecución del dinero suficiente para cancelar la hipoteca constituída a favor del Banco López, ésta resolvió, de acuerdo con Aguirre, hacernos la escritura de venta de sus derechos de El Cardonal, para que así pudiéramos hacer una nueva hipoteca o vender una parte de los terrenos para atender al pago del crédito hipotecario."

El contrademandado, o sea el actor en la acción principal, Luis Felipe Aguirre, contestó:

"Al quinto, marcado con la letra e). En lo que a mí se refiere no es cierto. Me consta que Lucía Ospina les confió casi todos sus bienes; pero no para que los vendieran, sino para que consiguieran dinero en préstamo y en buenas condiciones."

Quedó, pues, establecido entre las partes, por la demanda y la contestación, y confirmada ésta por la ulterior confesión del demandante Aguirre, comentada en este cargo, que bajo la apariencia del contrato de compraventa de que da cuenta la escritura pública número 867, otorgada en la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá el 24 de mayo de 1920, se oculta un contrato que las partes sí tuvieron intención de celebrar real y verdaderamente, que fue el de mandato y autorización que la señorita Lucía Ospina confirió a sus hermanas Rosa Emilia y María Teresa Ospina para hipotecar sus derechos de copropiedad en la finca nombrada **El Cardonal**. Ese acuerdo de voluntades a ese respecto, y entre personas hábiles, tuvo una causa real y lícita, y aunque se hubiera hecho aparecer que el contrato que se celebraba era de venta, no por eso puede decirse que es absolutamente nulo en lo referente a la finca denominada **El Cardonal**.

Conceptúa el Tribunal que "de las probanzas aducidas se colige que Lucía Ospina dio mandato para hipotecar, no para vender," y al mismo tiempo afirma que el aserto relativo a la existencia del mandato no tiene respaldo en autos, porque la confesión que a este respecto hace el actor en la contestación a la contrademanda es ineficaz para establecerla, toda vez que ella no emana de la misma contratante Lucía Ospina; pero a esto cabe observar que la aceptación que hace el demandado de los hechos en que el demandante funda su demanda, no es, propiamente, prueba, sino relevo de pruebas sobre esos hechos (artículo 575 del Código Judicial), o un acuerdo de voluntades que pone esos hechos fuera del debate judicial que se inicia por la demanda y la contestación, y que, por consiguiente, no han de ser materia de decisión, sino de reconocimiento en la sentencia. Es por tanto fundado el cargo que sobre este punto formula el recurrente por error de derecho, y ha de casarse la sentencia por este motivo, en lo relativo a la finca nombrada **El Cardonal**.

La anterior confesión de Aguirre de que se hizo mérito en relación con el punto e) de la contrademanda, consta en las posiciones absueltas por él el veintidós de febrero de mil novecientos veintisiete, a petición de la demandada María Teresa Ospina.

En efecto:

"Preguntado: (Primera posición). Cómo es cierto, sí o nó, que el documento que se le pone de presente, fechado el 3 de noviembre de 1922, que la letra dice: 'Yo, Luis F. Aguirre, varón, mayor de edad y vecino de Bogotá, obrando en mi carácter de padre legítimo en ejercicio de la patria potestad, sobre mi menor hijo José Rafael Aguirre Ospina, declaro:

'Primero. Que una parte de los derechos que mi citado menor hijo tiene sobre el lote y casa de **El Cardonal** fueron vendidos por las señoritas Rosa Emilia y María Teresa Ospina, y que dicha venta fue verificada sin mi consentimiento.

'Segundo. Que dichas señoritas Rosa Emilia y María Teresa Ospina, me han entregado la suma de diez mil novecientos cincuenta pesos ($ 10,950) moneda corriente, en dinero efectivo, los cuales declaro recibidos, como parte que correspondió a mi nombrado menor hijo, heredero único de su madre señora Lucía Ospina de Aguirre, en el dinero por el cual vendieron las nombradas señoritas Ospinas una parte de la finca o lote de terreno denominado **El Cardonal**, ubicado en jurisdicción del Municipio de Bogotá, barrio de Chapinero, y alinderado así: por el Norte, con propiedad de Carlos Hollman, hoy de Pedro N. López; por el Occidente, con el camino que va a Suba; por el Sur, con propiedad de Francisco de P. Rueda, y por el Oriente, con la carrilera del ferrocarril del Norte.

'Tercero. Que con la entrega de dichos diez mil novecientos cincuenta pesos ($ 10,950) quedan las señoritas Ospinas a paz y salvo con mi mentado hijo y conmigo por la parte que a dicho menor correspondía en la suma de sesenta y tres mil pesos ($ 63,000), en que las señoritas Ospinas vendieron una parte del lote de **El Cardonal** al señor Pedro N. López, por escritura número 1386, de 27 de septiembre de 1922, en la Notaría 4ª de Bogotá.

'Cuarto. Que en la suma de dinero que aquí declaro recibido, no queda incluída la parte correspondiente al señor Pablo Emilio Ospina por el derecho que mi finada esposa Lucía Ospina de Aguirre había recibido en confianza de su hermano Pablo Emilio por escritura número 659, de 23 de mayo de 1919, de la Notaría 4ª, derecho que junto con los de mi nombrada esposa, fueron transmitidos por ella y por indicación mía, en vísperas de nuestro matrimonio, a sus señoritas hermanas Rosa Emilia y María Teresa. Así pues, esa parte debe recibirla directamente de las señoritas Ospina el señor Pablo Emilio Ospina, por cuanto que la venta a que se refiere la escritura número 867, de 24 de mayo de 1920, también tiene carácter de confianza.

'Quinto. Que en la suma de pesos primeramente mencionada queda comprendida la cuota equivalente a la quinta parte que le corresponde, como actual dueño, a mi menor hijo en el valor de los arrendamientos de las fincas de **El Cardonal** y **San Felipe** y de la casa número 32 de la carrera diez y seis de esta ciudad; quedando las señoritas Ospina por lo que respecta a arrendamientos a paz y salvo con mi nombrado menor hijo y conmigo hasta el día treinta y uno de octubre de mil novecientos veintidós (1922).

'Para constancia firmo el presente ante testigos en Bogotá, a tres de noviembre de mil novecientos veintidós (1922).

'Testigo, testigos,' está escrito de su puño y letra y su contenido es exacto en todas y cada una de sus partes. (El señor Juez le pondrá de presente el documento marcado con el número 1 en lápiz rojo).

Aguirre contestó:

"Es cierto que está escrito de mi puño y letra, pero su contenido no es exacto, porque no expresa la verdad de las cosas, y por eso no lo firmé, y por eso no le reconozco valor alguno."

Preguntado (segunda posición):

"¿Cómo es cierto, sí o nó, que el documento que se le acaba de poner de presente, fue espontáneamente escrito por usted, para reemplazar el presentado por nosotras para acreditar el pago de la suma de $ 10,950, que le hicimos a usted, como cuota que le correspondía a la suce-

sión iliquida de Lucía Ospina de Aguirre por razón de la transmisión que ésta nos hizo por medio de la escritura número 867, de 24 de mayo de 1920?"

Aguirre contestó:

"Es cierto que lo escribí espontáneamente, pero no para reemplazar ningún documento, porque ellas no me han presentado ninguno, y repito que no lo firmé por no ser expresión de la verdad de los hechos."

Preguntado (cuarta posición):

"¿Cómo es cierto, si o nó, que usted recibió de nosotras (de Rosa mi hermana y de mi), entre el 27 de septiembre y el 3 de noviembre de 1922, la suma de $ 10,950, así: en los cheques marcados con los números 22 y 40, fechados el 3 de noviembre de 1922, contra el Banco de Bogotá y el Banco López, respectivamente, girados por Carlos E. Ospina O. a favor de usted, por las sumas de $ 100 y $ 850, y en nuestra letra de cambio marcada con el número 2, del 27 de septiembre de 1922, a su favor y en contra de Pedro N. López, por la suma de $ 10,000?"

Aguirre contestó:

"Es cierto que recibí esas cantidades, pero no de Rosa y María Teresa Ospina, sino de Carlos E. Ospina O., para abonarlas a la cuenta de Rosa Emilia y María Teresa Ospina con mi menor hijo José Rafael Aguirre, como tenedoras y administradoras de los bienes de mi citado hijo y de mi esposa."

Preguntado (duodécima posición):

"¿Cómo es cierto, si o nó, que usted en su propio nombre y como padre legítimo del señor José Rafael Aguirre Ospina, como representante de la sucesión iliquida de Lucía Ospina de Aguirre, recibió de nosotras (Rosa y yo) la suma de $ 10,950, así: $ 10,000 en una letra contra el señor Pedro N. López, que éste le cubrió por medio del cheque número 10,557, de la serie O 5642, número 5, de fecha 17 de marzo de 1923, a cargo del Banco López y a su favor, por la suma antes citada y en los cheques a que se refiere la pregunta 4ª?"

El demandante Aguirre contestó:

"Es cierto, pero a nombre de mi hijo."

Además, en los puntos k) y l) de su demanda de reconvención explican las demandadas Rosa Emilia y María Teresa Ospina que después de que Luis Felipe Aguirre recibió de ellas los $ 10,950 de que trata el hecho anterior, se negó a firmar el recibo que ellas le presentaron, pero en cambio escribió de su puño y letra el recibo inserto en la primera posición aquí transcrita; que como ellas no quisieron aceptar ese recibo, por la forma en que fue redactado, resolvieron, de común acuerdo con Aguirre, nombrar al doctor Juan de Dios Carrasquilla para que, como amigable componedor, les dirimiera sus diferencias. Con este motivo, Aguirre presentó al doctor Carrasquilla un pliego con este mote: "Puntos que ha de comprender el compromiso," y cuyo contenido en el numeral primero, es de este tenor:

"1º El menor José Rafael Aguirre Ospina tiene derecho *para exigir que las señoritas Rosa* Emilia Ospina y María Teresa Ospina le paguen una indemnización por los perjuicios que le han causado al vender una parte—mayor de la necesaria- de los bienes que Lucía Ospina, madre legítima del citado menor, los confió a las nombradas señoritas Rosa Emilia y María Teresa Ospina por medio de la escritura número 867, de 24 de mayo de 1920, con el exclusivo fin de atender al pago de los dineros que Lucía Ospina debía al Banco López por concepto de las cantidades de dinero que había recibido, en cheques girados por Carlos Ospina, de los $ 10,000 por los cuales hipotecaron Rosa Emilia, María Teresa y Lucía Ospina los terrenos de San Felipe y El Cardonal al Banco López el 25 de febrero de 1920. Tal indemnización es justa, por cuanto que, con el valor de 5,000 varas cuadradas de terreno de El Cardonal, vendidas a treinta centavos ($ 0-30) la vara, como las vendieron, había más que suficiente para pagar al Banco el capital y los intereses de la deuda de Lucía Ospina; y por cuanto que las señoritas Rosa Emilia y María Teresa Ospina, apartándose arbitrariamente del fin exclusivo que tuvo en mira Lucía Ospina para confiarles sus bienes, procedieron bajo su responsabilidad a vender, además de las cinco mil varas cuadradas que eran suficientes para conseguir tal fin, otras 36,794 varas cuadradas que hacen parte del patrimonio del menor José Rafael Aguirre Ospina.

"Dicha venta fue verificada por las señoritas Rosa Emilia y María Teresa Ospina sin haberme consultado (como a padre legítimo del citado menor); sin mi consentimiento; y a sabiendas de que yo me opondría a tal venta como representante de mi hijo y en guarda de sus intereses. Tal indemnización la reclamo por una suma mayor de $ 25,000 moneda corriente."

El demandante Luis Felipe Aguirre reconoció en este juicio ese documento, el 23 de febrero de 1927 (cuaderno 3º, folio 21), en estos términos:

"Que el memorándum demanda que obra en autos y que se le ha puesto de presente fue escrito con su puño y letra y lleva como mote: 'Puntos que ha de comprender el compromiso,' y hace constar que tal memorándum demanda es el mismo que el declarante Aguirre presentó al doctor Juan de Dios Carrasquilla en uno de los primeros días de febrero de 1926, en busca de un arreglo amigable y equitativo entre el exponente y las señoritas Rosa y Teresa Ospina, arreglo que no llegó a ser definitivo por tratarse de bienes raíces de un menor."

La misma parte demandada recurrente cree hallar un nuevo motivo de casación en los conceptos del Tribunal contenidos en este paso de la sentencia recurrida:

"Lo propio ocurre—dice el Tribunal—en cuanto a los pedimentos quinto y sexto, porque son consecuencia del anterior, y porque se basan también en que los contrademandantes recibieron poder de la señora Lucía para transferir ciertos bienes a Pablo Emilio Ospina, y en autos no existe la menor prueba sobre este particular."

El apoderado de las recurrentes impugna este concepto, porque dice: "no se explica el ánimo cómo el Tribunal pasó por alto el documento fechado el 3 de noviembre de 1922, que Luis Felipe Aguirre reconoció escrito de su puño y letra en posiciones" (folio 16, cuaderno de pruebas de las contrademandantes).

Aparece aquí un error de hecho evidente en autos, porque se pasa por alto esa prueba, y ese error de hecho conduce a error de derecho, por violación del artículo 1763 del Código Civil. Este artículo da valor a los asientos, registros o papeles domésticos contra el que los ha escrito o firmado. El Juzgado de primera instancia y el Tribunal reconocieron en sus sentencias, a propósito de otros puntos, que el documento de 3 de noviembre de

1922 tenía el valor que tasa el artículo 1763. Y en este punto se pasó por alto la prueba, y se desconoció su valor legal. La sentencia es casable en lo relativo a esta parte, por error de hecho evidente en autos y por error de derecho." (Violación del artículo 1763 del Código Civil).

"Queda demostrado que si se dio mandato para devolver a Pablo Emilio Ospina el derecho transmitido a su hermana Lucía en confianza. Existiendo ese mandato, su cumplimiento por parte de Rosa Emilia y María Teresa Ospina, no puede acarrearles a éstas responsabilidad alguna para con la sucesión de Lucía Ospina de Aguirre. Si el Tribunal se negó a hacer declaración en este sentido, fue por error evidente de hecho y de derecho, como se demuestra en el aparte anterior."

Se observa:

No es exacto que de las pruebas que obran en el proceso resulta demostrado que en la venta hecha por Lucía Ospina y Rosa Emilia y María Teresa Ospina de sus derechos en los terrenos denominados **San Felipe**, lo que hubo realmente fue un mandato conferido a éstas para que le devolvieran a Pablo Emilio Ospina el derecho que éste había transmitido en confianza a su hermana Lucía. La falta de esa prueba hace improcedente el cargo por error de hecho y de derecho y consiguiente violación del artículo 1763 del Código Civil.

En efecto, cierto es que—como ya se ha visto—las contrademandantes piden se declare que al transmitirles Lucía Ospina, por medio de la escritura número 867, de 24 de mayo de 1920, el derecho proindiviso que ella tenía en la finca denominada **San Felipe**, determinada en el punto b) de esa escritura, les confirió poder para devolverlo a su verdadero dueño, señor Pablo Emilio Ospina, de quien lo había recibido en confianza, y que, como fundamento de esa petición, adujeron este hecho:

"b) Nuestra hermana, antes de contraer matrimonio con el señor Luis Felipe Aguirre, y comprendiendo que su nuevo estado le dificultaba devolver a su hermano Pablo Emilio Ospina el dominio de los derechos que había recibido en confianza, resolvió, de acuerdo con Aguirre, y por medio de la escritura marcada con el número 867, de 24 de mayo de 1920, pasada ante el Notario 4° de Bogotá, transmitirnos esa propiedad, para que nosotras a nuestro turno, la devolviésemos a su verdadero dueño Pablo Emilio Ospina."

Pero también se ha visto ya que el contrademandado Aguirre le negó su asentimiento a lo aseverado en ese punto de la contrademanda, y a los autos no se ha traído ninguna prueba que acredite la verdad de aquella aseveración; pues aunque el apoderado de las demandadas recurrentes da a entender que resulta del documento de 3 de noviembre de 1922, legalmente reconocido por Aguirre, lo único que sobre el particular se lee en el referido documento, es esto:

"Cuarto. Que en la suma de dinero que aquí declaro recibida, no queda incluída la parte correspondiente al señor Pablo Emilio Ospina por el derecho que mi finada esposa Lucía Ospina de Aguirre había recibido en confianza de su hermano Pablo Emilio, por escritura número 659, de 23 de mayo de 1919, de la Notaría 4ª, derecho que junto con el de mi nombrada esposa, fueron transmitidos por ella y por indicación mía, en vísperas de nuestro matrimonio, a sus señoritas hermanas Rosa Emilia y María Teresa. Así, pues, esa parte debe recibirla directamente de las señoritas Ospina el señor Pablo Emilio Ospina, por cuanto que la venta a que se refiere la escritura número 867, de 24 de mayo de 1920, también tiene carácter de confianza."

Como se ve, aquí no declara Aguirre que Lucía Ospina confiriera poder a sus hermanas Rosa Emilia y María Teresa Ospina para que le devolvieran a Pablo Emilio la finca denominada **San Felipe**, que de éste recibió en confianza por la escritura número 659 allí mencionada, sino que la venta de que trata esta escritura fue meramente de confianza y que tiene este mismo carácter, en lo referente a la finca **San Felipe**, la venta a que se refiere la escritura número 867, de 24 de mayo de 1920, lo cual es muy distinto de lo que el recurrente da por probado con ese documento. El cargo es infundado.

Procédese a examinar ahora el recurso de la parte actora. Aunque ésta no lo expresa, claramente se ve que la causal de casación invocada por ella es la 1ª del artículo 2° de la Ley 169 de 1896, toda vez que para sustentar el recurso afirma que la apreciación del Tribunal que lo motiva, "encarna violación de ley sustantiva y errores de derecho y de hecho," y, al efecto, formula estos dos cargos:

1° "Violación de ley sustantiva y error de derecho." Para sustentar este cargo, arguye así el recurrente:

"Aparece en autos la escritura número seiscientos cincuenta y nueve (659), de 23 de mayo de 1919, de la Notaría 4ª de Bogotá, por la cual adquirió Lucía Ospina cierto derecho proindiviso radicado en la quinta parte del globo de tierra denominado **San Felipe**, y equivalente a un tercio (1|3) de esa quinta parte. Igualmente aparece en autos que por medio de la escritura número ochocientos sesenta y siete (867), de fecha veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos veinte (1920), de la Notaría 4ª de esta ciudad, Lucía Ospina vendió (simuladamente) a favor de sus hermanas Rosa Emilia y María Teresa Ospina—junto con otros bienes—el derecho radicado en la quinta parte del globo de tierra nombrado **San Felipe**, en la parte proporcional que le correspondía conforme a la escritura número seiscientos cincuenta y nueve (659) anteriormente citada.

"Las señoritas Rosa Emilia y María Teresa Ospina, otorgantes de la escritura número ochocientos diez y ocho (818), y que es la misma escritura cuya apreciación como prueba estimo mal hecha por el Tribunal—dijeron así en ella:

'Cuarto. Las comparecientes Rosa Emilia y Teresa Ospina transfieren a título de venta al señor Pablo Emilio Ospina el derecho proindiviso equivalente a la quinta parte del lote segundo denominado **San Felipe**....'

"El derecho de quinta parte radicado en el lote así alinderado, es, pues, el mismo que las vendedoras adquirieron del actual comprador por la escritura número seiscientos cincuenta y nueve (659), varias veces citada.

"Como la escritura número seiscientos cincuenta y nueve, que citan las dos vendedoras, dice claramente que la totalidad del derecho proindiviso radicado en la quinta parte del lote denominado **San Felipe** (o sea una quinta parte de ese lote) fue adquirido no exclusivamente por las dos hermanas Rosa Emilia y María Teresa Ospina, sino que lo adquirieron en común y proindiviso entre las tres hermanas Rosa Emilia Ospina, María Teresa Ospina y Lucía Ospina, es perfectamente claro que las dos mencionadas Rosa Emilia y María Teresa Ospina no adqui-

rieron por medio de la escritura seiscientos cincuenta y nueve (659) el derecho de quinta parte, sino únicamente el derecho equivalente a dos tercios de quinta parte del lote nombrado San Felipe.

"Que tanto Rosa Emilia y María Teresa Ospina como Pablo Emilio Ospina, como otorgantes vendedores y como aceptante comprador, no tuvieron intención de comprar ni de vender por medio de la escritura pública número ochocientos diez y ocho (818) tántas veces citada, el derecho proindiviso correspondiente a Lucía Ospina en el lote denominado San Felipe, derecho éste que Lucía Ospina transmitió (simuladamente) a Rosa Emilia y María Teresa Ospina por medio de la escritura número ochocientos sesenta y siete (867), de 24 de mayo de 1920, se ve con claridad meridiana cuando vemos en la mentada escritura número ochocientos diez y ocho (818), lo siguiente:

'Octavo. Y para evitar dudas agregan que en la venta hecha por esta escritura no quedan incluídos los derechos que las vendedoras adquirieron por títulos distintos al que reza la nombrada escritura pública número seiscientos cincuenta y nueve (659).'

"Lo cual significa que exceptuaron y no incluyeron en ese contrato de compraventa los derechos que Lucía Ospina les había transmitido simuladamente por medio de la escritura pública número ochocientos sesenta y siete (867) atrás mencionada.

"Por consiguiente, el Tribunal Superior, al apreciar la prueba consistente en la escritura pública número ochocientos diez y ocho (818), de fecha 22 de mayo de 1925, de la Notaría 4ª de Bogotá, ha violado por omisión la disposición legal sustantiva contenida en el inciso o parte segunda del artículo 1867 del Código Civil, toda vez que el Tribunal estima como si hubieran sido vendidos por Rosa Emilia y María Teresa Ospina a favor de Pablo Emilio Ospina ciertos derechos o bienes pertenecientes a la sucesión ilíquida de Lucía Ospina de Aguirre; cuando tales derechos son 'cosas no comprendidas,' y antes bien, excluídas, en la designación de las cosas vendidas por medio de la escritura número ochocientos diez y ocho (818) tántas veces citada en este escrito. Tal violación de la ley, por omisión, constituye ipso facto error de derecho."

Observa la Corte que con las razones expuestas en apoyo a este cargo, lo que se tiende a demostrar es que el Tribunal erró de hecho en la apreciación del contenido de la escritura número 659, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá el 23 de mayo de 1919, pero que esos argumentos no son adecuados para justificar la acusación aquí formulada por violación del "inciso o parte segunda del artículo 1867 del Código Civil," por no haberlo aplicado al caso del pleito y error de derecho.

II. "Error de hecho." Para demostrarlo razona así el recurrente:

"Aparece de un modo evidente en los ordinales cuarto y quinto (4º y 5º) de la parte resolutiva de la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Cundinamarca en el juicio ordinario señalado al principio de este escrito, que aquella Superioridad tiene la noción o creencia de que en el contrato de compraventa pactado por Rosa Emilia, María Teresa y Pablo Emilio Ospina por medio de la escritura pública número ochocientos diez y ocho, de fecha veintidós de mayo de mil novecientos veinticinco, otorgada ante el Notario 4º de Bogotá, ha quedado comprendido y vendido algún bien o derecho de los pertenecientes a Lucía Ospina de Aguirre o a su heredero.

"Tal noción o creencia del Tribunal sentenciador proviene, a no dudarlo, de que al estimar el valor probatorio de la citada escritura número ochocientos diez y ocho (818) no tuvo en cuenta, y por consiguiente, violó por omisión el precepto sustantivo contenido en el inciso o segunda parte del artículo 1867 del Código Civil; disposición legal ésta que es aplicable y debe ser aplicada cuandoquiera que se trate de apreciar en su verdadero significado y consiguiente valor probatorio, la nombrada escritura número 818. Que aquella noción o creencia del Tribunal es equivocada, y, por consiguiente constituye error de hecho, se comprende claramente desde el momento en que admitamos—como tenemos que admitir—la existencia del error de derecho proveniente de la violación de la ley sustantiva pertinente. Raciocinando a **contrario sensu**, deduciremos que si se aplica a la mencionada escritura 818 el precepto legal de que he hecho mérito, desaparece o debe desaparecer conforme a la lógica, la violación de aquella ley y el error de derecho. Y una vez inexistentes la violación de la ley y el error de derecho, es indudable que la noción o creencia del Tribunal en cuanto se refiere a la escritura 818 con respecto a los bienes y derechos pertenecientes a la sucesión de Lucía Ospina de Aguirre, y en cuanto los considera como vendidos, había de trocarse de afirmativa que es, en negativa, como debe ser."

Se observa:

Por la escritura número 659, de 23 de mayo de 1919, Pablo Emilio Ospina dijo que vende a Rosa Emilia, María Teresa y Lucía Ospina un derecho proindiviso equivalente a la quinta parte en un globo de terreno compuesto de dos lotes denominados **El Cardenal** el uno y **San Felipe** el otro, hoy ambos **San Felipe**. Luégo, por escritura 867, de 24 de mayo de 1920, Lucía Ospina vendió a sus hermanas Rosa Emilia y María Teresa la cuota que a ella correspondía en los derechos que adquirieron en esa finca, por medio de la citada escritura número 659; y, por último, el 22 de mayo de 1925, Rosa Emilia y María Teresa Ospina, en escritura otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, bajo el número 818, después de relacionar las operaciones verificadas por medio de las dos escrituras anteriores, dijeron, refiriéndose a los terrenos de **San Felipe** que, como se ha visto, forman dos lotes:

"Tercero. Los condueños de los dos expresados lotes, inclusive los otorgantes, vendieron al señor Pedro N. López la porción llamada **El Cardenal**, distinguida con el número primero en la escritura de compra primeramente citada, al tenor del instrumento número mil trescientos ochenta y seis (1386), otorgado en esta Notaría el veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos veintidós (1922).

"Cuarto. Las comparecientes Rosa Emilia Ospina y Teresa Ospina transfieren, a título de venta, al señor Pablo Emilio Ospina, el derecho proindiviso equivalente a la quinta parte del lote segundo denominado San Felipe, y alinderado así: por el Oriente, valla de por medio, con el camino nuevo que conduce de Bogotá a Suba; por el Norte, cerca de alambre de por medio, con terrenos de Catón y Peregrino Téllez; por el Occidente, río del Arzobispo de por medio, con propiedades de José Joaquín

Vargas Escobar; y por el Sur, vallado de por medio, con propiedades de Javier González Vásquez. El derecho de quinta parte radicado en el lote así alinderado, es, pues, el mismo que las vendedoras adquirieron del actual comprador por la escritura número seiscientos cincuenta y nueve (659) varias veces citada.

"Quinto. En la venta quedan comprendidas las cuotas que corresponden al derecho vendido en las dependencias y anexidades del terreno."

Cierto es que en la cláusula séptima de esa escritura las vendedoras hicieron la explicación que en este cargo hace valer el recurrente, pero la interpretación que a ella le da éste, queda desautorizada por las declaraciones consignadas en las cláusulas cuarta y quinta, en que se dice que el derecho vendido equivale "a la quinta parte del lote segundo," y que "en la venta quedan comprendidas las cuotas que corresponden al derecho vendido," esto es, las tres cuartas que integran la quinta parte del expresado lote y de las cuales eran condueñas las vendedoras, como lo acreditan las susodichas escrituras números 659 y 867. Es, por tanto, infundado el cargo que el recurrente le hace al Tribunal de error de hecho en la apreciación de la precitada escritura número 813, con violación de "la disposición legal sustantiva contenida en el inciso 2 parte segunda del artículo 1867 del Código Civil," que no era aplicable al caso que allí se contempla.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el veintitrés de julio de mil novecientos veintiocho, y con observancia de lo preceptuado en el penúltimo inciso del artículo 12 de la Ley 90 de 1920, procede a dictar el fallo de instancia con que ha de reemplazarla, en los términos siguientes:

1ª No hay lugar a declarar nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa que Lucía Ospina celebró con Rosa Emilia y María Teresa Ospina, por medio de la escritura pública otorgada en la Notaría cuarta del Circuito de Bogotá, bajo el número ochocientos sesenta y siete, el veinticuatro de mayo de mil novecientos veinte, de los siguientes bienes:

a) De la quinta parte proindivisa de un globo de tierra denominado El Cardonal, ubicado en jurisdicción del Municipio de Bogotá, barrio de Chapinero, y demarcado por los siguientes linderos: "por el Norte, con propiedad de Carlos Hollman; por el Occidente, con el camino que va a Suba; por el Sur, con propiedad de Francisco de P. Rueda, y por el Oriente, con carrilera del Ferrocarril del Norte"; y

b) Del derecho proindiviso que la expresada vendedora tenía en el lote de terreno denominado **lote de El Cardenal**, comprendido en el denominado **San Felipe**, ubicado en el mismo Municipio de Bogotá, barrio de Chapinero, demarcado por los siguientes linderos: "por el Norte, con propiedad de Carlos Hollman; por el Occidente, con el camino que va a Suba; por el Sur, con propiedad de Francisco de P. Rueda, y por el Oriente, con carrilera del Ferrocarril del Norte."

2ª En los términos que preceden, quedan resueltas las peticiones primera, segunda y tercera de la demanda de reconvención propuesta por las demandadas.

3ª Declárase nulo, de nulidad absoluta, por simulación, el contrato de compraventa consignado en la escritura número ochocientos sesenta y siete (867), otorgado en la Notaría cuarta del Circuito de Bogotá el veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos veinte (1920); pero únicamente en lo referente a la venta que por medio de ella hizo Lucía Ospina a Rosa Emilia y María Teresa Ospina de los bienes que en seguida se expresan:

a) Del derecho proindiviso que por medio de la escritura pública número seiscientos cincuenta y nueve, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, el veintitrés de mayo de mil novecientos diez y nueve, adquirió la expresada vendedora en el lote de terreno denominado **San Felipe**, o sea un tercio de la quinta parte de ese lote, ubicado en jurisdicción del Municipio de Bogotá, barrio de Chapinero, y demarcado por los siguientes linderos: "por el Oriente, con el camino que va a Suba; por el Norte, con propiedad de Carlos Hollman, Catón Téllez y Joaquín Castro; por el Occidente, con el río del Arzobispo de por medio, con terreno de José Joaquín Vargas Escobar; y por el Sur, con terrenos de María de Peñalosa, Marcos Ferré y Asilo de Niños Desamparados"; y

b) El derecho proindiviso que corresponde a la misma vendedora Lucía Ospina en la casa baja de tapia y teja situada en el barrio de San Victorino de la ciudad de Bogotá, en la carrera diez y seis (16), marcada con el número treinta y dos (32), y que linda así: "por el frente u Occidente, con la carrera diez y seis (16); por el Norte, con la casa del señor Abelardo Arias; por el Oriente, con propiedad de la señora Paula Quiroga y de la mortuoria de Nepomuceno Rey; y por el Sur, con propiedad del Banco de Bogotá."

4ª Cancélase la diligencia de registro del contrato de venta celebrado por Lucía Ospina a favor de María Teresa y Rosa Emilia Ospina, por medio de la escritura número ochocientos sesenta y siete, otorgada en la Notaría cuarta del Circuito de Bogotá el veinticuatro de mayo de mil novecientos veinte, de los dos bienes especificados en el punto que precede, esto es, únicamente en lo referente a los derechos que la expresada vendedora tenía en el segundo lote de la finca nombrada **San Felipe** y en la casa descrita en el punto tercero de la parte resolutiva de esta sentencia.

5ª Dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, las demandadas Rosa Emilia y María Teresa Ospina restituirán a la sucesión de Lucía Ospina de Aguirre, representada por el heredero José Rafael Aguirre Ospina, los bienes especificados en los puntos tercero y cuarto de este fallo, sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes.

6ª Las demandadas Rosa Emilia y María Teresa Ospina pagarán a la sucesión ilíquida de Lucía Ospina de Aguirre los frutos naturales y civiles de la casa descrita bajo la letra b) del punto tercero de este fallo, y no sólo los percibidos, sino los que el representante de la sucesión hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, si aquel bien hubiera estado en su poder, a partir del día primero de enero de mil novecientos veintiséis y hasta cuando se verifique la restitución; pero deduciendo la cantidad de doscientos setenta y cuatro pesos noventa y seis centavos ($ 274-96) moneda corriente, saldo que a tal fecha tenían a su favor las demandadas. El monto de esos frutos se fijará en juicio separado.

7ª Las mismas demandadas pagarán a la sucesión de-

mandante, representada por el heredero Aguirre Ospina, los perjuicios causados a ésta por la venta hecha por aquéllas a Pablo Emilio Ospina, por medio de la escritura número ochocientos diez y ocho (818), de la Notaría cuarta (4ª) de Bogotá, otorgada el veintidós (22) de mayo de mil novecientos veinticinco (1925). Tales perjuicios se fijarán en juicio separado.

8ª Absuélvese a las demandadas de los demás cargos de la demanda.

9ª Absuélvese a los contrademandados de los cargos formulados contra ellos en la demanda de reconvención.

10. No se hace condenación en costas.

Queda en estos términos reformada la sentencia de primera instancia.

Sin costas en este recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Juan R. Martínez—Germán B. Jiménez—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper,** Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

E. A. Canalizo & Compañía, Sociedad anónima residente en Estados Unidos, demandó a la Sociedad colectiva de comercio Pinzón & Compañía, a la señora Mercedes Posada viuda de Pinzón y a la sucesión del señor Carlos Pinzón para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la Sociedad Pinzón & Compañía, en liquidación, debe y está obligada a pagar a la referida Sociedad de E. A. Canalizo & Compañía, Inc., la suma de seis mil ochocientos noventa y un pesos con cuarenta y siete centavos ($ 6,891-47), o la cantidad que en el curso del juicio se demuestre.

"Segunda. Que la misma Sociedad de Pinzón & Compañía, en liquidación, debe a E. A. Canalizo & Compañía, Inc., los intereses de la suma expresada antes, o de la suma que resulte en el juicio, desde el día primero de abril de mil novecientos veintiséis hasta la fecha del pago, o desde el día que se acredite hasta el en que se paguen, a la rata estipulada o comercial.

"Tercera. Que la señora Mercedes Posada de Pinzón, de las condiciones civiles anotadas, en su calidad de socio colectivo de Pinzón & Compañía, y la sucesión de otro socio colectivo, señor Carlos E. Pinzón, deben solidariamente entre sí, y con la expresada Sociedad, a E. A. Canalizo & Compañía, Inc., la suma indicada en la petición primera de esta demanda, o la que se demuestre en el curso del juicio, y los intereses respectivos, desde el día primero de abril de mil novecientos veintiséis, o desde la fecha que se demuestre con posterioridad, hasta la en *que se verifique el pago efectivo.*

"Cuarta. Que el pago de la suma dicha y de sus intereses deben hacerlo los demandados seis días después de notificada la sentencia que ponga fin a este juicio; y

"Quinta. Que los demandados deben pagar las costas del juicio.

"Subsidiariamente, para el caso de que se resuelva que Pinzón & Compañía es una Sociedad legalmente constituida, pido se declare:

"Primero. Que entre la señora Mercedes Posada de Pinzón y el señor Carlos E. Pinzón, hoy su sucesión, ha existido de hecho una Sociedad colectiva de comercio, denominada **Pinzón & Compañía,** con domicilio en esta ciudad; y

"Segundo. Que dicha Sociedad de hecho, la señora Mercedes Posada de Pinzón y la sucesión del finado señor Carlos E. Pinzón, deben y están obligados a pagar, solidariamente, a **E. A. Canalizo & Compañía, Inc.,** las sumas indicadas en las peticiones primera y segunda de la demanda principal y que deben pagar tales sumas en la forma que se indica en la petición cuarta de la misma demanda.

"Asimismo se les condenará en las costas del juicio."

El Juez echó menos algunas pruebas principales, tales como la de la constitución de la Sociedad demandada y de estado civil de varios de los demandados, y fundado en ello los absolvió de todos los cargos de la demanda.

Apelado el fallo por el demandante, fue revocado por el Tribunal Superior de Manizales por medio de la providencia de once de marzo de mil novecientos treinta y dos, cuya parte resolutiva dice:

"Por las razones expuestas, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada, y en su lugar resuelve:

"1ª La señora Mercedes Posada viuda de Pinzón, y el señor Carlos E. Pinzón, representado éste por su cónyuge señora Adelina Hoyos de Pinzón, y por sus hijos Carlos, Antonio, Cecilia, Sofía, Alicia, Emma, María y Alberto Pinzón, deben y están obligados a pagar a **E. A. Canalizo & Compañía, Inc.,** seis días después de notificada esta sentencia, la cantidad de seis mil ochocientos noventa y un pesos oro, con cuarenta y siete centavos ($ 6,891-47), como saldo de la cuenta corriente que existió entre dicha **Casa E. A. Canalizo & Compañía, Inc., y Pinzón & Compañía,** Sociedad de hecho esta última, formada por la señora Mercedes Posada viuda de Pinzón y el señor Carlos E. Pinzón.

"2ª Las mismas personas deben pagar a **E. A. Canalizo & Compañía, Inc.,** los intereses respectivos de tal cantidad, desde el día primero de abril de mil novecientos veintiséis, hasta que el pago se verifique.

"3ª No es el caso de hacer las declaratorias primera y segunda de la demanda; y

"4ª Sin costas."

Los demandados interpusieron recurso de casación, el cual, admitido por la Corte, entra hoy para su estudio.

El fundamento capital de la sentencia para condenar a los demandados es el siguiente:

"Para comprobar la existencia de dicho saldo, se pidió la exhibición de los libros de **Pinzón & Compañía,** la que no se efectuó, porque nadie supo dar razón del paradero de tales libros.

"Se presentó en cambio un extracto de la cuenta llevada en los libros de los demandantes, cuenta que fue cortada el primero de abril de mil novecientos veintiséis, y que arroja el mismo saldo de $ 6,891-47, que se cobra a los demandados.

"Verdad es que no aparece más prueba para acreditar la existencia de tal saldo, pero el Tribunal la considera suficiente en el presente caso, por venir tal cuenta certificada por un funcionario público del Condado de Bronx, cuya firma aparece autenticada de acuerdo con las leyes sobre la materia.

"Por ello, hay que considerar pues que tal saldo es auténtico, y que él debe ser cubierto por los demandados, ya que contra tal saldo tampoco se ha aducido prueba ni objeción alguna.

"Como se dijo al principio, los demandados propusieron la excepción de prescripción, con apoyo en el artículo 545 del Código de Comercio, pero tal excepción no puede declararse probada, porque como se dijo, los demandados no formaron una sociedad legalmente constituída, sino una sociedad de hecho que terminó con la muerte del señor Carlos E. Pinzón, ya que con posterioridad al 31 de diciembre de 1920, el socio Pinzón siguió haciendo uso de la razón social, de la sociedad de hecho, y contratando en nombre de tal sociedad."

Como se observa por la transcripción anterior, el Tribunal no se tomó la molestia de señalar ninguna disposición de la ley civil, comercial, o judicial, que le sirviera de apoyo para considerar que el extracto de la cuenta llevada en los libros de los demandantes fuera prueba suficiente para acreditar la existencia del saldo en contra de los demandados, haciendo así muy dificultoso el estudio de la Corte, como también el del recurrente para acusar la sentencia en casación, ya que no se invocaron disposiciones de ninguna clase, ni se sabe a ciencia cierta cuál es el concepto del sentenciador respecto de esas probanzas.

Por ello el recurrente se vio en la necesidad de recurrir a varias hipótesis para acusar el fallo, las cuales, como extremos que son de la casación, las estudia la Corte.

Considera el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación del extracto o cuenta presentado por los demandantes, puesto que ese extracto así autenticado es apenas una declaración unilateral que no puede obligar a terceros que no intervinieron en ella y que no le han dado su asentimiento.

Ese extracto autenticado conforme lo exigen las leyes colombianas, apenas sirve para comprobar que está expedido conforme a la ley local de su origen, pero no que él sirva como plena prueba ante las leyes colombianas, ya que el artículo 1757 del Código Civil, que enumera las pruebas legales, no le atribuye fuerza probatoria a ese extracto.

También considera el recurrente que el sentenciador violó los artículos 43 y 45 del Código de Comercio, que disponen que los libros comerciales llevados con los requisitos legales hacen fe en las causas que los comerciantes lleven entre sí, y que si una de las partes presenta los libros y la contraria nó, el juzgador puede fundar su resolución en ellos, atendida la circunstancia del caso, y que cuando se hubiera ordenado la exhibición de los libros y no se hiciere, el comerciante renuente será juzgado por los asientos de los libros de su contendor.

Para la Corte prosperan todos estos motivos de acusación.

En efecto, el extracto de la cuenta de los señores E. A. Canalizo & Compañía, por venir certificado por un funcionario público del Condado de Bronx, cuya firma aparece autenticada conforme a las leyes colombianas, apenas prueba que ese extracto de cuenta se presentó ante dicho funcionario y que él ejerce funciones públicas en ese Condado, pero en manera alguna ese extracto sirve para comprobar que el saldo que él arroja sea debido por los demandados, a menos que éstos lo hubieran aceptado expresa y tácitamente, cosa que no sucede en esta litis; así lo estatuye el artículo 13 de la Ley 124 de 1890, si esta disposición se aplicare en el momento de dictar la sentencia, o el 657 del nuevo Código Judicial, disposiciones éstas que preceptúan que esos documentos se presumen extendidos conforme a la ley del lugar de su otorgamiento.

Tampoco podría aplicar el artículo 39, porque los libros de comercio de la Casa demandada no fueron exhibidos, no por renuencia de ella, sino porque el mismo Tribunal, en auto de veintiuno de enero de mil novecientos treinta y uno, consideró que no era el caso de decretar esa exhibición, y menos aún el 45, porque la parte demandante, como se ha visto, lo que presentó fue un extracto de la cuenta y no los libros mismos, que es lo que ordena la disposición del artículo 45.

Por estas consideraciones, que son suficientes también para fundar el fallo de instancia, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero. Infírmase el fallo del Tribunal Superior de Manizales, de fecha once de marzo de mil novecientos treinta y dos.

Segundo. Aunque por motivos distintos de los que tuvo en cuenta el señor Juez *a quo*, se confirma el fallo de primera instancia.

Tercero. Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Edelmira Romero, como madre natural de Gladis Marina Peña Romero, demandó a The Barranquilla Railway and Pier Company Limited para obtener por sentencia las siguientes declaraciones:

"a) Que la Sociedad demandada, en su condición de propietaria o concesionaria de la Empresa del ferrocarril de Barranquilla y muelle de Puerto Colombia, es civilmente responsable de la muerte del señor Andrés Peña, ocurrida en esta ciudad el treinta (30) de marzo de mil novecientos veintiocho (1928).

"b) Que la misma Sociedad, como entidad demandada y propietaria de la Empresa dicha, debe pagar a Gladis Marina Peña Romero, representada por su madre señora Edelmira Romero, en su carácter de heredera o en su condición de hija natural reconocida de Andrés Peña, la cantidad de diez y ocho mil pesos ($ 18,000) moneda legal, o la que por medio de peritos se determine en el curso del presente juicio, o en uno distinto, como indemnización de perjuicios por la muerte ocasionada al señor Andrés Peña en la fecha y lugar indicados; y

"e) Que la misma Sociedad demandada debe pagar las costas del presente juicio."

Hé aquí los hechos de la demanda:

"Primero. La Sociedad anónima de The Barranquilla Railway and Pier Company es propietaria, desde hace muchos años, de la Empresa denominada Ferrocarril de Barranquilla y muelle de Puerto Colombia, a virtud de cesión y construcción, mediante los privilegios del antiguo Estado Soberano de Bolívar y de la Nación, Empresa que la Sociedad administra directamente.

"Segundo. El señor Andrés Peña, domiciliado en esta ciudad, fue muerto por el ferrocarril de Barranquilla, a causa de haberlo sorprendido y despedazado, separándole la cabeza del tronco, hecho que tuvo lugar en esta ciudad, en la calle de Las Flores, entre el patio de la misma Empresa y la carrera de El Roble, como a las diez y media de la mañana del día treinta (30) de marzo de mil novecientos veintiocho (1928), en medio de la consternación general.

"Tercero. La muerte del señor Peña la produjo uno de los carros que conducía, en sentido contrario o de para atrás, la locomotora número 25, dirigida por el maquinista señor Nicolás Lozano; era fogonero el señor Miguel Camargo. Ninguno de los dos se preocupaba por la libertad de la línea ni por las personas que pudieran encontrarse en ella.

"Cuarto. El señor Nicolás Castillo desempeñaba en la fecha y hora citadas, las funciones de cambiavías de la línea. Por cualquier circunstancia se había retirado y dejado en su lugar al señor Domingo Galeano, pero éste también se había retirado. No quedaba persona de la Empresa que advirtiera el peligro, y le tocó en suerte al desgraciado Peña ser la víctima de aquel día, como a muchos otros les ha tocado en fechas distintas.

"Quinto. En cumplimiento de la disposición legal del artículo 12 de la Ley 57 de 1915, el Teniente Jefe de la estación del ferrocarril en esta ciudad, señor Arcadio Buendía, dirigió un oficio, nota o comunicación al señor Inspector primero Municipal de la misma, en la fecha del accidente, donde anotó algunos pormenores de la muerte del señor Andrés Peña y la existencia de su hija.

"Sexto. El cadáver del señor Peña fue levantado por el señor Inspector primero de esta ciudad, quien dejó consignados en el acta respectiva, el modo y la forma en que sucedió el accidente y en que se encontró a la víctima, después de lo cual fue sepultada en el cementerio municipal de esta ciudad.

"Séptimo. Las líneas del ferrocarril de Barranquilla atraviesan considerable número de calles públicas de esta ciudad, y en el lugar donde ocurrió la muerte violenta del señor Peña, tales líneas forman una curva que se presenta de improviso, por entre paredes altas de material, que impiden a los transeúntes cerciorarse con la debida anticipación de la proximidad de las locomotoras y demás material rodante de la Empresa. Constituye ese lugar un peligro inminentemente grave, que algunos denominan **El paso de la muerte.** Por otra parte, es de lo más concurrido de la ciudad, a causa de ser la vía que conduce a muchos almacenes de la Aduana y bodegas fluviales, campamento de Las Flores y apreciable número de habitaciones comerciales y privadas.

"Octavo. El señor Andrés Peña era expendedor y distribuidor de pan en esta ciudad, negocio propio que él explotaba y aprovechaba ventajosamente, por el conocimiento personal adquirido en largos años de práctica; por haberse captado la simpatía de apreciable número de clientes que le tomaban o compraban su pan; y por la actividad y consagración admirables que empleaba en el manejo y dirección de su modesto negocio. Con el producto de éste el señor Peña se sostenía personalmente, sostenía a su hija Gladis Marina y auxiliaba a la madre de su hija.

"Noveno. El señor Peña producía ciento ochenta pesos mensuales, lo que equivale al producto de un capital de diez y ocho mil pesos ($ 18.000) moneda legal, computado al tipo corriente comercial del uno por ciento (1 por 100) mensual. Por esta razón el valor de la indemnización debe ser equivalente al capital indicado. Verdad es que la vida del hombre no tiene valor comercial, pero para indemnizarla será necesario buscar la base de su producción y ponerla en relación con el capital.

"Décimo. El señor Peña dejó como única heredera a su hija natural Gladis Marina Peña Romero, reconocida por la escritura número 2189, de 31 de octubre de 1927, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito, niña que cuenta cuatro años de edad y que está en poder de su madre, señora Edelmira Romero, que tiene su representación directa a causa de haber observado buena conducta y no haber contraído matrimonio.

"Undécimo. Tanto Edelmira Romero como su hija Gladis Marina Peña Romero son pobres de solemnidad. Para esta litis han tenido que ocurrir al señor Juez 2º de este Circuito, en demanda de amparo de pobreza, para ponerse en condiciones de exención que les permita continuarla y finalizarla. Es tal la convicción del derecho que tiene la señora Romero, que ha resuelto agotar todos los recursos, por difíciles que se le presenten, para conseguir la reclamación de que se trata; y

"Duodécimo. La prensa de la ciudad dio cuenta de la trágica muerte de Andrés Peña y exhortó a la Empresa del Ferrocarril a que diera una modesta indemnización a su hija huérfana, menos aún, a que le diera un auxilio o una limosna. Pero la Compañía, lejos de una atención o de una consideración semejante, tan natural en lo humano, se negó de modo absoluto a satisfacerla, y ese rigor imprimió en la señora Romero la idea de hacer valer el derecho de indemnización consagrado por la moral, por la justicia y por la ley."

Admitió la demanda el señor Juez 1º del Circuito de Barranquilla y la dio en traslado al representante de la Compañía, quien la contestó en el sentido de rechazar la acción.

La sentencia de primera instancia, pronunciada el ocho de abril de mil novecientos treinta, absolvió al demandado de todos los cargos.

Surtióse la segunda instancia por apelación de la parte demandante y terminó con la sentencia de nueve de noviembre de mil novecientos treinta y uno, cuya parte resolutiva es de este tenor:

"Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, reforma la sentencia apelada, de fecha ocho de abril del año próximo pasado, proferida por el Juzgado primero de este Circuito, en el sentido de declarar, como en efecto así declara, que la Sociedad The Barranquilla Railway and

Pier Company Limited, en su condición de propietaria o cesionaria de la Empresa del ferrocarril de Barranquilla y muelle de Puerto Colombia, es civilmente responsable de la muerte del señor Andrés Peña, ocurrida en esta ciudad el treinta de marzo de mil novecientos veintiocho."

El apoderado de la Compañía interpuso recurso de casación, que la Corte admitió mediante providencia de siete de octubre próximo pasado.

En el memorial de interposición alegó la causal 1ª del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, apuntando algunos motivos, que luégo fueron debidamente expuestos en la demanda de casación presentada ante la Corte.

Alegó también la causal 2ª, que no acogió la citada demanda, pero que la Sala debe examinar, aunque brevemente.

Dijo el apoderado que al acceder la sentencia a hacer la declaración de responsabilidad de la Compañía, callando sobre la persona a cuyo favor la hizo, es preciso entender tal declaración en favor de la herencia de Peña. "Y si tal declaración se hace en favor de la herencia, el fallo es violatorio de los textos legales sustantivos que imponen al sentenciador el deber de ajustarse en sus procedimientos a la demanda, con lo cual se da cabida a la causal 2ª del artículo 2º de la Ley 169 de 1896."

Sin duda quiere significar el apoderado que, habiéndose demandado, según él, para la niña Gladis Peña Romero, individualmente, la declaración en provecho de la sucesión de Peña, viene a recaer sobre un punto no solicitado o que no ha sido objeto de la controversia. Mas se comprende que aquí se halla envuelta una cuestión de primera causal, por error de hecho en la interpretación de la demanda o por violación de textos legales, y sin dilucidar dicha cuestión, mal podría aseverarse que la sentencia se salió de los términos de la **litis contestatio** para fallar acerca de lo no demandado. Se desecha, por tanto, la causal.

Respecto de la primera, es preciso ver los motivos aducidos en la demanda de casación.

Principia el recurrente por expresar que la declaración contenida en la sentencia de segundo grado es que la Sociedad demandada es civilmente responsable para con la menor demandante de la muerte del señor Andrés Peña.

El Tribunal, siguiendo el parecer del Juez, reputó al fallar que la sucesión de Peña estaba ilíquida y así la menor demandante no podía, en su calidad de heredera del primero, demandar indemnización fundada en la muerte del mismo señor; pero también manifestó en su decisión que dicha menor sí tenía derecho de pedir, como heredera del occiso, que se declarase judicialmente que la Compañía era "responsable de la muerte de Andrés Peña."

Este último concepto, que está en contradicción con esotro, y la declaración hecha en la sentencia de que la Compañía es civilmente responsable de la muerte del señor Peña para con su heredera la menor demandante a pesar de no haberse adjudicado a ésta el crédito correspondiente, implican violación directa de los artículos 1011, 1008 y 1013 del Código Civil; los cuales, preceptuando respectivamente que la asignación a título universal *se llama herencia y el asignatario* de ella heredero, que la herencia concierne a todos los derechos y obligaciones transmisibles del causante o a una cuota de ellos y que la herencia se difiere al heredero no llamado condicionalmente en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, establecen que el derecho que se refiere al heredero en este momento es derecho universal y, por tanto, que antes de la partición y adjudicación de los bienes relictos, el heredero no es ni el acreedor de los deudores del causante al tiempo de la delación de la herencia ni el dueño de las especies que a éste pertenecían entonces; de donde se sigue que si, pendiente la adjudicación, el heredero hace uso de algunas de las acciones del difunto, real o personal, debe demandar para la sucesión, aun no habiendo varios herederos.

Se considera:

El Tribunal dijo que se habían ejercitado dos acciones en la demanda: la primera, para que se declarara a la Compañía civilmente responsable de la muerte de Peña, y la segunda, para que se le pagara a la menor la indemnización de perjuicios por esa muerte; y que si a Gladis Peña Romero no le era dado ejercitar para sí la segunda acción, por hallarse ilíquida la sucesión de Peña, sí podía como heredera y como persona interesada en la vida de éste, de quien recibía la manutención, intentar la primera.

Entendió el Tribunal que la primera petición se formulaba para la sucesión de Peña, apoyándose la demandante en su calidad de heredera y teniendo en cuenta que un heredero puede demandar para la herencia. A tal interpretación pudo llevarlo, por contraste, la segunda petición, en la cual se solicita individualmente para la menor el pago de los perjuicios.

El concepto relativo a la dualidad de las acciones, que le sirve de fundamento a la sentencia, no ha sido expresamente impugnado en casación, alegándose un error manifiesto de hecho en la interpretación de la demanda. Sólo el autor del memorial de interposición del recurso emitió de paso su opinión adversa a él.

Ahora bien: únicamente en el caso de haberse alegado y demostrado ese error de hecho en la inteligencia de la demanda, sería dado concluir que hubo infracción de las disposiciones legales citadas en el presente motivo.

Es claro que si la primera de las dos acciones de que habla la sentencia fue promovida por la heredera para la sucesión, como lo entendió el Tribunal, no puede aseverarse que ella implica el desconocimiento del carácter universal del derecho de herencia ni del principio de que antes de la partición y adjudicación de los bienes relictos el heredero no es ni el acreedor de los deudores del causante al tiempo de la delación de la herencia ni el dueño de las especies que a éste pertenecían entonces.

Por tanto, fundada la sentencia sobre una base de hecho no impugnada en la demanda de casación, no existe la violación directa de los artículos 1008, 1011 y 1013 del Código Civil.

En segundo lugar, manifiesta el autor del recurso que el Tribunal halló que a la menor demandante correspondían las acciones de que tratan los artículos 2341, 2347 del propio Código, no ya como heredera del difunto sino como hija natural suya o como persona a quien él mismo sostenía. Así lo expresó en el siguiente párrafo de la sentencia:

"Con relación a la acumulación de las citadas acciones se tiene, pues, que ella es legal y legal es también la acción relativa a la declaratoria por la respectiva autoridad de que la citada Compañía es responsable civil-

mente de la muerte de Andrés Peña. Esto porque en el expediente aparece comprobado que la menor Gladis Marina Peña Romero es heredera del finado, mediante la copia auténtica del fallo judicial que le reconoce ese carácter; así como de las declaraciones de los testigos señores Carmelo Diosteayude, Blas de Martino, Carlos de la Rosa y Manuel Navarro (cuaderno de pruebas del doctor Juan Pablo Quintero), que afirman que aquél sostenía con el producto de su trabajo a la citada menor Peña Romero, se deduce el beneficio de que gozaba ésta durante la vida del citado Peña, y por consiguiente le interesaba que siguiera viviendo.

"Asentado, pues, -dice el recurrente--que el Tribunal reputó que a la menor demandante correspondían las acciones conferidas por los artículos 2341 y 2347 del Código Civil como hija natural del señor Peña o como persona a quien él venía sosteniendo al tiempo de su muerte —no como heredera del propio señor—y que tal consideración no llevó a condenar a la Compañía demandada, cúmpleme acusar la sentencia, como aquí lo hago, por error de hecho en la apreciación de la demanda; pues ella no se funda en ninguna de aquellas circunstancias, sino apenas en la de ser dicha menor heredera del difunto."

En seguida aduce algunas razones y copia varios pasos del libelo de demanda, con el fin de acreditar el error de hecho.

Se considera:

No halla la Sala, en el párrafo acusado de la sentencia, el error de hecho que se le atribuye.

Allí se expone que es legal la declaración de que la Compañía es civilmente responsable de la muerte de Peña, porque en el expediente aparece comprobado que la menor es heredera del finado, según la copia auténtica del fallo judicial que le reconoce ese carácter. Luego el fundamento que aprecia el sentenciador para acceder a la primera solicitud es ese carácter de heredera y no la calidad de hija natural (palabras éstas que ni siquiera se mencionan en el párrafo) de la niña Peña Romero.

Agrega la sentencia que de las declaraciones de algunos testigos se deduce el beneficio de que gozaba la menor durante la vida del nombrado Peña y su interés en que él siguiera viviendo. Mas ésta parece una consideración secundaria en el párrafo, y desestimada, subsiste la razón de ser la Peña Romero heredera de Andrés Peña. Aún tomándola como consideración principal con el fin de afirmar que, por no haber sido incluida en la demanda, no le era dado al Tribunal apoyarse en ella, no habría motivo poderoso a infirmar el fallo, por la misma razón; si de los dos motivos, el uno es desechable, pero el otro permanece en pie, le queda un sostén suficiente a la sentencia.

No establecido el error manifiesto de hecho que se le imputa al fallo, la transgresión de los textos legales citados no resulta.

En tercer lugar, el recurrente expone que si la declaración efectuada en la sentencia no es la de que la entidad demandada es responsable para con la menor demandante sino para con persona incierta (interpretación de que también es susceptible el fallo), se quebrantan con ello estas disposiciones:

1° El artículo 666 del Código Civil, con arreglo al cual toda obligación ha de tener un sujeto activo. El Tribunal admite que puede haber obligación sin acreedor determinado y que persona distinta del acreedor tiene acción para que el deudor sea condenado a pagar algo que deba.

2° El artículo 2341 del propio Código, en cuyo contenido se establece que la obligación de quien ha cometido culpa es para con el acreedor correspondiente. El fallo riñe con este principio.

3° El artículo 2347 o el 2349, según los cuales la responsabilidad que a ciertas personas incumbe por actos de otros, es, en los respectivos casos, para las que tienen los créditos correlativos, a las deudas de aquéllas. Implica la decisión de segunda instancia que así no sea.

Se considera:

Ya se dijo, al examinar el primer motivo, que el Tribunal interpretó la primera petición de la demanda en el sentido de que era una acción entablada por la heredera para la herencia, y que semejante interpretación no había sido tachada de evidentemente errónea de hecho.

Pues bien: merced a esa interpretación, es necesario reconocer la improcedencia de lo que se alega en el actual motivo. Si la declaración del fallo se entiende a favor de la sucesión, entidad capaz de ejercitar derechos, ella es la acreedora de lo declarado. De suerte que el Tribunal no admite que hay obligaciones sin sujeto activo, ni que la obligación de quien ha cometido una culpa o de las personas que responden por actos de otras no sea para el acreedor correspondiente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

No aparecen costas causadas a la parte favorecida.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la **Gaceta Judicial**, y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

CORTE PLENA

SALVAMENTO DE VOTO (1)

del señor Magistrado doctor Remigio González Gooding, en la sentencia sobre inexequibilidad de la Ley 67 de 1926.

La parte resolutiva de la sentencia que precede está concebida en los siguientes términos:

"..... resuelve que no es el caso de declarar inexequibles por violatorios los artículos 31 de la Constitución Nacional y 5° del Acto legislativo número 3 de 1910; el inciso 1° y el parágrafo 1° del artículo 9° de la Ley 67 de 1926, en el concepto en que han sido acusados, por no estar vigentes."

Siendo, como indudablemente lo es, acertada esa parte resolutiva en cuanto en ella la Corte resuelve que no es el caso de declarar inexequibles, porque no lo son, las disposiciones acusadas, ella no puede aceptarse, en cuanto da como razón, y afirma para ello, que tales disposiciones no están vigentes, y de una vez debe advertirse que, si es cierto que la Ley 105 de 1931 reglamentó integra-

(1) Este salvamento de voto hace parte de la sentencia de fecha 7 de diciembre de 1934, publicada en este número en la página 141.

mente la materia procedimental referente a juicios de expropiación, en casos generales u ordinarios, también es absolutamente claro que de acuerdo con las disposiciones legales y constitucionales sobre derogatoria y abrogación de leyes, ella misma dejó vigentes todas las especiales referentes a expropiación, y, sobre todo, aquellas que, como la acusada, nada tienen qué ver con el procedimiento del juicio de expropiación. La Ley acusada establece de una manera especial el modo como se procede antes del juicio, para conseguir que, dándole a la entidad que persigue la expropiación, la tenencia de la cosa, puedan ejecutarse las obras que se consideren necesarias antes del respectivo juicio, y sin perjuicio de que éste se siga luégo por todos sus trámites.

Para el suscrito, quizá no está dentro de las atribuciones de la Corte Suprema el de hacer declaraciones como la que contiene la aludida parte resolutiva, de que las disposiciones acusadas no están vigentes, porque de conformidad con el artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910 y el artículo 30 del Código Judicial, ella solo tiene facultad para decidir sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, y la derogación e interpretación de las leyes está sujeta a reglas establecidas en la Constitución y en ellas mismas, que los ciudadanos y los funcionarios públicos pueden interpretar y aplicar, sometiéndose a esas mismas reglas, de las cuales, indudablemente, se aparta una declaración como la que se hace en la sentencia.

No puede admitirse que las disposiciones acusadas hayan sido sustituídas por las de la Ley 105 de 1931. Para que eso fuera cierto, sería necesario que esas disposiciones hubieran sido derogadas o abrogadas, y, de acuerdo con la ley, esto no sucede.

Dice el artículo 71 del Código Civil:

"La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa cuando la ley nueva dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior....."

El artículo 72 del mismo Código:

"La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley."

También debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, citado en el proyecto que se discute, y que dice:

"Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería."

Nadie ha dicho, ni puede decirlo, que la Ley haya derogado expresamente la 67 de 1926, al menos en sus disposiciones acusadas. La Ley 105 no dice que las deroga, ni lo dice tampoco ninguna ley posterior a ella; tampoco se reúnen las condiciones necesarias para que pueda tenerse por derogada tácitamente.

Ya se ha dicho que no hay ley alguna que derogue o declare insubsistentes las disposiciones legales acusadas. Debe examinarse si, en realidad, ellas no pueden conciliarse con la Ley 105 de 1931, o con alguna otra de las que se mencionan en el proyecto, si ellas son incompatibles con disposiciones posteriores más especiales, y si en realidad existe una ley nueva que regule íntegramente la materia a que tales disposiciones acusadas se refieren.

Ellas, si pueden conciliarse con la Ley 105 de 1931, no pueden ser incompatibles con ésta, que no es especial, o por lo menos no es más especial que ellas, pues la materia que reglamenta íntegramente es distinta de aquella a que se refieren las disposiciones acusadas.

El artículo 9º de la Ley 67 de 1926 no establece procedimiento alguno sobre juicio de expropiación. Establece sí, como ya se ha indicado, lo que pueden hacer las entidades expropiantes y los Jueces de la República, antes de admitirse la demanda en el juicio de expropiación, es decir, antes de que se principie este juicio que, como todos, empieza por la admisión de la demanda, para que, dándose a la entidad demandante la tenencia material de la cosa que se necesita para poder ejecutar la obra de utilidad pública de que trate, pueda hacerse así antes de que se le dé curso al juicio. Y tan cierto es esto, y que lo que el demandante acompaña a la demanda como precio de la cosa, no es el avalúo definitivo, ni el valor de la indemnización, que en el inciso 1º dice:

"El demandado se obligará en una diligencia a devolver lo que se le hubiere dado de más, si del **posterior avalúo así resultare,**" luégo de haber un nuevo avalúo, y éste, necesariamente se hará dentro del juicio que debe seguirse, como lo establece la última parte del mismo inciso, cuando expresa: "El juicio continuará según las reglas generales."

Si después de hacerse lo que ordena la disposición acusada, debe seguirse el juicio de expropiación, según las reglas generales, y debe haber un nuevo avalúo, es porque sí puede conciliarse perfectamente la ley acusada con la 105 de 1931. Se da primero cumplimiento a tal Ley, y después, como ella misma lo manda, se sigue el procedimiento del Código Judicial. La ley acusada es especial y de aplicación anterior. La Ley 105 es general, y debe aplicarse después. Tampoco hay incompatibilidad alguna entre las dos, como fácilmente puede comprenderse, y si la hubiera, entonces no sería el segundo caso del artículo 3º de la Ley 153 de 1887, porque lo especial aquí es la Ley 67 de 1926, y lo general la 105 de 1931, lo posterior no es la especial sino la general.

Ya se ha dicho, y se repite, que la Ley 105 de 1931 regula íntegramente una materia distinta, cual es el procedimiento en el juicio de expropiación, de lo que regula la Ley 67 de 1926, que es especial, y que, por lo mismo, subsiste, de conformidad con el artículo 72 del Código Civil; aun en el caso de que se aceptara la posibilidad de la derogación tácita, porque la ley acusada en manera alguna pugna con la Ley 105, a que tanto se ha hecho referencia. Igualmente se ha dicho, y se vuelve a repetir, que perfectamente pueden aplicarse la una y la otra en el orden que establece la primera, y aun puede afirmarse que la segunda es consecuencia natural y necesaria de la primera, porque ésta ordena la aplicación de la ley general, que es en donde se ventila ampliamente, para garantía de los demandados, si se justifica o nó la expropiación, y cuál ha de ser la suma de dinero que se pague como indemnización. Con la primera se da una garantía y una defensa a las entidades públicas para que los particulares no puedan impedir las obras necesarias para el progreso material de la Nación, y por la segunda, se garantiza y asegura a los propietarios para que no puedan ser privados de su propiedad, sin que se les in-

demnice plena y previamente, como lo manda la Constitución Nacional.

Tampoco parece que haya incompatibilidad entre el artículo 2° de la Ley 84 de 1920, tal como estaba antes de que la Corte, con mucha razón y gran acierto, lo declarara inexequible en parte, o tal como en virtud de la sentencia de la Corte fue reemplazado por el segundo (2°) de la Ley 77 de 1927, porque una y otra de estas disposiciones tienen su aplicación durante el curso del respectivo juicio de expropiación, ya que ambas comienzan con estas palabras: "Los peritos que se nombren en los juicios de que aquí se trata.....", tales peritos deben fijar la indemnización definitiva que debe pagarse al demandado por razón del valor de la cosa expropiada y por razón del valor de los perjuicios, y al avalúo que dichos peritos den, debe quedar sometido, en el caso de los dos últimos incisos, no sólo el valor de lo que se expropie sino el precio de toda la finca a que pertenezca, para los efectos del pago de impuestos. Como ya se ha demostrado, o al menos se ha tratado de demostrar, las disposiciones acusadas no tienen aplicación dentro de los respectivos juicios de expropiación; cualesquiera que sean las leyes vigentes sobre procedimiento para la expropiación en el momento en que deba verificarse alguna, las disposiciones acusadas tienen su aplicación antes de dar curso al juicio; sus efectos son previos y provisionales, y si esto no fuera así, no diría el artículo 9° que si el Juez hallare correcta la estimación pecuniaria, en el primer auto que dicte, decretará la expropiación si fuere el caso.....

Y más adelante:

"El juicio seguirá según las reglas generales."

El parágrafo 1°, en su última parte, dice que una vez hecho lo que él ordena, 'tendrá lugar lo prescrito en el inciso precedente,' es decir, que el Juez, antes de adelantar el juicio, y no obstante que en el caso de este parágrafo puede darse curso a la demanda, naturalmente de acuerdo con las reglas aplicables al caso en el momento de que se trate, debe decretar la expropiación, ordenar la entrega del dinero al demandado, y al demandante la cosa expropiada, y luégo seguir el juicio según las reglas generales. Tampoco se hace, al dar cumplimiento a las disposiciones acusadas, avalúo alguno de la cosa expropiada, ni se fija el valor de la indemnización que deba pagarse definitivamente.

Para el efecto de pagar anticipadamente al propietario, al menos aproximadamente, lo que valga, lo que se le quita y los perjuicios que sufra, y para que éstos sean los menos posible, hace una estimación de ese valor, para lo cual la ley señala por base el avalúo catastral que, naturalmente, se presume equitativo, y si el Juez no encuentra aceptable tal estimación, nombra unos peritos que no hacen el avalúo definitivo, no fijan en manera alguna el valor de la indemnización, sino un avalúo provisional, que viene a reemplazar la estimación hecha por el demandante, y que únicamente sirve para que se puedan ejecutar los hechos provisionales y previos que ordena el inciso anterior; esto sin perjuicio, es claro, de que en el curso del juicio o cuando la ley procedimental que *sea aplicable en la actualidad* lo ordene, se haga el avalúo definitivo, con intervención de las partes y con todas las garantías que se dan por las leyes para esta clase de avalúos, y con aplicación, entonces sí, del artículo 2° de la Ley 77 de 1927.

Como se ve, no hay ninguna incompatibilidad entre una y otra disposición, ellas pueden conciliarse perfectamente y aplicarse la una sin perjuicio de ser aplicable también la otra, cada una en su tiempo; y si bien la Ley 77 de 1927 es posterior a la 67 de 1926, que contiene las disposiciones acusadas, la 84 de 1920, que fue sustituida por aquélla, era anterior. La 77 de 1927 es general en cuanto se aplica en todos los juicios de expropiación, en el curso del juicio, o cuando el avalúo deba hacerse, y la Ley acusada es especial, si se quiere especialísima, y se aplica antes de dar curso a los juicios en que se aplican las reglas procedimentales que correspondan en cada caso.

Tampoco puede haber incompatibilidad entre las disposiciones y la Ley 35 de 1915, ni cuando esta ley procedimental tuvo aplicación en los juicios de expropiación para todas las empresas de utilidad pública, en virtud del mandato del artículo 8° de la Ley 67 de 1926, que es la misma que contiene las disposiciones acusadas, ni cuando tal Ley 35 sólo tenía o tiene aplicación en favor de las vías férreas.

Según el artículo 16 de la Ley 35 de 1915, llenados los requisitos de que tratan los artículos anteriores, presentada la demanda por el Agente del Ministerio Público, el Juez competente dicta la sentencia decretando la expropiación. De acuerdo con los artículos siguientes, esa sentencia se notifica a los propietarios de los predios expropiados, luégo se nombran peritos, y una vez en firme el avalúo, fijado por el Juez el monto de la indemnización y hecho el respectivo pago, el Juez hace entrega al demandante de la faja expropiada, en diligencia que debe reunir los requisitos del artículo 8°, la que servirá, como lo dice este artículo en su última parte, de título traslaticio de dominio, siempre que esté debidamente registrada, o como lo dice el artículo 20, "como título de propiedad de la cosa expropiada."

Como se ve, aunque la Ley 35 ordena que el Juez dicte sentencia tan pronto como se presente la solicitud, hay mucha analogía entre ella y el procedimiento que establece el actual Código Judicial, puesto que en realidad la expropiación no se verifica o consuma sino cuando se registra en un caso la sentencia de adjudicación y en el otro la diligencia de entrega; pero una y otro sólo tienen lugar cuando se ha hecho un avalúo con todas las garantías que establecen las leyes y cuando se ha hecho el pago al demandado. Ninguna incompatibilidad existe ni puede existir entre la Ley 35 citada tántas veces y las disposiciones acusadas; éstas se aplican previamente, y sus consecuencias o efectos son provisionales. El procedimiento señalado por la Ley 35 se aplica después, y en él sí se señalan reglas para el avalúo definitivo y para fijar el valor de la indemnización, y, desde luégo, sus efectos son igualmente definitivos. La una se aplica sin perjuicio de las otras, y tan cierto es eso, que la misma ley que contiene las disposiciones acusadas, es la que en su artículo 8° dispone que en todas las empresas de utilidad pública se apliquen las disposiciones de la Ley 35 y las de ella misma, entre las cuales se encuentra el artículo 9°, que es el acusado.

Se dice en el fallo que como la Ley 77 de 1927, en su artículo 2°, manda a los peritos que en el primer avalúo fijen el precio de la cosa, teniendo en cuenta el que ésta tenga en el catastro, y si fuere objetado, ordena que lo fijen libremente, de modo que el precio de la indemnización no queda ya sometido al del catastro, sino, al contrario, en ésta seguirá rigiendo el señalado en el juicio de expropiación, los motivos de inconstitucionalidad del

citado artículo 9°, deducidos por concepto de no ser plena la indemnización, han desaparecido, puesto que la Ley 77 de 1927 es la que debe aplicarse hoy sobre este punto, por ser posterior a dicho artículo 9°, y entonces carece de objeto declarar la inconstitucionalidad de un mandato legal que no rige.

A esto puede contestarse en primer lugar que, como se demostrará más adelante, no existen los motivos de inconstitucionalidad de que se habla, porque aplicando el artículo 9°, siempre es plena y previa la indemnización; y en segundo lugar que, como ya se ha visto, son puntos o materias distintas las que tratan los artículos 2° de la Ley 77 de 1927 y 9° de la Ley 67 de 1926. Esta no trata de avalúo alguno que pueda venir a fijar el valor de la indemnización, sino únicamente señala la manera como debe fijarse aproximadamente la suma que en forma provisional debe dar la entidad expropiante al presunto demandado para que se le pueda quitar a éste la tenencia de la cosa y no se demore el principio de la ejecución de la obra.

El artículo 2° de la Ley 77, que reemplaza al 2° de la Ley 84 de 1920, sí señala la manera como debe fijarse el valor de la indemnización dentro del respectivo juicio de expropiación. Tanto éste como el 84 que sustituyó, empiezan diciendo:

"Los peritos que se nombran en los juicios de que aquí se trata....."

Este, por lo mismo, tiene aplicación dentro del juicio de expropiación, y antes de este juicio, el 9° acusado. Lo uno es perfectamente independiente de lo otro. Y tan cierto es esto, que el artículo 9° es posterior al 84 de 1920, y por consiguiente, al expedirlo, es seguro que se tuvo en cuenta aquél y de ahí para que se tomara como base para fijar lo que debía dar el demandado al presentar la demanda, lo mismo que el 84 tenía en cuenta para fijar el valor de la indemnización. Mas como el avalúo catastral casi siempre existe y debe presumirse que es equitativo y justo, con vigencia o nó del artículo 84 y del inciso 2° de la Ley 77 de 1927, siempre se ha podido y debido tener como base ese avalúo para hacer aquella fijación aproximada. Bien podía no existir ninguna de estas disposiciones, y sin embargo tener aplicación el artículo 9°, como la tiene aun existiendo aquéllas, porque se refieren a distintas materias y tienen aplicación en distintos tiempos.

Se dice también en el proyecto, que la Ley 105 de 1931, al reglamentar íntegramente el procedimiento en materia de expropiaciones, dejó insubsistentes las disposiciones procedimentales que se hallan en las Leyes 56 y 119 de 1890, la 38 de 1918, la 35 de 1915, la 67 de 1926 y la 77 de 1927, según el principio del artículo 3° de la Ley 153 de 1887.

Ya se ha demostrado que es precisamente de acuerdo con ese artículo y con los artículos 71 y 72 del Código Civil, que la Ley 105 no dejó insubsistentes las disposiciones acusadas, o sea el artículo 9° de la Ley 67 de 1926. Con respecto a las otras leyes, no es el caso de entrar a estudiar ahora el asunto.

En cuanto a lo que se transcribe de la exposición de motivos de la Ley 105, precisamente está indicando la subsistencia de la Ley 67 de 1926, ya que la comisión dividió la expropiación por causa de utilidad pública en dos períodos, el primero, netamente administrativo, y el segundo, judicial; el uno, para tratarlo por leyes especiales, variables con las necesidades de cada día, y el otro para reglamentarlo, con carácter más firme, en el procedimiento civil.

La Ley 67 es una especial que se aplica antes del juicio. Es, pues, indudablemente una de las leyes variables, según la comisión, y que cambian con las necesidades de cada día. Como se ha dicho y repetido, se refiere a cosa distinta del procedimiento que debe seguirse para la expropiación verdadera o definitiva, y es especialísima.

Se dice en la sentencia que es un error sostener que la disposición acusada no puede considerarse abrogada, porque ella sólo entraña una medida preventiva, que no es óbice para que se cumplan las reglas procedimentales señaladas en la citada Ley 105 de 1931; y lo que en verdad es un claro error, es sostener tal abrogación, como parece que ya se ha demostrado.

Es verdad que la Ley 35 de 1915 señaló un procedimiento especial para los juicios de expropiación de zonas para vías férreas, y también es cierto que la Ley 38 de 1918 hizo extensivo a toda clase de vías públicas lo dispuesto en los artículos 13 a 27 de esa Ley; es igualmente exacto que el artículo 8° de la Ley 67 de 1926 dispone:

"Extiéndase a todas las empresas de utilidad pública las disposiciones a favor de las vías férreas que consagra la Ley 35 de 1915 y las de la presente."

Pero de ahí no resulta, como se deduce en el fallo, que si algunas modificaciones introducía la Ley 67 de 1926 al procedimiento, se refería o referían al que señalaba la Ley 35 de 1915. Y no puede deducirse eso, sencillamente porque la Ley 67, al menos en su artículo 9°, que es el acusado, no introducía ni introduce modificaciones algunas al procedimiento o procedimientos que deben seguirse en los juicios de expropiación, y menos a la 35 de 1915. Como se ha dicho y repetido, sin que pueda darse razón alguna aceptable en contrario, ya que ello resulta de expresiones claras y terminantes del mismo precepto, el artículo 9° de la Ley 67 de 1926 se aplica antes del juicio, puesto que después de hacer lo que él indica, se seguirá el juicio, según las reglas generales, y, por consiguiente, él no puede modificar en manera alguna los procedimientos que hayan debido o deban seguirse durante el juicio de expropiación, y esto es tanto más claro, si se tiene en cuenta el artículo 204 del Código Judicial, que dice:

"Las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia, y los vacíos que en ellas se noten se llenan con disposiciones del presente Código."

El mismo mandato imperativo de que se habla en el proyecto, que no debe perderse de vista, es una disposición de la misma Ley 67 de 1926, y está indicando claramente que ella no reforma ni modifica la 35 de 1915, puesto que ordena que se apliquen en todas las empresas de utilidad pública las disposiciones de la Ley 35 y las de ella misma. Dice, en efecto: "y las de la presente." Y como entre las de ella, es decir, dentro de la presente, de que habla, está el artículo 9° acusado, es claro, clarísimo, que de acuerdo con esa Ley debe aplicarse el artículo 9°, que es el acusado, y las disposiciones de la Ley 35. Lo uno primero y lo otro después, pero siempre ambas cosas, entre las cuales no hay oposición, ni lo uno modifica lo otro. El artículo 9°, antes de dar curso a la demanda, y las disposiciones de la Ley 35, después de que se haga lo ordenado por aquél y se dé curso al juicio.

Indudablemente, el procedimiento que señala la Ley 35, para cuando se trata de vías férreas, es el que se indica en el proyecto. Pero de que ese juicio comience con la sentencia, o mejor dicho, de que no haya juicio sino sentencia y diligencias posteriores para determinar y pagar la indemnización y consumar la expropiación, y de que el avalúo que se haga después de la sentencia se llama provisional, porque él puede modificarse en juicio ordinario, no se deduce en manera alguna que la Ley 67 se propusiera introducir alguna innovación, y menos la de que el actor o demandante no fije, de conformidad con el artículo 9°, avalúo alguno. Solamente estima, teniendo en cuenta el avalúo catastral, para consignar, al presentar la demanda, lo que debe entregarse al presunto demandado, antes de quitarle la tenencia de la cosa. Y esto, como se ha visto, debe hacerse sin perjuicio de la aplicación de la Ley 35, por mandato expreso del artículo 8° de la Ley 67 de 1926. El avalúo que se hace después de la sentencia, de acuerdo con la Ley 35, es provisional, porque puede modificarse en el juicio ordinario; como es definitivo el que se hace dentro del procedimiento que establece la Ley 105 de 1931, puesto que ya éste no puede modificarse. Pero lo que se hace de acuerdo con el artículo 9°, ni es propiamente avalúo, ni es definitivo. Es una estimación previa, preliminar, anterior al juicio, y que se hace con un carácter claramente provisional.

Se dice que la tesis de que la Ley 67 de 1926 debe aplicarse armonizándola con el Código Judicial, es insostenible, sencillamente porque no hay armonía posible, dado que el Código señala un procedimiento absolutamente distinto del indicado en dicha Ley y en la 35 de 1915, que fue la que modificó la Ley 67 de 1926, y esto es lo verdaderamente insostenible, porque la Ley 67 no modificó nada, ni lo que sobre procedimiento para expropiación estaba entonces vigente, ni lo que está hoy, porque ella sólo estableció diligencias previas y provisionales que deben llevarse a cabo antes del juicio. Son lo mismo que las diligencias preventivas que se establecen para antes del juicio ejecutivo, tales como el secuestro y el embargo preventivos. Pueden modificarse las reglas de procedimiento establecidas para el juicio ejecutivo, pero mientras ello no se diga expresamente o no se dicten disposiciones legales sobre la materia, subsisten las disposiciones sobre secuestro y embargo preventivo, que son especiales. Como subsiste lo que como diligencias previas establece el artículo 9° acusado, cualquiera que sea el procedimiento aplicable para el juicio de expropiación. Nada tiene qué ver que el Código sea posterior a la ley; aparte de que el proyecto del Código se presentó al Gobierno desde el año de mil novecientos veinticuatro, y por consiguiente es muy seguro y natural que al expedirse la Ley 67 de 1926, se tuvieran en cuenta las disposiciones del proyecto, no para modificarlo, sino para establecer las diligencias previas provisionales, necesarias para que las obras públicas no se demoraran y para que los propietarios recibieran los menores perjuicios posibles, si era que se les causaba alguno.

Lo que sí parece no solamente erróneo, sino también absurdo, es creer que el actual Código Judicial abrogó no sólo la Ley 67 de 1926, sino también la 35 de 1915. Y se dice esto, porque aparte de que el artículo 860 de ese Código deja vigentes las disposiciones sobre expropiaciones, por causa de utilidad pública, que tienen carácter sustantivo, aquél, como ley que es de carácter más general, o al menos no tan especial como otras, está sometido en cuanto a su interpretación, derogación, etc., a las reglas que sobre estas materias dan leyes actualmente vigentes, y de conformidad con el artículo 3° de la Ley 153 de 1887, deja en vigor la 67 de 1926, que aunque anterior, es más especial, y no trata de la misma materia sino de una distinta. Lo mismo puede decirse de la Ley 35 de 1915.

Pero si las anteriores razones no fueran suficientes para llegar a la conclusión, clara y terminante, de que el artículo acusado no ha sido derogado ni subrogado, y que está absolutamente en vigor, y es aplicable en todos los casos de expropiación, antes de seguir el respectivo juicio, según las reglas generales, es bueno tener en cuenta que hasta ahora lo han creído así casi todos los Jueces y Magistrados de la República, y también los abogados, inclusive el que presentó la demanda desatada por el fallo anterior, y que se ha declarado así por autoridades en la materia y aun en disposiciones legales, algunas relativamente recientes.

En efecto: el doctor Ramón Gómez Cuéllar, miembro de número de la Academia de Jurisprudencia, etc., etc., en sus **Comentarios al Código Judicial**, dice lo siguiente:

"Debemos principiar por anotar que, de acuerdo con el artículo 860, 'todas las disposiciones de este capítulo (quiso decir título), no se oponen a la vigencia de las contenidas en las leyes sobre expropiaciones, que tienen carácter sustantivo o administrativo, o que den reglas sobre el monto de los avalúos.'

"De consiguiente, la Ley 67 de 1926, que es especial en la materia, subsiste en varios de sus artículos, verbigracia, el 9°, según el cual: 'el demandante puede acompañar a la demanda el precio de lo que va a expropiar, estimando su avalúo de acuerdo con el catastro y un cincuenta por ciento más.'

"Correlativamente con el anterior, ha debido quedar vigente el 1° de la Ley 84 de 1920, que ordena acompañar a la demanda el certificado de la Oficina de Catastro, respecto del precio del inmueble que se pretende expropiar.

"Por otra parte, hay que tener en cuenta que el proyecto del nuevo Código se formó y presentó al Gobierno en el año de mil novecientos veinticuatro, o sea dos antes de que se expidiera la Ley 67, sobre expropiaciones. De acuerdo, pues, con la proposición aprobada por la Cámara de Representantes al expedirse el Código, de fecha veintiséis de junio de mil novecientos treinta y uno, 'quedaron vigentes las leyes sobre materias especiales, tales como la de 'abogacía,' 'patrimonio de familia,' 'declaraciones de pertenencia,' 'cámaras de comercio,' 'sucesiones pequeñas,' 'expropiaciones' (50 de 1931), y las demás que versen sobre asuntos especiales, en cuanto sus disposiciones no sean incompatibles o contradictorias.

"Además de las disposiciones de leyes anteriores al Código, que dejamos citadas, pueden señalarse las siguientes como vigentes:

"a) El artículo 18 de la Ley 119 de 1890, que indica cómo se dictan los decretos sobre expropiación.

"b) El 7° de la Ley 56 de 1890 y el 1° de la Ley 35 de 1915, que señalan los documentos que se deben reunir para justificar la necesidad de una expropiación.

"c) El 2° de la Ley 84 de 1920, en cuanto que determina la manera de fijar el precio del inmueble materia de expropiación.

"d) El 9° de la Ley 119 de 1890, sobre modo de fijar el Juez el valor de la indemnización.

"e) El 4° de la Ley 35 de 1915, sobre indemnización por razón de mejoras en la cosa que se trata de expropiar.

"f) Los artículos 12 a 16 de la Ley 119 de 1890, que señalan un procedimiento especial para los casos de perturbación del orden público, épocas de epidemia, etc.

"g) Los artículos correspondientes de la Ley 35 de 1915, de aplicación exclusiva en la expropiación de zonas para las vías férreas."

La Ley 50 de 1931, que aunque anterior al Código Judicial, es al menos del mismo año, y por lo mismo aleja la posibilidad de que el legislador, en una misma legislatura, fuera a derogar lo que poco tiempo antes declaró vigente, en su artículo 4° dispone que en los juicios de expropiación que haya necesidad de entablar, regirán las disposiciones generales, dando aplicación preferente a los artículos 9° de la Ley 35 de 1915, 9.° de la Ley 67 de 1926, y a las siguientes reglas generales.

Resulta de esa disposición que para el legislador de 1931 estaban vigentes tanto la Ley 35 de 1915, como la 67 de 1926, y podían aplicarse ambas cuando fuera necesario verificar una expropiación. Es decir, que la disposición anotada podía aplicarse sin perjuicio también de las reglas procedimentales establecidas para las vías férreas; con la misma lógica, y no habiéndose derogado la Ley 67 expresamente, se debe considerar y concluir que puede aplicarse sin perjuicio de la 105 de 1931. Esto fuera de todas las razones que se han dado antes.

Y si para el suscrito no puede aceptarse que el artículo 9° de la Ley 67 de 1926 ha sido sustituído por la Ley 105 de 1931, y muy por el contrario, debe sostenerse enfáticamente que está en todo su vigor, tampoco puede aceptarse que esa disposición sea inconstitucional.

Es verdad que, de conformidad con lo estatuído en el artículo 31 de la Constitución Nacional, toda expropiación por motivo de utilidad pública requiere plena indemnización. Pero el artículo no dice eso solamente, sino que agrega: "con arreglo al artículo siguiente," disposición que fue reemplazada por el artículo 5° del Acto legislativo número 3 de 1910, el cual termina diciendo: "se indemnizará el valor de la propiedad antes de verificarse la expropiación." Deben, pues, armonizarse las dos disposiciones, y entender que las expropiaciones requieren indemnización plena, antes de verificarse la expropiación; y como el artículo 9° de la Ley 67 acusado no se opone a que la indemnización sea plena, ni a que se haga antes de verificarse la expropiación, no es exacto que la indemnización deje de ser plena.

No debe perderse de vista que, de acuerdo con los artículos constitucionales mencionados debe indemnizarse plenamente el valor de la propiedad, no antes de **decretarse** la expropiación, sino antes de **verificarse** ella; y así, aunque de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 9°, se **decrete** la expropiación antes de que se indemnice plenamente.

Es muy distinto **decretar** una expropiación de **verificarla**. Como es muy distinto decretar un secuestro de verificarlo; como es también muy distinto decretar un remate de verificarlo. Puede transcurrir mucho tiempo desde que se decrete un secuestro, y aun hasta ejecutoriarse la providencia que lo decrete sin que aquél se verifique, y puede suceder, y sucede muchas veces, que no llegue a verificarse. Puede decretarse un remate, ejecutoriarse el auto que lo decreta, y pasar mucho tiempo sin que se verifique ese remate, y aun hasta no llegar a verificarse, como sucede muchas veces. Igualmente puede decretarse una expropiación, ejecutoriarse la providencia que la decreta, y pasar mucho tiempo sin que se verifique, o no llegar a verificarse nunca.

Verificar una expropiación es, indudablemente, privar de su propiedad al dueño de la cosa que se expropia; y no se puede sostener en manera alguna que se prive de su propiedad al dueño de la cosa que se pretende expropiar, por el hecho de que, de conformidad con el artículo acusado, el Juez decrete la expropiación y disponga que el demandante entre en posesión de lo expropiado. Al demandante no se le da en esa forma la propiedad de lo expropiado, ni aun siquiera la posesión, no obstante la expresión de la ley. Lo único que se le da es la tenencia, que, por lo mismo, es de lo único de que, en virtud de tal ley, se priva al dueño de la cosa.

De conformidad con el artículo 669 del Código Civil, el derecho de dominio, que es la misma propiedad, se compone de dos elementos: la nuda propiedad y la tenencia o goce de la cosa. Fácilmente se comprende que se puede perder la tenencia o el goce de la cosa, y, sin embargo, no se pierde el dominio, porque queda la nuda propiedad, y esto indudablemente sucede cuando se decreta la expropiación y se entrega la cosa al demandante, de acuerdo con la disposición acusada.

Según el artículo 756 del mismo Código, la tradición del dominio de los bienes raíces sólo se efectúa por la inscripción del título en la Oficina de Registro de instrumentos públicos; luego, mientras no se registre la diligencia o providencia que declara ser de propiedad de la entidad expropiante la cosa raíz expropiada, tal entidad no adquiere el dominio sobre la cosa, pues lo conserva el primitivo propietario del cual se trata de expropiar. No importa que desde antes se le haya privado de la tenencia de la misma cosa. La propiedad o el dominio no lo pierde sino cuando se registra la sentencia de adjudicación en el caso de la Ley 105 de 1931, o cuando se registra la diligencia de entrega, en el caso de la Ley 35 de 1915. Es entonces cuando se le priva de su propiedad; cuando se verifica la expropiación, y no cuando se practican las diligencias que ordena el artículo 9° acusado. Por consiguiente, como esos registros no pueden hacerse hasta tanto que no haya tenido lugar un avalúo rodeado de todas las garantías legales, dentro del juicio o después de la sentencia, y hasta tanto que no se haya hecho el pago completo, parece absolutamente claro que aunque se apliquen las disposiciones acusadas, la indemnización no deja de ser plena y previa. No se viola la Constitución, en cuanto que dispone que se debe indemnizar plenamente antes de que se verifique la expropiación.

Se dice que no se pierde ni siquiera la posesión, por el hecho de dar cumplimiento a las disposiciones acusadas, y la razón es ésta:

Según el artículo 762 del Código Civil, la posesión tiene también dos elementos: la tenencia de la cosa y el ánimo de señor o dueño. Se puede privar a una persona de la tenencia sin que se le quite el ánimo de señor, y esto sucede indudablemente cuando se decreta la expropiación y se entrega la cosa a la entidad expropiante, en el caso del artículo 9° acusado.

Según el artículo 735 del mismo Código, si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por inscripción en el registro de instrumentos públicos, nadie puede adquirir la posesión de ellas sino por este medio. Y como,

de conformidad con el artículo 756, que ya se vio, la tradición del dominio de bienes raíces sólo se efectúa por la inscripción del título, es también claro, clarísimo, que en el caso del artículo 9° no se pierde la posesión de la cosa expropiada. Sí se pierde cuando se registra la sentencia de adjudicación, o la diligencia de entrega en sus casos, y esto no sucede, ni puede suceder, sino cuando se ha hecho la indemnización previa y absolutamente plena.

Por eso, también es muy claro, que en el caso del artículo acusado no habría lugar a acción reivindicatoria, porque esta acción es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla (artículo 946 del Código Civil); y la acción reivindicatoria corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta y fiduciaria de la cosa (artículo 950 del Código Civil); y, como ya se vio, por el hecho de dar cumplimiento al artículo 9° acusado, no se le quita la posesión al dueño de la cosa, a quien se demanda. Muy distinto es el camino que le queda para hacerse devolver aquélla, de cuya tenencia se le ha privado, esto es, hacer ejecutar la sentencia proferida en su favor, en el juicio de expropiación, en el caso de la Ley 105 de 1931, o lo que recaiga en el juicio ordinario, en el caso de la Ley 35 de 1915, y demandar, naturalmente, los perjuicios que se le hayan causado.

Es muy seguro, al menos posible, quizá ello se deduce del contexto de la primera disposición acusada, que el legislador quiso tener en cuenta, mas no para la indemnización, como se dice en el proyecto, sino para la fijación del valor que el demandante debe consignar al presentar la demanda para que se entregue en parte al demandado el valor catastral de la finca raíz que se ha de expropiar, aumentado en un 50 por 100, y aun también que ese aumento tenga por objeto en la práctica compensar de antemano y de alguna manera los perjuicios que puedan causarse cuando la expropiación se verifique. También es aceptable, puesto que cuando se expidió esa Ley (la 67 de 1926), estaba vigente el artículo 2° de la 84 de 1920, declarada después inexequible, en parte, por la Corte, que el precio total del anticipo, y aun de la indemnización, no podían exceder del valor catastral, más del 50 por 100 indicado, ya que admite la posibilidad de que el demandado tenga que devolver lo que se le hubiera dado de más si del posterior avalúo así resultare; y si no considera el caso de que ese posterior avalúo indique un precio mayor que el señalado por el demandante, es seguramente por la vigencia de la Ley declarada inexequible por la Corte. Pero como en tal caso tampoco se opone esa Ley a que en el avalúo que se haga en el juicio resulte un precio mayor, lo que hoy sí es posible en virtud de lo resuelto por la Corte, en esa ocasión no hay oposición alguna entre la disposición acusada y el artículo 2° de la Ley 77 de 1927, que reemplazó al declarado inexequible, y que permitió que los peritos avalúen libremente los perjuicios causados con la expropiación. No debe perderse de vista que el artículo acusado no da reglas para fijar el valor de la indemnización, sino para fijar lo que ha de pagarse, previa y provisionalmente, y así, cualquiera que sea la base que se señale, y que hoy es el avalúo catastral, ninguna oposición hay entre lo que ella dispone u ordena y lo que se diga en otras leyes sobre la manera de fijar el valor de la indemnización definitiva.

No es exacto que por virtud de la disposición acusada quede definido el precio máximo a que pueda ascender una indemnización en caso de forzosa enajenación de un inmueble que figure en el catastro, y que sea el valor señalado en éste, más un 50 por 100. Ello era así durante la vigencia del artículo 2° de la Ley 84 de 1920, y por virtud de éste, no por virtud del artículo 9° acusado, porque él no da reglas para fijar la indemnización, sino para fijar lo que el demandante debe entregar previa y provisionalmente. Esto es lo que sí queda fijado en virtud de tal Ley. Pero como eso no es la indemnización, la disposición no se opone a la previa y plena indemnización, como sí se oponía la declarada inexequible por la Corte, que impedía a los peritos avaluadores de la cosa expropiada y de los perjuicios, estimar libremente el valor de éstos. La Ley acusada no se opone a ello, porque no trata del avalúo, sino de la estimación o fijación que hace el demandante.

Ninguna contradicción existe entre la aplicación del artículo 9°, acusado, y lo dicho por la Corte Suprema cuando estudió la Ley 84 de 1920, porque entonces se trataba precisamente de una disposición que señalaba la manera de hacer el avalúo definitivo para la indemnización y limitaba el precio máximo del valor de los perjuicios de acuerdo con el avalúo catastral, lo que indudablemente sí podía conducir a que la indemnización no fuera plena en muchos casos. Pero nada de esto sucede con la aplicación del artículo 9° acusado, porque, se ha dicho y se repite, en esto no se fijan reglas para hacer el avalúo del valor de lo expropiado ni de los perjuicios; él no se refiere a la indemnización definitiva, sino a una cosa enteramente distinta, cual es la estimación previa que, teniendo como base el avalúo catastral, hace el demandante para depositar o consignar lo que provisionalmente debe entregarse al demandado como compensación previa de los perjuicios que puedan causársele con el hecho de quitarle la tenencia material de la cosa.

No es, pues, cierto que, como se dice en el fallo, el artículo acusado señale una norma para fijar el precio máximo que debe señalarse por motivo de la expropiación; porque la norma es para una cosa distinta, como es para que se efectúe la estimación por el demandante, que tan no es definitiva, que el parágrafo 1° del artículo 9° en cuestión, permite que se haga en otra forma, por medio de peritos nombrados por el Juez, que pueden hacer su avalúo libremente y sin limitación alguna, y no obstante que su dictamen tampoco se refiere a la indemnización definitiva que se hace después, en el curso del juicio, o posteriormente, sino que sirve para reemplazar la estimación que ha debido ser hecha por el demandante, sometiéndose al avalúo catastral. Tampoco es, pues, cierto, que con la aplicación del artículo acusado deje de ser plena la indemnización, ni se contraría el principio que garantiza el artículo 31 de la Constitución Nacional, ni el artículo 5° del Acto legislativo número 3 de 1910.

Lo que ordena el parágrafo 1° del artículo, o sea el avalúo que se hace con prescindencia de las partes, tiene por objeto únicamente reemplazar la estimación que ha debido hacer el demandante del precio de la cosa para llevar a cabo la consignación provisional. Pero ese avalúo nada tiene qué ver con el precio o valor de la indemnización definitiva, cuya fijación se hará oportunamente, según las reglas generales, como lo indica el mismo parágrafo, al decir que el demandante consignará el valor fijado por los peritos para que haya lugar a lo pres-

crito en el inciso precedente, en donde se dice que habrá un avalúo posterior, y que el juicio continuará según las reglas generales.

Por eso es que tal avalúo, por no ser el que fija la indemnización definitiva, sino enteramente provisional, se hace con prescindencia de las partes. Si ese fuera, como erróneamente se ha creído, el avalúo que fija el valor de la indemnización, entonces tendría razón el proyecto al decir que de esa manera no se garantiza la plena indemnización, y que se viola el prinicipio constitucional, que manda que nadie sea juzgado sino "observando la plenitud de las fórmulas propias de cada juicio," porque para el demandado ese dictamen será definitivo si el posterior no señala un precio menor. Pero, como después de ese avalúo se sigue el juicio, según las reglas generales, y en este juicio sí se avalúa el precio de la indemnización con intervención de las partes, no se viola tal principio, sino que se cumple estrictamente. Basta tener en cuenta que al aplicar el artículo 9º no se juzga ni se sentencia a nadie, como sí se hace en el juicio posterior, y que tampoco se hace avalúo alguno del valor de la indemnización, sino únicamente de lo que el demandante debe consignar para que se entregue al demandado, y así se pueda dar a la entidad expropiante la tenencia de la cosa y no se impida ni se demore la ejecución de la obra.

En resumen: es perfectamente claro que el artículo 9º de la Ley 67 de 1926 no ha sido derogado ni abrogado, sino que está vigente; como también no es contrario a la Constitución ni violatorio de ninguna disposición de ella. Pero si todavía quedara alguna duda, comoquiera que si por algún motivo dejara de aplicarse, se haría absolutamente imposible el progreso material de la Nación entera. Para la Corte, de todos modos habría sido más prudente mantenerlo en su aplicación, pues de esa manera se le prestaba un gran servicio al país, sin perjudicar, al menos en forma apreciable, a persona alguna, y sin que tampoco sufriera el prestigio del personal actual de esta muy respetable entidad.

Remigio González Gooding

Bogotá, diciembre 7 de 1934.

—

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Trujillo Arroyo.

Me adhiero en un todo al anterior salvamento, conforme se había anunciado en la votación.

Juan C. Trujillo Arroyo

Bogotá, 7 de diciembre de 1934.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

DILIGENCIA DE VISITA

correspondiente al mes de noviembre de 1934.

En Bogotá, a primero de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro, se presentó en la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Ignacio González Torres, con el objeto de practicar la visita correspondiente al mes de noviembre último.

Examinados los libros que se llevan en la Oficina, en los cuales no se encontraron correcciones qué hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia en el mes anterior	90
Entrados en el mes	32
Total	122
Estos negocios se hallan:	
Devueltos a los Tribunales	23
En comisión	10
Archivados	2
Con proyecto	2
Al estudio	6
En poder del Procurador	9
En actuación	70
Total	122
De este total se deducen 23 devueltos a los Tribunales y 2 archivados	25
Quedan pendientes	97

En el tiempo a que se contrae la visita, se dictaron 10 sentencias y 15 autos interlocutorios.

En el mismo tiempo los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor González Gooding, 8; el doctor González Torres, 10; el doctor Trujillo Arroyo, 7.

Se dispuso reclamar los siguientes negocios que se hallan demorados en comisión: reclamar nuevamente el sumario contra Mario Fernández de Soto, al Juzgado 3º en lo Criminal, de esta ciudad; la causa contra Saturnino Quirós, a la Oficina de Medicina Legal.

Sin observaciones, y sin haber encontrado demoras en el despacho de los señores Magistrados ni en la Secretaría, se dio por terminada esta diligencia, que se firma por los que en ella intervinieron.

El Magistrado Presidente, IGNACIO GONZALEZ TORRES—El Secretario, M. Galvis R.

—

DILIGENCIA DE VISITA

correspondiente a los veinte primeros días del mes de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro y los diez últimos días del pasado mes de enero.

En Bogotá, a primero de febrero de mil novecientos treinta y cinco, se presentó en la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Remigio González Gooding, con el objeto de practicar la visita correspondiente a los veinte primeros días del mes de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro y los diez últimos días del pasado mes de enero.

Examinados los libros que se llevan en la Oficina, en los cuales no se encontraron correcciones qué hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia en el mes anterior	97
Entrados en el mes	41
Total	138
Estos negocios se hallan:	
Devueltos a los Tribunales	12
En comisión	12
Archivados	3
Con proyecto	3

Al estudio	4
En poder del Procurador	11
En actuación	92
Traslado a particulares	1
Total	133
De este total se deducen 12 devueltos a los Tribunales y 3 archivados	15
Quedan pendientes	123

En el tiempo a que se contrae la visita, se dictaron 11 sentencias y 16 autos interlocutorios.

En el mismo tiempo los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor Trujillo Arroyo, 8; el doctor González Gooding, 12; el doctor González Torres, 8.

Se dispuso reclamar los siguientes negocios que se hallan demorados en comisión: el sumario contra Mario Fernández de Soto, al Juez 3º en lo Criminal de Bogotá; el denuncio contra Julio C. Zúñiga y Jorge Salazar, al Gobernador de Barranquilla; el sumario contra Efraím Llorente, al Tribunal Superior de Bogotá; el denuncio contra Belisario Agudelo, al Presidente del Tribunal de Medellín; las copias autenticadas referentes a la elección y posesión del doctor Bernabé Riveros, al Consejo de Estado; la copia auténtica del mandamiento de ejecución, en el sumario contra el Secretario de la Sala, al Juez 1º Municipal de demandas verbales; oficiar al Ministerio de Gobierno la provisión de Procurador suplente.

Sin observaciones, y sin haber encontrado demoras en el despacho de los señores Magistrados ni en la Secretaría, se dio por terminada esta diligencia, que se firma por los que en ella intervinieron.

El Magistrado Presidente, REMIGIO GONZALEZ G.—El Secretario, M. Galvis R.

DILIGENCIA DE VISITA

correspondiente al mes de febrero último.

En Bogotá, a primero de marzo de mil novecientos treinta y cinco, se presentó en la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Remigio González Gooding, con el objeto de practicar la visita correspondiente al mes de febrero último:

Examinados los libros que se llevan en la Oficina, en los cuales no se encontraron correcciones que hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia en el mes anterior	123
Entrados en el mes	29
Total	152
Estos negocios se hallan:	
Devueltos a los Tribunales	35
En comisión	13
Archivados	2
Con proyecto	1
Al estudio	9
En poder del Procurador	22
En actuación	80
Total	152
De este total se deducen 25 devueltos a los Tribunales y 2 archivados	27
Quedan pendientes	125

En el tiempo a que se contrae la visita, se dictaron 4 sentencias y 15 autos interlocutorios.

En el mismo tiempo los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor González Gooding, 7; el doctor González Torres, 5; el doctor Trujillo Arroyo, 8.

Se dispuso reclamar los siguientes negocios que se hallan demorados en comisión: el sumario contra Mario Fernández de Soto, al Juez 3º en lo Criminal de Bogotá; el denuncio contra Julio C. Zúñiga y Jorge Salazar, al Gobernador de Barranquilla; el sumario contra Adán Arriaga y G. García Gómez, al Juez 2º Superior de Quibdó; el denuncio contra Belisario Agudelo y Jesús M. Restrepo, al Presidente del Tribunal Superior de Medellín; el denuncio contra los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, al Gobernador del Atlántico; el sumario contra Angel María Domínguez, al Prefecto de la Policía Judicial; el denuncio contra Gerardo García Gómez, al Juez 2º del Circuito de Quibdó.

Sin observaciones, y sin haber encontrado demoras en el despacho de los señores Magistrados ni en la Secretaría, se dio por terminada esta diligencia, que se firma por los que en ella intervinieron.

El Magistrado Presidente, REMIGIO GONZALEZ G. El Secretario, M. Galvis R.

DILIGENCIA DE VISITA

correspondiente al mes de marzo último.

En Bogotá, a primero de abril de mil novecientos treinta y cinco, se presentó en la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia el señor Magistrado Presidente de la misma, doctor Remigio González Gooding, con el fin de practicar la visita correspondiente al mes de marzo último.

Examinados los libros que se llevan en la Oficina, en los cuales no se ecntraron correcciones qué hacer, se obtuvo el siguiente resultado:

Existencia en el mes anterior	125
Entrados en el mes	38
Total	163
Estos negocios se hallan:	
Devueltos a los Tribunales	25
En comisión	13
Archivados	5
Con proyecto	2
Al estudio	11
En poder del Procurador	25
En traslado a particulares	1
En actuación	81
Total	163

De este total se deducen 25, devueltos a los Tribunales, y 5 archivados.. 30

Quedan pendientes.. 133

En el tiempo a que se contrae la visita se dictaron 8 sentencias y 21 autos interlocutorios.

En el mismo tiempo los señores Magistrados presentaron proyectos para registrar, así: el doctor González Gooding, 11; el doctor González Torres, 13; el doctor Trujillo Arroyo, 8.

Se dispuso reclamar los siguientes negocios que se hallan demorados en comisión: el sumario contra Julio C. Zúñiga, al Gobernador del Atlántico; el sumario contra Eduardo Uribe Mejía, al Presidente del Tribunal Superior de Manizales; el sumario contra Adán Arriaga, al Juez 2° Superior de Quibdó; el sumario contra Gerardo García, al Juez 2° del Circuito de Quibdó; el despacho número 32, de primero de diciembre último, librado en el sumario contra José Llorente Cortés, al Juez 2° del Circuito de Pasto.

Sin observaciones, y sin haber encontrado demoras en el despacho de los señores Magistrados, ni en la Secretaría, se dio por terminada esta diligencia, que se firma por los que en ella intervinieron.

El Magistrado Presidente, REMIGIO GONZALEZ G. El Secretario, M. Galvis R.

ACUERDO NUMERO 32

En Bogotá, a diez y nueve de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, reunidos en Sala de Acuerdo los Magistrados que suscriben, quienes integran la Sala de Casación en lo Criminal en la Corte Suprema de Justicia, consideraron y aprobaron el siguiente proyecto, presentado por el Magistrado doctor Trujillo Arroyo:

"Enrique Samudio solicita del señor Ministro de Gobierno el cambio de radicación del proceso contra Abel, Abel José y Reginaldo de la Ossa, por homicidio perpetrado en la persona de Luis Simón Samudio, hermano legítimo del peticionario.

"Dicho proceso se halla radicado en el Juzgado 1° Superior de Cartagena, y el motivo invocado para la medida que se pide del Gobierno, es el de conveniencia para la recta administración de justicia.

"Para demostrarlo se acompañan, por una parte, las declaraciones de los señores Arturo Franco P., Ramón de Hoyos, Dionisio Vélez Torres, Fulgencio Lequerica Vélez y Roberto Cavelier; y por otra parte, las de los señores J. P. Villani Alandete y Agapito de Arco (Jorge Artel), lo mismo que una certificación expedida por el Fiscal del Juzgado Superior arriba mencionado.

"Queda establecido por el primer grupo de testimonios, que el hecho materia del proceso ha causado una honda conmoción social en Cartagena y en todo el Departamento de Bolívar, debido a la visible y elevada posición política, tanto de los varios sindicados como del occiso, como jefes de dos partidos antagonistas, por lo que el proceso ha venido a ser objeto de consideraciones o reflexiones de índole partidarista, de modo que la exacerbación de los ánimos amenaza torcer la imparcialidad que debe presidir en el juzgamiento del asunto. Y con las declaraciones del segundo grupo se destaca el hecho de que un próximo familiar de los acusados, establecido en la ciudad de Cartagena, ha venido haciendo ostensibles amenazas de muerte contra toda persona que emita concepto desfavorable a los procesados, y en particular contra el Fiscal del Juzgado Superior, por haber pedido el enjuiciamiento por homicidio con premeditación. Sobre el hecho de estas amenazas es explícito y fehaciente el certificado expedido por el dicho Agente del Ministerio Público, y en el Ministerio de Gobierno es de suponerse que existan las constancias oficiales sobre petición de garantías hecha por el aludido Fiscal a propósito del asunto en referencia.

"Es indudable, pues, la conveniencia que para la recta administración de justicia tiene, en el caso presente, la medida que se solicita.

"Según el artículo 6° de la Ley 68 de 1928, el acusador particular no solamente tiene el derecho de conocer todas las diligencias informativas o el sumario, sino que también tiene la facultad de intervenir en la práctica de todas las diligencias del proceso criminal. Estas atribuciones que la Ley le reconoce al acusador, están demostrando a todas las luces que esa misma persona tiene interés o es interesada en el proceso criminal, pues de otra manera faltaría el legislador a la sabiduría que en él debe suponer el intérprete, desde luégo que aparecería concediéndole intervención en el informativo y en la causa a un extraño, lo cual no es admisible en lógica jurídica.

"Y comoquiera que el artículo 39 del Código Judicial sólo exige, en cuanto a personería, que la petición se haga por el interesado, vocablo que tiene un significado genérico, es preciso entender que el acusador, con ese carácter de interesado, tiene personería para solicitar y obtener, si fuere el caso, el cambio de radicación. Y así la Corte ha tenido oportunidad de admitirlo en ocasiones varias.

"Por las razones expuestas, la Sala emite concepto favorable al cambio de radicación solicitado por Enrique Samudio, en su carácter de acusador y en lo tocante al proceso en referencia.

"Cópiese en el libro respectivo y devuélvase."

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Remigio González G. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Remigio González Gooding en el Acuerdo anterior.

Las mismas razones que en ocasiones anteriores me he visto obligado a aducir en casos como el presente, me inducen nuevamente a salvar mi voto en el Acuerdo que precede, pues la disposición legal que autoriza al Gobierno para disponer que el conocimiento de un negocio criminal se traslade a otro Distrito Judicial distinto de aquel en donde se cometió el delito, es el artículo 39 de la Ley 105 de 1931, que textualmente dice:

"El Gobierno, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, puede disponer que los procesados o sindicados por delitos de la competencia del Juez Superior de Distrito Judicial sean juzgados en otro Distrito Judicial distinto de aquel en donde se cometió el delito, medida que se tomará cuando se estime conveniente para la recta administración de justicia. Esta medida puede tomarla también el Gobierno, cuando el sindicado o procesado padezca de enfermedad grave, debidamente comprobada, que exija cambio de residencia.

"La Corte, en uno y otro caso, basa su concepto en los

comprobantes que se presenten con la respectiva solicitud, dirigida al Gobierno por el interesado."

De lo dispuesto en el inciso 3° de tal artículo, se deduce claramente que la Corte sólo puede basar su concepto en los comprobantes que se presenten con la respectiva solicitud por el interesado, de donde se concluye que, solicitudes y comprobantes presentados por un acusador, no pueden estimarse por la Corte, ni servir de fundamento al cambio de radicación, ya que la disposición no habla de interesados, sino de interesado, que no puede ser otro que el sindicado o procesado, y puesto que las funciones o facultades del acusador están determinadas de una manera limitativa por el artículo 20 de la Ley 104 de 1922, que dice:

"La acción pública para la investigación y castigo de los delitos que deben perseguirse de oficio, corresponde exclusivamente al Ministerio Público o al funcionario de instrucción, sin perjuicio del denuncio que puedan dar los particulares de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento. La acusación particular en estos delitos queda limitada a lo siguiente:

"a) A solicitar las diligencias útiles o procedentes para comprobar el delito y descubrir los delincuentes; y

"b) A pedir el embargo de bienes suficientes para asegurar el pago de la indemnización civil a que diere lugar el delito, teniendo en cuenta el avalúo que sobre este punto se haya practicado."

Nada valdría objetar que tal artículo está modificado por el 6° de la Ley 68 de 1928, porque, como puede verse, esta última disposición también determina de una manera limitativa las diligencias en que puede intervenir el acusador y las solicitudes que puede hacer en el sumario y en todo el proceso criminal, y entre ellas no tiene cabida el derecho de pedir el cambio de radicación que, como se ha dicho, sólo corresponde al verdadero interesado, que no puede ser otro que el sindicado o procesado.

Si la acusación particular en los delitos que deben perseguirse de oficio, como el de que aquí se trata, queda limitada a solicitar las diligencias útiles o procedentes para comprobar el delito y descubrir los delincuentes, y a pedir el embargo de bienes suficientes para asegurar el pago de la indemnización civil a que diere lugar el delito, teniendo en cuenta el avalúo que sobre este punto se haya practicado, y a la intervención de que trata el artículo últimamente citado, tratándose, como se trata actualmente, de un delito que debe perseguirse de oficio, y no estando la petición para que se haga el cambio de radicación de un negocio de esa naturaleza, entre las actuaciones a que ha quedado limitada la acusación particular, es indudable que los acusadores particulares no pueden hacer esa clase de solicitudes, y si las hacen, como ha sido hecha la de que ahora se trata, la Corte no puede tenerlas en cuenta ni basar su concepto en los comprobantes que se acompañen.

Precedentes para sustentar esta opinión, y justificar el presente salvamento, los hay, no sólo los sentados por el suscrito Magistrado, sino por su antecesor, doctor Parmenio Cárdenas, cuyo salvamento de voto de fecha treinta de abril de mil novecientos veintiséis, en el asunto referente al homicidio perpetrado en la persona de Héctor Parias, añade mayor autoridad a este voto disidente.

Bogotá, 22 de noviembre de 1934.

Remigio González Gooding—Maximiliano Galvis R., Secretario.

ACUERDO NUMERO 34

En Bogotá, a diez y ocho de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro, se reunieron en Sala de Acuerdo los Magistrados que componen la de Casación en lo Criminal, doctores Ignacio González Torres, Remigio González Gooding y Juan C. Trujillo Arroyo, y procedieron a considerar, y aprobaron, por mayoría, el proyecto de acuerdo presentado por el último de los nombrados, y que dice así:

"El doctor Parmenio Cárdenas, en su calidad de apoderado de la señora Cristina Arocha viuda de Müller, se ha dirigido nuevamente al Ministerio de Gobierno, acompañando nuevas y más detalladas pruebas en solicitud de que se acceda, previo dictamen de la Corte Suprema, a decretar el cambio de radicación del sumario que se adelanta en el Juzgado Superior de Cúcuta contra Ernesto Krull, por homicidio cometido en la persona del señor Max Adolf Eduard Müller, marido que fue de la poderdante.

Esta Sala había emitido concepto desfavorable al primer pedimento, en Acuerdo de fecha tres de octubre del corriente año, en vista de que las pruebas y razones alegadas entonces no demostraban la conveniencia de ese cambio de radicación.

Ahora se ha esforzado la familia del occiso por allegar y traer una comprobación más concreta de los motivos que tiene para abrigar temores de que en Cúcuta no se administre la justicia (especialmente por Jurados), con toda la serenidad e imparcialidad necesarias, dados ciertos antecedentes o circunstancias especiales que precedieron al homicidio en referencia, con respecto al cual se afirma por un grupo de testigos abonados (de cuya honorabilidad da fe el Juez del Circuito), que hubo publicaciones de prensa en los días anteriores a la muerte del señor Müller, que pudieron hasta influir en el curso de los acontecimientos, y que por lo menos formaron un ambiente poco propicio a la serenidad que debe encontrarse en donde se ha de juzgar el hecho en referencia.

Los testigos señores Jorge E. Soto (Gerente de la Sucursal del Banco de Bogotá), Efraín Vásquez (ex-Secretario General de la Gobernación), Juan N. Baena Beltrán, ex-Fiscal del Juzgado Superior y ahora Registrador de instrumentos públicos), Alfredo Azuero Arenas (Presidente de la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta), y Hermes García B. (Secretario del Banco de Bogotá), declaran uniformemente, todos ellos juramentados, que les consta, por haber vivido en Cúcuta, que desde el día diez y nueve de junio del año en curso, en que Ernesto Krull dio muerte a Max Adolf Müller, se publicaban con frecuencia en los periódicos de esa misma ciudad, artículos contra la Sociedad de Breuer, Müller & Compañía, Sucesores, de la que era gestor el señor Müller, y que desde entonces estaba muy dividida la opinión, unos para favorecer con sus conceptos a Müller, y otros a Krull; que esas publicaciones contribuyeron a formar un ambiente propicio a la comisión del homicidio que se efectuó luégo en la persona del señor Müller; que una vez ocurrido este hecho, circularon en la ciudad versiones muy contradictorias respecto a sus causas y antecedentes, apasionando extraordinariamente a la opinión pública; por todo lo cual se prevé allí la conveniencia de que el negocio sea resuelto en otro medio, libre de prejuicios, por cuanto estiman que bien pudiera ocurrir el que resultasen sorteadas para Jueces de hecho personas que tuvieran formado un concepto anticipado o prejui-

cios sobre responsabilidad o irresponsabilidad del acusado.

Estos son, pues, los nuevos datos o motivos que se traen en forma testimonial para sustentar la nueva solicitud sobre el cambio de radicación referido; y dadas la pluralidad y prestancia de los declarantes, se inclina el ánimo de la Sala a opinar que podría ser ciertamente de mayor conveniencia conseguir una administración de justicia desapasionada y exenta de prejuicios en otro ambiente más sereno, de modo que el fallo y especialmente el veredicto del Jurado sean la expresión genuina de la justicia distributiva, del **Jus suu cuique tribueroe.**

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, conceptúa favorablemente al cambio de radicación solicitado por el doctor Parmenio Cárdenas, como apoderado de la señora viuda de Müller.

Cópiese en el libro respectivo y remítase con el expediente al Ministerio de Gobierno.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—**Remigio González G. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R.**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, noviembre nueve de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

El cuatro de octubre de mil novecientos treinta y uno se presentó ante la Inspección 1ª Municipal de Manizales el señor Rafael Arango Mejía, y denunció criminalmente al doctor Luis Eduardo Robledo por heridas causadas al padre del denunciante, señor Natalio Arango P., en aquella misma fecha.

Acogido el denuncio, el Inspector 1º procedió a la instrucción del sumario en averiguación del hecho delictuoso, y en consecuencia, ordenó tomar declaración al ofendido y a los testigos que presenciaron el hecho.

El ofendido Natalio Arango P. refiere en su declaración el hecho así:

"Eran próximamente las cuatro p. m. del citado día de ayer, cuando me dirigí de mi casa de habitación hacia el centro de la ciudad. Llegado a la esquina del Palacio Municipal, crucero de la carrera 13 con calle 11, me puse a conversar con el señor Juan Antonio Botero, sin que me hubiera dado cuenta de que allí cerca pudiera estar alguna persona que pudiera atacarme. Es la verdad que, hallándome mirando un tumulto de gente que se hallaba congregada celebrando el resultado de las elecciones populares efectuadas en el mismo día, sentí de pronto un empujón, y como diera algunos pasos hacia atrás, vi que el señor Luis Eduardo Robledo me tiró con su bastón un golpe, el que recibí en la mano izquierda; y como al retroceder tropezara con un vehículo que allí en ese lugar se encontraba detenido, me fuí a tierra. Apenas estuve en el suelo, oí que el mismo señor Robledo me dijo: 'Te voy a matar,' y me pegó otro golpe con su bastón, causándome la herida que tengo en la cabeza. Como pude, pretendí levantarme, y entonces recibí con el mismo bastón y del mismo señor, un golpe en la mano derecha. Me levanté en seguida y encuellé a Robledo, al mismo tiempo que un hermano suyo, de nombre Abelardo Robledo J., me daba golpes en la espalda....."

Llenadas las primeras diligencias, pasó el sumario a la Alcaldía Municipal de Manizales, donde se continuó la investigación de los hechos, hasta perfeccionar en lo posible el informativo, el cual, después de varios impedimentos declarados por funcionarios judiciales, a quienes debiera haber correspondido conocer del negocio, se remitió a esta Sala de la Corte para su calificación en el fondo, por tratarse de hechos cometidos por quien ocupa actualmente, según consta de autos, el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales (artículo 33, ordinal 6º, en relación con el 5º del Código de Organización Judicial, Ley 105 de 1931).

Después de la ampliación solicitada por el señor Procurador con fecha veintiuno de mayo postrero, ampliación practicada en lo posible, volvió el sumario a este Despacho, y pasado nuevamente a aquel funcionario, emitió el siguiente concepto:

"**Cabrón**—dice el Diccionario de la Real Academia—es el hombre que consiente el adulterio de su mujer. Esto es, aquel hombre sin dignidad y sin honor, degradado a tal extremo, que no sólo tolera, sino que le presta a su mujer el consentimiento para que ella vaya a manchar el lecho conyugal y a marcar el estigma del deshonor en sus hijos, con el acto pecaminoso del adulterio.

"Ofensa mayor jamás podrá irrogársele a un hombre digno, cuando se le lanza en público ese calificativo, que suena más fuerte que el golpe de un latigazo en el rostro, y traumatiza el alma. Porque en tal caso no es para el caballero un golpe que va dirigido a su estructura moral, y que puede parar en el rechazo silencioso de la conciencia honrada, sin que haya llegado a afectarle su personal honor. Es el golpe alevoso dirigido a la persona del esposo, para que de allí salte el dardo emponzoñado a herir el honor de una esposa y de unos hijos sin culpa, y a causar la ruina moral de ese hogar en donde, para penetrar en él, el hombre digno desata las sandalias de sus pies, porque lo considera santo.

"Y esa fue la ofensa que Natalio Arango le irrogó al doctor Luis Eduardo Robledo, Magistrado del Tribunal Superior de Manizales, cuando tras una serie de publicaciones injuriosas y procaces contra los Magistrados de aquel Tribunal, en una hoja titulada **Simonía Judicial**, echó a volar por el Departamento de Caldas esta frase pregonadora de que la esposa del doctor Robledo era adúltera con el consentimiento de su marido:

'Que Luis Eduardo Robledo J., liciado a vender justicia, verá calcadas en sus hijos las efigies de cabrón y Judas.'

"Esto tuvo lugar el veintidós de septiembre de mil novecientos treinta y uno. El cuatro de octubre siguiente, doce días después, el doctor Robledo encontró por primera vez, desde aquel día, al señor Arango, y al verlo, sin que mediara discusión entre ellos, pero ni siquiera una reclamación de parte de Robledo, éste alzó su bastón y le dio de golpes a su ofensor, causándole una herida en la cabeza y algunas contusiones en las manos.

"Hé aquí los antecedentes y el hecho de que da cuenta este informativo. Al estudiarlo, me he preguntado muchas veces: ¿qué pasó en el alma del doctor Robledo al ver a quien públicamente había querido llevar al ánimo de la sociedad caldense la idea de que el hogar de aquel caballero era un prostíbulo, en donde la esposa adúltera convertía el lecho conyugal en yacija de placeres pecaminosos a ciencia y paciencia de su esposo? ¿Qué pasó

en esa alma atormentada desde el veintidós de septiembre anterior, que la impulsó a alzar el brazo de Robledo para descargar los golpes sobre Arango, doce días después de haber recibido la ofensa? ¿Venía Robledo premeditando su acción desde aquel día, y obró en el acto con plena conciencia de sus consecuencias?

"Aquí, señores Magistrados, el error en que muchos incurren cuando confunden lamentablemente las causas con la resolución, para deducir premeditación, y que los lleva a cometer injusticias. Y aquí la necesidad del examen sereno y humano para investigar en el fondo mismo de la personalidad del individuo, en dónde está el laboratorio de las ideas y de las intenciones, instigadas por los recuerdos y por los instintos y contenidos por el control de inhibición, o desbordadas, si ese control falta, o si llega a fallar al impulso de una emoción irresistible.

"El hombre bueno, el hombre honorable, y cuyos sentimientos son nobles por lo mismo, recibe una ofensa grave que lo afecta a él únicamente, y si tiene tiempo reflexiona, aprecia y revalúa conceptos, y acaba por perdonar y echar al olvido aquella ofensa que no logró empañar la diafanidad de su conciencia. Pero ese mismo hombre recibe una ofensa de mayor magnitud y de más amplias proyecciones, porque lleva en sí una calumnia que va a descargar sombras de duda al menos sobre el santuario de su hogar, en donde está todo su patrimonio moral y la principal razón de su vida misma, debe sentir el choque más brutal, que sacude toda su estructura interior, dejándola en desequilibrio. Y viene entonces ese proceso dentro del cual la razón se oscurece, la conciencia se embota, el ánimo vacila y las emociones se suceden, lastimando constantemente las lesiones que dejó la ofensa, y estableciendo el estado síquico-circulatorio permanente de ideas obsesivas, o sea ese fenómeno de desintegración en el tiempo y de reintegración, que mantiene la actualidad del agravio en la mente perturbada, hasta el momento en que el brazo ciego descarga el golpe.

"Esto fue lo que pasó en el alma del señor Robledo. Herido en lo más íntimo de su constitución moral, se produjo allí ese estado circulatorio de ideas obsesivas, que se mantuvo durante el tiempo comprendido entre el momento de la ofensa y aquel en que, excitado por los recuerdos, ante la vista de su ofensor; perturbada su mente por la emoción de la grave ofensa y sin el control de sus actos, descargó el golpe que fue a herir al señor Arango. Lo dice el hecho muy significativo y comprobado de haberse hallado un momento después en el Despacho de la Alcaldía, en un estado de ánimo tal, que llegó a admirarse de que tuviera en las manos unas pequeñas manchas de sangre, sin que supiera de dónde provenían.

"Suficiente sería lo que dejo expuesto para demostrar que el doctor Robledo obró en el acto sin la libertad moral, que es elemento indispensable para que exista la responsabilidad, como facultad conativa en los actos libres del hombre. Pero existen otros elementos de comprobación que tienden a sustentar esta tesis, y que no debo pasar en silencio por el valor que ellos comportan.

"Para darle mejor base al concepto que debo emitir, y porque no puedo aceptar, desde luégo, la idea de que un *hombre honorable, bien educado*, de alta posición y de conducta intachable, como lo es el doctor Robledo, pudiera haber obrado como cualquier perverso, sin moral y sin respeto a la sociedad, sin que mediara una causa especial de perturbación, hube de pedir una ampliación para que se hiciera un examen científico de la personalidad de dicho señor. Y aunque el dictamen de los médicos que tal examen practicaron no trae todos los datos ilustrativos conforme a modernos principios científicos, pues no hay en él muchos que son precisos para identificar la verdadera constitución psicopatológica, sí comprende algunos antecedentes, de los cuales se deduce que deben existir en aquella estructura lesiones importantes del sistema central nervioso, capaces de haber determinado en ella un temperamento hiperemotivo susceptible de sufrir depresiones productoras de ideas obsesivas y excitaciones violentas, estimuladoras de impulsos irresistibles, al recibir emociones fuertes venidas del mundo exterior.

"Con esos elementos de comprobación se comprende que el doctor Robledo es un impulsivo constitucional, por lesiones psicopáticas, que lo llevan a extremos de excitación, en los cuales obra incontrolado y sin libertad moral que determine la responsabilidad de sus actos, cuando una emoción fuerte provoca aquellos extremos.

"Y si en él hay ese terreno propicio a estos raptos, en que la razón huye por la puerta falsa y queda el subconsciente dominando el predio espiritual, y si aquella ofensa que recibió fue de tal magnitud, que pudo llegar a herir gravemente en un campo lesionado, es humanamente aceptable que el doctor Robledo obró en el acto que se le imputa, presionado por una violencia moral irresistible, o como lo dice el ordinal 1º del artículo 29 del Código Penal, "privado involuntariamente del uso de su razón."

"Colocado el caso en este campo, en que los principios de la ciencia se oponen a que se le dé al acto del doctor Robledo el calificativo de delictuoso, y en cambio lo muestran claramente como un acto reflejo que no puede, por lo mismo, producir responsabilidad, considero que no hay mérito para llamar a responder en juicio al sindicado, y que debe sobreseerse en su favor definitivamente. Este es mi concepto.

"Señores Magistrados,

"(Firmado), **Clodomiro Ramírez**"

Como se deduce de la vista que precede y de los elementos informativos, los hechos que dieron lugar a esta investigación no han sido negados por el acusado; al contrario, éste expresa largamente en su indagatoria en qué circunstancias le causó las heridas al señor Arango. Sobre si el doctor Robledo atacó de frente o por detrás a Arango, hay diversas versiones en el informativo, pero no es difícil concluir que el ataque de frente tiene más consistencia en autos. Todo se reduce, pues, a saber si el acusado es penalmente responsable, o si, por el contrario, es excusable, y no está, por consiguiente, sujeto a pena alguna.

La Corte se inclina más firmemente a la tesis sustentada en la primera parte de su concepto por el señor Procurador, o sea la que contempla el numeral 2º del artículo 29 del Código Penal, porque es indudable que el doctor Robledo, en el acto de cometer el hecho materia de la presente investigación, se vio forzado por una violencia moral de tal naturaleza, que no pudo resistir a ella, pues careció en esos momentos de todo control en su voluntad. Y no puede llegarse a otra conclusión, si se considera la magnitud de la ofensa recibida, ofensa que de tal manera absorbió sus potencias y sentidos, que lo impulsó indefectiblemente, con vigor de coacción irresistible, a castigar a quien así había ultrajado, no sólo

los fueros morales de su persona, sino principalmente los sagrados e intocables del hogar.

Se impone, pues, el sobreseimiento definitivo.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, acogido en lo primero y principal el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, sobresee definitivamente a favor del doctor Luis Eduardo Robledo, actual Magistrado del Tribunal Superior de Manizales, por el delito de heridas en la persona del señor Natalio Arango, de que trata este sumario.

Cóplese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, noviembre catorce de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Ignacio González Torres).

Vistos:

Al Jurado convocado y reunido en legal forma para decidir acerca de la responsabilidad de Roberto Arturo Granada por los delitos de homicidio y heridas perpetrados en las personas de Marcos Emilio López y Libardo Valencia, respectivamente, le fueron propuestos por el Juez del conocimiento, 1º Superior del Distrito Judicial de Buga, los siguientes cuestionarios:

"Primer cuestionario.

"¿El acusado Roberto Arturo Granada es responsable, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente a Marco Emilio López, por medio de un disparo de revólver, cuyo proyectil le penetró por el borde superior de la horquilla del esternón, perforó la arteria subclavia izquierda y produjo una anemia aguda, causa de la muerte, hecho ocurrido en la noche del cinco de febrero de mil novecientos treinta y uno, en la finca de **La Albania**, del Distrito de Sevilla?"

"Segundo cuestionario.

"¿El mismo acusado Roberto Arturo Granada es responsable, conforme al auto de proceder, de haber herido voluntaria y premeditadamente a Libardo Valencia, por medio de un disparo de revólver, cuyo proyectil dio en la parte media del arco cigomático, y resbaló sin producir en la cara ninguna lesión, herida que incapacitó a Valencia tres días, hecho ocurrido la noche del cinco de febrero de mil novecientos treinta y uno, en la finca de **La Albania**, del Distrito de Sevilla?"

El Jurado contestó: "**Sí, sin premeditación,**" para cada uno de los cuestionarios propuestos.

El juzgador de primera instancia, ajustándose al veredicto referente al homicidio, condenó al procesado, con arreglo al artículo 602 del Código Penal, y calificada la delincuencia en el grado más benigno, a sufrir tres años de presidio, como pena principal, y a las accesorias consiguientes, al propio tiempo que lo absolvió por el delito de heridas, pues consideró que descartada la premeditación, no había artículo aplicable dentro de los que sancionan las heridas voluntarias.

Consultado este fallo con el superior, éste, en providencia de quince de julio próximo pasado, lo reformó, en el sentido de aplicar, estimando que se ceñía más estrictamente al veredicto del Jurado y a las constancias de autos, el artículo 600 del Código Penal en vez del 602 de la misma obra, condenando, en consecuencia, al encausado Granada, como autor del homicidio cometido en la persona de Marco Emilio López, a la pena principal de seis años de presidio, en lugar de la de tres, que el Juzgado le había impuesto. En lo restante, confirmó el fallo materia de la consulta.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el condenado, recurso que le fue concedido, y enviados, consecuencialmente, los autos a esta Sala para resolverlo, a lo cual es llegado el momento de proceder en seguida, agotada como está la tramitación legal ante este Despacho.

El recurrente aduce la causal 1ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, por cuanto considera que la sentencia es violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de ella, pues estima que se ha debido aplicar a su caso el inciso 2º del artículo 602 del Código Penal, en lugar del 600 de la misma obra, que fue el aplicado por el juzgador de segunda instancia, y para demostrar tal cosa invoca, transcribiéndolos, los motivos expuestos por el juzgador de primera instancia para imponer la pena a que se refiere el mencionado segundo inciso.

Este tuvo en consideración para atenuar la penalidad del acusado, la circunstancia de haber sido provocado por el occiso momentos antes del acaecimiento, pero el Tribunal estimó que ello no era suficiente para considerar con tal atenuación el homicidio. Al efecto, dice lo siguiente:

"Lo que sí no comparte esta Superioridad es que el homicidio que nos ocupa se haya considerado como menos grave.

"Por amplia que sea la facultad otorgada por el ordinal 2º del artículo 602 del Código Penal, no lo es tanto que pueda el Juez por sí y ante sí calificar como menos grave este o aquel caso, siendo así que dicho poder, en todo caso, es discrecional y no potestativo, y como tal, restricciones de orden legal y moral regulan su ejercicio.

"De suerte que si el Jurado no determinó en el veredicto la naturaleza del móvil homicida, y precisamente porque se estimó que éste no era conocido, se presumió en el auto de proceder, premeditado el delito, mal pudo el señor Juez a quo expresar en la sentencia que 'Granada obró movido, o por el desaire que se le hizo al suspenderle la música cuando él bailaba, o por la reconvención que en tono airado le hiciera Marco Emilio López, cuando se acercó y le dijo: 'Qué es la cosita' o 'Qué es la bullita,' o, en fin, por el enorme temor que a él le causara el verse en esa casa, extraña para él, rodeado de muchas personas que le atacaban, y que posiblemente le tenían mala voluntad.'

"Pues a propósito del incidente a que dieron lugar las expresiones que los testigos ponen en boca de López y del que suscitó la suspensión intempestiva de la música, tanto el Juzgado como el Tribunal dejaron sentado en la citada providencia 'que no puede estimarse que de parte de López y Valencia o de García hubiera mediado provocación a riña, en los términos del artículo 668 del Código Penal.'

"Y en cuanto a que Granada hubiera disparado a virtud del acometimiento de que se dice fue víctima o por temor a un posible ataque, hace presente el auto de proceder que 'ninguno de los concurrentes, ni los mismos

compañeros de Granada, corroboran lo afirmado por éste, al decir que lo atacaron José Henao, Juan José García y Juan Campuzano, con sendas peinillas el primero y el último, y con un palo García. Quizá esto pudo ocurrir cuando ya Granada había dado muerte a López y herido a Valencia, porque sí consta que algunos salieron a perseguirlo para capturarlo.'

"Y como en el plenario no se adujeron pruebas que desvirtúen o modifiquen las anteriores apreciaciones del auto de proceder, no se ve la razón que asistió al Juzgado para referir el homicidio a determinado numeral del artículo 587 del Código Penal, y por ende, no disponía en el caso de la facultad concedida por el inciso 2º del artículo 602 del Código Penal.

"Por cuanto el Juzgado estimó hasta cierto punto nobles 'las causas que determinaron el lance homicida, lo refirió al numeral 2º del artículo 587 del Código Penal, dentro del cual gozaba de amplitud para apreciar como menos grave el homicidio,' pero no pára mientes en que, dados los términos en que está concebido el auto de proceder y la escueta contestación del Jurado, no se presenta asidero legal para situar el caso en el referido numeral.

"Y es que, además, el Tribunal no descubre la nobleza de móviles que el señor Juez advirtió. Por el contrario, tan fútiles fueron los motivos, que según la sentencia de primera instancia llevaron a Granada a delinquir, que en el auto de proceder se les desconoció como móviles, esto es, como causas eficientes de la reacción criminosa.

"Si, pues, no era el caso de hacer uso de la referida facultad, la pena que al caso corresponde es la señalada por el artículo 600 del Código Penal, sin que, por otra parte, ofrezca reparo alguno la fijación de la delincuencia en tercer grado."

Y ciertamente, es de parecer la Corte que tiene razón el juzgador de segunda instancia, cuya sentencia se ha acusado, porque aun en el supuesto de que Granada, al dar muerte a López, hubiera procedido a causa de agresión, ofensa, o, en general, provocación de algún género por parte de éste, ello no despojaría al homicidio del carácter de voluntario, según el numeral 1º del artículo 587 del Código Penal. Pero es lo cierto que las circunstancias en que se cometió el hecho, conforme a las constancias de autos, no le dan en manera alguna un carácter de menor gravedad al homicidio de que se trata, pues para aplicar la penalidad que contempla el inciso 2º del artículo invocado por el recurrente, es menester que en el expediente aparezca clara la atenuación del hecho delictuoso; pues si es amplia la facultad que se le otorga al juzgador por tal artículo, ella en ningún caso es arbitraria, sino que tiene que ser fundada, y fundada en sólidos y comprobados motivos. Ahora bien: en este caso, ni siquiera el veredicto del Jurado da margen para la aplicación del artículo 602, pues los Jueces de conciencia se limitaron a descartar la premeditación propuesta, contestando de manera simplemente afirmativa lo restante del veredicto. Si, además, como dice el señor Procurador, "existe prueba completa de que Granada desafió a López para que saliera a reñir con él al *patio de la casa de José Vicente Torres*," no es posible deducir que mediando tal circunstancia pueda ser apreciado el homicidio cometido por el acusado como de los que puedan catalogarse entre los de menor gravedad. Siendo esto así, como lo es, la sentencia recurrida debe mantenerse firme.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo que ha sido objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, noviembre diez y nueve (de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

El señor Juez 2º Superior del Distrito Judicial de Popayán, que conoció del presente negocio, reunió en legal forma el Jurado de calificación que debía decidir sobre la responsabilidad de Manuel Muñoz y Marco Aurelio Ordóñez, por el delito de falsificación de moneda (circulación), y le propuso el siguiente cuestionario:

Primera cuestión respecto de Manuel Muñoz.

"¿El acusado Manuel Muñoz es responsable de haber hecho circular—a sabiendas de su falsedad—dos billetes del Banco de la República, de valor de cinco pesos oro cada uno, serie C, comprando con ellos varios objetos en los almacenes de David Mizrachi y Elías Amiel, hecho ocurrido a eso de las diez de la mañana del día jueves diez y nueve de febrero de mil novecientos treinta y uno, en esta ciudad, Municipio de Popayán, Distrito Judicial del mismo nombre?"

Segunda cuestión respecto de Marco Aurelio Ordóñez.

"¿El acusado Marco Aurelio Ordóñez es responsable de haber dado a la circulación—a sabiendas de su falsedad—catorce billetes del Banco de la República, de valor de cinco pesos oro cada uno, serie C, lo que efectuó entregándoselos a Manuel Muñoz en los primeros días del mes de febrero de mil novecientos treinta y uno, en el paraje de Tapias, Distrito de San Agustín, Departamento del Huila, para que éste los hiciera circular, y cooperando a que Muñoz comprara con ellos en los almacenes de esta ciudad, que Ordóñez le indicó, hecho este último ocurrido a eso de las diez u once de la mañana del día jueves diez y nueve de febrero de mil novecientos treinta y uno, en esta ciudad, Municipio de Popayán, Distrito Judicial del mismo nombre?"

El Jurado contestó entrambas cuestiones, por unanimidad, de manera sencillamente afirmativa.

Sobre este veredicto el Juez dictó su sentencia de fecha trece de abril del corriente año, por medio de la cual, dando aplicación al inciso 2º del artículo 315 del Código Penal, en relación con el 17 de la Ley 25 de 1923, calificada la delincuencia de los acusados en el menor grado, condenó a cada uno de éstos a la pena principal de seis años de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias.

Apelado el fallo para ante el superior, éste, en providencia de tres de junio próximo pasado, declaró nulo el

proceso en lo referente a Manuel Muñoz, y lo confirmó en todo lo tocante a la condenación de Marco Aurelio Ordóñez.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el condenado Ordóñez, recurso que le fue concedido, y remitidos, en consecuencia, los autos a esta Sala para efectos de resolverlo.

A ello se procede en seguida, habida consideración de que se halla agotada la tramitación legal en este Despacho, y de que la alegación presentada para sustentarlo, presta mérito suficiente para estudio de fondo.

El recurrente invoca, ante todo, la causal segunda del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, o sea "ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley"; y dice que motiva esta causal lo siguiente:

"Si se considera como delito perfecto lo ocurrido entre Manuel Muñoz conmigo en el paraje de Tapias, Distrito de San Agustín, y siendo como es el delito de circulación un delito instantáneo, el Juzgado Superior de Popayán carecía ratione loci de jurisdicción para avocar el conocimiento, y, consecuencialmente, el Tribunal de Popayán no podía resolver en segunda instancia nada al respecto.

"Se falló, pues, en primera y segunda instancias con incompetencia de jurisdicción, y se incurrió en causal de nulidad (número 1º del artículo 204 de la Ley 57 de 1887), sin que valga argüir el precepto del artículo 229 de la Ley 57 de 1887, porque en autos sólo aparece la prueba de entrega de catorce billetes que no entraron a la circulación, y que son los que figuran a folios 6 y 7."

Como muy bien dice el señor Procurador acerca de esta causal:

"Ordóñez tenía su domicilio en San Agustín, Municipio perteneciente al Departamento del Huila. Allí le entregó a Manuel Muñoz catorce billetes falsos, bajo el compromiso de que irían los dos al Departamento del Cauca, y allí los daría a la circulación Muñoz, reconociéndole Ordóñez un peso por comisión de cada billete que expendiera. Celebrado este compromiso, bien pudiera decirse que desde entonces dio Ordóñez los billetes a la circulación, puesto que los entregó a otra persona en un negocio de comisión, y este acto contractual viene a determinar circulación de tales billetes.

"Y si la entrega la hubiera hecho a título de cambio o en pago de algo, es decir, en manera tal que de una vez hubiera quedado roto el vínculo entre Ordóñez y la posterior circulación de los billetes, bien estaría sostener que sus actividades cesaron desde que hizo tal entrega, y que como ella se cumplió en el Departamento del Huila, su delito quedó consumado allí, y sólo podía ser juzgado por los Jueces de aquel Departamento. Las actividades posteriores de Muñoz en el Departamento del Cauca, en relación con la circulación de los mismos billetes, que él llevó a efecto en Popayán, sería un hecho independiente, cargable sólo a la cuenta de responsabilidades de Muñoz, y juzgable por los Jueces de allí.

"Pero no ocurre tal cosa. La misma condición de haberle entregado Ordóñez a Muñoz aquellos billetes en comisión para que éste los expendiera, estableció un nexo jurídico entre los dos hombres, determinado en la circulación *que Muñoz debía llevar* a efecto por cuenta de Ordóñez, y éste quedó ligado a las consecuencias de tal circulación. De manera que en estas circunstancias hay que entender que el delito empezó a consumarlo Ordóñez en San Agustín, y fue a continuarlo y a terminarlo en Popayán. No se puede, por tanto, dividir el hecho principal, tomando aisladamente cada una de las actividades de estos dos sujetos como hechos diferentes, sin respecto el uno del otro.

"Mas aún: Ordóñez estuvo en Popayán con Muñoz, lo acompañó en sus andanzas por varias tiendas que Ordóñez le indicó y donde podía expender los billetes, y recibió allí mismo el producto de los negocios que con ellos hizo Muñoz. Mayor concurso directo y activo no puede darse en el delito.

"Considérese, pues, el delito como continuado, empezado en San Agustín y terminado en Popayán, y la jurisdicción del Juez 2º Superior de este lugar resulta intachable, de acuerdo con el artículo 229 de la Ley 57 de 1887, por haber dicho Juez recibido el sumario y prevenido en el conocimiento.

"No es, como lo dice el recurrente, que sólo haya prueba del hecho ejecutado por Ordóñez en San Agustín. Nó: que existe la declaración de Muñoz y algunos indicios respecto de las actividades de Ordóñez en Popayán, respecto de la circulación allí efectuada, lo cual aporta una prueba suficiente para considerarlo autor del delito, y para que el Jurado pudiera declarar, como lo hizo, su responsabilidad."

Basta lo dicho para que se vea que carece de fundamento la causal invocada.

La segunda de las causales aducidas por el recurrente es la que se contempla en el numeral 3º del citado artículo 118, o sea "ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto haya recibido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito"; causal que funda en el hecho de estar probada solamente la entrega de los catorce billetes, pero no la de otros dos que aparecen en los autos (folios 70 y 71), y no haberse demostrado tampoco el elemento a sabiendas, requerido por la ley para estos casos.

Se contesta:

Existiendo, como existe, la prueba de la entrega de los billetes en San Agustín a Manuel Muñoz, no se puede afirmar que no existe el hecho delictuoso, pues tal entrega, en la forma en que se hizo, no es otra cosa que el preciso comienzo de la circulación. Además, la circunstancia en que la entrega se hizo, y el hecho de haber acompañado luégo a Muñoz a Popayán para indicarle dónde debía comprar con los billetes dados por Ordóñez, están demostrando claramente el elemento a sabiendas por parte de éste. Cuanto a los dos billetes a que se refiere el recurrente, no hay duda de la falsedad de ellos, según aparece de las constancias del informativo. Carece, pues, de base la causal de falta de prueba del cuerpo del delito, porque esa prueba sí existe nítida en autos.

La tercera causal alegada es la de "haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio," por cuanto que en el cuestionario propuesto al Jurado se pregunta al principio que si Ordóñez es responsable de "haber dado a la circulación....," y luégo, en el mismo, se dice que los billetes entregados a Muñoz fue para que éste "los hiciera circular," siendo así que esto último no es un delito, ni menos el delito de circulación, ni siquiera alcanza a constituir una tentativa.

Se contesta:

Puede suceder que el cuestionario no tenga toda la corrección gramatical suficiente en la forma en que se propuso al Jurado, pero de esto no se puede deducir que él no sea claro en cuanto a los hechos que presenta y a la forma en que se desarrollaron, pues claramente se indica en aquél que a la entrega hecha por Ordóñez a Muñoz, principio de circulación por parte del primero, siguió el expendio de los billetes en Popayán, con intervención principal y directa del mismo Ordóñez, lo cual no es otra cosa que circulación efectiva, es decir, la consumación del hecho delictuoso, la cual tuvo lugar en Popayán. De manera que basta considerar esto para que se vea que no procede la causal invocada.

Acoge el recurrente como causal cuarta—dice el señor Procurador—el ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma.

Y agrega aquel funcionario:

"Para darle fundamento alega que se violaron los artículos 315, 23 y 27 del Código Penal, por indebida aplicación el primero, o por omisión los dos últimos. Y es que entiende él que al declarar el Jurado a Ordóñez responsable por haber cooperado en la circulación de billetes efectuada en Popayán, quedó situada su responsabilidad en la del cómplice y no en la del autor, pues sólo en el artículo 23, que define quiénes son los cómplices, se habla de la cuestión cooperación.

"Olvida el recurrente que esa disposición dice que son cómplices los que espontáneamente y a sabiendas cooperan a la ejecución del delito, en el acto de cometerlo, y agrega que como tales se les tendrá, siempre que no puedan reputarse como autores.

"De manera que aquel que coopere a la ejecución del delito, en el acto de cometerlo, será reputado autor y no cómplice, si hay motivo para lo primero. De lo cual resulta que la cooperación es también actividad del autor, y no exclusivamente del cómplice. Y no de otra manera puede ser, porque en el concurso recíproco cada uno de los coautores presta su cooperación al otro para la ejecución del delito.

"Pero para el recurrente rige ahora, como ha venido rigiendo, sus argumentos para la sustentación de las demás causales, la tesis de la desintegración de las actividades de Ordóñez en el delito de circulación, y en esto consiste, precisamente, el error fundamental de que han quedado viciados sus razonamientos.

"Hay que ver y no olvidar que el delito fue continuado; que empezó a cumplirse en San Agustín, cuando Ordóñez le entregó a Muñoz en comisión catorce billetes para que los expendiera por cuenta de Ordóñez, y se consumó en Popayán, cuando Muñoz, con la cooperación del comitente, dio en pago de algunos objetos comprados por él, dos de aquellos billetes.

"Además, la cooperación de Ordóñez en lo ocurrido en Popayán no es tan sólo la cooperación del cómplice, sino la activa cooperación del autor, a que se refiere el ordinal 3º del artículo 22 del Código Penal. Porque hay constancia de que él le dio a Muñoz aquellos catorce billetes en San Agustín, ordenándole que fuera a Popayán a expenderlos, y luego fue él mismo con Muñoz a dicha ciudad, y allí le ordenó que fuera a determinados almacenes a comprar algunos objetos con esos mismos billetes. No pudo Ordóñez colocarse con sus actividades más exactamente dentro de la letra y el espíritu de la disposición del citado ordinal 3º, que dice:

'Los que ordenen la comisión del delito, y suministren u ofrezcan lo que necesite para cometerlo, o recursos para conseguirlo o pagarlo, siempre que por esa causa se llegue a cometer el delito.'

"Si Ordóñez ordenó el expendio de los billetes falsos, y entregó éstos como elementos necesarios para la consumación del delito, y aun indicó en dónde podían ser expendidos, ¿cómo podía el Juez estimar esta cooperación de que lo declaró responsable el Jurado, como actividad propia de un cómplice y no de un autor?

"Así queda demostrada la falta de fundamento de la causal a que me he referido."

Como causal quinta alega ésta el recurrente:

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por haberse dictado sentencia sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión haya sido debatida previamente en la instancia." (Causal quinta del mismo artículo).

"Fundo esta causal: en la segunda instancia fue debatido el punto referente a la injusticia notoria del veredicto, asunto para el cual me fundé en las siguientes consideraciones, que no fueron apreciadas por el Tribunal: en que el hecho verificado en Tapias, Distrito de San Agustín, no fue un delito de circulación de monedas falsas, dado que la simple entrega hecha a Muñoz de una cantidad de billetes, buscándolo a éste como medio o agente para la circulación, no alcanzó a constituir el delito, dado que ese hecho fue hasta un acto preparatorio, pero no es el delito mismo."

Como se ve, esta causal ya está implícitamente contestada en las anteriores, por cuanto ya se dijo en qué forma comenzó y se desarrolló el delito continuado de circulación de moneda de que aquí se trata; pero aun cuando él no se hubiera manifestado así, es obvio que esta causal viene desprovista de prueba y fundamento, por lo cual no hay lugar a considerarla ampliamente.

Respecto de la manifestación final del recurrente, acerca de que, cuando él recibió los billetes en Tapias, ignoraba la falsedad de éstos, es hecho que ahora se limita apenas a afirmar como recurso postrero en su favor, pero que no tiene en autos ninguna prueba que lo justifique. Muy por el contrario, en el expediente, como ya se dijo, existe demostración completa sobre el conocimiento que de la falsedad de los billetes tenía el sentenciado.

Todo lo anterior está expresando nitidamente que no hay lugar a invalidar, por ninguna de las causales invocadas, la sentencia que ha sido objeto del recurso.

Por tanto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo que ha sido objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, diez y nueve de noviembre de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Por sentencia del ocho de junio próximo pasado, que confirma en todas sus partes la de primera instancia, condenó el Tribunal Superior de San Gil a Juan Gómez, como responsable en tercer grado de homicidio con premeditación en la persona de Francisco Mayorga o Vargas, a la pena de doce años de presidio y sus accesorias.

Oportunamente el sentenciado interpuso recurso de casación, invocando la causal primera de las señaladas por el artículo 3º, Ley 118 de 1931, en escrito donde se limita a enunciarla, sin proponer consideraciones de ninguna clase que sirvieran para sustentarla legalmente. Transcurrieron los términos hábiles dentro de la sustanciación del recurso ante la Corte, sin que se hiciera gestión alguna, de manera que sería el caso de declararlo desierto, si no fuera porque el señor Procurador, haciendo uso del poder que le confiere el artículo 6º de la citada Ley, encontró motivo para sustentar la casación, con base en la causal tercera.

Después de sentar este alto funcionario, que no hay lugar a la infirmación absoluta del fallo, por considerar que el Jurado, al contestar afirmativamente la cuestión de la responsabilidad, tuvo fundamento en varios indicios analizados en el auto de proceder, evidentemente comprobados en el proceso, sin que de otro lado los desvirtuara la defensa, lo que indica que el veredicto no puede tacharse de injusto, encuentra, sin embargo, deficiente la prueba sobre la premeditación, ofreciéndole serias dudas la existencia de ese elemento calificativo, debido a lo cual, concluye que fue apreciada erróneamente la prueba relativa al cuerpo del delito, que debió estimarse como homicidio simplemente voluntario.

Sus razonamientos son estos:

"Lo que sí me ofrece serias dudas es lo relativo a la prueba de la premeditación. Porque si los indicios daban fundamento al Jurado para declarar la responsabilidad, no sucede lo mismo para llegar a la conclusión nítida de la existencia de este elemento caracterizador del delito específico de homicidio premeditado.

"La enemistad y las diferencias habidas entre Gómez y Mayorga pueden ser indicio de premeditación cuando por otra parte resultan elementos claros que coadyuven a demostrarla. Pero en este caso nó, por la muy sencilla razón de que esas mismas diferencias existentes entre dos hombres, y que los llevaron hasta tener encuentros personales y agredirse recíprocamente, dan fundamento a la presunción, de que bien pudo ocurrir otro de esos encuentros entre ellos en la noche del acontecimiento, sin que Gómez hubiera decidido previamente ejecutar el hecho y reflexionado acerca de él y de los medios para consumarlo.

"Si Gómez le había quitado su mujer a Mayorga, y con ella conservaba relaciones ilícitas, esto no puede tomarse como indicio de que Gómez pretendió matar a Mayorga para asegurar la posesión absoluta de la mujer aquella. Si la tenía suya, porque ella se le había entregado, el marido podía ser un obstáculo para la frecuencia de las relaciones íntimas, pero un obstáculo salvable por otros medios, mediante la astucia innata de la mujer y la colaboración interesada del hombre. No tenía necesidad de apartar ese obstáculo cometiendo un atroz delito. Pero el argumento vinculado a este motivo puede torcerse al considerar que mayor razón podía tener Mayorga para premeditar el hecho y querer destruír la vida de Gómez en castigo de la ofensa que a su honor le infiriera al arrebatarle su mujer.

"Estas consideraciones quitan eficacia a los indicios que de tales motivos han sido deducidos.

"La circunstancia de que Gómez, al afilar un cuchillo, manifestara que era para matar un perro, sin referirse a alguna persona, no puede tomarse como una amenaza contra Mayorga, que induzca a deducir premeditación. Ni le da mayor fuerza el hecho de que la suspicacia de una mujer llevara a ésta a pensar que Gómez se refería a Mayorga. Contra esa suspicacia se levantan estas consideraciones: pudo ser cierto que Gómez tuviera la intención de defenderse de un perro con el cuchillo; pudo suceder que temiera una agresión personal de parte de Mayorga, dadas las diferencias existentes entre los dos y las riñas que habían tenido, que se preparara para defenderse. En todo caso esto no denuncia la intención, y mucho menos la resolución y deliberación previas necesarias para que exista la premeditación.

"Nadie supo ni pudo saber cómo ocurrió el hecho, porque él fue consumado en la soledad y entre las sombras de la noche, y bien pudo suceder que las circunstancias concurrentes fueran indicativas de un homicidio de otra clase y no premeditado. Si hasta la prueba de que el matador fue Gómez resulta deficiente, y sólo el Jurado, en su soberanía, ha venido a fortificarla para hacer procedente un fallo condenatorio, no es posible aceptar en condiciones tales, como un hecho neto y libre de dudas, el homicidio premeditado."

Acorde con las pruebas recogidas durante la investigación sumaria, el auto de proceder hace el siguiente relato:

"El veintisiete de abril último (mil novecientos treinta y uno), y en un pastal de Luis F. Chinchilla, situado en la loma de Las Alegrías, de la población de Charalá, apareció acuchillado el cadáver de Francisco Mayorga o Vargas. Estaba en decúbito dorsal, 'en una faldita, bajo de un guamo,' y a nueve metros de distancia del camino o callejuela que va para la parte alta del referido pastal. Las yerbas estaban tronchadas 'desde la orilla del camino hasta el punto donde se encontró el cadáver,' y de los tres hilos de alambre erizado que formaban la cerca divisoria sobre la vía comunal, el inferior resultó cortado o roto, y el segundo, o del medio, montado sobre el de encima, 'como para facilitar el paso de las personas.' Estas circunstancias, unidas a la tinosa observación de que en ese lugar no había señales de una servidumbre anterior de tránsito, demuestran que los peritos concurrentes al levantamiento del cadáver, acertaron, al dictaminar que Mayorga fue ultimado en el camino, y después 'arrastrado pastal abajo, hasta el sitio donde lo dejaron.' La lluvia torrencial de la noche anterior borró en su mayor parte las huellas del delito, y sólo quedaron algunas manchas de sangre en el trayecto por donde se verificó el arrastre, y en las ropas de la víctima."

Bastante detenido y acertado es el análisis que presenta el mismo auto de enjuiciamiento sobre los indicios que comprometen la responsabilidad de Gómez.

"Desde un principio—se lee allí—cayeron las sospechas de la justicia sobre Silvina Saavedra, la esposa in-

fiel de Mayorga, y Juan Gómez su cómplice en su adulterio. Y aunque esta pareja ha puesto una reiterada negativa a todos los cargos que les resultan, hay en su contra indicios bastantes para dictar auto de proceder.

"Se examinará en primer término lo relativo a la responsabilidad de Juan Gómez.

"Entre este sindicado y Francisco Mayorga existía una seria enemistad, originada por las relaciones ilícitas de aquél con Silvina Saavedra, relaciones de que Mayorga estaba enterado, y contra las cuales protestó inútilmente. En efecto: Elisa Pinzón (folio 17 vuelto), afirma que cuando llevaron preso a Francisco, por una molestia que tuvo en el páramo, 'Silvina y Juan siguieron viviendo juntos, como si fueran casados,' que juntos comían y salían a la calle, y que la Saavedra le llevaba los alimentos a Gómez cuando éste trabajaba en la acequia de la luz; Pasión García (folio 18), se dio cuenta del adulterio en referencia porque 'Silvina estuvo alimentando a Juan y le arreglaba la ropa'; Carmen Galán (folio 19 vuelto), veía que Juan y Silvina, prendidos de la mano, como marido y mujer, pasaban de noche para la mediagua de Gabino Herrera, a quedarse allí juntos,' y en varias ocasiones le oyó decir a la Saavedra que eran hermanos; y Josefina Murillo (folio 2), observó varias citas de la pareja culpable, y en una ocasión en que Gómez estuvo enfermo, pudo también esta testigo darse cuenta de que Silvina acudía de noche a la pieza de aquél. Además, Francisco Mayorga le refirió a Pedro Antonio Calderón (folio 15 vuelto), e Irene Calderón (folio 16), que una herida reciente que tenía en el labio superior se la había causado Juan Gómez, por el hecho de haberle reconvenido por las relaciones que mantenía con su mujer.

"La enemistad entre Gómez y Mayorga llegó hasta las vías de hecho; pues el jueves santo de este año, y en la taberna denominada **El Resbalón**, en Charalá, Mayorga le promovió riña a Juan Gómez, quien le dio a su contendor unos puñetazos en la cara. (Declaraciones de Narciso Pinzón y Celia Solano, folio 18 vuelto).

"Al día siguiente Juan Gómez le manifestó a Pedro Elías Parra, 'que Francisco Mayorga no se quedaba con esa; que él no le rebajaba las agresiones de obra que le había hecho el día anterior, porque él (Gómez) tenía que matar a Mayorga' (folio 8).

"Josefina Murillo (folio 2), y Salvador Neira (folio 10), vieron que Juan Gómez, en los días inmediatamente anteriores a la muerte de Mayorga, se dedicaba a la tarea de amolar un cuchillo, y como Neira le preguntara 'que para qué hacía eso,' le contestó que para matar un perro. La Murillo y Neira comprendieron que se refería a alguna persona, y la primera agrega que desde entonces temió especialmente por Francisco Mayorga, debido a la molestia que había tenido con Gómez, por culpa de su mujer.

"El veintiséis de abril (precisamente el día anterior al en que se encontró el cadáver de Mayorga), Juan Gómez le pidió a Josefina Murillo 'ropa para mudarse, por ser domingo,' y se quitó la que tenía, la cual, como lo pudo observar la referida Murillo, que la tuvo en sus manos, estaba perfectamente seca. Y al otro día, al ir esta testigo a lavar la ropa por exigencia de Gómez, la notó muy embarrada y mojada; siendo de advertir que los pantalones y la ruana no estaban como las demás prendas, sino que la Murillo, cuando llegó a la quebrada, los encontró allí en el agua.'

"Gómez, en su indagatoria (folio 6 vuelto), explica estas circunstancias diciendo que se le ocurrió mojar la ropa el lunes por la mañana. Si se tiene en cuenta que en la noche del domingo al lunes cayó un fuerte aguacero, y si se considera, además, que la faena que necesariamente tuvo que ejecutar para llevar el cadáver de Mayorga por debajo de la cerca de alambre y a través del pastal, hasta el punto donde fue hallado, es fácil comprender que el autor del homicidio debió mojarse los vestidos y mancharse con la sangre de la víctima. Y siendo esto así, se explica porqué apareció mojada la ropa de Gómez, y el interés que demostró en que la Murillo se la lavara en seguida; así se explica también que él, personalmente, según su confesión, dejara los pantalones en la quebrada, pues siendo esta pieza la que debió quedar manchada con la sangre de Mayorga, su matador no quiso que la Murillo la viera en tal estado.

"Los peritos que examinaron las ropas en referencia, le encontraron a la camisa, en la parte de la espalda, y especialmente frente al hombro izquierdo, unas desgarraduras pequeñas, que parecen causadas con alambre de púas (folio 9 vuelto). Y ya se vio que el autor del homicidio en Mayorga tuvo que pasar la cerca que separa el pastal de la callejuela, cerca que precisamente es de esa clase de alambre.

"En poder de Juan Gómez fue encontrado un cuchillo, y la anchura de su hoja es igual 'a las puntadas que aparecen en la ruana que tenía Mayorga.'

"Todos estos hechos, distintos, pero enlazados entre sí, referentes unos al móvil del delito (enemistad anterior y relaciones de Gómez con la mujer del occiso), a la intención de ejecutarlo (amenaza de Gómez contra Mayorga), al modo que se consumó (la ropa del victimario mojada por la lluvia y rota por el alambre de la cerca, y al instrumento o arma que sirvió para la consumación del hecho (cuchillo de Gómez, cuya anchura es igual a las puntadas hechas en la ruana de Mayorga), concurren todos a demostrar la responsabilidad de Juan Gómez en el homicidio perpetrado en la persona de Francisco Mayorga."

Esta larga transcripción, indispensable para ilustrar la materia debatida, deja ver con claridad que los indicios relativos a la responsabilidad de Gómez llevan en sí el elemento calificativo de la premeditación. De suerte que, si como lo observa y admite el señor Procurador, esos hechos pudieron muy bien respaldar la decisión tomada en conciencia por los Jueces de hecho acerca de la responsabilidad del acusado, del propio modo la sustentan en lo referente a aquella circunstancia específica. Y así, si no puede haber injusticia notoria respecto de lo uno, tampoco puede existir respecto de lo otro.

Bien es cierto que hablando en general, los hechos indicativos de la responsabilidad específica de que se trata, pudieran acaso admitir otras interpretaciones, tales como las que presenta el señor Procurador en los párrafos transcritos de su concepto. Pero una vez ocurrido el homicidio, como en realidad ocurrió, sin que haya duda acerca de la prueba del cuerpo del delito, la apreciación de los indicios debe fijar las relaciones existentes entre ellos y el hecho punible.

Así, el hecho de afilar un cuchillo, no significa mayor cosa, y admite pensar que, efectivamente, ese trabajo puede tener por objeto defenderse de un posible adversario, por ejemplo; pero cuando ya se ha cometido un homicidio, y resulta que las heridas corresponden a las

dimensiones del arma que entonces se afilaba, puede presumirse ya que la tarea de afilar el arma obedecía a un propósito preconcebido, y que la suspicacia de la testigo quedó confirmada por la realidad.

Puede suceder también en muchos casos que el cómplice de unas adúlteras relaciones amorosas, prevalido de la astucia innata de la mujer y de su colaboración interesada, continúe burlando al marido y consiguiendo el logro de los propósitos contrarios a la fidelidad conyugal, sin necesidad de eliminar por medio de la muerte al consorte ofendido; pero cuando en realidad éste resulta muerto, y aparece como autor del hecho el cómplice de adulterio, cabe pensar, fundadamente entonces, que ese cómplice, en lugar de aprovechar aquella astucia, encontró más conveniente a sus apetitos dar la muerte a quien se le interponía en su ilícito amor.

La enemistad anterior puede casi siempre ser indicio de premeditación, y cuando a ella se reúnen ciertas amenazas y circunstancias anteriores al hecho, no menos que algunas otras subsiguientes, que también contribuyan a demostrarla, aparece ya una seguridad bastante vigorosa acerca de que el agente procedió con premeditación.

De otro modo no habría procurado el matador ocultar en alguna forma a la víctima, esto es, arrastrando su cuerpo unos cuantos metros dentro de un pastal, para colocarlo debajo de un guamo, haciendo en la cerca una abertura apropiada que, en beneficio de la justicia, sirvió para marcar las ropas del homicida. Tampoco se habría preocupado tánto en lavar sus ropas, a fin de que desaparecieran las manchas de sangre.

Si, pues, independientemente de la tarifa legal de pruebas, acatando nada más que los dictados de su conciencia, el Jurado respondió el cuestionario afirmando la responsabilidad con la circunstancia calificativa o específica de que se trata, el veredicto tiene respaldo suficiente a ese respecto en el presente caso. Y no está fuera de lugar advertir que la Corte hoy, como en varios otros fallos, ha estimado que la premeditación en el homicidio no es elemento que integre o forme parte del cuerpo del delito, sino que atañe a la responsabilidad, como elemento específico.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con la conclusión del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, noviembre diez y nueve de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Vistos:

Al Jurado convocado y reunido para decidir acerca de la responsabilidad de Gerardo Usma por el delito de homicidio (asesinato) en la persona de Fabriciano Torres, le propuso el Juez del conocimiento, 1º Superior del Distrito Judicial de Buga, el siguiente cuestionario:

"1º ¿El acusado Gerardo Usma es responsable, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente a Fabriciano Torres, por medio de nueve heridas producidas con arma cortante y punzante, localizadas ocho en la espalda y una en el costado derecho, dos de ellas de naturaleza mortal, que trozaron la aorta, la arteria y vena pulmonares y perforaron el pulmón derecho, hecho ocurrido en la población de Ansermanuevo, comprensión de este Distrito Judicial, como a las siete de la mañana del día catorce de abril de mil novecientos treinta?"

"2º ¿El mismo acusado Gerardo Usma cometió el hecho mencionado en la cuestión anterior, con las siguientes circunstancias, o alguna o parte de ellas: alevosía o a traición y sobreseguro, sorprendiendo descuidada, indefensa o desapercibida a la víctima?"

Entrambas cuestiones fueron contestadas por el Jurado de manera simplemente afirmativa.

Sobre este veredicto, acatado en toda su integridad, el Juzgado dictó sentencia con fecha veinticinco de agosto del año próximo pasado, por medio de la cual, previa aplicación de los artículos 586, inciso 3º, del Código Penal; transitorio B del Acto legislativo número 3 de 1910, y 3º de la Ley 54 de 1913, condenó al encausado a la pena fija principal de veinte años de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias.

Apelado el fallo para ante el Tribunal respectivo, éste, en providencia de fecha veintisiete de abril del corriente año, la confirmó en todas sus partes.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso recurso de casación el defensor del condenado, recurso que fue concedido, y remitidos, en consecuencia, los autos a esta Sala de la Corte para los fines legales.

Como en este Despacho el negocio ha recibido ya la tramitación correspondiente, se procede a resolver el recurso sobre la base de la exposición que acerca de él hace el señor Procurador General de la Nación, quien acoge y amplía los alegatos, tanto del defensor del sentenciado como de su apoderado ante la Corte.

"Condenado Gerardo Usma por el honorable Tribunal de Buga a la pena de veinte años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Fabriciano Torres, su defensor vino a impugnar en casación la sentencia respectiva, invocando las causales de 'ser la sentencia acusada violatoria de la ley penal, por haberla aplicado indebidamente,' y haberse incurrido en error en la apreciación del cuerpo del delito.

"La primera de estas dos causales quedó abandonada, desde luégo que ni al tiempo de interponer el recurso ni en el término correspondiente ante la Corte, fue ampliada y sustentada por la parte recurrente. No así la segunda, que corresponde a la tercera del artículo 3º de Ley 118 de 1931, pues tanto el defensor del reo en las instancias, como el doctor Aníbal de J. Medina, apoderado ante la Corte, han hecho todos los esfuerzos posibles por demostrar su concurrencia. Por este motivo es preciso entrar a estudiar en el fondo los motivos fundamentales de esta última causal.

"El doctor Medina ha alegado, además, ahora, otras dos causales, y las ha ampliado hasta donde él lo ha creído necesario. Son ellas la de ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse dictado sobre un juicio viciado de nulidad, según la ley, y la de ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria. Encuentran

fundamento tales causales en las marcadas con los números 4 y 5 del artículo 3º ya citado.

"Creo que los defensores tienen la razón en parte, pero no han logrado demostrarla suficientemente en sus alegatos, y por eso, de acuerdo con lo que dispone el artículo 8º de la citada Ley 118, deseo imponerme la tarea de hacer un estudio lo más completo posible de las cuestiones por ellas planteadas.

"Para ordenar convenientemente este estudio, he de seguir al autor del alegato de casación en el orden en que ha expuesto y analizado las causales. Me ocuparé, por lo tanto, en primer lugar, de la segunda, luégo de la tercera, y por último de la quinta.

"Sostiene él que la sentencia es violatoria de la ley procedimental, porque se dictó sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, y alega al efecto los siguientes motivos:

'1º Que no se cumplió con la formalidad del traslado a los miembros del Jurado, porque no consta que éstos hayan firmado la nota en que se dejó constancia de haberles sido entregado el expediente para su estudio.

'2º Que se reemplazó indebidamente en el acto del sorteo a dos de los designados.

'3º Que posteriormente se reemplazó también a uno de los designados ya electos, por el sólo hecho de que el Secretario del Juzgado informó que tal designado se había ausentado para España.'

"En cuanto al primer motivo debo observar, sin preámbulos, que la circunstancia de no firmar los Jurados la nota del traslado, no está erigida en causal de nulidad sustancial por la ley, y no estándolo, tampoco da ello fundamento a la causal de casación que se alega, pues ésta ha de ir vinculada precisamente a una de las nulidades que de manera expresa ha erigido para el procedimiento la ley de la materia.

"Podrá ser aquello una informalidad en cuanto a la manera de dejar la constancia de haberse entregado el expediente en traslado, pero en ningún caso esa informalidad puede ser tan sustancial que llegue hasta viciar el procedimiento. El Secretario ha dejado constancia bajo su firma, y en un acto oficial, de haber entregado el expediente en traslado a cada uno de los miembros del Jurado, y hay que creerle, mientras no se pruebe lo contrario, porque lo ha hecho en su condición de empleado público, a cuyo cargo está la función de hacer la entrega. Esa constancia basta para aceptar en el fondo que se cumplió el traslado como formalidad propia que para estos juicios ha exigido la ley. No tiene, pues, fundamento este motivo.

"El segundo motivo carece igualmente de base legal. El artículo 277 de la Ley 57 de 1887 autoriza al Juez para dar por impedidos, y reemplazarlos en el acto del sorteo, a los designados que resulten comprendidos, entre otros casos, en el de haber faltado absolutamente. Y el artículo 364 de la Ley 105 de 1890, extiende esa autorización al caso en que resulte designado en un sorteo uno que esté sorteado para desempeñar las funciones de Jurado en un negocio criminal en el mismo mes. Para que el Juez haga uso de tal autorización en el mismo acto del sorteo, basta que a él le conste el hecho de una manera digna de fe.

"Como se ve, no es necesario el aporte de ninguna prueba, sino el mero conocimiento que el Juez tenga adquirido por algún medio que merezca fe. Por tanto, si al Juez le constaba que el señor Federico Herrera R. estaba ocupado como Jurado en otra causa, y que el señor Manuel Francisco Cabal S. había sido excluido de la lista de designados por el Tribunal, según Acuerdo número 14, de 28 de noviembre de 1930, y ese conocimiento lo tenía, porque en su mismo Juzgado cursaba la causa en que Herrera R. estaba sirviendo, y porque se había impuesto del Acuerdo de exclusión, a tal punto que hasta lo cita por su número y fecha en el acta respectiva, bien pudo hacer uso de la autorización consagrada por los artículos 277 y 364 citados, sin que ello viniera a viciar de nulidad el procedimiento, pues la nulidad determinada por causa de reemplazo de designados se cumple cuando tal reemplazo se hace indebidamente, y esta condición no la tuvo el que el Juez hizo en este caso, desde luégo que se atemperó a una facultad que la ley ha concedido.

"Tampoco tiene fundamento el tercer motivo. El Juez ordenó el reemplazo posterior del designado, señor Francisco Villalobos, en uso de la atribución que señala el artículo 283 de la Ley 57 de 1887, y para ordenarlo se fundó en el hecho de haberse ausentado para España dicho designado. La prueba de tal hecho la encontró en el informe de su Secretario, y ese informe le merecía fe, puesto que fue dado por un empleado público en su condición de tal, y encargado de hacer las notificaciones a las personas que intervienen en los juicios, y por lo mismo, de averiguar por el paradero de éstas. Si los informes de los Secretarios no merecieran fe, y si para cada informe esos empleados necesitaran aportar la prueba que los respalde, se consagraría el procedimiento del papeleo, se harían interminables los juicios, y la misma dignidad y el prestigio de los empleados públicos caerían sacrificados entre la maraña de las desconfianzas y las suspicacias, haciendo imposible la administración de justicia.

"Considero, por lo expuesto, que la causal a que me he referido no está justificada, y debe así declararse."

Claramente se desprende de las consideraciones del señor Procurador en la vista transcrita, que la causal de casación invocada por el apoderado del recurrente, en primer término, o sea ser la sentencia violatoria de la ley procedimiental, por cuanto se dictó sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley, no procede en el caso presente, comoquiera que los motivos por él alegados al respecto, tales como no haberse cumplido con la formalidad del traslado del expediente a los Jurados, haberse reemplazado indebidamente en el acto del sorteo a dos de los designados, y haberse reemplazado también, en la misma forma, a uno de los designados, ya electo, no tuvieron su efectividad en los autos, en la forma en que lo expresa el recurrente, de suerte que comportaron una verdadera nulidad, de acuerdo con las disposiciones pertinentes. Puede decirse que los hechos enunciados como vicios de nulidad, ni siquiera alcanzan a constituir irregularidades procesales, por cuanto que, según se vio, existe la constancia, que hace fe en el proceso, porque fue dejada por el Secretario, de que los traslados sí fueron corridos a los miembros del Jurado de calificación, y el reemplazo de los designados se hizo con todas las formalidades legales.

Al referirse la causal tercera invocada por el defensor y por el apoderado del recurrente ante la Corte, o sea ser la sentencia violatoria de la ley penal, por error en la apreciación del cuerpo del delito, expresa el señor Procurador, con mucho acierto, que el apoderado doctor Medina, equivocadamente empieza a sustentar tal causal,

diciendo que el delito de homicidio y el asesinato pertenecen, cada uno, a un género distinto en nuestro estatuto penal, siendo así que este último no es más que una especie del homicidio genérico, definido en el artículo 583. Las consideraciones con que demuestra esto aquel alto funcionario, son muy oportunas y convincentes, y la Sala las acoge, por estar acorde con ellas.

Pero no sucede lo propio con las extensas apreciaciones que en seguida hace el señor Procurador sobre el cuerpo del delito en el homicidio-asesinato, apreciaciones todas encaminadas a demostrar que forman parte del cuerpo del delito, tanto la premeditación como las circunstancias constitutivas del asesinato, en sí mismo considerado. Es obvio e indudable que si las diversas clases de homicidio contempladas en la ley penal sustantiva pertenecen a un solo género, la diferencia específica que las distingue en cada caso, sirve no para afectarlas en su esencia, sino simplemente para señalar su mayor o menor gravedad y fijar sus modalidades. De esta suerte, cuando el señor Procurador dice que si un hombre mata a otro, sin mandato de autoridad legítima expedido en cumplimiento de las leyes, como expresa nuestro Código, y además se comprueba que ese hombre premeditó su acción, la premeditación en tal caso no constituye parte integrante del cuerpo del delito de homicidio, que entonces se llamaría premeditado, sino que ella constituye una modalidad subjetiva, que agrava el homicidio, genéricamente considerado, e influye en la responsabilidad del delincuente para hacer más fuerte la pena que haya de imponérsele; pero ello no quiere decir que la premeditación forme parte del cuerpo del delito con las circunstancias constitutivas de asesinato. Porque cometido el hecho delictuoso que se llama homicidio, y comprobado en sus elementos objetivos, las circunstancias en que ese hecho se realizó influyen en la calificación de él, pero no en su comprobación material. Tan cierto es esto que, según dice el mismo señor Procurador, las distintas legislaciones aprecian el homicidio-asesinato con circunstancias diversas, circunstancias que influyen en su gravedad, es decir, en su especificación propia, pero no en su misma esencia; mas no se debe dejar de reconocer que en determinados casos algunas de esas circunstancias de asesinato pueden intervenir como elementos ya del cuerpo del delito, ya de la responsabilidad, sin que se pueda afirmar de un modo categórico y concluyente que siempre que existen comprobadas esas circunstancias, ellas forman parte inseparable del cuerpo del delito, pues si así fuera no se podrían siquiera tener en cuenta para graduar la delincuencia del acusado.

Las someras consideraciones que preceden, sirven para contestar las del señor Procurador y las del apoderado del recurrente sobre el particular; pero no está por demás advertir expresamente que la Sala comparte las apreciaciones de aquél sobre la presunción, que consagra el artículo 585 del Código Penal, en cuanto que ella es anticientífica, como lo ha sostenido esta Corte en varias ocasiones, así como comparte también aquello de la diferencia existente entre la causa o móvil del delito y la resolución de cometerlo, siendo indudable que no por carecerse de comprobación informativa acerca del móvil, haya de sostenerse la premeditación, y al contrario, no porque se deje por cualquier circunstancia de conocer el verdadero móvil del delincuente, puede dejarse a un lado la premeditación, ya que ésta puede surgir de otros elementos y circunstancias de la investigación, máxime cuando no pocas veces la falta del móvil aparente está precisamente diciendo cuán peligroso puede ser un individuo que sin razón, ni causa, ni motivo alguno, claramente conocidos, le quita la vida a otro hombre.

Las apreciaciones del señor Procurador sobre premeditación y circunstancias constitutivas de asesinato, le sirven de base para concretarse al caso de Usma y "para estudiar los fundamentos de la causal tercera, invocada y ampliada por sus defensores."

Al efecto dice:

"Consta en los autos que en la hora de las siete de la mañana del día catorce de abril de mil novecientos treinta, Gerardo Usma le dio muerte a Fabriciano Torres, en la propia casa de éste, situada en la plaza del poblado de Ansermanuevo. Y consta también que el cadáver de Torres apareció con ocho heridas de arma punzante, localizadas en la espalda, dos de ellas de naturaleza mortal, las otras seis leves, superficiales y con dirección oblícua.

"Así os presento claramente destacado lo que en el proceso aparece comprobado con plenitud, y os ruego no perdáis de vista ninguno de los detalles allí mencionados, porque todos ellos son de una importancia excepcional, para poder fijar la verdadera concepción jurídica del hecho delictuoso y la situación en que debe colocarse al reo respecto de su responsabilidad.

"Aparece rodeado el hecho de las siguientes circunstancias: Usma y Torres eran amigos, con esa amistad ligera de quienes apenas hacía poco tiempo que se habían conocido. Usma habitaba un departamento de una casa que Torres le había entregado a Fabriciano Saldarriaga para que la reparara y la habitara. Usma había recibido de Torres en préstamo un paraguas blanco para hacer un viaje. El día de los sucesos, a la hora dicha, fue visto Usma cuando iba en dirección a la casa de Torres llevando el paraguas. Luégo se le vio hablando con Torres en el patio de la casa, y en seguida los dos se dirigieron al interior: Torres iba adelante y Usma detrás. Poco después se oyó la voz de Torres, en el interior de la casa, que decía: 'Lárgame, carajo,' y luégo: 'Ramón, no me dejés matar.' Pasaron unos momentos, y se vio a Usma cuando salía de la casa de Torres llevando en la mano un cuchillo, que arrojó a un cañaduzal, al mismo tiempo que decía: 'Es para que no abuse con los hombres.'

"Fue después cuando apareció muerto Torres, exhibiendo las heridas de que antes hablé. Y consta en la diligencia de inspección ocular practicada, que en la sala de la casa se hallaron charcas de sangre en varias partes, manchas de la misma en la pared, y sobre una cama el sombrero de Usma y el paraguas que Torres le había prestado, y que Usma llevaba cuando se dirigía a la casa de Torres aquella mañana.

"Hé aquí todos los hechos circunstanciales. De éstos y los demás ya anotados resulta, sin lugar a dudas, que Usma fue el matador de Torres, lo cual, por otra parte, aparece confesado por Usma.

"Nadie sabe, porque no hubo testigo que presenciara la iniciación y el desarrollo de la escena ocurrida entre Usma y Torres, cómo pasaron los hechos, ni cuál el motivo que estimuló a Usma a herir y dar muerte a Torres.

"Pero de la falta de comprobación del móvil y de la circunstancia de haber aparecido las heridas localizadas en la espalda de la víctima, el señor Juez de instancia

dedujo la premeditación y las circunstancias de traición, sobreseguro, y la de haber sorprendido descuidada, indefensa o desapercibida a la víctima, para formularle al sindicado el cargo por homicidio-asesinato.

"Es aquí en donde está la cuestión principal que debe resolverse previamente, y que consiste en saber si de aquellos hechos puede deducirse prueba bastante para dar por establecidos elementos tan graves como son la premeditación y las circunstancias de asesinato, que elevan el homicidio a una categoría superior en su clasificación y la pena a la máxima de veinte años de presidio."

En seguida el señor Procurador entra a hacer las deducciones sobre la inexistencia de premeditación y circunstancias de asesinato, basado en los buenos antecedentes del acusado, y por consiguiente, en su falta de perversión como en su carencia de aptitudes intelectuales para simular. Principalmente asienta sus conclusiones sobre la confesión de Usma, para dejar establecido al cabo que los hechos pudieron haber acaecido más bien como los cuenta éste, y no como los apreció el Juez.

Sin desconocer la importancia de las consideraciones que con empeño y solicitud, dignos de encomio, presenta el señor Procurador, acogiendo y desarrollando ampliamente las tesis tanto del apoderado como del defensor en las instancias del recurrente, debe manifestarse, ante todo, que si aquél encuentra algunos hechos y circunstancias como más probables que otros, dentro de los autos, en orden a sus conclusiones, ello se debe a que da toda fuerza legal a la confesión del acusado. Por eso precisa advertir desde luégo que a ésta no se le pueda dar esa validez, porque hay que tener en cuenta que a más del interés indudable de las manifestaciones de Usma, ellas fueron hechas ya a última hora, en el curso de las audiencias, después de haber negado enfática y sistemáticamente toda su responsabilidad acerca de la muerte de Torres. De manera que no es dable suponer en estas condiciones sinceridad ninguna en su confesión, y sí, por el contrario, debe pensarse que ella fue producto calculado para atenuar en lo posible todos los indicios y circunstancias existentes en su contra en el informativo. Todas estas circunstancias y todos estos indicios se patentizan claramente en el acta de acusación formulada por el señor Fiscal del Juzgado 1º Superior de Buga, acta en que se expresa lo siguiente:

"Cuestión de hecho.

"Prueba el informativo que el día catorce de abril del año en curso, a las siete de la mañana, más o menos, en el pueblo de Ansermanuevo, comprensión de este Distrito Judicial, y en su casa de habitación, el Alcalde de aquel lugar, su Secretario y los peritos José Gregorio Tomé y Julio Bueno, encontraron muerto a Fabriciano Torres; pues así lo demuestra la diligencia de levantamiento del cadáver, que es del tenor siguiente:

'Tendido sobre el suelo, y en una posición no común, hemos hallado el cadáver del que fue Fabriciano Torres, así: recogido, y recostado sobre el lado derecho (sin duda, modo como cayó ya muerto), inclinada la cabeza hacia el pecho y apoyada sobre el brazo derecho, que formaba ángulo; el brazo izquierdo sobre la muñeca del derecho; la pierna derecha encogida, y sobre ella, la izquierda, estirada. El cadáver estaba con los pies en contacto con el quicio o dintel de la puerta que de la sala de la casa entra al aposento; y la cabeza al pie de una cama que se hallaba en la sala, inmediata a la pared que divide ésta de la alcoba. En el aposento, y sobre el suelo inmediato, al borde de una cama, hallámos una gran charca de sangre recientemente derramada; sobre la misma cama había otra pequeña charca de sangre; en la misma cama encontrámos lo siguiente: un paraguas o sereneto, sin mango, color blanco, completamente cerrado y ligado con cordón, paraguas el cual tiene varias manchas de sangre fresca, y dos sombreros de paño o fieltro gris, uno viejo y otro nuevo. No encontrámos más huellas o señales indicativas del delito. En la pared inmediata al lugar donde estaba el cadáver, se hallan dos grandes manchas de sangre fresca, donde parece haberse recostado el individuo en su estado agónico. Examinado cuidadosamente el cadáver del que fue Fabriciano Torres, persona a quien conocimos en vida, y que es la misma, le encontrámos ocho heridas en distintos puntos de la espalda y costado derecho, de carácter muy grave, y causadas con arma cortante y punzante, que en nuestro concepto fue un puñal o cuchillo; además de estas heridas, le encontrámos y reconocimos tres golpes y raspones, también en distintos puntos de la espalda. Vestía una franela de color blanco y un pantalón de dril del país, de color gris, viejos, cuyas prendas estaban todas ensangrentadas, y la camisa tenía los ocho rotos que le causó el arma al ser herido el occiso. Debajo del cadáver había una abundante charca de sangre, producida por las heridas, sangre completamente fresca. Todas estas heridas le fueron causadas por detrás, es decir, a mansalva y sobreseguro, y son las que indefectiblemente le causaron la muerte a Fabriciano Torres.

"Y concluye la diligencia así:

'Como en un cañaduzal inmediato a la casa donde fue capturado el reo, se encontrara un cuchillo, se dispuso hacerlo reconocer por medio de los peritos, quienes, después de haberlo examinado, expusieron:

'Hemos reconocido el cuchillo hallado en el cañaduzal inmediato a la casa del agresor, y por ello exponemos: es un cuchillo que tiene once pulgadas de hoja de metal, con cachas negras, que miden éstas, o mejor, su mango, cuatro pulgadas de longitud. Dicho cuchillo se halla manchado en sangre, en su totalidad, y tiene en la hoja señales de sangre fresca, y sin espacio alguno limpio, en una longitud de siete pulgadas, desde la punta hacia el mango, indicativa esta señal de que hasta aquí entró. El arma en cuestión tiene un canal cerca al lomo, y es marca culebra.'

"Este mismo hecho, es decir, la muerte de Torres, lo evidencia la diligencia de autopsia que en ese cadáver practicaron el doctor José Gregorio Tomé y Jesús M. Zapata, visible a folas 5 y 6, y la partida de defunción, de folia 25. Y como estas mismas pruebas nos enseñan que la muerte de Torres fue ocasionada por nueve heridas, ocho en la espalda y una en la frente, que con un cuchillo le infirió una persona, tenemos la prueba completa del cuerpo del delito, que es la base de todos los juicios criminales. Sábese también, con absoluta certeza, que el autor de las heridas que produjeron la muerte instantánea del anciano Torres, es el acusado Gerardo Usma, porque así lo demuestra un cúmulo de indicios, y porque a última hora lo ha confesado, primero, su defensor doctor Luis Salazar y García, y luégo el reo mismo, en el deseo de encontrar en ese postrer recurso alguna esperanza, y yo, señores del Jurado, percibo toda la razón que asiste al defensor para apresurarse a reconocer tácitamente en el memorial de dos de febrero en curso, que su patrocinado es el autor del hecho que lo tiene en el banco de

los acusados, porque así al menos encuentra razonamientos que lo salvarán de la incómoda actitud que hubiera tenido que asumir si persiste en continuar el derrotero de la negación sistemática. Pero debo insistir en el análisis de esos indicios, como si Usma no hubiera confesado su horrendo crimen, por la importancia que esos hechos adquieren al determinar las circunstancias que rodearon al hecho y los motivos que elaboraron la acción homicida.

"En efecto, dice la señora Rosana Correa, que vio cuando Gerardo Usma salió de su casa de habitación en dirección a la de Fabriciano Torres, con un paraguas pequeño, blanco, en la mano izquierda; que llegó a la casa de Fabriciano Torres, quien, al lado de afuera de su casa, en la calle, arreglaba una cañabrava; que el mencionado Usma como que saludó a Torres, y entró a la casa de éste, donde momentos después volvió a salir y se colocó atrás de Torres; que Torres entró a la casa, siempre adelante de Usma. A pocos momentos, dice la señora Correa, oí que el finado pronunció estas palabras: 'Lárgame, carajo,' y momentos después oí estas otras palabras del mismo Torres, que decía con voz ahogada o entrecortada: 'Ramón, no me dejes matar,' y que la declarante vio cuando Gerardo Usma salió de la casa de Torres, armado de cuchillo, el que traía en una mano, levantada, en actitud aún amenazante, y sin el paraguas ni el sombrero con que antes lo había visto pasar. Lo expuesto por esta señora, testigo presencial de los hechos que narra, está de acuerdo con los testimonios fehacientes de Ramón María Torres, Flora Lasprilla, Diosclina Rengifo y José Ignacio Balcázar, quienes, acordes en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, afirman haber visto cuando de la casa del señor Fabriciano Torres salió Gerardo Usma, cuchillo en mano, el saco ensangrentado, en actitud amenazante y sin sombrero.

"En la calle, deponen los declarantes, se encontraba Zoila Alvarez, querida de Usma, y se imaginaron ellos que la iba a matar, pero que Usma pasó por detrás de ella, y atravesando el patio de la casa de María Jesús Ocampo, se introdujo a su casa.

"Esta testigo, la Ocampo, a foja 3, declara:

'A eso de las siete de la mañana del día de hoy, estando yo en mi cocina, vi cuando de la calle a su casa entró el señor Gerardo Usma, a quien siempre le han llamado Mono. La mujer de éste se encontraba en la cocina también, y ella le ofreció desayuno, pero él lo rechazó, diciendo que no quería. No oí, ni presenció, que entre el dicho Usma y su mujer hubiera mediado ninguna otra conversación. A pocos instantes vi pasar por el corredor de la cocina de mi casa dicha, al dicho Gerardo Usma, quien me saludó y siguió, pasándose por un portillo del cerco, hacia la calle, y no me volví a dar cuenta de él. Poco más o ménos, a eso de los cinco minutos, ya de regreso, volví a ver en este patio de mi casa al supradicho Gerardo Usma, quien dijo estas palabras: 'es para que no abuse con los hombres,' y le vi aventar un objeto que traía en la mano, hacia el cañaduzal, en donde momentos después hallaron un cuchillo ensangrentado.'

"Tened presente, señores del Jurado, y no lo olvidéis un solo momento, las palabras que dice la Ocampo le oyó proferir a Usma, momentos después de haber ultimado, cobarde y traicioneramente, a un anciano indefenso, porque ellas son la expresión inequívoca de la gestación que el delito había tenido en la mano del culpable. Ellas son la voz cavernosa de la venganza satisfecha, y el reflejo de ese estado de inversión moral, que los grandes penalistas han descubierto en estos criminales de una alta peligrosidad, cuando tratan de acallar los reproches de su misma conciencia con una explicación cínica, justificativa de su delito. Ni tampoco perdáis de vista que de las expresiones proferidas por Usma hay plena prueba, conforme al artículo 1675 del Código Judicial, porque también el testigo José Ignacio Balcázar asevera habérselas oído al mismo Usma.

"Las deposiciones de Rafael Salazar, Pedro Nel Rendón y Ramiro Vélez, acreditan que al verificar la captura de Gerardo Usma, encontraron en el aposento de su casa de habitación un saco de color gris a rayas rojas, de dril del país, manchado de sangre fresca; que Usma estaba, al parecer, recientemente vestido, de pantalón café, de paño, y saco blanco, y que tenía una mancha de sangre fresca en la frente.

"Como antecedentes del hecho, dice María Jesús Ocampo, a foja 3 vuelta:

'No sé qué antecedentes tuvieran entre sí el señor Fabriciano Torres, q. e. p. d., y su agresor, Gerardo Usma; pero en todo caso, este último llevaba vida marital con Zoila Alvarez, quien llegó a referirme que don Fabriciano trataba de enamorarla, que le rogaba mucho para que viviera con él, pero que a ella ni le gustaba. También, con bastante frecuencia he visto a la dicha Zoila pasar a la casa del finado con demasiada frecuencia; y de una manera invariable vivían entre sí el Usma y la Alvarez en desavenencias, sin que yo sepa el motivo.'

"Y Ramón Torres refiere:

'Por referencias que amistosa y confidencialmente me había hecho el finado Fabriciano Torres, sé que éste cultivaba relaciones amorosas con la concubina de su agresor; pues me había manifestado que ésta le costaba mucho, que lo explotaba demasiado.'

"Tenemos, pues, como síntesis de las pruebas anteriores, plenamente establecidos, los siguientes indicios:

"1° Que en la mañana del lunes catorce de abril, Gerardo Usma llegó a la casa de Fabriciano Torres, en donde se encontraba éste, del lado de afuera, limpiando una cañabrava.

"2° Que el mismo Usma llegó donde Torres en actitud no sospechosa, es decir, disfrazando el designio criminoso que lo había llevado allí.

"3° Que desprevenidamente Torres entró al interior de su casa, seguido de Usma, y que momentos después salieron ambos y volvieron a entrar, Torres adelante y Usma atrás.

"4° Que dentro de la casa, Torres dijo: 'Lárgame, carajo,' y luégo exclamó: 'Ramón, no me dejes matar.'

"5° Que Usma salió de allí sin sombrero y sin el paraguas pequeño, blanco, con que momentos antes lo habían visto pasar, y que estas prendas fueron encontradas en el aposento de la casa de Torres, sobre una cama.

"6° Que Gerardo Usma, al tiempo que atravesaba el patio de la casa de María Jesús Ocampo, inmediatamente después de la muerte de Torres, dijo: 'es para que no abuse de los hombres.'

"7° Que en el lugar donde la testigo Ocampo afirmó haber visto que Usma había votado un objeto parecido a un cuchillo, encontraron el cuchillo que aparece diseñado en los autos, ensangrentado.

"8° Que Usma se encerró en su casa, y manifestaba

gran temor de que el pueblo lo matara, y que al capturarlo, le encontraron manchas de sangre fresca en el cuerpo y el saco que se acababa de cambiar.

"¿Y habría quien dudara, señores del Jurado, con estos indicios, de que Gerardo Usma fue el autor aleve de las nueve heridas que por la espalda sufrió Fabriciano Torres? No, señores Jueces, porque cada uno de ellos introduce en la conciencia menos lista, la íntima convicción de que el autor de ese crimen desleal y cobarde es Gerardo Usma. Todos estos hechos, síntesis exacta, clara y precisa de la trágica realidad del repugnante suceso de sangre que motiva esta audiencia, arrojan plena luz de la culpabilidad de Gerardo Usma. Es tanta la gravedad de que están investidos los indicios anteriores, y tan poderosa su acción convincente, que es imposible a cualquier criterio sereno, recto y honrado, dudar un momento siquiera, de que Gerardo Usma es el autor de ese hecho brutal y salvaje, que con razón califica nuestra ley penal como de máxima gravedad.

"He hecho el anterior estudio de las probanzas del informativo, sin tener en cuenta el resultado de las pruebas que han sido traídas a la audiencia por el señor defensor. Y es claro, yo no podía proceder en forma distinta, porque mi vista tiene que ceñirse a la realidad procesal del momento en que la hice, pero no omitiré referirme posteriormente a ellas, y las analizaré en el campo jurídico, en el lugar que estime conveniente. Además, tiene capital importancia este proceder, porque sólo con él se pueden apreciar los antecedentes concomitantes y las circunstancias posteriores al crimen, a fin de poder apreciar la peligrosidad del reo y la categoría de su delito. Veamos ahora cuál es la fisonomía jurídica que le corresponde, con la determinación de las circunstancias que rodearon al acto, y de los motivos que engendraron el designio criminal, impulsando la voluntad del acusado a la consumación del delito.

"Las circunstancias.

"Hemos dicho ya que en el informativo hay datos sobre la existencia de relaciones amorosas entre el occiso Torres y Zoila Rosa Alvarez, la concubina de Gerardo Usma, pero tales informaciones no permiten aseverar la certeza de ese hecho, porque carecen de fuerza probatoria completa, según las disposiciones legales que rigen sobre el particular. Empero, vosotros, que al respecto tenéis una amplia facultad apreciativa, si podéis formar vuestra conciencia en esas fuentes. Yo creo que no andaríais descarriados si allí buscáseis el móvil generador del acto criminoso, porque no habiendo de dónde inferir que Gerardo Usma sea de los que matan por el deleite de ver correr la sangre, y sabiendo, como sabemos nosotros, que los actos humanos no se producen por generación espontánea, sino que son siempre el producto de variados motivos, parece lo más acertado creer que los celos elaboraron en el alma de Usma el proyecto macabro de acabar con la vida del anciano Torres. No concibo yo de otra manera cómo un hombre joven, en plena energía vital, sin motivo ninguno, se dé a la tarea de buscar un anciano para hundirle nueve veces, y por la espalda, un cuchillo de media vara de longitud. Pero es obvio que al aceptar este móvil como la causa primera del delito, distingo con mayor precisión la premeditación que lo caracteriza, porque si premeditar es meditar de antemano la ejecución de un hecho, hasta formar la determinación y realizarlo, en el delito perpetrado por Gerardo Usma se halla perfecto este proceso. Efectivamente: Gerardo Usma sospechó, o qué sabemos cuáles pruebas tuvo, de que su concubina Zoila Rosa Alvarez le otorgaba sus favores a Fabriciano Torres, pensó en la venganza, y concibió la idea de matar a su rival, fue a buscarle a su casa y allí le infirió nueve heridas, dos mortales y las demás graves, sorprendiendo a la víctima, indefensa y descuidada.

"No cabe duda, señores del Jurado, de que cuando Usma se presentó a la casa de Fabriciano Torres, llevaba la resolución firme de darle muerte. Enséñalo así la sobreexcitación que demostraba en los momentos que precedieron al crimen, la hora que escogió para llegar a la casa del occiso, y el arma, de dimensiones no comunes, que llevaba consigo oculta, para que la víctima no sospechara el atentado. Un testigo afirma que Usma como que saludó a Torres, y luégo se colocó a su espalda; ¿no veis señores Jueces, que este hombre disfrazaba con un saludo insincero y desleal el torvo propósito que lo había llevado allí; y que sistemática, fría y deliberadamente, asechaba las espaldas de su víctima para clavarle el cuchillo que habría de vengarlo?..... Recordad que este recuerdo corrobora mejor lo que dejo dicho, que cuando esta fiera acababa de saciarse en el desdichado anciano, se daba asimismo la satisfacción de que su obra era la venganza ejercida contra el hombre que se burlaba de los hombres.

"Torres, que no temió a quien de manera cordial se le presentaba a su casa, ni se dio cuenta de que Usma, como el felino cobarde, lo asechaba por la espalda, penetró al interior, seguido de Usma, y volvió a salir casi inmediatamente. Presumo que os preguntaréis porqué, si el reo llevaba la resolución de su crimen, no acometió en esta primera ocasión al anciano, y lo presumo, porque yo también me hice idéntica pregunta. La razón es bien clara, señores Jueces: a deducir por los breves instantes que los dos permanecieron adentro, el recorrido de Torres en el interior de su habitación fue muy corto, y Usma no tuvo tiempo de sacar el arma y asestarle el primer golpe con la precisión que él debía llevar calculada. Además, cuando una persona marcha adelante de otra, el regreso intempestivo de la primera, casi siempre nos hace tropezar con ella, y como Usma y Torres se hallaban muy cerca de la puerta de la sala, era inminente el peligro, y Usma lo conocía, de que ojos imprudentes presenciaran el ataque; todas estas circunstancias debieron influir para que ese atroz asesinato no se consumara desde entonces.

"Torres entró de nuevo a la casa, y Gerardo Usma, que no le abandonaba la espalda, lo siguió, nos dice la testigo presencial, señora Ocampo. En esta vez penetraron hasta el aposento de la casa, y fue allí donde se consumó el ataque, según se infiere, de las charcas de sangre que encontraron en el aposento los peritos que practicaron la diligencia del levantamiento del cadáver, los señores José Gregorio Tomé y Julio Bueno, según lo testifica la exposición del folio 1 vuelto, que dice:

'En el aposento, y sobre el suelo inmediato al borde de una cama, hallámos una gran charca de sangre, recientemente derramada; sobre la misma cama había otra pequeña charca de sangre; en la misma cama encontrámos lo siguiente: un paraguas o sereno, sin mango, color blanco, completamente cerrado....., y dos sombreros, es decir, los mismos utensilios con que momentos antes había pasado Gerardo Usma para la casa de Torres.'

"Ved, pues, señores del Jurado, que Gerardo Usma obedecía a un plan meditado ampliamente, y que con cuidadosa maña buscaba la manera de victimar al anciano

en un lugar donde no fuera visto por nadie. ¿Habrá prueba más fehaciente de la gestación que ese acto tuvo en la conciencia del reo, de la deliberación que antecedió a su consumación, de la premeditación que lo caracteriza? Nó, señores Jueces; vosotros no podriais exigir más para adquirir la convicción precisa de que el hecho fue premeditado.

"Las circunstancias que acabo de enumerar en forma concluyente, demuestran que tuvo razón el señor Juez de la causa y el honorable Tribunal Superior, que dieron al homicidio la fisonomia de premeditado, y releva de la obligación de acudir a la presunción que hace el artículo 585 del Código Penal, de que el homicidio es premeditado, siempre que no se pruebe o resulte que pertenece a cualquiera otra de las clases que enumera la ley, porque, conforme al análisis fiel, sincero y ceñido al derecho que, me habéis visto hacer en la anterior exposición, abundan las circunstancias que notoriamente evidencian que hubo premeditación en el crimen que ejecutó Gerardo Usma.

"Las circunstancias de asesinato.

"Conforme al artículo 586 ibidem, 'el homicidio premeditado toma la denominación de asesinato cuando los agresores lo cometen mediando en él una o más de las circunstancias siguientes:

. . . . . .

'2ª Con previa asechanza, poniéndoles espias o algún tropiezo o embarazo; buscando auxiliares, o empleando cualquier otro medio insidioso para sorprender a la persona y cometer el delito.

'3ª Con alevosia, o a traición o sobreseguro; ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a la persona asesinada; ya llevándola con engaño o perfidia, o privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya empeñándola en alguna riña o pelea provocada por el asesino con ventaja conocida por parte de éste; o ya usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad, o para quitar la defensa al acometido.'

"Poned cuidado que la ley sólo exige la concurrencia de una cualquiera de estas circunstancias o de las muchas otras que enumera la misma disposición, y de las cuales prescindo, porque ni vienen al caso, porque si una de tales circunstancias la hallase vuestra conciencia establecida, tendriais que responder afirmativamente el segundo cuestionario que se os ha planteado para que el veredicto sea la encarnación de la justicia, a fin de que así llenéis eficientemente la encumbrada misión que la sociedad os confió.

"Veamos cuáles de estas circunstancias están constatadas en los autos:

"Con previa asechanza, dice el aparte de la disposición que dejo transcrito, y sábese que asechanza es el engaño o artificio que se emplea para hacer daño a otro. ¿Y usó asechanzas Usma para acometer a Torres? Sí, señores del Jurado: queda dicho y demostrado que el reo llegó a la casa del occiso escondiendo, con su actitud amistosa, el designio criminal que allí lo guió, y que sistemáticamente hubo de colocarse a sus espaldas para espiar con certeza el momento del golpe, luego es claro que lo engañaba con la felonía de su amistad, que con ella logró desprevenirlo para causarle el daño irremediable de hacerlo expirar al filo de su puñal.

"Si no hubiese en el proceso la evidencia de otra circunstancia cualquiera, bastaría la anotada, para que contestarais afirmativamente el segundo cuestionario.

"Pero hay más: muchas otras y más claras que ésta, según os lo vengo a demostrar: con alevosia, o a traición y sobreseguro, preceptúa el mismo artículo. Y me parece que para desconocer la traición en el homicidio perpetrado por Usma, habria necesidad de olvidarse de las pruebas recogidas, de manera absoluta, porque cada una de las huellas que ese crimen fue marcando, arrojan inequivocamente la verdad inexorable, de que Usma dio muerte a ese anciano por la espalda. La diligencia de autopsia comprueba que los peritos reconocedores le encontraron al occiso nueve heridas, ocho por la espalda y una de frente, y considero que, por lo mismo, sobra cualquier insistencia o explicación al respecto. Finalmente, que Torres fue sorprendido cuando se hallaba desapercibido del lance, porque nada se lo hacía presumir, y perfectamente indefenso, lo está clamando la forma del ataque, el hecho mismo de haber penetrado al interior de su casa cuando lo seguia Usma, sin tomar ninguna precaución para salvar su vida, y hasta el haber salido el atacante ileso, sin un solo golpe, ni una sola señal de haberse empeñado en lucha con otro hombre. Y hubo sevicia también, señores Jueces. La fiera humana, de la cual el acusado Usma es el modelo exacto, repitió sus puñaladas tántas veces cuantas lo estimó necesario para cortar la vida de ese ciudadano, y después de inferirle dos heridas mortales, continuó hundiendo su hoja asesina por siete ocasiones.

"En resumen, queda la demostración siguiente: que Gerardo Usma es el autor de la muerte de Fabriciano Torres, a quien le infirió nueve heridas, ocho por la espalda y una de frente.

"2ª Que el homicidio tiene el carácter de premeditado, ya se ameriten los indicios que la indican o se le dé cabida a la presunción del artículo 585 del Código Penal; y

"3ª Que el homicidio se cometió con asechanza, porque Gerardo Usma usó de medios insidiosos para engañar y desprevenir al extinto, y que lo ejecutó a traición, sobreseguro, sorprendiendo a la víctima descuidada e indefensa, y que hubo verdadera sevicia en el crimen, es decir, que están reunidas las circunstancias que enumera el artículo 586 del Código Penal, en los ordinales 2º y 3º, que dan al homicidio premeditado la denominación de asesinato.

"Y basta la exposición anterior para comprender, señores del Jurado, que os halláis en presencia de uno de los delitos más graves que contempla nuestra legislación penal. Las circunstancias atroces, preñadas de la más oscura perversidad que acompañaron la consumación del acto delictuoso que segó la vida de Fabriciano Torres, traen a nuestro espíritu la convicción amarga, pero dolorosamente cierta, de que la sociedad juzga hoy a un hombre de instintos salvajes. La ausencia absoluta del respeto que la vida humana le merece, la falta de lealtad para el delito, la cobardía que engendra atacar a un hombre por la espalda, la perversidad que se refleja en el acometimiento de un anciano, débil ya, agotado por la fatiga de los años, y la falta de piedad que Gerardo Usma revela, cuando no lo conmueven las súplicas rendidas de su víctima, que implora el auxilio ajeno para que no lo dejen ultimar, cuentan en lenguaje expresivo la máxima peligrosidad del reo; nos muestran a Gerardo Usma como individuo esencialmente temible, porque entraña una

amenaza social permanente, de quien debemos premunirnos aislándolo del conglomerado social. Colocáos, pues, a la altura de vuestro deber, señores Jueces, contestando afirmativamente los dos cuestionarios que están sometidos a vuestra consideración."

Como ya se dijo, el Jurado contestó efectivamente los cuestionarios propuestos y transcritos al principio de este fallo, en forma unánime y de modo afirmativo, simple y escueto. Y, francamente, esta Sala considera como más fuerte, más acorde con la realidad de autos, más en armonía con la gravedad del hecho, más acomodada a la justicia, la exposición del señor Fiscal del Juzgado, que la del señor Procurador, la cual no destruye a aquélla, no obstante la densidad mental de que se halla informada. Siendo esto así, como lo es, es notorio que no existe demostrada, de la manera completa que se requiere para estos casos, la tercera causal invocada por el recurrente y sus apoderados. Por lo mismo, queda también sin fundamento, la quinta de las aducidas, o sea "ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria," porque aun cuando esta cuestión fue debatida ante la segunda instancia, ella sólo procedería en este negocio probándose con plenitud, no simplemente con conjeturas y deducciones basadas en la confesión de última hora del acusado, que los Jueces de conciencia, al dar su respuesta, asentaron una injusticia palpable, manifiesta, clarísima, que es en verdad lo que significa la palabra notoria. Y ya se ve, de todo lo que se ha expuesto, que no se ve de dónde sacar una afirmación semejante en este caso, afirmación que tenga todas las características de la completa exactitud judicial, de conformidad con lo que aparezca más sólidamente probado en autos, pues éstos presentan con mayor nitidez las constancias y deducciones en que se apoya el veredicto del Tribunal de hecho.

En tales circunstancias, no se justifica ni la petición principal del señor Procurador, con base en la causal quinta, es decir, la de injusticia notoria del veredicto, ni tampoco la petición subsidiaria, como base en la causal tercera, según se dijo atrás. Por tanto, la sentencia recurrida debe mantenerse firme.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en parte con el señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo que ha sido objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

IGNACIO GONZALEZ TORRES—Parmenio Cárdenas. Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, enero veintiocho de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

El Consejo de Guerra Ordinario de la Escuela de Aviación Militar de Madrid (Cundinamarca), consulta con la Corte su sentencia de fecha 26 de agosto del corriente año, por medio de la cual condena al soldado Miguel A. Ruiz, a la pena de un año de prisión militar por el delito de deserción.

El mencionado soldado se ausentó de dicha Escuela, donde prestaba servicio militar, en uso de licencia, que le fue concedida por un término de cuarenta y ocho horas, vencido el cual, no se presentó al Cuerpo de que formaba parte sino ocho días después, a virtud de captura hecha por el Alcalde de Zipaquirá, quien lo remitió custodiado por tres Agentes de Policía al establecimiento militar en referencia.

Levantada la investigación y allegadas a los autos todas las pruebas del hecho delictuoso, aparece netamente definida la responsabilidad del sindicado.

Al Consejo de Guerra Ordinario, le fue propuesto el siguiente cuestionario:

"¿El acusado Miguel A. Ruiz es responsable, sí o nó, conforme al auto de proceder, de haberse ausentado del cuartel y no haberse presentado al servicio en el lugar de su destino sino dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que expiró el plazo de la licencia que le fue concedida, sin la debida autorización ni causa justificativa para ello?"

El Consejo contestó por unanimidad: "Sí, con atenuantes."

Sobre el veredicto anterior, dictó el Consejo la sentencia que se consulta, calificada la delincuencia del acusado en el menor grado.

Surtida en este Despacho la tramitación señalada en el artículo 113 de la Ley de "justicia militar," se procede a resolver lo que fuere legal, para lo cual se considera:

El defensor del soldado Miguel A. Ruiz interpone ante esta Corte el recurso de apelación contra el fallo del Consejo de Guerra Ordinario, y señala en una larga serie de numerales lo que estima como irregularidades que llevan a la nulidad de la sentencia, pues dice "hallarse el sumario en el caso previsto por el inciso 4º del artículo 111 de la Ley antes citada" (la 84 de 1931).

A este respecto dice el señor Procurador:

"Lo primero que observo es que el señor defensor del soldado Miguel A. Ruiz no apeló oportunamente y en forma legal de la sentencia dictada por el Consejo de Guerra Ordinario, fechada el veintiséis de agosto de este año.

"En la notificación que se le hizo ese día manifestó al folio 67 vuelto que se reservaba el derecho de recurrir ante la honorable Corte Suprema de Justicia.

"Ni aún en el caso de que hubiera interpuesto ese recurso él era procedente, ya que el artículo 112 del Código de Justicia Militar establece que contra las sentencias que dicten los Consejos de Guerra, ordinarios o superiores, no puede interponerse otro recurso que el de nulidad por una de las causales que enumera el artículo 111 del mismo Código .

"La misión de esa Suprema Corte se reduce a resolver como Tribunal de derecho en cuanto a la aplicación de la pena, siéndole terminantemente prohibido variar la calificación hecha por el Consejo, respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado.

"En términos más claros:

"La misión de la Corte es de puro derecho y se reduce a estos dos fines:

"1º A examinar si en el procedimiento seguido por el Consejo de Guerra se ha incurrido en alguno de los siete motivos de nulidad que se enumeran en el artículo 111.

"2º A examinar, en caso negativo, si el Consejo de Guerra al dictar la sentencia, ha aplicado debidamente la pena a que se ha hecho acreedor el reo.

"A esos dos objetivos tiene que reducirse el estudio de la honorable Corte, toda vez que la ley le prohibe variar la calificación hecha por el Consejo respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado.

"Hay que observar que en los procesos militares la errónea aplicación de la pena hecha por los Consejos respectivos es una de las causales que dan lugar al recurso de nulidad, de acuerdo con el ordinal 6° del artículo 111, antes citado.

"En esta clase de procesos no es lo mismo el recurso de apelación que el recurso de nulidad. El primero faculta ampliamente al superior que debe revisar la sentencia para variar la calificación hecha por los Jueces de primera instancia, respecto de la culpabilidad o inocencia del reo. El segundo apenas faculta al superior que en estos casos es la Corte, para declarar que el proceso es nulo. Sólo en el caso de que esa nulidad provenga de una aplicación errónea de la pena, la Corte puede dictar sentencia para corregir el error y aplicar la que corresponde, de acuerdo con el veredicto del Consejo de Guerra. En los demás casos debe devolver el proceso para que se subsane el motivo de nulidad.

"La Procuraduría ha estudiado detenidamente el proceso y se ha convencido de que no existe un motivo suficientemente sólido para sustentar el recurso de nulidad. Las irregularidades que anota el señor defensor no encajan en la enumeración que hace el artículo 111, tántas veces citado."

Lo expuesto por el señor Procurador en lo anteriormente transcrito, y que es síntesis de lo que la Corte siempre ha sostenido en esta clase de procesos, es suficiente para declarar lo infundado del recurso que intenta el defensor del sentenciado, pues no aparece claro ni definido el motivo de nulidad que éste alega, caso en el cual pudiera intervenir la Corte para reformar la sentencia o hacer enmendar el error en que se hubiera incurrido.

Se han examinado detenidamente los motivos expuestos ante la Corte por el señor defensor del sentenciado, y no se ha encontrado en ninguno de ellos base para la nulidad de acuerdo con el artículo 111 de la Ley militar. Acaso tales motivos constituyan irregularidad o incorrecciones en el procedimiento mismo, pero ello no alcanza a comportar ninguna de las causales consagradas por el citado artículo de la Ley 84 de 1931. Y siendo esto así, es obvio que el fallo consultado debe mantenerse firme.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la sentencia que ha sido objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Parmenio Cárdenas. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, treinta de enero de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

El Juzgado 1° Superior del Dirstrito Judicial de Bogotá, con fecha agosto once del año próximo pasado, y en desarrollo del veredicto pronunciado por el respectivo Jurado de Calificación, condenó a Heliodoro Marín como responsable de haber dado muerte voluntariamente a Waldo Pacheco, a la pena principal de veinte años de presidio y a las accesorias correspondientes. Apelada la sentencia anterior, fue reformada por el Tribunal, disminuyendo a tres años de reclusión la pena principal.

Contra el fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el Fiscal 2° de esta entidad, el cual le fue negado en auto de fecha noviembre diez y nueve del mismo año próximo pasado, y contra aquella providencia interpuso recurso de hecho el mencionado Fiscal, el cual pasa a resolverse, advirtiéndose, como se advierte, que las peticiones se hicieron dentro de los términos que señala la ley.

El mencionado Agente del Ministerio Público, sostuvo, al interponer el recurso de casación ante el Tribunal, que la Ley 118 de 1931 "no distingue al otorgar el derecho para interponer el recurso la clase de pena que se haya aplicado a los responsables." Y al referirse a esa afirmación, contesta el Tribunal diciendo que el artículo 1° de la Ley 78 de 1923, que establece el recurso de casación en asuntos criminales "contra las sentencias definitivas que pronuncien en última instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de las cuales resulte al reo la imposición de una pena que sea o exceda se seis años de presidio, reclusión o prisión," nó quedó modificado ni reformado en manera alguna por la mencionada Ley 118 de 1931, pues si se aceptara la tesis del Fiscal, agrega el Tribunal, se tendría "que hasta los fallos sobre riña castigables con pequeños arrestos, serían objeto del recurso de casación."

En el memorial que el Fiscal dirige a la Corte para sostener el recurso, invoca un argumento distinto, o sea el de que, "el artículo 1° de la Ley 78 de 1923, debe interpretarse en el sentido de que el recurso de casación se concede contra toda sentencia de la que pueda resultar una pena de seis años, pues la inflexión verbal 'resulta al reo' que emplea el artículo no equivale a que se hubiera impuesto dicha cantidad de pena, sino que al aplicar en la sentencia correctamente la ley penal debe resultarle al reo la pena de seis años o más de presidio, reclusión o prisión, lo cual está en armonía con la primera causal de casación que consagra el ordinal 1° del artículo 3° de la Ley 118 de 1931; y, en el caso a que se refiere el recurso se trata precisamente de una sentencia en la cual aplicando acertadamente la ley penal, le corresponde sufrir al reo la pena de seis años de presidio."

Se considera:

No hay duda que el Tribunal tuvo razón al sostener que el artículo 1° de la Ley 78 de 1923 no quedó reformado ni derogado por la Ley 118 de 1931, pues ésta tuvo por principal objeto reformar lo existente en cuanto a los motivos o causales de casación, y el artículo final de esta última Ley, claramente especificó cuáles de las disposiciones de la Ley 78 de 1923 quedaban reformadas, y entre ellas no se encuentra el mencionado artículo 1°, que fija un necesario límite en cuanto a las sentencias que dan origen al recurso de casación, pues de lo contrario toda condenación por insignificante que fuera la pena que se impusiera, daría lugar a él, lo que hoy por hoy es inadmisible.

Mas si bien es cierto que ese artículo 1° señala un límite, también es cierto que de sus términos se desprende

el derecho que asiste a un Fiscal para interponer un recurso en casos como el de que ahora se trata. En efecto: contra las sentencias definitivas que pronuncien en última instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, dice esa disposición, y de las cuales resulte al reo una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión, habrá lugar al recurso de casación. No dice ese artículo que la pena que se haya impuesto en esa clase de fallos, sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión, sino que habla "de las cuales resulte al reo," y de ese término resulte puede depender, y depende principalmente de lo que establezca la ley penal, que es la que define el delito y señala la pena correspondiente; y si en este caso, a la delincuencia de Heliodoro Marín puede corresponderle, es decir resultarle, de acuerdo con esa ley penal, una pena que sea o exceda de seis años de presidio o reclusión, no hay duda que hay lugar al recurso interpuesto.

Si lo anterior puede deducirse de los términos de la disposición que se examina, con mayor razón debe imponerse esa conclusión consultando su espíritu, cual es de que los intereses sociales y de justicia, ya diga relación en cuanto al derecho que tiene la comunidad para reclamar el mayor acierto en la imposición de las sanciones contra los perturbadores de su orden y seguridad, ya en cuanto al particular sindicado de delito para obtener la mayor garantía en el juzgamiento y examen de su conducta, tengan el más eficaz cumplimiento y desarrollo.

Las últimas leyes que se han dictado de carácter penal y procedimental le han ido debilitando a la sociedad ciertas garantías de defensa; si a esto se agrega el poderoso incremento de la criminalidad, principalmente en algunas regiones del país, forzoso es concluir que cuando un Agente del Ministerio Público, a quien directamente está encomendada esa defensa social, considera que a un determinado delincuente debe imponérsele una penalidad que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión, debe otorgársele los medios adecuados para que llene cumplidamente ese fin.

Así como se han estudiado demandas de casación, interpuestas por Agentes del Ministerio Público en uso de la facultad concedida por el artículo 4°, numeral 1° de la Ley 78 de 1923, que no hace distinción alguna, en que habiéndose impuesto por los Tribunales una penalidad de seis años o más, esos funcionarios han sostenido y alegado que la pena debía ser mayor, con la misma lógica cabe ese estudio cuando por ellos mismos se reclama que la pena imponible debe ser de esa misma cantidad y calidad, cuando los Tribunales han impuesto una menor de seis años o no han impuesto ninguna. De lo contrario, se llegaría a la absurda consecuencia de que mientras mayor y más grave sea el error que haya podido cometer un Tribunal, menos facilidades y medios se conceden para corregirlo.

No quiere decir lo anterior que se afirme que el Fiscal tenga razón en sus puntos de vista de fondo, porque eso equivaldría a prejuzgar la cuestión, pues la Corte se reserva, como es natural, toda libertad de apreciación para resolver lo que sea del caso cuando conozca de la demanda de casación. Hoy por hoy, le basta anotar que el Fiscal está en lo cierto en los últimos puntos de vista que presentó al fundar el recurso de hecho, y por tanto, el recurso de casación es procedente, y debe concederse.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, concede el recurso de casación interpuesto por el Fiscal 2° del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, contra la sentencia pronunciada por esa entidad con fecha veintiocho de octubre del año próximo pasado, en la cual se condenó a Heliodoro Marín como responsable de homicidio voluntario en la persona de Waldo Pacheco, a la pena principal de tres años de reclusión. En consecuencia, pídase al Tribunal el expediente en cuestión y sométase al reparto para los fines consiguientes.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Judicial.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—Parmenio Cárdenas. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, noviembre nueve de mil novecientos treinta y dos.

Ha venido a esta Superioridad el juicio de sucesión de la señora Manuela Falla de Lamilla, abierta en septiembre de mil novecientos treinta y uno, en el Juzgado 5° del Circuito de Bogotá, para que se decida la competencia afirmativa que, a instancia de Juan Antonio Lamilla, cónyuge sobreviviente, fue provocada al expresado funcionario por el Juez del Circuito de Agrado.

Cumplidos como están los trámites de regla, se procede a resolver lo que en derecho corresponde.

La señora Falla de Lamilla contrajo matrimonio en La Plata con el señor Lamilla, en enero de mil ochocientos noventa y nueve, y falleció en esta ciudad de Bogotá en abril de mil novecientos treinta y uno.

Dice el Juez de Agrado, y lo propio repite el cónyuge sobreviviente, que el domicilio de éste ha sido siempre la ciudad de La Plata, que conforme al artículo 87 del Código Civil, la mujer casada sigue el domicilio del marido, y que, por tanto, es allí en La Plata donde debe seguirse el juicio de sucesión, no obstante estar los cónyuges separados de hecho, afirmación esta última que ha hecho el expresado cónyuge supérstite. Y sobre la base de ese domicilio ficto de la señora Falla de Lamilla, concluyen citando la regla 5ª del artículo 152 del Código Judicial, que dice:

"En el juicio de sucesión es competente, de modo privativo, el Juez del último domicilio del causante en el territorio nacional," y en el caso de que en su muerte no hubiera tenido en distintos Municipios, el que corresponda al del asiento principal de sus negocios."

El señor Procurador General de la Nación, en su vista de veinte de agosto último dice:

"Esta Procuraduría conceptúa que el señor Juez 5° en lo Civil del Circuito de Bogotá tiene razón para negarse a ceptar la competencia afirmativa que le ha provocado el señor Juez del Circuito de Agrado, para conocer del juicio de sucesión de la señora Manuela Falla de Lamilla. Esta señora estaba de hecho separada de su marido, y falleció en esta ciudad, donde vivía al lado de su hija, mientras su esposo, Juan Antonio Lamilla, viajaba por Europa.

"Nadie puede negar que el último domicilio de la señora Falla de Lamilla era esta ciudad de Bogotá, donde tenía hacia tiempo su residencia habitual. El lugar donde un individuo está de asiento, determina su domicilio

civil o vecindad (artículo 78 del Código Civil). El domicilio ficto de que habla el artículo 87 ibidem, respecto de la mujer casada, no es aplicable para estos casos, porque nadie puede cambiar el lugar donde una persona se muere. No se puede apelar a esa clase de ficciones para afirmar que la señora Falla de Lamilla murió en La Plata y no en Bogotá. Uno se muere donde se muere. Lo demás es música celestial."

A lo anterior agrega la Sala lo siguiente:

El artículo 153 del Código Judicial establece que la competencia que se fija por razón del lugar, con excepción de los casos de los ordinales 8°, 9°, 10 y 11 del artículo 152, que se refieren a otros puntos, es prorrogable, y se entiende prorrogada, por parte del demandante, por el hecho de ejercitar la acción; y del demandado, por el de no oponer la excepción oportunamente. En el Código Judicial anterior, bajo cuyo imperio solicitaron la apertura de la sucesión el cónyuge sobreviviente y la hija única de la causante, se consagró el mismo principio en el artículo 166.

Ahora bien: el cónyuge Lamilla, desde París, se dirigió al Juez 5° del Circuito, dando poder al señor Pablo E. Gómez para que promoviera y siguiera hasta su terminación el juicio de sucesión intestada de su esposa (folio 9, cuaderno principal); y por escrito de primero de diciembre de mil novecientos treinta y uno, ambos interesados (cónyuge sobreviviente y heredera única), solicitaron del mismo Juez 5° que se les diera licencia para practicar extrajudicialmente los inventarios y los avalúos. De tal manera que aun admitiendo que el último domicilio de la extinta hubiera sido el de La Plata, con aquellos dos actos quedó tácitamente prorrogada la jurisdicción del Juez 5° de Bogotá.

Y así lo entiende el mismo cónyuge Lamilla, puesto que en memorial de mayo del presente año, dirigido al propio Juez, dice que "revoca la prórroga de jurisdicción que le había concedido" (folio 13 vuelto, cuaderno del incidente).

Es elemental que la jurisdicción, una vez prorrogada, no es revocable a voluntad de las partes, y mucho menos por una sola de ellas.

Lo expuesto es suficiente para concluir que la competencia en este asunto corresponde al Juez 5° del Circuito de Bogotá, quien debe seguir conociendo de él, y a quien se remitirá el expediente.

Comuníquese lo resuelto a los Jueces entre quienes se suscitó la competencia.

Notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, noviembre veinticuatro de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Se procede a efectuar la reconsideración solicitada por el señor doctor Fabio Hernández, como apoderado de la parte demandante, respecto del auto de cuatro de octubre último, por el cual se confirmó el del Tribunal Superior de Ibagué en cuanto declaró probada la excepción de inepta demanda propuesta por el Fiscal de aquella corporación en el juicio ordinario iniciado por la Sociedad Urbanizadora **La Favorita** y el señor Roberto Wills contra el Departamento del Tolima.

La razón que tuvo la Sala para declarar probada la indicada excepción fue la de no ser una misma la parte demandante en todas las acciones deducidas en la demanda, ya que en las peticiones marcadas con los ordinales 1° a 7° y 9° son demandantes, conjuntamente, la Sociedad antes mencionada y el señor Roberto Wills, en tanto que en lo que respecta a la petición octava el demandante es solamente este último, por cuanto sólo en su favor se pide la indemnización de perjuicios a que dicho ordinal se contrae.

El reclamante alega que la petición octava es tan sólo una consecuencia de otras hechas conjuntamente por las dos personas que constituyen la parte actora, y que en tal condición debe seguir la suerte de aquellas de que se deriva.

Para resolver, se tiene en cuenta:

En la postulación sexta de la demanda se pide que en caso de no decretarse la rescisión por causa de lesión enorme del contrato de compraventa de una zona de la hacienda de **Pajonales y Tautao** hecha por la Sociedad Urbanizadora **La Favorita** a la Empresa del Ferrocarril Ambalema-Ibagué, se declare en subsidio nula la cláusula quinta del referido contrato, por la cual la Sociedad vendedora declaró cubiertos con el precio de la venta todos los perjuicios futuros que pudieran ocasionársele a ella o a sus sucesores con la construcción, sostenimiento y explotación del Ferrocarril. En la petición séptima se pide que en caso de no hacerse la declaración de nulidad de la expresada cláusula, se limite la interpretación de ésta a los perjuicios que se previeron al tiempo de la celebración del contrato. Y en la octava se impetra sea condenado el Departamento del Tolima a pagar al señor Roberto Wills, actual dueño y poseedor de la hacienda de **Pajonales y Tautao**, la cantidad de cincuenta mil pesos como valor de la indemnización de los daños y perjuicios que al nombrado Wills se le ocasionaron con los incendios verificados en dicha hacienda en los meses de enero y febrero del presente año.

La relación precedente pone de manifiesto que efectivamente la petición octava es consecuencial de la sexta y la séptima. Esta circunstancia hace admisible la demanda, no obstante el hecho de ser el demandante en la petición octava una sola de las personas que forman la parte actora en el resto de las peticiones, ya que teniendo por objeto los procedimientos judiciales la realización del derecho, no puede constreñirse a una parte a intentar en juicios separados acciones que para su eficacia deben ejercitarse en un mismo juicio, no existiendo una disposición expresa que establezca lo contrario.

Como consecuencia de lo expuesto, la Sala revoca su propio auto, fecha cuatro del pasado octubre, así como el apelado, de veintiocho de mayo último, en la parte sujeta al recurso, y en cambio declara no probada la excepción de inepta demanda propuesta por el señor Fiscal del Tribunal. En tal virtud, el Departamento demandado contestará la demanda dentro de dos días, a contar de la notificación del auto de obedecimiento que dicte el Tribunal.

Notifíquese, cópiese, insértese en el órgano de la Corte y devuélvase el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera,** Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, noviembre veintiséis de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Admitida por el Tribunal Superior de Bogotá la demanda ordinaria que contra el Departamento de Cundinamarca instauró el señor Ramón Barba Guichard por el incumplimiento de un contrato y otros puntos, dispuso aquella entidad se diera traslado al respectivo Agente del Ministerio Público por el término legal, en providencia que fue notificada al Fiscal el veintiuno de junio último. El Gobernador confirió poder al doctor Ramón Rosales para representar al Departamento en ese asunto, pero el Tribunal, en auto de veinticinco de julio, no admitió la representación del doctor Rosales, fundado en que no siendo el Gobernador el representante legítimo del Departamento para el efecto del otorgamiento de poderes, sino el Fiscal del Tribunal, solamente éste podía constituír apoderado y no en todos los casos, sino en los previstos por los artículos 252 y 173 de la Ley 105 de 1931. El apoderado, sin embargo, contestó la demanda pidiendo en memorial separado reposición del mentado proveído e interponiendo en subsidio el recurso de apelación. En ese estado el asunto, habiendo el Gobernador ordenado al Fiscal confiriera el poder al nombrado doctor Rosales, Abogado del Departamento, así lo hizo dicho funcionario. Mas el Tribunal, en auto de ocho de agosto, negó el reconocimiento de apoderado por no haberse expresado en el poder, de acuerdo con las disposiciones antes citadas, las razones por las cuales el Fiscal no pudiera representar directamente al Departamento en el juicio. En cuanto a la reposición, no accedió a ella y concedió en subsidio el recurso de alzada. El Gobernador dirigió entonces al Fiscal el oficio número 51, de 17 del mes citado, en que expresa las razones echadas de menos por el Tribunal, y el Fiscal, fundado en ellas, recabó del Tribunal el reconocimiento del apoderado.

Por providencia de treinta del mes citado, el Tribunal resolvió lo siguiente:

"1ª No revocar el numeral 1º del auto de 8 de los corrientes en la parte que concede una apelación.

"2ª Se reforma dicho numeral, en esa parte, así: Concédese al doctor Ramón Rosales, en el efecto devolutivo, la apelación que subsidiariamente interpuso contra el auto de 25 de julio.....

"3ª Revocar el numeral 2º del auto de 8 de los corrientes, y en su lugar reconocer al doctor Ramón Rosales como apoderado especial del Departamento de Cundinamarca en este juicio, al tenor del memorial-poder que de orden del señor Gobernador presentó el señor Fiscal 1º de este Tribunal el 1º de los corrientes mes y año."

El recurso de apelación que tanto el Tribunal como el doctor Ramón Rosales han considerado pendiente es el interpuesto por éste contra el auto de veinticinco de julio, que no admite el poder conferido por el Gobernador, y tal proveído es la materia única de la apelación.

El señor Procurador es de opinión que se confirme el auto recurrido.

La Corte observa:

Por el auto últimamente mencionado el Tribunal no admitió la personería del doctor Rosales para representar al Departamento en virtud del poder que le confirió el Gobernador, por estimar que la facultad de otorgar tal poder no radicaba en este funcionario sino en el respectivo Agente del Ministerio Público. Esto hace que para fallar la Corte el recurso pendiente tenga que entrar a decidir si es al Gobernador o al Fiscal del Tribunal a quien compete conferir el mandato al doctor Rosales para que pueda éste asumir la representación de la entidad departamental en el juicio. Mas es el caso que este punto quedó ya resuelto por el mismo Tribunal en proveído de treinta de agosto último, por el cual se decidió que el funcionario a quien corresponde el otorgamiento del referido poder es al Fiscal del Tribunal, y por ello se reconoció al doctor Rosales como mandatario judicial del Departamento en virtud del poder que le otorgó el nombrado Fiscal.

Y como la providencia en que tal cosa se resolvió se encuentra ejecutoriada por no haberla reclamado, ni hecho valer contra ella las partes recurso alguno, la apelación de que debía conocer la Corte ha venido a quedar desierta por sustracción de materia, a causa de estar ya decidido en el juicio por auto firme que es el Fiscal del Tribunal quien debe conferir poder para representar judicialmente al Departamento. Sería menester que alguna de las partes hubiera interpuesto el recurso de alzada contra la providencia de que se viene haciendo mención y que estuvieran por tanto sometidos a la revisión de la Corte tanto el auto de veinticinco de julio como el de treinta de agosto, para que esta corporación pudiera entrar a decidir el punto que es materia de la alzada con la libertad necesaria y sin el óbice de la ejecutoria.

Estando, pues, resuelto en auto ejecutoriado el punto materia de la apelación, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, declara que no hay lugar a decidir el recurso de que se trata.

Cópiese, notifíquese y devuélvase oportunamente el expediente. Publíquese en el órgano de la Corte.

ENRIQUE A. BECERRA—Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Luis A. Amado, Oficial Mayor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, diciembre seis de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

En carácter de apoderado de los señores Alfredo Borda P. y Cicofo Castro de Clarte, el doctor Rafael Ruiz Manrique, en libelo de fecha veintiocho de abril del año en curso, fundado en los hechos que allí expone y en las razones de derecho que allí presenta, demanda a la Nación para que en sentencia definitiva y con citación y audiencia del señor Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá, ante quien actúa, se condene a la entidad dicha al pago de los perjuicios sufridos por la muerte de la señorita Julia Olarte de Castro, ocurrida el veintiuno de abril de mil novecientos treinta, perjuicios que determina, en sumas líquidas, como procedentes del siniestro ferroviario ocurrido en la empresa de que la Nación dice ser propietaria.

El señor Fiscal, en la oportunidad legal correspondiente, propuso como excepciones dilatorias las siguientes: declinatoria de jurisdicción, ilegitimidad de la personería del apoderado de la parte demandante e inepta demanda.

Tramitado el incidente, el Tribunal, en fallo de veinticinco de julio del año en curso, declaró no probadas las excepciones propuestas y dispuso la contestación de la demanda. Y a la petición de reposición contestó negando el recurso y concediendo el subsidiario de apelación para ante esta Sala de la Corte, a donde subió el expediente que se encuentra hoy en estado de recibir el fallo respectivo.

El Tribunal, en el primer fallo mencionado, estudió las cuestiones propuestas, así:

"Declinatoria de jurisdicción. El fundamento de esta excepción lo expresa así:

'Fundo esta excepción en lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 76 de 1920, que establece un procedimiento especial y previo para decidir administrativamente las declaraciones sobre indemnización de perjuicios por daños ferroviarios, de los previstos en el artículo 26, anterior, procedimiento que no se ha agotado en el presente caso. Sólo cuando la autoridad administrativa correspondiente, el Ministerio de Obras Públicas, haya negado el reconocimiento de la indemnización, o el monto de la que haya reconocido no satisfaga al damnificado, entonces sí adquiere jurisdicción el funcionario competente.'

"La competencia para conocer de un negocio, la tiene el Juez por virtud de disposiciones legales expresas; esa facultad no depende, ni se ha subordinado a la ejecución o inejecución de determinados hechos, como lo entiende el señor Fiscal. Si para la prosperidad de una acción que se entable ante el Poder Judicial, es preciso que previamente se hayan llenado determinados requisitos o formalidades ante otra autoridad, podrá ser éste un motivo para que la acción entablada no se acoja, pero no para negar la jurisdicción del Juez que la tiene por mandato expreso de la ley.

"En consecuencia, esta primera excepción carece de fundamento.

"Ilegitimidad de la personería del apoderado de la parte demandante. Los hechos en que funda esta excepción los expresa el señor Fiscal, así:

'Fundo esta excepción en el hecho de que conforme al poder especial otorgado por la señora Cleofe Castro de Olarte al señor Alfredo A. Borda, por medio de escritura pública número 991, de 17 de mayo de 1930, otorgada ante el Notario 3º del Circuito de Barranquilla, y sustituido por el señor Borda al doctor Rafael Ruiz Manrique, el apoderado no estaba facultado para promover la acción judicial de perjuicios, sino después de iniciar, sin resultado favorable, reclamación o arreglo amigable ante el Ministerio de Obras Públicas, cosa que no fue promovida primeramente por el apoderado.'

"Es cierto que la escritura número 991 contiene la siguiente cláusula:

'Que faculta a su apoderado para iniciar primero reclamación ante el Ministerio de Obras Públicas, y si no fuere posible llegar a un arreglo amigable entre el apoderado citado y el Ministerio, para que promueva, siga y termine las acciones judiciales que crea oportunas ante el Poder Judicial, para obtener el pago de los perjuicios ocasionados por el accidente de que antes se habló... '

"Pero en primer lugar se observa que el señor Fiscal no trajo comprobante alguno en relación con la falta de gestión por parte de Borda ante el Ministerio de Obras Públicas, por lo cual habría que desechar la excepción propuesta por falta de prueba, y en segundo lugar la parte demandante ha traído durante el término probatorio de este incidente, copia del oficio número 1274, de 28 de mayo de 1930, procedente de la Dirección General de Ferrocarriles Nacionales del Ministerio de Obras Públicas, y dirigido al Inspector 2º Municipal de esta ciudad, en donde se afirma que a juicio del Ministerio, las entidades que pueden ser responsables de los perjuicios que se causaron por el accidente de que trata la demanda, deben ser el Municipio de Bogotá o las empresas urbanizadoras que abrieron las calles sobre la zona ferroviaria. De manera que aun aceptando la tesis propuesta por el señor Fiscal, consistente en que era preciso que se hubiera gestionado el asunto primero ante el Ministerio de Obras Públicas, antes de ocurrir al Poder Judicial, como ya el Ministerio había conceptuado que la Nación no podía responder de los perjuicios que se causaron, estaban llenadas las exigencias que echó de menos el señor Fiscal.

"**Inepta demanda**, que la funda en 'que a la demanda se le ha dado un curso distinto del que ha debido dársele, pues según hemos visto, el actor o su apoderado ha debido dirigirla primero a la autoridad que, de acuerdo con lo que manda la ley, debe resolver administrativamente la reclamación a que dicha demanda se refiere.'

"La ineptitud de una demanda por habérsele dado un curso distinto del que le corresponde, no se refiere al caso en que sea preciso llenar formalidades previas para que pueda prosperar la acción, sino al caso en que una demanda que debe recibir determinada tramitación judicial, se le dé otra distinta.

"Las excepciones propuestas como dilatorias por el señor Fiscal, no pueden, en consecuencia, prosperar.'"

Y en la segunda providencia dijo:

"La argumentación principal en que se funda el recurso, puede sintetizarse así: la excepción de declinatoria de jurisdicción, se encamina a que el Juez o Magistrado que avoca el conocimiento de un negocio, para el cual no ha adquirido jurisdicción, declino ésta ante la autoridad a quien la ley asigna el conocimiento, y tiene lugar dicha excepción, cuando el Juez carece de jurisdicción o no es competente para conocer de la demanda promovida. Puede un Juez ser competente por razón de la naturaleza o de la cuantía del negocio para conocer de él, pero si las partes interesadas han convenido en someterlo a la decisión de árbitros, el Juez que aprehenda el conocimiento de él usurpa jurisdicción. Lo mismo sucede cuando la ley especial exige que antes de promoverse una acción judicial se agoten los medios de un acuerdo amigable entre las partes, o ante las autoridades administrativas.

"De esta suerte, según el recurrente, el argumento en que se fundó el auto reclamado, consistente en que la competencia para conocer de un negocio la tiene el Juez por virtud de disposiciones legales expresas y que no depende ni se ha subordinado a la ejecución o inejecución de determinados hechos, incurre en el vicio de confundir la jurisdicción que es la facultad que en general tienen las autoridades para impartir justicia, con la competencia, que es la que tiene el Juez para conocer de un negocio determinado. Que el Tribunal puede ser competente para conocer de este negocio por razón de las partes que intervienen en él, pero que carece de jurisdicción actual para avocar su conocimiento por haber esta-

blecido la ley una jurisdicción previa que no se ha ejercitado. Que el mismo auto reclamado reconoce que el haberse omitido la observancia de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 76 de 1920, puede ser un motivo para que la acción entablada no se acoja, pero no para negar la jurisdicción del Juez, que la tiene por mandato expreso de la ley.

"Tal es, en síntesis, la argumentación expuesta por el señor Fiscal, en la cual apoya la excepción denominada por él 'declinatoria de jurisdicción.'

"Toda la argumentación anterior queda contestada con la sola enunciación de la siguiente proposición que ha debido demostrar el recurrente, y que no lo ha hecho:

"Aun cuando un Juez sea competente para conocer de un negocio y se haya promovido ante él la demanda, no puede avocar su conocimiento si la ley ha concedido otro medio para poder hacer efectivo el mismo derecho.

"Y se dice que ésta es la cuestión propuesta y que ha debido demostrarse, porque es lo que se desprende de los hechos ocurridos en el presente caso.

"En efecto: está fuera de toda duda que el Tribunal es competente para conocer de los juicios en que tiene interés la Nación y ante el Juez a quien la ley le ha atribuido el conocimiento de esta clase de negocios, se ha promovido la demanda; luego para que el Tribunal deba abstenerse de conocer de la demanda que ante él se ha propuesto, es preciso que la ley diga expresamente que no puede avocar ese conocimiento mientras no se acredite que se han llenado tales o cuales exigencias, y el señor Fiscal no podrá jamás citar la disposición legal que suspende la jurisdicción del Tribunal mientras no se haya resuelto por las autoridades administrativas la reclamación que ante ellas se hiciera.

"En otros términos: si ante un Juez competente se promueve una demanda, este funcionario está obligado a darle curso, y no puede abstenerse de conocer, si no hay un motivo legal que le prive de manera expresa de la jurisdicción.

"No puede sostenerse que haya analogía entre un caso en que las partes tienen un desacuerdo o controversia en relación con un derecho y que amigablemente lo resuelvan o quieran prescindir de llevar el litigio ante la justicia ordinaria, con aquel otro caso en que se promueve por una de las partes la acción ante la justicia ordinaria, por tratarse de casos absolutamente diversos, siendo completamente inaceptable que se pretenda deducir las consecuencias del primero para oponerlas como argumento a las del segundo.

"La argumentación en que se fundó el auto reclamado, se halla, en consecuencia, en pie.

"Sólo debe aclarar el Tribunal, que cuando dijo en el auto reclamado que el motivo alegado por el señor Fiscal para fundar la excepción de declinatoria de jurisdicción, podría ser motivo para que la acción no se acoja, quiso decir que si la circunstancia expresada por el Agente del Ministerio Público es indispensable que se realice antes de ocurrir ante la justicia ordinaria, ello puede dar fundamento para desechar las pretensiones del actor al tiempo de dictar la sentencia definitiva, pero no como lo ha entendido el señor Fiscal, para que no se le dé entrada a la demanda, o sea para que el juicio no se tramite.

"Entiende el señor Fiscal, que si un hecho se redacta en forma negativa basta esta circunstancia para que quien lo alega no esté obligado a demostrarlo. Pero no es así. La ley establece que los hechos negativos de carácter indefinido, como que no son susceptibles de prueba, no está obligado a acreditarlos quien los alega.

"No hay, pues, razón para revocar el auto reclamado, pero en cambio debe concederse la apelación que se ha interpuesto subsidiariamente."

Durante el traslado corrido al señor Procurador, éste, en su vista de fecha diez y nueve de septiembre, expuso:

"El auto de veintidós de agosto de mil novecientos treinta y dos negó el recurso de reposición interpuesto contra el auto de fecha veinticinco de julio último, fundándose en este argumento principal:

'En efecto: está fuera de toda duda que el Tribunal es competente para conocer de los juicios en que tiene interés la Nación y ante el Juez a quien la ley le ha atribuido el conocimiento de esa clase de negocios se ha promovido la demanda; luego para que el Tribunal deba abstenerse de conocer la demanda que ante él se ha propuesto, es preciso que la ley diga expresamente que no puede avocar ese conocimiento mientras no se acredite que se han llenado tales o cuales exigencias, y el señor Fiscal no podrá jamás citar la disposición legal que suspende la jurisdicción del Tribunal mientras no se haya resuelto por las autoridades administrativas la reclamación que ante ellas se hiciera.'

"Estoy de acuerdo con el honorable Tribunal en que si la ley exige un procedimiento especial antes de acudir al procedimiento ordinario, el pretermitir aquél da origen a la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción. Pero no estoy de acuerdo con él en su parecer de que la exigencia de este procedimiento previo deba ser expresa, sino que basta que por lógica y necesaria deducción se desprenda de las disposiciones legales. Tal es el caso presente: el artículo 27 de la Ley 76 de 1920 es perentorio: él ordena que por el Ministerio de Obras Públicas se fije la multa o monto de la indemnización que deba pagar la empresa, y deja a salvo los derechos de las partes para recurrir al Poder Judicial cuando la tramitación administrativa se ha terminado. Evidentemente que la disposición anterior podría quedar sin efecto alguno si fuera permitido a los particulares pretermitir tal procedimiento y acudir inmediatamente a la justicia ordinaria; luego, aunque en los términos expresos que el honorable Tribunal exige no se prohiba esto, sí se deduce ello de que si no fuera así la ley podría burlarse al arbitrio de los interesados y quedar sin cumplimiento.

"Por lo cual pido a la honorable Corte que revoque el auto apelado y en su lugar siente la importante doctrina de que los juicios por accidentes ferroviarios no pueden instaurarse hasta tanto que se hayan agotado los procedimientos administrativos que establece la Ley 77 (sic) de 1920."

Sobre el particular, la Corte observa:

Es cierto que el artículo 27 de la Ley 76 de 1920 dispone que "ocurrido algún accidente, o efectuada alguna de las faltas de que trata el artículo anterior, la primera autoridad política levantará una información sumaria de lo acaecido y la remitirá al Ministerio de Obras Públicas. El Ministro, en vista de las informaciones que reciba y de los demás datos que pueda allegar, fijará la multa o

monto de la indemnización que debe pagar la empresa, después de procurar el arreglo amistoso en el caso de indemnización a particulares, dejando a salvo los derechos de las partes para recurrir al Poder Judicial." De suerte que el obrar del Ministerio aparece subordinado a la realización de la sumaria que corresponde a la primera autoridad política; obrar aquel que tiene por objeto fijar la multa o la indemnización bien en acuerdo amistoso entre las partes o bien por derecho propio, cuando, según su criterio y en vista de las pruebas recibidas y los demás datos que pueda allegar, considere que hay lugar a la sanción o a la indemnización.

Empero, de que esto sea así no puede sacarse como consecuencia que instaurado el juicio ante el Poder Judicial haya carencia de jurisdicción de parte del Tribunal Superior, porque al determinar la ley los casos en que dicha entidad debe ejercitarla, le señala como atribución de competencia el conocimiento de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado, salvo los juicios de expropiación y los de que trata el artículo 40, según lo declara el ordinal 1° del artículo 76 del Código Judicial vigente.

Y como de otro lado la misma disposición del artículo 27, ya copiada, autoriza a las partes para recurrir al Poder Judicial y como, según se ha visto, es el Tribunal quien en último término debe conocer de esta clase de negocios, es incuestionable que la excepción de declinatoria de jurisdicción, en este caso, no puede prosperar con fundamento en la disposición citada, porque el procedimiento especial y previo que allí se establece con el carácter de administrativo no es inhibitorio de la jurisdicción del Tribunal para conocer de la demanda instaurada.

Y no puede argüirse por semejanza con la jurisdicción de los árbitros estatuidos mediante un contrato en que la voluntad de las partes es la ley; desde luégo que la jurisdicción en el caso que se contempla es determinación de la soberanía del Estado, que en manera alguna aparece supeditada por el querer de los interesados.

Acerca de la ilegitimidad de la personería alegada, con fundamento en los mismos hechos, y especialmente porque no estaba facultado el apoderado para promover la acción judicial sino después de procurar la reclamación o arreglo amigable, basta observar que el poder original conferido al señor Alfredo Borda P. lo autoriza "para que en nombre y representación de la otorgante inicie, siga y termine la reclamación contra la Empresa del Ferrocarril Central del Norte o contra la Nación, ya sea en vía administrativa, ya en vía judicial, ejercitando las acciones que crea oportunas para obtener el pago de los perjuicios que le fueron causados con motivo del accidente ocurrido el veintiuno de abril del corriente año..." etc..... y con el mismo objetivo el memorial de sustitución dice: "....para que en nombre de la señora Cleofe de Castro de Olarte y en el mío propio, inicien, sigan y terminen juicio ordinario contra la Nación como propietaria del Ferrocarril Central del Norte, a fin de que se le condene a pagarnos a la señora de Olarte y a mí los perjuicios que nos ocasionó el siniestro ferroviario que tuvo lugar el 21 de abril de 1930...."

Ahora bien: de que en el memorial de sustitución no aparezcan autorizados los mandatarios para intervenir en la gestión administrativa no quiere decir que carezca de facultad para intervenir en la gestión judicial; mucho mas cuando el sustituyente confiere al apoderado facultad para obrar en su propio nombre. Lo que obliga a concluir que por este aspecto tampoco es fundada la actividad del demandado. Además, en los autos aparece la ratificación hecha por la señora viuda de Olarte de la sustitución que el señor Borda hizo en las personas de los doctores Ruiz Manrique; ratificación que tiene por objeto que la "representen en el juicio ordinario que contra la Nación y a nombre del señor Borda y mío iniciaron y adelantan los doctores Ruiz Manrique para el pago de perjuicios...."

Con respecto a la excepción de inepta demanda fundada en que se le dio un curso distinto del que debió dársele, porque ha debido dirigirse primero a la autoridad administrativa, la argumentación carece de consistencia, porque el numeral 3° del artículo 303 del Código Judicial vigente no dice relación a la entidad que deba tramitar la demanda sino a la tramitación misma; y en el presente caso ningún reparo puede hacerse con fundamento en la ritualidad seguida; lo que demuestra que también por este aspecto debe confirmarse la providencia recurrida.

Y sin necesidad de otras consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes el fallo en que se declaran no probadas como dilatorias las excepciones de que se ha hecho mérito.

Cópiese y notifíquese; insértese en la **Gaceta Judicial**, y oportunamente devuélvanse los autos a la oficina de procedencia.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul**—**Luis F. Rosales**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, diciembre seis de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

El doctor Joaquín Agudelo, en libelo de fecha treinta y uno de enero de mil novecientos veintiocho, dirigido al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, obrando en su propio nombre demandó, en juicio de división de bienes comunes, al Departamento de Antioquia, en la persona de su representante legal, a los señores Felipe y Vicente Duque, José María Ramírez, en sus propios nombres; a **Ganadería Casamorra (S. A.)**, Sociedad anónima domiciliada en Medellín, representada por el señor Jorge Escobar Ch., y a los comuneros "cuyo nombre no he podido averiguar, considerándolos como inciertos, para los efectos del artículo 25 de la Ley 105 de 1890 y siguientes," para que con su audiencia se decrete la entrega "a cada uno de los copartícipes o demandados de la parte que en la comunidad" denominada **Sociedad Agrícola y de Inmigración** les corresponde.

Fundó su acción, desde el punto de vista sustantivo, en el Título X del Libro 3° del Código Civil, y como hechos fundamentales adujo los siguientes:

"1° Por escritura número cuatrocientos setenta y ocho, otorgada ante el Notario 1° de este Circuito, el siete de agosto de mil ochocientos setenta y ocho, el señor Francisco de Villa y los señores Francisco Javier Cisneros y Jorge Bravo, fundaron una Sociedad anónima denominada **Sociedad Agrícola y de Inmigración**, y arreglada a la Ley 36, de cuatro de diciembre de mil ochocientos setenta y siete.

"2ª El socio De Villa adquirió después las acciones pertenecientes al socio Jorge Bravo, llegando así a representar las dos terceras partes de las acciones de la Sociedad.

"3ª En la rescisión del contrato sobre construcción del ferrocarril de Antioquia, celebrado el diez y ocho de agosto de mil ochocientos ochenta y cinco, entre el señor Francisco Javier Cisneros y el extinguido Estado Soberano de Antioquia, existe una estipulación en virtud de la cual el expresado señor Cisneros, declara ceder sus acciones, en la Sociedad Agrícola y de Inmigración, al referido Estado Soberano, hoy Departamento de Antioquia.

"4ª Por causas ajenas a la voluntad de los socios constituyentes, no pudieron éstos llevar a término las operaciones que fueron objeto de la Sociedad; y por causas asimismo ajenas a la voluntad de los socios transcurrió el tiempo fijado para la duración de la Sociedad expresada, sin que se hubiera verificado la liquidación de ella, no obstante su disolución, hasta el día veinticuatro de marzo de mil ochocientos ochenta y nueve.

"5ª En esta fecha los haberes de la mentada Sociedad Agrícola y de Inmigración pertenecían exclusivamente a los señores Francisco de Villa y al Departamento de Antioquia, en la proporción de dos terceras partes y de una tercera parte, respectivamente.

"6ª Entre el señor De Villa y el Departamento de Antioquia surgieron serias diferencias sobre asuntos relacionados con la ya mentada Sociedad Agrícola y de Inmigración, diferencias que fueron arregladas, en virtud del contrato de transacción que consta en la escritura número seiscientos noventa y dos, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito el día veinticuatro de marzo de mil ochocientos ochenta y nueve.

"7ª Entre las bases de arreglo, convenidas para la transacción por el señor De Villa y el Departamento, figura la de reconstituir la Sociedad Agrícola y de Inmigración, disuelta pero sin liquidar aún, con el mismo nombre, y en general sobre las mismas bases de la primitiva.

"8ª En efecto, el señor De Villa y el Departamento de Antioquia, para cumplir lo estipulado, por escritura número trescientos diez y nueve, otorgada el veinticuatro de marzo de mil ochocientos ochenta y nueve en la Notaría 1ª de este Circuito, sustituyeron una Sociedad, de la especie de las anónimas, con la misma denominación de la primera, es decir, con el nombre de **Sociedad Agrícola y de Inmigración**.

"9ª La parte primera de las bases o estatutos sociales, consignadas en la escritura constitutiva, reza así:

'Parte primera—Reconstitución de la Sociedad.

'Artículo 1ª La nueva Sociedad queda desde hoy constituída con todos los bienes, acciones y derechos pertenecientes a la antigua **Sociedad Agrícola y de Inmigración**, los cuales, así como los compromisos y obligaciones de este contrato, aportan a aquélla los actuales socios. De suerte que la nueva Sociedad viene a quedar desde esta fecha sustituyendo en un todo a la primitiva tanto en sus derechos como en sus obligaciones.'

"10. Conforme al artículo 1º de ese pacto social, los bienes de la Sociedad primitiva se incorporaron íntegramente en la segunda, por lo cual ésta quedó dueña exclusiva de todos los bienes y de todos los derechos de aquélla y respondiendo a la vez de todas las obligaciones de la misma, pues tal Sociedad última quedó sustituyendo en un todo a la primitiva.

"11. Entre los fines que los constituyentes fijaron a la Sociedad se cuentan como principales los marcados con los ordinales 4º y 6º del artículo 2º del pacto social, o sea el de 'promover la inmigración extranjera o del país a los terrenos de su propiedad,' y el de 'favorecer la industria agrícola, fomentando el establecimiento de colonos, agregados, etc., en sus terrenos, y ejecutando por su propia cuenta todos aquellos trabajos que tiendan a dar utilidad a la Sociedad o mayor valor a sus propiedades.'

"12. De acuerdo con la parte tercera de las bases sociales, el capital social se formó:

'Artículo 3º El capital de la Sociedad es limitado y se compone:

'1º De doscientas mil hectáreas (200,000) de tierras, en títulos de baldíos;

'2º De ciento sesenta y siete mil doscientos setenta y ocho pesos con once centavos ($ 167,278-11) en seis pagarés a cargo del Banco Popular de Medellín, aceptado por éste y pagaderos en seis contados de seis en seis meses;

'3º De la suma de treinta y nueve mil seiscientos cincuenta pesos con cincuenta y siete centavos ($ 39,650-57) a que asciende por capital e interés, liquidados hasta el veintitrés de marzo de mil ochocientos noventa y nueve el depósito disponible hecho en la casa comercial de los señores Villa y Toro, de esta ciudad.'

"13. Según el artículo 4º de los estatutos, el capital social quedó dividido en doscientas mil acciones (200,000), pertenecientes a los socios fundadores, así: a don Francisco de Villa, ciento treinta y tres mil trescientos treinta y tres acciones (133,333), y al Departamento de Antioquia, sesenta y seis mil seiscientas sesenta y siete acciones (66,667).

"14. El artículo 30 del pacto social dice así:

'Artículo 30. Las acciones que De Villa representa en esta Sociedad, pertenecen, casi en su totalidad, a otras personas a quienes les hará la correspondiente cesión el día que ellos lo soliciten. Entretanto De Villa será el único responsable de dichas acciones.'

"15. Corroborando lo estipulado por el constituyente De Villa en el artículo 3º transcrito, dicho señor De Villa hizo cesión o reconocimiento expreso de una parte de su aporte social a las personas que figuran en la escritura número 1317, de 15 de agosto de 1905, de la Notaría 2ª de este Circuito; y muchas de esas personas han cedido el total o parte de esas acciones a otras de las cuales he adquirido yo la cantidad de ciento cincuenta (150) acciones en la Sociedad Agrícola y de Inmigración, como consta en la escritura número 536, de 9 de marzo de 1922, Notaría 3ª de este Circuito, por la cual el señor Manuel Arismendi me vendió, entre otros bienes, las ciento cincuenta (150) acciones mencionadas.

"16. El hecho de haber transcurrido muchos años, por lo menos treinta y cinco, sin que la Sociedad Agrícola y de Inmigración llenara sus fines, y más bien se apartara abiertamente de ellos, oponiéndose a la colonización de los terrenos de Puerto Berrío y estancando por mucho tiempo el progreso agrícola del Departamento, me movió a procurar su liquidación, aprovechando la circunstancia de no haber sido registrado el extracto social según lo

disponen los artículos 469, 479 y 473 del Código de Comercio.

"17. El día 20 de mayo de 1924, demandé ante ese mismo Tribunal la nulidad del pacto social, formado entre el Departamento y don Francisco de Villa dizque para fomentar la agricultura y la inmigración.

"18. Esa demanda prosperó—como no podía menos de esperarse—y a ella recayó el fallo proferido por el señor Juez 4° de este Circuito en julio de este año, cuya parte resolutiva dice así:

'.....En mérito de lo expuesto, el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, falla:

'1° Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas.

'2° Declárase nulo absolutamente el contrato de sociedad que don Francisco de Villa y el Departamento de Antioquia celebraron el veinticuatro de marzo de mil ochocientos ochenta y nueve por la escritura número trescientos diez y nueve, otorgada en la Notaría primera del Circuito.

'3° Reconócese al doctor Joaquín Agudelo el derecho para pedir la liquidación de la Sociedad que se declara nula, cosa ésta, que se hará en juicio especial de partición de bienes de acuerdo con lo dispuesto en los preceptos legales respectivos.

'4° Impónese a la Sociedad demandada la sanción establecida en el artículo 474 del Código de Comercio, o sea la multa de quinientos pesos. Para la efectividad de esto se dará aviso de su imposición al señor Administrador de Hacienda Nacional, pues ella debe ingresar al Tesoro de la Nación.

'No se condena en costas.

'**Eudoro González Gómez—Antonio J. Jiménez, Secretario.**'

"19. Ignoro cuáles sean propiamente los bienes pertenecientes hoy a la comunidad. Sólo sé que es dueña, aunque no sé en poder de quién están, de unos títulos de baldíos por la cantidad de doscientas mil hectáreas. Debe tener mucho dinero, porque hace más de treinta y cinco años que recibió una gruesa cantidad.

"También ignoro quiénes sean y cuántos los comuneros dueños hoy del haber social. Los libros de la comunidad no dan dato ninguno sobre este punto. El último administrador fue el señor Juan B. Arango M., quien se limitaba a firmar, según él mismo me lo manifestó, lo que el finado don Francisco de Villa o su apoderado le decía. Sólo sé que el Departamento representa una tercera parte en los bienes de la comunidad, que los señores Felipe Duque, José María Ramírez, Vicente Duque, Jorge Escobar Ch. y la Compañía de Angeles y California —anónima domiciliada aquí—son dueños de buena parte. Dicen las gentes conocedoras de estas cosas que los herederos del finado don Francisco de Villa, y muchos parientes de éste, son comuneros en parte muy principal; pero yo no tengo de ello completa seguridad, porque en el tiempo corrido del 89 acá, se han verificado muchos traspasos de acciones, que hacen imposible precisar los tenedores en un momento dado."

Como razones de derecho, expuso éstas:

"Quiero separarme de esa comunidad, porque ningún provecho saco de ella.

"Por otra parte, soy vocero de muchos accionistas o copartícipes que participan de mis ideas, y me apoyan en todas estas actuaciones, para no coadyuvar con su inercia o su silencio en la obra antipatriótica y antisocial con que ha querido la Sociedad Agrícola y de Inmigración impedir la colonización del territorio más valioso del Departamento y atropellar, sin razón, los colonos que con sacrificios y muchos riesgos han pretendido transformar esa región en campos productores de verdadera riqueza.

"Como nadie está obligado a permanecer en comunidad y queriendo atender a los que están conmigo, procedo a pedir que se me dé lo que tenga en la Agrícola, y se dé a los demás comuneros su participación en la comunidad."

Admitida la demanda y corrido traslado al señor Fiscal del Tribunal dicho, expresó:

"No deja de ser extraño que el actor haya omitido el nombre de algunas personas conocidas, para demandarlas como inciertas, cuando en el cuerpo de la demanda habla de personas conocidas como don Francisco de Villa o sus herederos, principales accionistas en dicha Sociedad.

"Creo que no tenga necesidad de contestar punto por punto, según los hechos enumerativos de la demanda, porque ésta por su naturaleza, como la del juicio divisorio, no necesita sino de guardar silencio, o no contestar según el artículo 1296 del Código Judicial en su parte final; y ya se sabe que la Gobernación conviene en la división que se pide; aunque la parte petitoria de dicha demanda 'en juicio de división de bienes comunes' lo que pide es que 'se entregue a cada uno de los copartícipes o demandados la parte que en la comunidad les corresponde....'

"En cuanto al fondo del asunto, debo contestar siguiendo las instrucciones de que en conclusión, 'el Departamento no debe oponerse a esa demanda, y al contrario, debe manifestar al honorable Tribunal su sometimiento a la sentencia del señor Juez 4°' de acuerdo con el derrotero que señala la Gobernación en las notas y oficios a que me he referido, los cuales acompaño."

Nombrado como defensor de los ausentes y posesionado en forma legal el doctor Aquileo Calle H., se dio traslado a los otros demandados, quienes contestaron así:

Roberto González M., como apoderado de Bernardo Mora; Vicente Duque, en su propio nombre; Jorge Escobar Ch., como Gerente de la Sociedad Ganadería Casamora; Agustín Botero y Antonio Jesús Correa, en sus propios nombres, y Roberto Jaramillo B., en representación de los menores Federico, Jaime, Darío Vásquez y otros, aceptaron la demanda. Algunos de éstos, que no aparecen directamente demandados, se apersonaron en el juicio, acompañando sus títulos de comuneros.

Ernesto de Villa, Aquileo Calle H., Tomás Uribe W. como liquidador del Banco Sucre—Guillermo Jaramillo B., como apoderado de Carolina de Villa de Jaramillo y otros, y Gustavo Posada, se opusieron a las pretensiones del actor.

Iniciado de esta manera el juicio y tramitado en legal forma, el Tribunal Superior, en sentencia de fecha veintiséis de marzo de mil novecientos treinta y uno, resolvió no acceder a decretar la división solicitada; y como el doctor Agudelo en el acto de la notificación interpuso recurso de apelación que le fue concedido, subieron los

autos a este Despacho, donde satisfecha la ritualidad de la segunda instancia, se procede a decidir lo que se estima jurídico en orden a las pretensiones alegadas y a las pruebas aducidas, así:

Primero. El Tribunal sentenciador en primera instancia, para fundar su fallo, después de mencionar las pruebas presentadas por una y otra parte, hizo el siguiente comentario, que la Corte acoge:

"Habiendo demandado el doctor Joaquín Agudelo, ante el Tribunal, el 2 de mayo de 1924, a la Sociedad Agrícola y de Inmigración en la persona del señor Juan B. Arango M., su Gerente, para que se declarara nulo el contrato de Sociedad que el Gobernador del Departamento y don Francisco de Villa, habían estipulado por escritura número 319, de 24 de marzo de 1899, otorgada ante el Notario 2° de este Circuito, y para que en consecuencia se ordenase la liquidación de esa Sociedad, no era posible (dada la forma de demanda) que el Tribunal conociese, en primera instancia, de ese juicio; y por este motivo, la Corte Suprema de Justicia se vio en el caso de declarar nulo lo actuado. No aparecía demandado el Departamento; la demanda era la Sociedad Agrícola y de Inmigración, persona jurídica, distinta a los socios individualmente considerados.

"No podía la Corte Suprema estudiar a fondo la demanda, para considerar que se había incidido en petición de modo indebido. Esta excepción, como perentoria, es materia de la sentencia. Pero el señor Juez 4° de este Circuito en lo Civil, ha debido reparar en lo indebido de la petición, y declarar la excepción correspondiente.

"Por no haberlo hecho así el señor Juez, su sentencia ha resultado sin valor legal, dado que fue dictada sin la citación de las partes legítimas. El señor Juan B. Arango M., como Gerente de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, no podía representar las personas de los que estipularon la reconstitución de la Sociedad Agrícola y de Inmigración (al Departamento de Antioquia y a don Francisco de Villa).

"Según el artículo 17 del Código Civil, las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas; pero el Código exige que sean pronunciadas contra legítimo contradictor (artículo 402, numeral 2°), porque esa es la mente del legislador. El principio lo desarrolla con toda claridad el artículo 846 del Código Judicial, que es disposición de carácter sustantivo, cuando dice que 'la sentencia dada en un pleito no perjudica sino a los que litigaron por sí o legalmente representados.'

"La demanda de nulidad del contrato escriturario de 24 de marzo de 1899, sobre reconstitución de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, ha debido dirigirla el doctor Joaquín Agudelo contra el Departamento de Antioquia y contra don Francisco de Villa, que fueron las partes que pactaron la reconstitución de la Sociedad.

"El principio general de que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada da a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (artículo 1746 del Código Civil) deja comprender a las claras, que la nulidad de un contrato sólo puede discutirse entre las partes que lo celebraron. Obsérvese, además, que el contrato sobre reconstitución de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, se verificó en cumplimiento de un contrato de transacción celebrado entre el Departamento de Antioquia y don Francisco de Villa.

"Es de orden público el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio; y, por este motivo, sólo en casos muy raros puede perjudicar una sentencia a terceros, como cuando se reconoce en juicio la legitimidad de un hijo; más aún, en este caso exige la ley que haya habido legítimo contradictor (artículo 402, numeral 2°).

"Nota, por otra parte, el Tribunal, que el doctor Joaquín Agudelo no ha probado que sea accionista de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, puesto que la escritura número 536, de 9 de marzo de 1922, otorgada ante el Notario 3° de este Circuito, no fue registrada debidamente. Ha debido registrarse respecto de venta de acciones, en el libro número 2°; y como esa inscripción no fue hecha, carece de mérito probatorio ese título (artículo 2673 del Código Civil). Ni adujo el actor los títulos de acción que lo acreditasen accionista de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, títulos que deben haber sido expedidos nominativamente o al portador, no resultando, en el primer caso, acreditada la cesión; ni en ambos casos acreditada la tenencia.

"Parece que al expedirse la copia de la escritura sobre reconstitución de la Sociedad Agrícola y de Inmigración se incurrió en un grave error en la fecha (véase la copia de la escritura de folio 4); es decir, que no fue en 1889 sino en el año de 1899 cuando se reconstituyó esa Sociedad. Obsérvese que la escritura de transacción que figura en copia a folio 177 tiene fecha de 24 de marzo de 1899; y que en ella se habla de haberse tenido en cuenta una Ordenanza de 1898. Cuál de esas dos copias está errada en la fecha, no se sabe, pero una y otra fueron otorgadas en dos Notarías distintas en un mismo día.

"No deja de ser esto bastante grave, porque la sentencia del Juez se refiere a la Sociedad Agrícola y de Inmigración reconstituida el 24 de marzo de 1889; a esa Sociedad se refirió la demanda, en circunstancias en que parece que se reconstituyó realmente en 1899; anomalías de que no quiso hacer mérito esta Superioridad, por dar un fallo a fondo, pero que anota por ser anomalías graves."

Segundo. A lo expuesto hasta aquí, la Corte agrega:

En el presente caso puede discutirse la eficacia de la demanda de nulidad dirigida contra la Sociedad en la persona del Gerente, sosteniéndose que éste tiene la personería de ella, porque la nulidad afecta directamente a la entidad jurídica, esto es, a la Sociedad misma, y porque dada la naturaleza de la Sociedad anónima "donde no predomina el criterio de persona natural, sino el criterio de capital, y donde se pierde por completo la individualidad directa o inmediata de los fundadores o de los socios para convertirse apenas en un interés pecuniario en armonía con la participación de ellos en el haber social," para concluir que es más jurídico dirigir aquella demanda contra el Gerente que contra los socios fundadores.

A este propósito se observa:

El actor, en el presente juicio sobre liquidación o sobre división de bienes comunes, funda su acción en la sentencia sobre nulidad de la Sociedad de que aquí se trata; sentencia que él mismo solicitó con fundamento en la falta de formalidades esenciales a su constitución, y

sentencia que obtuvo en el juicio correspondiente en que hizo intervenir al Gerente de la Sociedad demandada.

Ahora bien: si el actor, doctor Agudelo, demandó la nulidad de la Sociedad de que aquí se trata, es indudable que perseguía como consecuencia el reconocimiento de la existencia de una Sociedad de hecho; y si éste era su objetivo, era lógico y natural que la demanda debía dirigirse no contra el Gerente, que derivaba su representación y fundaba sus actividades en la existencia válida de la Sociedad; y considerada nula por el actor la existencia de dicha entidad, es obvio que mal podía dirigir su acción contra el Gerente, que no podía existir en su carácter de tál, si la entidad que representaba tampoco existía. Y en este caso las acciones tendientes a obtener la nulidad del contrato de sociedad y a extinguir la entidad que se pretendió establecer tenían que dirigirse necesariamente contra los verdaderos obligados, esto es, los socios fundadores conjuntamente o sus causahabientes, dado que sus actividades eran la causa eficiente de esas obligaciones que procedían de su libre voluntad contractual que en todas circunstancias los hace responsables, ya de modo general, ya de manera limitada; y si, según el criterio del actor, doctor Agudelo, la Sociedad no podía subsistir por omisión de formalidades, como entidad jurídica distinta de los socios individualmente considerados, concluyéndose que se trata de una Sociedad de hecho, las personas naturales que pretendieron darle subsistencia a aquélla, según ese mismo criterio debían tener la representación legal que les es propia para responder de sus propios actos y de las obligaciones y derechos que ellos generaron. Lo que obliga a concluir que aquella acción de nulidad estuvo mal dirigida y que la sentencia dictada en el juicio correspondiente no puede obligar a quienes no intervinieron en él.

Y no se puede apreciar en este caso concreto el carácter de sociedad anónima como simple sociedad de capitales, para concluir que la liquidación debe entenderse con el Gerente, porque si la Sociedad no existe no se puede considerar la existencia del Gerente como representante de ella, y si existen obligaciones nacidas del obrar de los fundadores, son éstos personalmente, y no como sociedad, los que deben responder de ellas; porque si es cierto que desde el punto de vista general y normal el derecho comercial exige como requisito para la administración de las sociedades anónimas la designación de un Gerente que las represente de modo activo y pasivo, desde el punto de vista práctico y concreto, por lo que ya se ha visto, esto se entiende cuando la sociedad existe, pero como la de que aquí se trata—según el criterio del actor—se tiene como nula, tal requisito no puede cumplirse.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, 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 recurrida con costas a cargo del apelante, las que se tasarán en la forma y oportunidad legales.

Publíquese, cópiese y notifíquese; insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente devuélvase el expediente a la oficina de procedencia.

ENRIQUE A. BECERRA **Julio Luzardo Fortoul—Luis F. Rosales—Pedro Sanz Rivera, Secretario.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, diciembre siete de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis F. Rosales).

En la ejecución de jurisdicción coactiva que adelanta la Nación contra los señores Guillermo Sarmiento y Aquiles González L., contra el primero como responsable de la pérdida de varios valores declarados en su calidad de Ayudante de la Administración de Correos de Bogotá (Sección de Encomiendas y Valores Declarados), por la suma de cuatro mil doscientos noventa y dos pesos quince centavos ($ 4,292-15), y contra el segundo como fiador del primero, por la de mil doscientos cincuenta y un pesos setenta y seis centavos ($ 1,251-76), el último, o sea el fiador presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, nulidad del documento de fianza, falta de personería para demandar al fiador y petición indebida.

Agotada la tramitación del incidente, se procede a fallar las expresadas excepciones:

Inexistencia de la obligación.

Se funda en que la fianza otorgada por él el 8 de septiembre de 1923 (folio 246) se refería a un empleo que Sarmiento no llegó a desempeñar, una vez que conforme a los certificados de los Ministerios de Gobierno y de Correos y Telégrafos que obran en autos, no aparece que en el expresado año de 1923 se hubiera posesionado de puesto alguno en la Administración de Correos de Bogotá.

La Sala observa.

Si Sarmiento, como es la verdad, no recibió en ese año nombramiento ninguno dependiente de la Administración de Correos, ¿porqué y para qué otorgaba fianza? y ¿porqué y para qué lo fiaba González? Una garantía de esa especie se da cuando el obligado a prestarla recibe nombramiento, pues a nadie se ocurre que sin nombramiento éste haya quien proceda a constituir fianza.

¿Qué pudo suceder entonces?

La explicación es bien sencilla. Sarmiento venía desempeñando el cargo de Ayudante de la Administración de Correos de Bogotá (Sección de Encomiendas y Valores Declarados del Interior), en virtud de nombramiento que le hizo el Poder Ejecutivo por Decreto número 243, de 23 de febrero de 1922, y la fianza que él debía otorgar tan sólo vino a constituirse en septiembre del año siguiente. En el documento respectivo aparece que fue por motivo del citado empleo y para asegurar el manejo del nombrado, para lo que se otorgó la caución. Siendo esto así, salta a la vista la improcedencia de la excepción, pues si el responsable de la cuenta no fue nombrado para otro empleo en el año de 1923, como el mismo excepcionante lo tiene demostrado, es forzoso concluir que esa fianza no podía referirse sino al cargo que el primero venía desempeñando.

La frase del documento de fianza en que Sarmiento hacía del puesto "que va a desempeñar" y acerca de la cual hace pie el excepcionante para sostener que se trataba de un empleo que debía ejercer con posterioridad a la fianza, es del todo impertinente, porque ¿cuál era ese empleo? Fuera de la designación que se le hizo a Sarmiento en 1922, de que ya se ha hablado, ninguna otra obtuvo. Luego era el puesto que venía ejerciendo —Ayudante en la Administración de Correos de Bogotá— al que la fianza de González pudo referirse.

La frase mencionada, frase de ordinaria usanza en esa clase de instrumentos, como se ve por ejemplo en el de 21 de junio de 1920 (folio 251, referente al empleo de Guarda en la misma Administración) sólo revela lo que antes se expresó, o sea la tardanza con que la fianza vino a constituirse, por causa de la incuria del funcionario que debió exigirla y recibirla antes de que el nombrado entrara a desempeñar funciones.

Inequívoca aparece, por lo que va dicho, la intención de las partes en el sentido que aquí se expresa, y esa intención más que a lo literal de las palabras debe estarse, de acuerdo con la regla del artículo 1618 del Código Civil.

Por supuesto que la responsabilidad del fiador se circunscribe, como bien lo dice el auto ejecutivo, al importe de los valores perdidos en el período comprendido entre el 9 de septiembre de 1923—fecha en que se otorgó la fianza—y el 26 de los mismos mes y año, fecha en que Sarmiento fue retirado del empleo por obra de su mal manejo.

—

En relación con la excepción de nulidad del documento de fianza, el Procurador de la Nación dice lo siguiente, que la Corte acoge:

"Funda el excepcionante la segunda excepción en el hecho de haberse estampillado el documento de fianza por una suma fija, cuando debió haberse estampillado como documento de suma indeterminada. El documento contiene estampillas de timbre por la suma de $ 1-20. Si el documento hubiera sido estampillado para cubrir sólo la suma de trescientos pesos, únicamente se le hubieran puesto estampillas por valor de seis centavos (artículo 13, Ley 20 de 1923, numeral 5°); como era por una suma indeterminada, se le debieron haber puesto sólo por valor de un peso. Así que lejos de faltar timbre, sobran en él a mi juicio veinte centavos. Pero hay más: aun en el caso de que ese documento no estuviera estampillado, eso no podría perjudicar sino a los particulares obligados a cubrir el impuesto, no a la Nación, sobre la cual no pesaba esta obligación. Porque el que no se pueda tener como prueba en juicio un documento que carezca de los timbres correspondientes, es una sanción para quien no cumple la obligación que la ley le impone de pagarlos y medio de que la ley se vale para que a la Nación no se le defraude en su renta; y claro está que cuando no existan estos motivos, cuando la parte que aduce el documento no ha tenido la obligación de pagar, como cuando es la Nación la que contrata, no hay motivo ninguno para que el documento no estampillado no valga en juicio, con lo cual, además, se defraudarían los intereses de la Nación."

Otra alegación ha hecho el apoderado del excepcionante, y es que no fue registrado el nombramiento de Sarmiento en la Contraloría General de la República; que esta entidad no fijó el monto de la fianza y que el documento en que fue expedida, no fue examinado por ella en lo concerniente a su forma, legalidad y solvencia del fiador y registrado y aprobado por la misma, como lo prescriben los artículos 38 y 57 de la Ley 42 de 1923.

Visto como está que Sarmiento no obtuvo otro nombramiento que el que se le hizo en 1922 para Ayudante de la Administración de Correos, nada de extraño tiene la ausencia o falta de las formalidades a que se refiere el excepcionante, porque en esa época no se había dictado siquiera la Ley 42.

En esa fecha en que se otorgó la fianza (9 de septiembre de 1923), sí regía ya la ley en referencia, pero la falta de intervención del Contralor para los efectos del artículo 57 de la Ley atrás nombrada, hará responsable al funcionario que permitió a Sarmiento sin ese requisito hacerse cargo del puesto, o continuar en él, pero no extingue la responsabilidad de éste ni de su fiador por las sumas de que dispuso el primero.

Respecto de las excepciones de "falta de personería para demandar al fiador" y "petición indebida," ellas se fundan en los mismos hechos en que se apoya la de inexistencia de la obligación. Lo que se dijo acerca de ella vale para éstas.

Por tanto, esta corporación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas en este juicio, y ordena llevar adelante la ejecución tal como fue promovida. Condénase al ejecutado en las costas del juicio. Las del incidente se tasarán aquí.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

—

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, diciembre diez y seis de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis F. Rosales).

Como apoderado de Jesús, José María, Rubén y Aníbal Tejada, y en nombre de Valerio Puentes, representante de su esposa María de Jesús Tejada, el doctor Gabriel Perdomo promovió juicio especial de deslinde y amojonamiento de un lote de terreno montañoso denominado **El Guadual**, de la jurisdicción del Municipio de Neiva, ante el Tribunal de este Distrito Judicial. Esta demanda la dirigió contra la Nación, para que, con audiencia del Fiscal de dicho Tribunal, se fijara la línea divisoria del terreno mencionado y de los baldíos que lo limitan por su costado oriental.

Habiendo convenido el Fiscal en la demanda referida, el Tribunal, por auto de veintinueve de marzo de mil novecientos once, decretó el deslinde solicitado y ordenó que las partes nombraran su perito dentro de segundo día. Una vez surtida la correspondiente tramitación, el Tribunal practicó la diligencia de deslinde, y en ella señaló como línea divisoria, no la que indicaron los peritos, sino la expresada a folios 27 vueltos del cuaderno principal.

De esta actuación se corrió el traslado que ordena la ley, y el Fiscal aceptó la diligencia por hallarla bien y legalmente practicada. A su turno el apoderado de los demandantes manifestó que aceptaba la línea de demarcación trazada por los peritos, y solicitó la aprobación del deslinde.

El Tribunal, por auto de fecha once de agosto de mil novecientos once, aprobó el deslinde practicado y ordenó dar posesión de sus fincas a sus respectivos dueños. Para cumplir esta orden fue comisionado el Juez 1° del Circuito de Neiva, el cual la llevó a cabo el día nueve de mayo de mil novecientos doce, y, estándose practicando la respectiva diligencia el doctor Antonio Torrijos, en nombre de varias personas que alegaban derechos de posesión en los baldíos confinantes con el predio deslindado se opuso a que se llevara a efecto la entrega; y, para fundamentar su solicitud presentó varios documentos, entre ellos, los siguientes:

a) La escritura número 266, fecha de veintiuno de noviembre de mil novecientos uno, otorgada en la Notaría 1ª de Neiva;

b) La número 293, fecha doce de diciembre de mil novecientos uno, otorgada en la misma Notaría;

c) La que lleva fecha seis de abril de mil novecientos cuatro, igualmente otorgada ante el Notario 1º de Neiva;

d) Varios documentos privados relativos a derechos constituidos a favor de colonos en la misma región deslindada;

e) Varias piezas de origen judicial, que ponen de presente que en el año de mil ochocientos noventa se practicó por el Juez Municipal de Neiva una diligencia de deslinde del propio globo de El Guadual, a virtud de comisión del Tribunal Superior de Neiva; entidad que, por sentencia de diez de julio del mismo año, dictó la correspondiente sentencia aprobatoria; y que el señor Juez 1º del Circuito de Neiva, también por comisión del Tribunal, puso en posesión del terreno deslindado, a los interesados respectivos.

El Juez, en vista de los documentos presentados y de las razones alegadas, resolvió abstenerse de dar la posesión decretada por el Tribunal, y dispuso que la situación de los poseedores quedara en el mismo estado que tenía a tiempo de verificarse la diligencia.

Después de varios incidentes el Tribunal dictó auto, poniendo en conocimiento de las partes el resultado de la diligencia; en vista de lo cual, tanto el Fiscal, en nombre de la Nación, como el doctor Torrijos a nombre de sus representados, formularon demanda de oposición; y este último, antes de que recayera resolución alguna a este pedimento, solicitó que el Tribunal decidiera a quiénes tocaba en este caso asumir el papel de actores, si a los señores Tejada, demandantes del juicio de deslinde, o al representante de la Nación y a los opositores a la diligencia. A esta petición recayó el auto de fecha diez de julio de mil novecientos doce, en el cual se resuelve que el Tribunal carece de jurisdicción para decidir el asunto materia de la consulta, y ordenó poner en conocimiento de las partes el resultado de la comisión.

De este auto apelaron los interesados, y la Corte lo revocó con el fin de que se cumpliera la formalidad pretermitida por el Tribunal, de consultar la sentencia aprobatoria del deslinde, una vez que en ella era parte la Nación.

Llenada que fue por el Tribunal la omisión anotada por la Corte, ésta, por medio de la sentencia proferida con fecha diez y nueve de junio de mil novecientos trece, revocó la sentencia consultada y ordenó practicar nuevo deslinde, el cual se llevó a cabo por el Tribunal el día veintisiete de septiembre de mil novecientos trece, en la forma visible a folios 157 a 163 del cuaderno principal.

La demarcación fijada en esta última diligencia fue contradicha por el Fiscal, el cual en su libelo de demanda hizo varias peticiones, cuya síntesis es la siguiente:

Primero. Que se impruebe el último deslinde practicado por el Tribunal.

Segundo. Que los linderos que separan el predio de El Guadual de los baldíos, son los señalados en la diligencia practicada en el año de 1890; y

Tercero. Que "es de la Nación el dominio de los terrenos comprendidos entre la línea fijada en 1890, la fijada en el deslinde que impugno, la quebrada Honda y el río Blanco, y que la posesión de ellos corresponde a los que ocupan a título de colonos o de cultivadores, con todos los derechos, prerrogativas y perspectivas que las leyes sobre baldíos les reconoce, sin perjuicio, eso sí, de los derechos que corresponde a Rafael Chica como propietario actual de unos lotes ya adjudicados, por los linderos que acreditan sus títulos de propiedad presentados en juicio."

El demandado no aceptó la mayor parte de los hechos en que fundó el Fiscal su demanda. A otros se negó dar respuesta por considerar los puntos meramente de derecho; y por lo demás, se opuso a que se hicieran las declaraciones susodichas.

Una vez tramitado el juicio en la forma requerida por la ley, el Tribunal desató la controversia por medio de la sentencia fecha trece de diciembre de mil novecientos quince, cuya parte resolutiva es como sigue:

"1º Impruébase el deslinde practicado por el Tribunal el veintisiete de septiembre de mil novecientos trece, con el fin de determinar la línea que separa, por el Oriente, el predio de El Guadual, de los baldíos de la Nación.

"2º Los linderos verdaderos del predio de El Guadual, que separan a este predio de los terrenos baldíos, por el Oriente, son estos: de un mojón situado en la confluencia del río Blanco con el río Negro, que unidos forman el río Frío, a dar al nacimiento de la quebrada de El Guadual, en el punto donde vierte el agua de esta quebrada, frente a un mojón de piedras que hay en el filo de la loma de cuya falda vierte el agua; del nacimiento dicho a dar a la boca de la quebrada de El Robial en la de La Honda, en donde hay un mojón de piedra en medio de las dos quebradas.

"3º No es el caso de resolver las dos peticiones contenidas en el punto 3º de la demanda.

"4º Tampoco es el caso de declarar la excepción de cosa juzgada.

"5º No se hace condenación en costas...."

Como en la tramitación que tuvo el asunto en primera instancia no se incurrió en informalidad alguna que vicia de nulidad el proceso, la Corte procede a revisar la sentencia apelada, y para ello considera:

Del estudio cuidadoso de los títulos mediante los cuales los señores Jesús, José María, Rubén, Aníbal y María de Jesús Tejada obtuvieron el predio de El Guadual, cuyo deslinde con los baldíos de la Nación pidieron ante el Tribunal del Distrito Judicial de Neiva por medio de su apoderado el doctor Gabriel Perdomo, se deduce que en la diligencia de deslinde practicada por el Tribunal, y que ha sido materia de la presente contradicción, se fijó una línea divisoria que ensancha la extensión de dicho predio más allá de lo que según dichos títulos les correspondían a sus dueños.

Para persuadir esto basta parar mientes en la historia de las diversas mutaciones del dominio de ese inmueble hasta que vino a parar en poder de los herederos de Rosa L. de Tejada, o sea de los demandados en el juicio: Juan Fernando Macías vendió a Teresa Menéndez un globo de tierra situado en El Guadual el veinte de noviembre de mil setecientos seis (véase cuaderno de pruebas, folios 14 a 15); Ignacio Silva vendió un lote a Crisóstomo Holguín; éste, a su vez, lo vendió a José Joaquín Chacón, el cual compró también el lote comprado por Teresa Menéndez. Los herederos de Chacón vendieron los derechos radicados en ese terreno a José María Tejada; y éste los transmitió a su muerte a Rosa Losada de Tejada, de la

cual lo hubieron sus herederos Jesús, José María, Rubén, Aníbal y María de Jesús Tejada.

De la prolija y acertada confrontación que de estos documentos hizo el Tribunal sentenciador, aparece sin género de duda que el predio de **El Guadual**, que fue materia del deslinde practicado por el Tribunal en el año de 1890, es el mismo que adquirieron los demandados en este juicio, por herencia de la señora Rosa Losada de Tejada; y de la alinderación allí expresada, se colige que son puntos principales de la línea de demarcación del predio de **El Guadual** con los baldíos el origen de la quebrada de **El Guadual** y el cerro de donde nace esta quebrada.

Esta línea, que es, la que según dichos títulos señala el límite oriental del predio de los Tejadas, fue variada por el Tribunal, en la diligencia practicada el veintisiete de septiembre de mil novecientos trece, con lo cual se vino a dar a **El Guadual** una extensión mayor de la indicada por los títulos referidos. Demás de esto es de considerarse que la línea señalada en la diligencia de 1890 es la que se conforma con la alinderación de los dos lotes cuyo amojonamiento solicitó la señora Rosa L. de Tejada.

Con mucha razón, pues, el Tribunal acogió en su sentencia esta demarcación, con lo cual vino a corregir el error en que incurrió en la diligencia llevada a cabo en septiembre de mil novecientos trece; error a que, sin duda, dio margen la poca cuidadosa discriminación de los títulos aludidos, y el haber pasado por alto la circunstancia de que el lote relacionado en la partida 4ª del inventario de la sucesión de la señora Rosa L. de Tejada no tiene antecedentes en las diversas adquisiciones del predio de **El Guadual**, hechas en la forma anteriormente indicada. Es decir, ese deslinde comprendió un lote cuya propiedad no estaba acreditada por parte de los Tejada.

A propósito de lo anterior, son de considerarse los siguientes argumentos del Tribunal que la Corte reproduce por hallarlos acordes con la más severa lógica:

"Para el Tribunal la línea que separa por el Oriente el predio de **El Guadual** de los baldíos de la Nación no es la que señala la diligencia de deslinde de veintisiete de septiembre de mil novecientos trece, sino la que partiendo del mojón de piedras que hay en la confluencia de **La Honda** con **El Roblal** pasa por el nacimiento de la quebrada de **El Guadual** y va a terminar en la confluencia del río Blanco con el río **Negro**, que unidos forman el río Frío. Y es ésta la línea, no por ser la fijada por el Tribunal en la diligencia de deslinde de 1890, sino porque es la que se aviene con los títulos más antiguos que se han presentado al juicio, referentes al citado globo. Y para precisar mejor el porqué de esta afirmación, el Tribunal enumera así las razones:

"1ª Porque según la escritura de venta de don Román Mejía a don Ignacio de Silva, referente a la porción contigua a río Frío, el lindero de esta porción por el Oriente ni pasa del nacimiento de la quebrada de **El Guadual** ni va hasta las cabeceras de río Frío. Al contrario: por la quebrada de **El Guadual** arriba sólo llega **hasta dar en un cerrajón arrabaloso**, de donde se toma en recto hasta dar en un descanso que hace sobre la loma, en la montaña, de donde se sigue por la montaña alta hasta dar a río Frío. De manera que según ese título, dicho lote no traspasa la montaña de donde nace **El Guadual**, montaña que va a morir a la confluencia de el **río Blanco** con el **río Negro**. Fue, pues, en la escritura de venta hecha por Crisóstomo Holguín a José Joaquín Chacón en donde se habló de las cabeceras de **río Frío**; pero siendo el mismo el lote a que se refiere esta venta y el de que trata la hecha por don Román Mejía a Ignacio de Silva, lo correcto es suponer que los contratantes Holguín y Chacón denominaron **cabeceras de río Frío** a la unión del **río Blanco** con el **río Negro**.

"2ª Porque según la escritura de venta de don Juan Fernández Macías a Teresa Menéndez, referente a la porción contigua a **La Honda**, que con la anterior forma el predio de **El Guadual**, porque según esa escritura, el lindero de esta porción, por el Oriente, no pasa del nacimiento de la quebrada de **El Guadual**. Al contrario, por la quebrada de **El Guadual** arriba sólo llega **hasta el embogue de una zanjita seca que nace hacia la mitad del cerro**, tomando esta zanjita hasta lo más alto del cerro de la montaña. De manera que según ese título el lote no traspasa el cerro de donde nace **El Guadual** y la zanjita seca, cerro que va a la quebrada de **La Honda**, abajo de la unión de **La Honda** con **El Guadual**. Es cierto eso sí, que en tal título la quebrada de **La Honda** se cita como lindero hacia el Oriente hasta sus cabeceras, y que si por cabeceras ha de entenderse el nacimiento, la línea iría por el costado Norte del lote, hacia el Oriente, hasta la cordillera de donde nace el **río Blanco**. Mas si se tiene en cuenta la mayor proximidad desde el cerro de la zanjita seca a la confluencia de **La Honda** y **El Roblal**, y se considera que en el título no figura prolongación de la línea que va por la zanjita seca en el trayecto comprendido entre lo **más alto del cerro de la montaña** y el origen de **La Honda**, y se hace mención de la quebrada de **El Roblal** que se interpone, si se tiene en cuenta esto, lo seguro es que por cabeceras de **La Honda** se tomaron cuando se hizo la escritura, la confluencia de **El Guadual** con **La Honda**. Y así lo entendieron doña Teresa de Menéndez y don Joaquín Chacón en la escritura de nueve de mayo de mil ochocientos doce, en donde se dice que el lindero del lote va por la quebrada de **El Guadual** arriba hasta las montañas altas donde **la vuelta a coger las cabeceras de La Honda**, de donde se infiere que la línea no traspasa la montaña alta de donde nace **El Guadual**, sino que da **la vuelta** buscando las aguas que forman **La Honda**.....

Además de estas razones en que el Tribunal se apoya para decir que la línea que separa el predio de **El Guadual** de los baldíos de la Nación, no es la señalada en la diligencia de deslinde de 27 de septiembre de 1913, sino otra, además de esas razones, se repite, hay estas otras, que inducen al Tribunal a creer que está en lo cierto:

"1ª En el deslinde de 1890, de que se habló atrás, relativo a la misma cuestión, la **determinación de la línea de separación por el Oriente** entre el predio de **El Guadual** y **los baldíos de la Nación**, se marcó la misma línea que hoy indica el Tribunal, y la demarcación de entonces se hizo, no hay duda, con los mismos títulos antiguos que hoy figuran en el juicio, pues en tal diligencia se lee que Juez y peritos tuvieron a la vista los títulos de propiedad presentados por los dueños.

"2ª Porque después del deslinde citado les fue entregado el globo de **El Guadual** a la señora Rosa Losada de Tejada, a Jesús Tejada, a los herederos de Fermín Cortés y Ribiano Cuéllar, solamente hasta la línea que hoy señala el Tribunal.

"3ª Porque si en 1890 se reconoció la línea mencionada

como límite entre el predio de **El Guadual** y los baldíos de la Nación, y esa línea no puede cambiar con el tiempo, dado que pasa por puntos inconmovibles, hoy como entonces, y como después, será la misma, o mejor, cuantas veces se trace pasará por los mismos puntos; y

"4' Porque de dicha línea hacia el Oriente se ha establecido aun desde antes de 1890 un número considerable de colonos y se han hecho adjudicaciones de baldíos a algunos de ellos, lo cual demuestra que se ha reconocido dicha línea como divisoria entre **El Guadual** y los baldíos."

Basta lo dicho para concluir que es correcta la declaración del Tribunal, por medio de la cual imprueba el deslinde practicado el veintisiete de septiembre de mil novecientos trece, como es corriente también la nueva fijación que hizo con el fin de determinar la línea que separa, por el Oriente, el predio de **El Guadual** de los baldíos de la Nación, y a la cual se refiere el punto segundo de la susodicha sentencia.

La tercera declaración es también inobjetable a juicio de la Corte, la cual ha decidido varias veces que, ni aún en el juicio ordinario de contradicción, en tratándose de deslinde y amojonamiento de propiedades se ventilan asuntos relativos al dominio de las zonas en disputa.

También debe aceptarse la cuarta declaración, ya que es doctrina constante de la Corte que las sentencias pronunciadas en juicio especial no producen excepción de cosa juzgada en los juicios ordinarios.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, 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 apelada.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Fortoul**—**Luis F. Rosales**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero siete de mil novecientos treinta y tres.

En escrito de fecha doce de diciembre de mil novecientos treinta y dos, el doctor Luis Felipe Ríos, durante la tramitación del presente juicio, seguido por la **Sociedad Colombiana de Fomento** contra el Departamento de Boyacá, sobre cumplimiento de un contrato y otros puntos, pide se decrete de plano la nulidad de la actuación en esta segunda instancia, desde el auto inclusive en que se dispuso dar traslado del negocio al señor Procurador General de la Nación, como representante de la entidad demandada, hasta el estado actual del pleito.

Funda su solicitud, en primer término, en la disposición del artículo 175 del Código Judicial que copia, interpretándola en el sentido de que "si un Departamento tiene constituído apoderado especial para toda la secuela del juicio, es a dicho apoderado y no al Procurador General de la Nación a quien corresponde la representación judicial de aquella entidad ante la Corte, o sea la segunda instancia del negocio"; concluyendo que como en los autos aparece como apoderado reconocido el peticionario, es a él y no al Procurador a quien corresponde la representación del Departamento en esta segunda instancia.

Se funda también, en segundo término, en que según el artículo 448 del Código Judicial hay nulidad por ilegitimidad de la personería, porque "habiendo estado representado el Departamento, en el pleito a que aludo —dice—por el señor Procurador, quien para el caso carece de esa representación por tener aquella entidad apoderado especial constituído para el negocio, lo actuado se encuentra viciado de nulidad por ilegitimidad de personería en el eminente funcionario que ha asumido la representación del demandado."

Surtida la tramitación legal correspondiente, previo traslado a la contraparte que se opone a la declaratoria de nulidad pedida, por aparecer en los autos los hechos fundamentales de la petición, lo que hace que la cuestión sea de puro derecho, se pasa a resolver lo que se estima jurídico.

Según el artículo 160 del Código Judicial, "el Procurador General de la Nación interviene en todos los asuntos señalados por la ley de que conoce la Corte Suprema, ya en Sala Plena, ya en una de sus Salas especiales."

De acuerdo con el numeral 5º del artículo 175, arriba citado, es función judicial del Procurador "defender ante la Corte Suprema los intereses de los Departamentos y de los Municipios, cuando el Estado no tenga interés en el asunto y la respectiva entidad no tenga representante constituído ante la Corte."

El artículo 173 de allí también declara:

"El Estado, los Departamentos y los Municipios no pueden ser representados por apoderados en los litigios en que sean parte sino en los casos en que por razón de distancia o incompatibilidad de funciones, importancia excepcional del negocio, u otro análogo, no pueden representar a dichas entidades los Agentes del Ministerio Público.

"En casos tales, puede el Gobierno, el Gobernador, o el Alcalde respectivo, celebrar contratos con abogados que representen a la respectiva entidad."

Armonizadas estas disposiciones, fácil es concluir que mientras no ocurra incompatibilidad de intereses con el Estado, el representante nato ante la Corte de las otras entidades de derecho público lo es el señor Procurador General de la Nación; y que sólo por excepción, en las circunstancias previstas por el artículo 173, dichas entidades pueden estar representadas por apoderados en los litigios en que sean parte.

Y no obsta el hecho de que en el presente juicio se haya dictado auto disponiendo traslado por tres días al señor Procurador como Agente del Ministerio Público, porque de un lado la regla general siempre prevalece sobre la excepción, y porque el hecho procedimental aducido en nada menoscabó los derechos de la parte que reclama, desde luégo que tal hecho constituye una formalidad superabundante, y porque el auto en que tal cosa se dispuso fue notificado así al señor Procurador como a las otras partes, según aparece en la actuación. De suerte que no puede concluirse que hay ilegitimidad de personería ya que es regla general la establecida en el artículo 160 citado, según el cual "el Procurador General de la Nación interviene en todos los asuntos señalados por la ley de que conoce la Corte Suprema," y como éste es uno de ellos, es claro que su intervención es legal, sin que ella obste a la intervención del apoderado que para este caso tiene constituído el Departamento, porque el hecho de esa intervención en nada se opone a la del apoderado, y sin que esa intervención, de consiguiente, pueda traducirse en nulidad en el juicio ya que por ella no se ha dejado de oír a dicho apoderado, y sin que

esa intervención, de consiguiente, pueda traducirse en nulidad en el juicio, ya que por ella no se ha dejado de oir a dicho apoderado, como aparece de las notificaciones que mediante estados consta se le han hecho.

Además, como el principio jurídico que informa la legislación procedimental es el de que el Agente del Ministerio Público intervenga en esta clase de negocios, es claro que el traslado dispuesto en favor del señor Procurador General de la Nación favorecía también las actividades del apoderado, quien si no las ejercitó no fue por falta de oportunidad, sino por cualesquiera otras causas. Y es que el mismo legislador ha querido que las entidades de derecho público, asimiladas en muchos casos a personas bajo curaduría, no sufran perjuicio con la omisión de sus representantes, y por eso en los juicios ante la Corte ha ordenado darles un representante nato, que lo es el señor Procurador General de la Nación; aspecto éste que obliga a concluir que en vez de nulidad por falta de representación en el caso presente, ha habido abundancia de la misma.

Por lo expuesto, es el caso de declarar, como en efecto se declara, que el motivo de nulidad alegada no existe, y por consiguiente no puede decretarse.

Notifíquese y cópiese; insértese en la Gaceta Judicial.

ENRIQUE A. BECERRA—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero ocho de mil novecientos treinta y tres.

En el juicio ordinario que contra la Nación han seguido los señores Enrique Martínez Pereira y Carlos H. Pareja ante los Tribunales de Bogotá y Cartagena, sobre indemnización de perjuicios y otras prestaciones, al iniciarse la tramitación de la segunda instancia ante esta Sala de la Corte Suprema, el señor Procurador General de la Nación, en su vista de fecha nueve de noviembre de mil novecientos treinta y dos, pide que se declare nula la actuación con fundamento en estas razones:

"La demanda en este juicio fue presentada ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá, y ante él se avanzó su tramitación hasta traslado para alegar de bien probado. En este estado, el Tribunal consideró que el conocimiento del mismo correspondía, al tenor de lo dispuesto en el artículo 115 del Código Judicial, al Tribunal Superior de Cartagena, es decir, que el de Bogotá era y había sido incompetente para avocar el conocimiento del juicio y proseguirlo hasta el estado en que se encontraba. Pues bien, considero que habiendo sido nula toda la actuación del Tribunal Superior de Bogotá, y siendo la jurisdicción en el presente negocio improrrogable y no habiendo sido ratificada la actuación en forma legal por las partes, dicha nulidad debe declararse actualmente y reponerse la actuación hasta el auto por el cual se admitió la demanda.

"La anulación del presente juicio depende de la reunión de las condiciones siguientes:

"1ª Que el Tribunal Superior de Bogotá hubiera sido incompetente para conocer del mismo en la forma en que conoció.

"2ª Que la jurisdicción de que trata el artículo 155 del Código Judicial sea improrrogable.

"3ª Que no se haya ratificado legítimamente la actuación de aquel Tribunal. Pues claro está que si se dan en el juicio actuaciones de un Tribunal incompetente, cuya jurisdicción no se ha prorrogado, las cuales no se hayan ratificado en debida forma, ellas son nulas y deben así declararse. Voy, pues, a estudiar sucintamente cada uno de estos puntos.

"Primero—¿Era el Tribunal Superior de Bogotá incompetente para conocer de este asunto?

"Basta tener en cuenta las razones que tuvo este Tribunal para declararlo así en el auto de febrero 15 del presente año (folio 41), para convencerse uno de ello. Esta tesis la aceptó también el demandante al conformarse con ella. Pero si no es así y hubiera sido competente el Tribunal Superior de Bogotá para conocer del negocio, entonces alego la nulidad en el juicio por haber conocido de él el Tribunal Superior de Cartagena.

"Segundo—¿La jurisdicción que establece el artículo 155 es improrrogable?

"El actual Código Judicial, en su artículo 150, reconoce tres modos de fijarse la competencia de un Juez. Dice:

'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'; con lo cual, como la Comisión lo manifiesta en su informe, se 'modifica sustancialmente el 157 del Código derogado, al decir que la competencia se determina no sólo por la naturaleza de la causa y el lugar donde debe ventilarse, sino también por la calidad de las partes.'

"Pues bien, la competencia en el caso presente se fija por razón de la calidad de una de las partes litigantes; porque el demandado es la Nación. El que sea la Nación el demandado es la razón por la cual el artículo 155 asigna a determinado Tribunal el conocimiento del presente juicio en la primera instancia. No es un caso en que se fije la jurisdicción por razón del lugar, pues no está comprendido en ninguno de los que enumera el Código en el artículo 152 que trata de este punto. Luego, al tenor del artículo 151 del Código, la jurisdicción es improrrogable. Dice:

'Por lo que hace a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, la competencia se determina en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial, y es improrrogable, salvo excepción expresa.'

"Tercero—¿Se ha ratificado legalmente lo actuado por el Tribunal Superior de Bogotá?

"Según el artículo 449 del Código Judicial, 'no puede alegarse nulidad por incompetencia de jurisdicción:

'. . . .3º Si la jurisdicción es improrrogable y se ratifica expresamente lo actuado.'

"En el caso presente no se ha ratificado expresamente en parte alguna la actuación del Tribunal Superior de Bogotá, y sobre todo no se ha hecho en la forma en que lo exige el artículo 460 del Código ya citado:

'El Ministerio Público, los representantes legales de las personas jurídicas de que trata el Título 3º del Libro 1º del Código Civil, y los guardadores, no pueden ratificar la actuación cuya nulidad proviene de incompetencia de jurisdicción improrrogable, sino por causa de utilidad manifiesta, judicialmente declarada.'

"Así, pues, que la actuación nula del presente juicio no ha sido ratificada legalmente por las partes.

"En conclusión, tratándose de una nulidad por incompetencia de jurisdicción improrrogable no ratificada, espero que la honorable Corte la declare al presente, y en consecuencia ordene la reposición de lo actuado en la forma pedida."

Para resolver lo que se estima jurídico, se avanzan estas consideraciones:

La demanda que dio origen a este juicio aparece presentada el ocho de julio de mil novecientos veintinueve y aceptada al día siguiente, cuando regía la disposición del artículo 159 del antiguo Código Judicial, que determinaba:

"El domicilio de las entidades políticas de cualquiera clase se entiende que existe en todos los puntos del territorio que comprende la respectiva entidad."

Según esto, no pudo ser nula la actuación del Tribunal Superior de Bogotá con fundamento en el artículo 155 del Código Judicial vigente el 15 de febrero de 1932, cuando el mismo Tribunal dispuso la remisión del juicio al Tribunal Superior de Cartagena; porque estimar como nulo lo actuado por aquel Tribunal equivalía a dar efecto retroactivo al artículo 155 citado y a desconocer la fuerza y vigor que hasta el 1º de enero de 1932 tuvieron las disposiciones de los artículos 7º de la Ley 169 de 1896 y 159 del Código Judicial antiguo, que atribuían el conocimiento de esta clase de negocios a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial existentes en el territorio de la República, por hallarse comprendidos en el domicilio de esta entidad política.

Ahora bien: reconocida la jurisdicción del Tribunal Superior de Bogotá para conocer de este negocio como consecuencia, se hace preciso reconocer también que la nulidad alegada no existe por este aspecto; y como la jurisdicción determinada por el artículo 155 del nuevo Código Judicial (Ley 105 de 1931) está atribuída también al Tribunal Superior del domicilio del demandante en los juicios que se siguen contra el Estado; y como esta disposición sólo vino a tener eficacia desde el 1º de enero de 1932, si la demanda se estableció bajo la vigencia de las antiguas disposiciones, es claro que es válida la actuación del Tribunal Superior de Bogotá, y por consiguiente no puede declararse la nulidad alegada. Y si el juicio continuó luégo ante el Tribunal Superior de Cartagena con aplicación del artículo 155 del Código Judicial vigente, es claro también que tampoco existe nulidad por este aspecto desde luégo que, según esta disposición, por ser el del domicilio del demandante era el Tribunal competente para conocer del negocio. Lo único que al respecto debe observarse, aunque no ha sido materia de la discusión, es lo relativo a la aplicación del artículo 1228 del nuevo Código Judicial, pues si las disposiciones que él consagra no se aplican a los términos no vencidos ni a los recursos interpuestos, ni a las tercerías e incidentes introducidos, los cuales se rigen por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería o el incidente, lógicamente debe concluírse también que la demanda una vez instaurada ha debido, respecto de la jurisdicción, continuar ante el Tribunal que la admitió para satisfacer así la tradición que tanto la jurisprudencia como la ley han sostenido, como puede verse en el artículo 167 de la Ley 40 de 1907.

Empero, esta circunstancia tampoco da asidero a la declaratoria de nulidad de lo actuado ante el Tribunal de Cartagena, porque de acuerdo con el artículo 159 del antiguo Código Judicial, como de conformidad con el 155 del Código Judicial nuevo, tal entidad es competente para conocer del negocio, ya porque se encuentra radicada dentro del territorio de la República, que constituye domicilio del Estado, ya porque es también el domicilio del actor en la demanda.

Por todo lo expuesto, es del caso declarar que no existe la nulidad de lo actuado alegada por el señor Procurador General de la Nación, y que el juicio debe continuar su respectiva tramitación de segunda instancia ante esta Sala de la Corte.

Cópiese y notifíquese; insértese en la **Gaceta Judicial**.

ENRIQUE A. BECERRA—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero nueve de mil novecientos treinta y tres.

En el juicio ordinario promovido por el doctor **Jesús María Henao de Francisco** contra la Nación, sobre indemnización de perjuicios, en esta segunda instancia, el doctor Manuel J. Hernández en su calidad de perito, mediante memorial de fecha diez y nueve de noviembre del año pasado, suscitó incidente sobre regulación de los honorarios que en tal carácter le corresponden por sus labores en esta segunda instancia.

Como dicho doctor Hernández desde entonces estimó sus honorarios en esta segunda instancia en la cantidad de mil pesos moneda corriente, durante el traslado conferido de aquella petición, el apoderado del actor en el juicio, doctor Gerardo Melguizo, objetó esta estimación, fundándose en que "consta de autos que al reclamar yo de la aceptación de un nuevo perito en esta instancia, para el avalúo pericial sobre monto de la indemnización reclamada por mi mandante, me basé, entre otras causas, en la de que los peritos que intervinieron en la primera instancia habrían de ampliar o corregir el dictamen primitivo, de conformidad con las observaciones que formuló el honorable Tribunal sentenciador y la de que un perito distinto habría de ocasionar erogaciones a mi poderdante, que no guardarían armonía con las posibilidades pecuniarias de éste, quien había efectuado ya un crecido desembolso por concepto de la primera diligencia que se iba a modificar. De conformidad con la práctica judicial uniforme, un dictamen de la clase del rendido en autos ha de sostenerse por quienes lo emitieron a través de todas las etapas de un juicio y no existe razón admitida en la jurisprudencia para que a cada corrección de un primitivo concepto se hayan de causar honorarios sucesivos. En nuestro caso el reclamante recibió ya la cantidad de ochocientos pesos de manos de mi representado, como pago por el servicio prestado a la justicia, y es lógico, que verdad sabida y buena fe guardada, quedó satisfecho de su trabajo y en el deber de sustentar los puntos sobre que se fundó su apreciación pericial en consonancia con los reparos que pudieran hacerse a su dictamen, como los que formuló el Tribunal de la primera instancia. Estoy listo a exhibir el respectivo recibo del doctor Hernández, y encarezco al señor Magistrado que con tales antecedentes se digne resolver que no es el caso de estipendios, ya que, como en principio lo aceptásteis, al acoger mi petición de que no se hiciera nombramiento de un perito distinto en esta instancia, por estar cubier-

tos ya los honorarios y tratarse de una ampliación del originario dictamen, quedó prácticamente resuelto que no daría ello lugar a erogaciones nuevas y cuantiosas diferentes de las que se ajustaron en su debido momento."

El perito doctor Hernández se opone a las pretensiones de la parte representada por el doctor Melguizo, fundándose en estas razones:

"Primera. Fui nombrado como perito, en primera instancia, para determinar y avaluar los perjuicios causados al demandante y cumplí mi cometido. La prueba pericial se compone de tres partes, a saber: presentación del dictamen, conocimiento a las partes del dictamen y aprobación de éste, cuando no es objetado o las objeciones se declaran infundadas (artículos 717, 719, 721 del Código Judicial).

"De modo que reunidas esas tres circunstancias, queda terminada la prueba y terminada, por lo tanto, la misión de los peritos. Estos tienen el deber de ampliar sus dictámenes, dentro de la misma prueba, es decir, antes de que sea aprobado el dictamen; pero cuando éste se ha aprobado, y más aún, cuando se ha fallado el asunto o negocio, la calidad o carácter legal de los peritos desaparece; subsiste la prueba, es decir, el peritazgo, pero no los peritos.

"De modo, pues, que como la prueba pericial se terminó hace ya mucho en el Tribunal, mi carácter de perito desapareció, máxime si se considera que el asunto está fallado en primera instancia. Tan cierto es esto, que ningún perito podría hacer hoy ninguna solicitud, en el juicio, relacionada con el peritazgo de primera instancia. Un dictamen pericial se puede ampliar y aclarar pero mientras se está surtiendo la prueba, y así lo enseña claramente el artículo 719 citado, y tan cierto es esto, que aunque la prueba no se haya concluido, la ampliación ni la aclaración no caben si se han dejado pasar los tres días de que trata el artículo 719 mencionado.

"Resulta de lo expuesto que no hay aclaración o ampliación de un dictamen cuando la prueba pericial se ha concluido, de donde se desprende que si se pide aclaración, una adición o una ampliación a un dictamen pericial ya rendido y en firme, esa aclaración, ampliación o modificación constituye una nueva prueba, un nuevo dictamen pericial."

Continúa luégo en sus comentarios, y refiriéndose de nuevo al artículo 719 citado, dice:

"El inciso segundo del artículo 719 del Código Judicial preceptúa que el Juez puede ordenar la ampliación del dictamen antes de fallar, pero obsérvese que esa facultad es privativa del Juez ante quien se rindió la prueba, y que en este caso la ampliación no ha sido solicitada por el Juez sino por la misma parte actora y que no se trata de ampliación sino de un nuevo dictamen, de una nueva prueba."

Tramitado el incidente en la forma legal, se procede a decidir lo que se estima jurídico, teniendo en cuenta:

La controversia suscitada puede sintetizarse en la presencia de estos dos criterios: la intervención de los peritos en esta segunda instancia, siendo los mismos que actuaron en la primera y refiriéndose su actuación, de acuerdo con la petición sobre la prueba respectiva, a la ampliación del dictamen rendido antes, es, según el criterio del actor, una función complementaria de la antes realizada y, de consiguiente, no debe producir honorarios a quienes la desempeñan.

Según el criterio del perito doctor Hernández, y de acuerdo con la exposición antes copiada, se trata de una nueva peritación que debe ser pagada, porque las funciones de los peritos en la primera instancia terminaron con el respectivo fallo que en la actualidad sufre la tramitación correspondiente a la segunda instancia.

Para reconocer cuál es la tesis verdadera, además de las razones aducidas por el perito que reclama sus honorarios, debe tenerse presente que las actividades de los peritos en esta segunda instancia fueron solicitadas durante el término probatorio de la misma que, dadas las circunstancias procedimentales, es muy distinto del de la primera; que la discusión sobre el dictamen primitivo para obtener sobre él adiciones, aclaraciones o ampliaciones, quedó cerrada con el fallo correspondiente, y que si se abrió otra nueva en esta segunda instancia lo fue precisamente porque la oportunidad legal para discutir ya había pasado, pues si esto no fuera así la prueba pericial primitiva hubiera quedado imperfecta y el Tribunal no hubiera podido dictar la sentencia que procedió en la primera instancia. Y que esto es así lo confirma también el hecho de que el actor en esta instancia se vio en la necesidad de pedir nueva prueba sobre puntos omitidos en la primera, sin que obste el hecho de haberse valido de los mismos peritos por los motivos de economía expresados, motivos estos que en nada modifican la condición jurídica de los expertos de luégo, que fueron los mismos de antes, y que bien pudieron ser reemplazados por otros que llenaran su mismo cometido si las partes lo hubieran tenido a bien.

Resta sólo determinar el valor de los honorarios del perito doctor Hernández, quien pide a la Corte haga la fijación respectiva, no sin estimar de antemano su trabajo en esta segunda instancia en la suma de mil pesos ($ 1,000), agregando que "para señalar el honorario de los peritos es necesario tener en cuenta el trabajo en sí mismo, las dificultades que haya habido en el mismo trabajo, la cuantía del negocio y otras muchas circunstancias que no es del caso especificar, toda vez que el señor Magistrado las conoce sobradamente."

Efectivamente: teniendo presente estos criterios y por cuanto el trabajo en sí mismo se refiere al ya ejecutado en la primera instancia, puesto que sólo se trata de aclaraciones al primitivo dictamen, sin que haya sido preciso allegar, para complementarlo, datos nuevos de difícil apreciación y de labor en su búsqueda; y por cuanto la cuantía del negocio depende en su concreción de un positivo evento que desde ahora no puede estimarse, considera el suscrito que tales honorarios en esta segunda instancia no pueden estimarse en más de la suma de ciento cincuenta pesos ($ 150). Y así se declara para satisfacer los fines de la justicia y de la equidad.

Cópiese y notifíquese. Publíquese en la Gaceta Judicial.

ENRIQUE A. BECERRA—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero diez de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

En el incidente de excepciones propuesto por Marcial Polo C., en el juicio ejecutivo que con jurisdicción coactiva le adelanta el Juez de Rentas Nacionales de Barran-

quilla, por la cantidad de ciento ochenta y cinco pesos moneda corriente, por los intereses y recargos legales sobre esta suma y por las costas del juicio, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en sentencia de diez de junio de mil novecientos veintisiete, resolvió:

"Declárase no probada la excepción de pago propuesta por Marcial Polo C., y como consecuencia no ordena el desembargo de la finca, dejando a salvo el derecho de la actual propietaria a intentar la acción que le concede la ley."

Sentencia ésta que recurrida en apelación oportunamente interpuesta y legalmente concedida, trajo los autos a este Despacho, donde rituados ha llegado la oportunidad de resolver el recurso, no sin advertir que desde el 13 de junio de 1928 se dictó auto para mejor proveer en el sentido de pedir "informe al Jefe del Impuesto sobre la Renta de Barranquilla acerca del estado en que se encuentre el denuncio sobre falsificación de unos recibos presentados por el señor Marcial Polo C. en el juicio ejecutivo que se le sigue ante el señor Juez de Rentas Nacionales por impuesto sobre la renta, correspondiente a los años de 1923, 1924 y 1925, que aparecen autorizados por el señor Maximiliano Torres, y para que informe también si en las diligencias respectivas aparece el nombramiento y posesión del expresado señor Torres G. como Recaudador del Impuesto sobre la Renta en los tres años citados, y en caso afirmativo envíe copia de las piezas correspondientes." Informe éste que no obstante haber sido solicitado mediante despacho librado cuatro veces, no ha podido obtenerse satisfactoriamente.

Para fundar su fallo, el Tribunal sentenciador razonó así, refiriéndose a los recibos que como comprobantes del pago adujo el señor Polo C. y los que originales fueron retirados de la actuación y enviados a otra oficina so pretexto de averiguar el delito de falsificación que se dijo cometido en ellos. Dice:

"Sustraídos los elementos probatorios del pago, el Tribunal no puede calificar si los recibos son documentos auténticos por el hecho de estar firmados por un funcionario o empleado público encargado de la recaudación del impuesto sobre la renta; y no se alegue que la copia auténtica de ellos supla a los originales que debieron venir al debate, para los efectos de ser aceptados por la contraparte, redargüidos o cotejados con los talonarios que deben existir en la oficina recaudadora."

Los recibos a que el Tribunal se refiere aparecen en copia en la actuación, y también el recibo de los originales como entregados al Jefe de Impuestos Nacionales de Barranquilla el 23 de abril de 1926. Según la copia de tales recibos, consta que el ejecutado Polo C. pagó la suma de ciento ochenta y cinco pesos por valor del impuesto a la renta con que fue gravado en los años de 1922, 1923 y 1924. Empero, como el Tribunal fundó su fallo en que se negó a reconocer la existencia del pago basándose en la duda sobre la autenticidad de tales documentos, se hace preciso dilucidar el punto, teniendo presente:

En primer término debe advertirse que los recibos fueron presentados por el excepcionante como pruebas en su favor, y que si originales no aparecen en los autos, ello no se debe a culpa suya sino a un procedimiento indebido de parte del funcionario que conocía de la ejecución, quien en lugar de desglosar tales documentos que formaban parte de una actuación civil, para enviarlos como base de una investigación criminal, y no existiendo en los autos civiles la constancia legal de haber sido tachados de falsos ni mucho menos haberse rituado el artículo sobre falsedad, ha debido, según lo disponía el artículo 721 del Código Judicial vigente entonces, suspender la causa hasta que se resolviera tal artículo, y no desconocer de plano la autenticidad de tales documentos sin prueba alguna de ello.

De tal falsedad no hay siquiera el menor indicio, y como los recibos se extraviaron según lo informa el Jefe del Impuesto, no es posible desconocer el derecho de Polo C. con motivo de estas ocurrencias, independientes de su voluntad, ni mucho menos tener por falsos tales recibos sin demostración alguna sobre el particular, pues presentados como auténticos correspondía a la contraparte, esto es, a los Agentes del Ministerio Público, demostrar dentro del juicio que no lo eran.

Y como ellos aparecen, según la copia que de los mismos hizo el Secretario del Juzgado, expedidos por un funcionario investido de facultad pública para hacerlo y en ejercicio de sus funciones, hay que reconocerles, según el artículo 678 del antiguo Código Judicial, el valor probatorio correspondiente, es decir, su capacidad para demostrar el pago que se alega.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia recurrida y en su lugar resuelve:

1ª Declárase probada la excepción de pago hasta concurrencia de la suma de ciento ochenta y cinco pesos.

2ª Decrétase el desembargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

3ª Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese; insértese en la **Gaceta Judicial**, y oportunamente devuélvanse las diligencias.

LUIS F. ROSALES—Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero diez de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

En el juicio ejecutivo que con jurisdicción coactiva sigue el Juzgado de Rentas Nacionales del Atlántico contra José Manuel Ariano, por la cantidad de doscientos ochenta y cuatro pesos, proveniente del impuesto sobre la renta con que se le gravó por el año de mil novecientos veintiocho, por los intereses de demora sobre esta suma a razón del dos por ciento mensual, y por las costas del juicio, el Juez ejecutor de manera legal decretó el embargo de una casa de madera y barro, con techo de tejas, con su solar correspondiente, casa de propiedad del ejecutado, según lo certifica el respectivo Registrador de Instrumentos Públicos, y casa situada en la ciudad de Barranquilla, en la acera oriental de la calle **David Pereira**, entre la **Avenida del Veinte de Julio** y la **Carrera del Cuartel**; inmueble adquirido por Ariano mediante la escritura pública número tres mil ciento uno (3101), otorgada en la Notaría primera del Circuito de Barranquilla, el veintinueve de diciembre de mil novecientos veintiocho.

Durante los términos legales, la Sociedad mercantil de Llack & Compañía, domiciliada en Barranquilla, en me-

morial de tres de febrero de mil novecientos treinta y dos, estableció demanda de tercería coadyuvante para que con el producto del bien embargado se le pagara de preferencia el crédito de cuatro mil pesos oro americano, más los intereses al uno y medio por ciento mensual desde el veinticinco de junio de mil novecientos veintinueve, fecha en que el ejecutado Ariano, por medio de la escritura número dos mil trescientos noventa y siete (2397), otorgada ante el Notario 2º del Circuito de Barranquilla, se constituyó deudor de la mencionada Sociedad por la suma ya dicha, y cuyo pago garantizó con caución hipotecaria sobre la misma casa embargada en el presente juicio.

El Juez ejecutor remitió el juicio a la Corte para que conociera de él en virtud de la atribución 5ª del artículo 36 del Código Judicial.

En esta instancia se citó personalmente al señor Gerente del Banco de Colombia de esta ciudad, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 1036 de allí, porque del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Barranquilla, que obra al folio 18 del juicio principal, aparece que el mismo inmueble fue hipotecado al citado Banco por medio de la escritura número 4038, de veinticuatro de diciembre de mil novecientos veintinueve, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Barranquilla. Pero el Banco no ha comparecido a ejercitar sus derechos de acreedor hipotecario en el término que señala el artículo 2452 del Código Civil.

Surtida la tramitación plena de la instancia, ha llegado el caso de dictar la sentencia de graduación que corresponda, y para ello se observa:

De acuerdo con el artículo 2496, ordinal 6º, del Código Civil, los créditos del Fisco y los de las Municipalidades, por impuestos fiscales o municipales devengados, gozan de preferencia por privilegio que los califica como de primera clase, y como tales afectan todos los bienes del deudor, aun los hipotecados, y a su pago están afectos todos esos bienes hasta concurrencia de su valor total. En este caso se encuentra el de los doscientos ochenta y cuatro pesos y sus intereses que en esta ejecución se cobran a José Manuel Ariano, ya que él procede de un impuesto fiscal constituido por la contribución sobre la renta.

Según la misma disposición citada del Código Civil, ordinal 1º, a la misma clase de créditos privilegiados pertenecen las costas judiciales que se causen en interés general de los acreedores; de suerte que en este caso la prelación, en primer término, corresponde a los créditos mencionados, y en segundo, al crédito hipotecario a favor de la Sociedad mercantil de Llack & Compañía, probado con la escritura número 2397, de veinticinco de junio de mil novecientos veintinueve, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Barranquilla, hasta concurrencia de su valor por capital e intereses y en consonancia con el artículo 2499 del Código Civil.

Con estos antecedentes, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

El orden en que debe hacerse el pago en el presente juicio, previo el remate de los bienes embargados, es el siguiente:

a) Las costas judiciales, que deben tasarse;

b) El crédito a favor de la Nación por la suma de doscientos ochenta y cuatro pesos ($ 284) y los intereses de demora, apreciados de acuerdo con lo ordenado en el auto ejecutivo, y

c) El remanente se aplicará a la solución del crédito hipotecario a favor de la Sociedad de Llack & Compañía, a que se refiere la escritura número 2397, de veinticinco de junio de mil novecientos veintinueve, de la Notaría 2ª del Circuito de Barranquilla, hasta concurrencia del valor de ese crédito y sus intereses.

Publíquese, cópiese y notifíquese. Insértese en la Gaceta Judicial, y oportunamente devuélvanse las diligencias.

LUIS F. ROSALES—Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero diez y seis de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

En el Juzgado de Rentas Nacionales de Barranquilla cursaron separadamente dos juicios ejecutivos seguidos contra el señor Luis C. Ovalle, en su carácter de introductor de mercancías extranjeras, para hacer efectivo el pago de sumas debidas a la Nación por deficiencias e informalidades en el cobro de derechos de aduana en las cuentas de la Administración de Santa Marta, correspondientes a los meses de mayo de mil novecientos veinticinco, enero y febrero de mil novecientos veintiséis, junio a diciembre de mil novecientos veintiocho y enero y febrero de mil novecientos veintinueve, cuentas observadas y glosadas por la Contraloría General de la República, según avisos oficiales de observación números 73, 968, 1132, 1733, 1734, 1737, 1955, 2050, 116 y 222 de fechas 16 de enero, 27 de septiembre, 6 de noviembre de 1926; 13 y 10 de mayo de 1929, 18 de junio, 25 de julio y 13 de agosto del citado año de 1929.

Dictados los respectivos autos ejecutivos en ambos juicios, el Juzgado expresado, por proveído de fecha 19 de mayo del año próximo pasado, decretó la acumulación de ellos, disponiendo en consecuencia seguirlos bajo una sola cuerda y terminarlos con una misma sentencia, auto que hoy es firme en razón de su ejecutoria.

La cantidad total que en ellos se cobra coactivamente es la de ciento nueve pesos sesenta y cuatro centavos.

El ejecutado propuso oportunamente las excepciones de falsedad de los documentos que sirven de título ejecutivo y error de cuenta, y en extensos memoriales funda la primera, en que las glosas hechas por la Contraloría no fueron libradas expresamente contra él sino contra el Administrador de la Aduana de Santa Marta, deduciendo de ese hecho que las partidas son falsas en lo que dice relación a su nombre, y la segunda en que las cuentas expresadas fueron glosadas después de transcurridos los noventa días que como término perentorio señala el artículo 80 de la Ley 42 de 1923 a la Contraloría para el examen de ellas.

Por cuanto el incidente está debidamente sustanciado, se procede a dictar el fallo que le ponga término.

Error de cuenta.

El artículo citado de la Ley 42 de 1923 es del siguiente tenor:

"El Contralor General estudiará, observará o fenecerá las cuentas de los responsables del Erario en un término que no excederá de noventa (90) días."

En referencia a esta disposición legal dijo esta Sala en sentencia de fecha catorce de octubre último, dictada en el juicio ejecutivo de la Nación contra el señor Carlos J. Camargo, lo que sigue:

"En interpretación de este texto legal, la Corte ha sentado repetidas veces la doctrina de que las glosas que formule el Contralor después de vencido el término de los noventa días expresado, carecen de valor legal y no pueden por tanto servir de base a los reconocimientos que con apoyo en ellas expidan los Administradores de Aduana por lo que hayan dejado de pagar los importadores a causa de defectos en la liquidación de derechos aduaneros.

"El fundamento de esta doctrina se halla en que debiendo los importadores liquidar el precio de venta de las mercancías teniendo en cuenta el costo de ellas, en el cual entra como factor importante el valor del impuesto de aduanas, no es dable que después de liquidadas y vendidas las mercancías se obligue al importador a pagar un impuesto mayor a causa de haberse incurrido en errores en la primitiva liquidación, porque con tal procedimiento se pone al introductor en el caso de sufrir una pérdida neta, dado que ya no se podrá verificar el fenómeno que se conoce con el nombre de incidencia del impuesto, en virtud del cual el impuesto aduanero no lo soporta en realidad el importador sino el consumidor.

"A este respecto dijo la Corte en sentencia que corre publicada en el número 1611 de la **Gaceta Judicial**, lo que sigue:

'No por gusto sino en acatamiento a legítimos intereses de la industria del comercio limitó la Ley 85 de 1915 el tiempo para hacer los reconocimientos adicionales en el concepto de estar erradas las primitivas liquidaciones de los derechos de importación. El importador liquida sus mercancías de acuerdo con los gastos efectuados, entre los cuales se destaca el impuesto aduanero que paga, y así las da a la venta. Pero es claro que si después, en cualquier tiempo, se le puede imponer el pago de una suma mayor, so pretexto de liquidaciones erradas, ningún cálculo puede formar quien a ella se dedique ni le es posible evitar tampoco gravísimos perjuicios, señaladamente cuando ya ha venido la mercancía.'"

Conocida ya la doctrina de la Corte sobre el punto de que se trata, véase si aparecen comprobados los hechos que sirven de fundamento a la excepción.

Respecto de las cuentas referentes a los años de 1925, 1926 y 1929, desde las fechas en que ellas llegaron a la Contraloría a las en que se formularon los avisos de observaciones y las glosas, transcurrieron más de noventa días, según aparece claramente de la certificación que dicha entidad expidió en virtud de lo dispuesto por esta Sala de la Corte en el auto que dictó para mejor proveer. De ello se sigue rectamente que es fundada, en esa parte, la excepción que se estudia.

Según el propio certificado, en lo referente al año de 1928 no aparece en los registros el dato exacto de la llegada de las cuentas a la Contraloría, y el excepcionante no ha traído al expediente prueba alguna que demuestre que ellas fueron observadas y glosadas después de vencido el término expresado, por lo cual es forzoso concluir que en lo que dice relación a tales cuentas, no está probada la excepción que se analiza.

Falsedad del título ejecutivo.

Esta excepción, que se ha hecho consistir en los hechos arriba expresados, no está demostrada, desde luégo que las glosas, según las disposiciones fiscales pertinentes, se hacen a las cuentas, y no es necesario que se formulen expresamente contra determinada persona, bien sea el introductor, comisionista, agente de éste o Administrador de la Aduana, comoquiera que las mismas disposiciones determinan en qué casos y por qué motivos o razones debe pagar uno u otro los derechos aduaneros que le adeuden al Fisco. En el caso presente no cabe duda alguna de la calidad de deudor del señor Ovalle, excepcionante, desde luégo que fue él el introductor de la mercancía a que las cuentas se refieren, como él mismo lo expresa en sus alegatos y como consta de autos.

En razón de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

1° No está probada la excepción de falsedad de los documentos que sirven de título ejecutivo.

2° Está probada la excepción de error de cuenta en lo relativo a las cuentas de los años de mil novecientos veinticinco, mil novecientos veintiséis y mil novecientos veintinueve.

3° No está probada la propia excepción en cuanto se refiere a las cuentas del año de mil novecientos veintiocho.

4° Llévese adelante la ejecución respecto de estas últimas cuentas únicamente.

No se hace condenación en costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en el órgano de la Corte.

LUIS F. ROSALES—Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

En la ejecución por pesos seguida por el Departamento de Caldas contra Polidoro Alzate y Francisco Botero A., contra el primero como deudor principal por razón de un contrato de combustible para dicho ferrocarril, y contra el segundo como fiador solidario, fueron propuestas por este último las excepciones de falsedad del instrumento ejecutivo, nulidad del contrato que consta en el documento que sirvió de recaudo ejecutivo, simulación de contrato, dolo que dio lugar al contrato, novación del contrato, inexistencia de la obligación y error de cuenta.

Previa la exposición de los hechos en que el excepcionante las fundó, y previa la admisión y sustanciación de ellas, el Tribunal de Manizales—que fue el del conocimiento—dictó la sentencia de veinte de abril de mil novecientos treinta y dos, en que declaró probadas las de inexistencia de la obligación y error de cuenta, y no probadas las demás.

Por apelación de ambas partes ha venido el negocio a la Corte, en donde se procede a resolver el recurso, agotada como está la tramitación de regla.

Ante todo advierte la Sala que estudiará primero la excepción de inexistencia de la obligación, pues si llegare

—en relación con ésta—a la misma conclusión del Tribunal, será innecesario el examen de las otras.

—

Fúndase la aludida excepción en el hecho de haber sido modificado por la Gobernación del Departamento el contrato que consta en el documento que sirvió de recaudo ejecutivo, sin la anuencia del fiador Botero, y en la circunstancia de haberse ampliado por parte del Departamento el plazo para el cumplimiento de la obligación al principal obligado sin el consentimiento del fiador.

En ese documento se obligó Alzate, con la firma solidaria de los señores Francisco Botero A. y José J. Villegas, a suministrar al Ferrocarril de Caldas treinta mil (30,000) metros cúbicos de leña, al borde de la carrilera del ferrocarril, entre los kilómetros 3 y 14, al precio de un peso treinta y cinco centavos ($ 1-35) cada metro, y 30.000 metros cúbicos de lo mismo, al borde de la carrilera del Ferrocarril del Pacífico, en el Monte Murillo, a unos seis (6) kilómetros más allá de El Zarzal, a razón de un peso oro cada metro cúbico. Pero al someterse el contrato a la aprobación del Gobernador—aprobación necesaria para su validez, conforme a la cláusula 9ª—dicho funcionario le introdujo la siguiente enmienda, que consta en la Resolución de 28 de abril de 1926:

"Se aprueba el anterior contrato con la siguiente modificación:

'Los metros de leña que el contratista deje de entregar cada mes para llegar a la cantidad total conforme a la cláusula tercera, se le recibirán al mes siguiente a un precio menor en diez centavos ($ 0-10) al estipulado en la cláusula cuarta.'"

Esta enmienda fue aceptada por el contratista, desde luégo que su firma aparece al pie de ella, pero no las de los fiadores.

Acerca de esto, dice con entera propiedad el Tribunal:

"No habiendo, pues, asentido los fiadores a la modificación introducida al contrato, la cual implicaba una prórroga del plazo pactado para el cumplimiento del mismo, es evidente, para el Tribunal, que desde la fecha de la aprobación del contrato, el Gobernador libertó a los fiadores solidarios de la obligación contraída, al no exigirles la firma al pie de dicha enmienda.

"Tan necesario era el asentimiento de los fiadores a la modificación susodicha, para que quedaran obligados como tales, como la aceptación del contratista, porque sin esta aceptación no había contrato o el contrato carecía de valor.

"Pero aun admitiendo que esto no fuera así, es lo cierto que aparece probado en el expediente que al contratista se le hicieron concesiones que implican una prórroga de plazo para el cumplimiento de sus obligaciones, hecho éste que libera también a los fiadores de toda responsabilidad.

"Así lo estatuye el artículo 1708 del Código Civil."

El Procurador de la Nación, por su parte, en la vista de fondo que rindió, dice lo siguiente, que la Corte acoge igualmente:

"Me refiero al incidente de excepciones propuestas por el señor Francisco Botero A., en el juicio ejecutivo que contra él y Polidoro Alzate sigue el Departamento de Caldas.

"Entre las excepciones presentadas se encuentra la de inexistencia de la obligación por la cual se ejecuta al fiador señor Botero Arango.

"El contrato tal cual fue aprobado por el Gobernador del Departamento no fue autorizado por el fiador excepcionante, y por consiguiente no aparece del documento que ha servido de recaudo ejecutivo que éste se obligara como fiador solidario. La modificación que a las bases aceptadas por el fiador hizo el señor Gobernador al aprobar el contrato, modificó la integridad del mismo, y no habiendo sido ella firmada por el fiador excepcionante, no hay razón para obligarlo por dicho documento. Esto es claro por sí mismo, y ello sólo basta para que se deba estimar probada la excepción de carencia de acción por parte del Departamento y para que en consecuencia se ordene suspender la acción contra el señor Botero Uribe.

"Por lo que respecta a la parte de la sentencia en que se negó el desembargo de los bienes, si es cierto que exista una tercería coadyuvante, claro está que el embargo no puede levantarse.

"Sin considerar necesario entrar en mayores disquisiciones, soy de parecer, por los motivos expuestos, que debe confirmarse la sentencia apelada."

—

La sentencia apelada manda cesar totalmente la ejecución en lo relativo al fiador Francisco Botero A., pero no ordena el desembargo de los bienes que le fueron embargados por existir, dice, una tercería coadyuvante del Municipio de Manizales.

Por cuanto del estudio del proceso aparece que en la celebración del contrato que dio lugar a este juicio se ejecutaron hechos que pueden dar lugar a investigación criminal, se dispone que por el Tribunal se haga sacar copia de las piezas conducentes y se pasen a la autoridad competente para la susodicha investigación.

Por tanto, esta corporación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la providencia apelada. Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

LUIS F. ROSALES—Julio Luzardo Fortoul—Conjuez, Leandro Medina.

—

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, marzo diez y siete de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

En el juicio que por jurisdicción coactiva adelanta el Juez de Rentas Nacionales de Barranquilla contra el señor Miguel A. Zúñiga, por la cantidad de seiscientos seis pesos con noventa y seis centavos, el ejecutado propuso las excepciones de "error de cuenta" y "falsedad del documento ejecutivo," y agotada como está la tramitación correspondiente toca a esta Sala de la Corte decidirlas.

Constituye el recaudo ejecutivo los reconocimientos hechos por el Administrador de la Aduana de Santa Marta a cargo de Zúñiga, en virtud de glosas formuladas por la Contraloría General de la República, por errores cometidos en la liquidación de los derechos aduaneros.

Base jurídica de las excepciones propuestas, es el hecho de que las glosas de la Contraloría fueron formuladas fuera del tiempo que señalan los artículos 80 de la Ley

42 de 1923 y 8º de la Ley 103 de 1928, en los cuales se dispone que el fenecimiento de las cuentas de los responsables del Erario y las modificaciones a que dichas cuentas se hagan, por concepto de devoluciones o reintegros, debe hacerlos la Contraloría dentro de los noventa días siguientes a la presentación de las cuentas.

Para resolver lo que se estima jurídico en orden a las alegaciones presentadas y a las pruebas aducidas, la Corte considera:

Error de cuenta. Figura en el cuaderno de pruebas, a folios 8º vuelto y 9º, el certificado de la Contraloría, en el cual aparece de una manera detallada, que las observaciones formuladas a las cuentas de la Aduana en los años de 1925, 1926, 1927, 1928 y 1929, sobre las cuales se ha fundado el mandamiento ejecutivo a cargo de Zúñiga, fueron hechas pasados los noventa días que los artículos 80 de la Ley 42 de 1923 y 8º de la Ley 103 de 1928, determinan. Ahora bien; la jurisprudencia de la Corte sobre este modo irregular del procedimiento de pasar cuentas adicionales fuera del tiempo que las leyes nombradas prescriben para ello, ha sido constante en no reconocer a tales cuentas carácter de documentos que presten mérito ejecutivo, y las razones de justicia en que se ha basado para desconocerles tal carácter, ha sido la seguridad y estabilidad que necesitan las operaciones comerciales, que no deben someterse a la contingencia de liquidaciones extemporáneas, ya que la fluctuación en el pago de derechos de Aduana, haría nula la previsión mejor calculadora de los importadores para liquidar el precio de los artículos que han de darse al comercio, contingencia que quiso prevenir el legislador al señalar el plazo de noventa (90) días para glosar dichas cuentas.

El tiempo que la Contraloría General tiene para el examen y fenecimiento de las cuentas que los encargados del Erario deben pasarle en los primeros cinco días de cada mes (artículo 35 de la Ley 42 de 1923), no es susceptible de ampliación, ya que al tenor del artículo 80 de la misma Ley, se dispone que "fenecerá las cuentas en un tiempo que no excederá de noventa días"; la expresión que no excederá, es de una significación restrictiva precisa, corroborada por el artículo 8º de la Ley 103 de 1928, que establece que el Contralor sólo podrá modificar las liquidaciones de las aduanas y ordenar devoluciones o reintegros, dentro del término que señala el artículo 80 de la Ley 42 de 1923, esto es, dentro de noventa días.

Y aunque se arguya que las leyes reconocen dos clases de términos: unos que pueden ampliarse, según el criterio del juzgador, y otros que son fijos o perentorios, debe observarse que ninguna ley le ha quitado este carácter al término de noventa días señalado a la Contraloría para el examen de las cuentas, término éste que no es simplemente procedimental, sino productor de derechos, desde luégo que el artículo 8º de la Ley 103 de 1928 limitó a su duración la facultad de hacer nuevas liquidaciones que modificaran las primitivas; de suerte que pasado ese término tales liquidaciones quedan en firme por querer de la ley que hizo improrrogable dicho término y para este efecto sustantivo.

Por estas razones la excepción de "error de cuenta," debe prosperar, y como la de "falsedad del documento ejecutivo" queda incluída en ella, no es necesario entrar a estudiarla.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, obrando de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara probada la excepción de "error de cuenta" en el juicio que la Nación adelanta contra el señor Miguel A. Zúñiga, y ordena en consecuencia que cese la ejecución.

Notifíquese y cópiese; insértese en la **Gaceta Judicial** y oportunamente devuélvase al Juzgado de procedencia.

LUIS F. ROSALES—**Enrique A. Becerra**—**Julio Luzardo Fortoul**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, marzo diez y siete de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

En la ejecución que con jurisdicción coactiva adelanta el señor Tesorero General del Departamento Norte de Santander contra los señores Ricardo Durán Buenahora, Aura María Gómez y Ernesto Bautista B., por valor de un alcance deducido por la Contraloría General del mismo Departamento contra el primero de los nombrados en su carácter de Asentista del Municipio de Durania y por los accesorios de la obligación principal, propuso el señor Ernesto Bautista B., en su condición de fiador del principal obligado, las excepciones de falsedad, pago parcial y error de cuenta, las que una vez sustanciadas, fueron decididas por el Tribunal Superior de Pamplona en sentencia de fecha dos de diciembre de mil novecientos treinta y uno, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"Y sin necesidad de más consideraciones, el Tribunal, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara probada la excepción perentoria consistente en la falsedad de la nota de registro que consta en la escritura número 918 otorgada ante el Notario primero del Circuito de Pamplona el diez y nueve de diciembre de mil novecientos ventisiete, transcrita en el presente fallo, y en consecuencia ordena cesar la presente ejecución en cuanto se refiere al excepcionante Bautista B., la cancelación del auto de embargo verificado en la Oficina de Registro de este Circuito, con fecha veintitrés de junio de mil novecientos treinta, el levantamiento del depósito del inmueble secuestrado y la entrega consiguiente.

"Por el empleado ejecutor se dictarán las medidas conducentes al oportuno cumplimiento del presente fallo."

La anterior sentencia se notificó por edicto fijado el diez y seis de diciembre de mil novecientos treinta y uno y el expediente se devolvió en seguida a la Tesorería General del Departamento para el cumplimiento del fallo.

Diez meses después de efectuada la indicada notificación, el funcionario ejecutor, con ocasión de haberle dirigido el señor Ernesto Bautista un memorial en que solicitaba la ejecución de la sentencia y la consiguiente cancelación del embargo y levantamiento del depósito del inmueble secuestrado, dictó con fecha quince de octubre último una providencia que en su parte resolutiva dispone:

"1º Pasar el proceso al señor Fiscal del honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial por conducto del

señor Gobernador del Departamento, a fin de que por dicho señor Fiscal se presente al Tribunal pidiéndole que ordene la consulta de la sentencia de que se trata y en caso necesario apele o recurra de hecho contra cualquier resolución en contrario.

"2) Esperar lo que se decida por el honorable Tribunal Superior en orden a la consulta del fallo aludido, para resolver en el fondo lo pedido en el memorial precedente; y

"3) Desglosar y mantener en esta Tesorería los autos de fenecimiento dictados por la Contraloría General del Departamento contra Ricardo Durán Buenahora en el asunto que ha motivado el presente juicio."

Como consecuencia de dicho proveído, el señor Fiscal del Tribunal dirigió a esta última entidad un memorial en que manifiesta que siguiendo las instrucciones del señor Gobernador del Departamento, presenta el expediente del juicio ejecutivo antes nombrado y solicita se ordene la consulta de la sentencia dictada por el mismo Tribunal en el incidente de excepciones.

Igual solicitud hizo al Tribunal el doctor Ciro Alfonso Gómez, obrando como apoderado del Departamento en virtud de poder conferido por el Gobernador.

Tales pedimentos fueron resueltos en auto de once de noviembre último, el cual, después de desconocer la personería del nombrado doctor Gómez para representar al Departamento, negó la consulta pedida, por estimar que el caso cuestionado no se halla comprendido en los términos del artículo 30 de la Ley 169 de 1896.

Habiendo hecho valer los solicitantes los recursos de reposición y de apelación subsidiaria contra la referida providencia, el Tribunal negó el primero de ellos así en lo relativo a la personería del doctor Gómez, como en lo referente a la consulta de la sentencia de excepciones y concedió el remedio subsidiario de alzada, el cual se procede a decidir por estar surtidas las ritualidades previas y recogido el concepto del señor Procurador.

Por la relación precedente se ve que dos son los puntos sometidos a la revisión de la Corte a virtud de la apelación interpuesta: el referente a la personería del doctor Ciro Alfonso Gómez para representar al Departamento en la actuación sobre consulta de la sentencia de excepciones y el relativo a si es consultable o nó dicho fallo.

La representación judicial de las entidades de derecho público por medio de mandatarios especiales, se halla regulada por el artículo 173 del Código Judicial, cuyo tenor es como sigue:

"El Estado, los Departamentos y los Municipios no pueden ser representados por apoderados en los litigios en que sean parte sino en los casos en que por razón de distancia o incompatibilidad de funciones, importancia excepcional del negocio, u otro análogo, no puede representar a dichas entidades los Agentes del Ministerio Público.

"En casos tales, puede el Gobierno, el Gobernador o el Alcalde respectivo celebrar contratos con abogados para que representen a la respectiva entidad."

El Tribunal estima que la calificación de las circunstancias previstas en el texto transcrito para que haya lugar a representación por apoderado de un Departamento, corresponde hacerla al Tribunal ante quien se ventile el juicio respectivo, y considera al propio tiempo que no se está en ninguno de los casos que la referida disposición contempla para que haya lugar al nombramiento de apoderado, motivos por los cuales no admitió la personería del doctor Gómez.

La Corte no halla necesario entrar a dilucidar el problema planteado por el Tribunal, por existir una razón radical para la confirmación del auto recurrido en lo referente a la personería del Departamento.

Con arreglo al artículo 250 del Código Judicial, las personas jurídicas deben comparecer en juicio por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales, según el caso. El representante de un Departamento tanto en las acciones judiciales que éste debe promover como en las que contra él se inician y que deban ventilarse ante el Tribunal Superior, es el Fiscal de dicho Tribunal (numeral 3°, artículo 176, Código de Organización Judicial). El Gobernador del Departamento no lo representa sino en los asuntos políticos y administrativos (numeral 3°, artículo 59, Acto legislativo número 3 de 1910; numeral 4°, artículo 127, Código Político y Municipal).

Síguese de lo dicho que aunque sea el Gobernador quien puede celebrar contrato con un abogado para que represente al Departamento en juicio, quien debe poner en ejecución el contrato confiriendo o suscribiendo el correspondiente poder, es quien tiene la representación judicial del Departamento, es decir, el respectivo Agente del Ministerio Público, siguiendo las instrucciones que se le den. Esto lo establecía de manera categórica el artículo 24 de la Ley 100 de 1892, disposición que aunque no ha sido reproducida en el nuevo Código Judicial, está implícitamente contenida en el numeral 3°, artículo 176 de esta obra.

El punto referente a la consulta de las sentencias en materia civil se encontraba regulado cuando entró a regir el nuevo Código Judicial por el artículo 30 de la Ley 169 de 1896, que establecía:

"Las sentencias en las cuales se declare alguna obligación a cargo de la Nación, los Departamentos o los Municipios, serán siempre consultadas con el Superior."

La circunstancia de que el artículo 503 del nuevo Código consagre el mismo principio, hace innecesario entrar a examinar cuál de las dos disposiciones es la que debe aplicarse al caso que aquí se ofrece.

En relación con el primero de estos textos legales, ha dicho esta Sala en numerosas resoluciones que el hecho de haber el legislador modificado la regla establecida en el artículo 35 de la Ley 100 de 1892, conforme a la cual las sentencias que se dictaran contra la Nación, los Departamentos y los Municipios, se consultarían en el caso de no ser apeladas, disponiendo en el artículo 30 de la Ley 169 de 1896 que las sentencias sujetas a consulta eran aquellas en que se declarara una obligación a cargo de alguna de las entidades nombradas, hacía manifiesto el ánimo del legislador de que solamente estos últimos fallos quedaran sujetos a la consulta, consideración ésta que es aplicable igualmente al artículo 508 de la Ley 105 de 1931.

Ahora bien, el fallo que se desea consultar no hace declaración alguna de obligación a cargo del Departamento, comoquiera que se limita a declarar probada una de las excepciones propuestas y a dictar las órdenes consecuenciales a esa declaración, como son la cesación de la ejecución en cuanto se refiere al excepcionante, la cancelación del auto de embargo, el levantamiento del depósito del inmueble secuestrado y la consiguiente entrega de éste, órdenes que deben cumplirse por el funciona-

rio ejecutor y que no envuelven declaración de obligación alguna para el Departamento.

Como las consideraciones precedentes demuestran la legalidad del auto recurrido, la Corte lo confirma en todas sus partes, sin costas.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la Gaceta Judicial. Devuélvase a su tiempo el proceso.

LUIS F. ROSALES—Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo tres de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Con la atención que le merecen siempre las mociones del señor Procurador, procede la Sala a efectuar la reconsideración solicitada por dicho alto funcionario respecto del auto de diez y siete del pasado marzo, en cuanto por él se confirmó la decisión del Tribunal Superior de Pamplona que negó la consulta de la sentencia definitiva dictada por el mismo Tribunal en la ejecución que con jurisdicción coactiva adelanta el señor Tesorero General del Departamento Norte de Santander contra los señores Ricardo Durán Buenahora, Aura María Gómez y Ernesto Bautista B.

Funda especialmente su pedimento el señor Procurador en lo que acerca del artículo 508 del Código Judicial dice el informe presentado por la Comisión encargada de la redacción del proyecto de Código, en los siguientes términos:

"En lo tocante a las consultas, se conserva la disposición protectora de los intereses de la Nación, de los Departamentos y Municipios, en virtud de la cual toda sentencia contra esas entidades debe consultarse con el superior, si es que no se lleva al conocimiento de éste por vía de apelación."

Conviene ahora traer a la vista el texto del artículo a que alude el pasaje inserto. Dice así:

"Las sentencias que declaren alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos o los Municipios, en primera instancia, deben ser consultadas con el superior."

Sin duda el argumento del señor Procurador tendría un positivo valor y aun sería decisivo, si los términos del pasaje transcrito se armonizan en alguna forma con los del artículo 508 del Código. Mas son tan inconciliables esos términos entre sí que no es posible tomar los conceptos del sobredicho informe como un comentario o explicación del texto legal. En efecto, conforme al indicado pasaje, toda sentencia que se dicte contra la Nación, un Departamento o un Municipio, debe consultarse precisamente con el superior en caso de no ser apelada; en tanto que la disposición del Código sólo hace consultables aquellos fallos "que declaren alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos o los Municipios." Ciñéndose al informe, si en un juicio promovido por el Estado, un Departamento o un Municipio, se dicta fallo lisa y llanamente absolutorio, habría lugar a la consulta, por ser la sentencia adversa a una de dichas entidades. Mas si se acata lo que manda el artículo, es claro, de toda claridad, que no es procedente la consulta, comoquiera que una sentencia absolutoria se limita a declarar libre al demandado de los cargos de la demanda, y no impone obligación de ninguna especie a ninguna de las partes contendoras.

Es tan ostensible la discordancia apuntada, que la única explicación admisible que ella tiene es la de que en un principio la Comisión encargada de la redacción del proyecto de Código hubiera adoptado la disposición del artículo 35 de la Ley 100 de 1892, según el cual "las sentencias que se dicten contra tales entidades (Nación, Departamentos y Municipios), se consultarán si no fueren apeladas por parte legítima," y que posteriormente, en virtud de las discusiones habidas en el seno de la Comisión, se hubiera sustituído tal disposición por la que a la sazón estaba vigente, o sea por la del artículo 30 de la Ley 169 de 1896, que aparece reproducida en el artículo 508 del nuevo Código; y que no se hubiera modificado por inadvertencia la redacción de la exposición de motivos para adaptarla al nuevo texto. Y se dice que esta es la única explicación admisible porque los términos del informe de la Comisión, que están en abierta pugna con los del artículo 508 del Código, son en cambio los mismos que emplea el referido artículo 35 de la Ley 100 de 1892, como puede apreciarse fácilmente confrontándolos entre sí.

Si a lo expuesto se agrega que los términos del artículo 508 son suficientemente claros, puesto que la expresión "que declaren alguna obligación a cargo de" no ofrece ambigüedad, desde luégo que no tiene sino una sola interpretación, que es la de que en la sentencia se establezca o imponga una obligación a alguna de las entidades que la disposición menciona, es preciso concluir que, por aplicación de la regla consignada en el artículo 27 del Código Civil, no se puede desatender el tenor literal de la disposición, a pretexto de consultar su espíritu.

Muy explicable es, por otra parte, la disposición del artículo 508, tal como queda interpretada, pues, teniendo tanto el Estado como los Departamentos y los Municipios sus representantes en los juicios en que figuran como parte tales entidades, es natural presumir que desde que dichos representantes no hacen valer los recursos legales contra los fallos que en alguna forma sean adversos a aquellas entidades, es porque los estiman en un todo justos y arreglados a la ley. Habiendo, pues, una presunción muy fundada de legalidad de los expresados fallos, es muy puesto en razón que se haya establecido la consulta para aquellos casos que revisten mayor gravedad a causa de determinar o producir un cambio en la situación jurídica de las partes, como ocurre cuando se declara alguna obligación a cargo de las entidades que se dejan mencionadas, y no cuando el referido estado jurídico no sufre mutación alguna por obra del fallo.

Y es indudable, como se dijo en el auto reclamado, que en el fallo que se quiere sea sometido a consulta no se hace declaración alguna de obligación a cargo del Departamento, ni se introduce modificación en la situación jurídica del Departamento Norte de Santander, desde luégo que la sentencia se concreta a declarar probada una de las excepciones propuestas y a dictar las órdenes consecuenciales a esa declaración en orden al excepcionante, lo que equivale en el fondo a absolver lisa y llanamente a éste de la acción ejecutiva contra él instaurada.

En razón de lo dicho, no accede la Sala a la reposición pedida.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Judicial.

ENRIQUE A. BECERRA—Julio Luzardo Fortoul—Carlos Arturo Díaz—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

En el juicio ejecutivo que mediante la jurisdicción coactiva sigue el señor Juez de Rentas Nacionales del Atlántico contra Miguel A. Zúñiga, para obtener el pago de la suma de sesenta y siete pesos, sesenta y dos centavos, procedentes de derechos de importación, multas y recargos, el ejecutado en tiempo hábil propuso las excepciones siguientes:

Primera. "Error de cuenta," que funda en que según las disposiciones vigentes en la época en que se hicieron las importaciones glosadas por la Contraloría, sólo se podían pasar a los importadores cuentas adicionales de cobro en los siguientes casos: por iniciativa del Administrador de la Aduana, cuando descubra un error en algún manifiesto y siempre que eso ocurriera antes de rendir la respectiva cuenta mensual, y por mandato de la oficina examinadora, cuando descubriera un error en el examen de la cuenta del Administrador, según los artículos 37 y 88 de la Ley 85 de 1915 y 11 de la Ley 113 de 1919; y como en este caso las glosas las dictó la Contraloría después de transcurrido el término de noventa días, es indudable, dice el excepcionante, que carecen de fuerza legal, y en consecuencia, las partidas de reconocimiento y las cuentas de cobro adicionales, derivadas de aquéllas, están viciadas, por ser partidas indebidas, esto es, no existe la obligación, y no existiendo al considerar exigible la suma que se cobra, se ha incurrido en un error de cuenta.

Segunda. Falsedad del documento que sirve de recaudo ejecutivo, que funda en que la glosa hecha a las cuentas que originaron el cobro adicional, está dirigida contra el Administrador de la Aduana y no contra el importador, cuya responsabilidad en este caso "es subsidiaria, pues siendo el principal y directo responsable ante la Contraloría el individuo que desempeñó el empleo de Administrador de la Aduana, los importadores vienen a resultar como responsables únicamente ante éste"; y en este caso a los importadores no se les puede ejecutar por causa de las glosas, mediante la jurisdicción coactiva, sino por la vía ordinaria, pues el demandante no sería en este caso la Nación, representada por el Administrador de la Aduana, sino la persona que desempeñaba el cargo de Administrador en esa época; persona ante la cual el importador tendría derecho a refutar los cargos que muchas veces carecen de fundamento.

Y concluye así el excepcionante:

"Para convencerse de que la Contraloría no hace la glosa al importador, sino al responsable de la cuenta, bastaría examinar el aviso oficial que la contiene y cuya simple lectura deja la certidumbre de que dicha entidad fiscalizadora le va acumulando en cada mes a éste el monto de las glosas deducidas y por el cual eleva a alcance si éstas, por uno u otro motivo, no son descargadas. Por tanto, no estando las glosas—como no están—cargadas al importador, el documento en que se apoya el reconocimiento y la partida que, a solicitud del responsable de la cuenta, sienta la aduana para que el importador pague el valor de aquélla y que es lo que sirve de base para cobrarle ejecutivamente, son falsos, ya que hay falsedad en liquidar el crédito y reconocerlo con imputación a una persona contra la cual no se ha librado el cargo, y en consecuencia, tal reconocimiento carece de fundamento lógico y legal."

Para resolver lo que se estima jurídico en orden a los medios de defensa propuestos, tiénese en cuenta:

El excepcionante no ha traído a los autos ninguna demostración sobre los hechos en que funda la primera excepción propuesta; de consiguiente la situación jurídica establecida por la orden de pago contra él dictada, no puede modificarse, por este aspecto.

Acerca de los fundamentos de la segunda excepción se observa:

Es verdad que la glosa aparece dirigida contra el empleado recaudador, pero debe tenerse presente que ella se funda en la falta de cobro y de pago de una parte del impuesto, que por error consistente en deficiencia en la liquidación dejó de pagarse, impuesto que corresponde a la Nación, y que debe pagar el introductor con base en la introducción de mercaderías al territorio del Estado. Empero, del hecho de la glosa al recaudador no se sigue que éste sea el deudor del impuesto; la responsabilidad que de él puede exigir el Estado se funda en el criterio del mandato público que aquél recibe y en la omisión en el cumplimiento del mismo, omisión de que debe responder, en el caso de que el deudor no satisfaga directamente su obligación. Y precisamente partiendo de este concepto, se llega a la conclusión de que el recaudador pueda cobrar el impuesto que ha dejado de cobrarse mediante los procedimientos que la ley le brinda para el cumplido lleno de su misión; cobro que así puede referirse a todo el impuesto, o a la parte que por error dejó de liquidar oportunamente. También debe observarse que las glosas se realizan sobre las cuentas precisamente para determinar la cumplida eficacia de la recaudación; empero ellos no significan, en casos como éste, un cobro directo al recaudador sino una observación que lo autoriza para subsanar el error y llevar al Fisco la parte no liquidada del impuesto que dejó de cobrar al importador que es el deudor directo del impuesto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas y de las cuales se ha hecho mérito, y dispone que continúe la ejecución. Las costas del incidente son de cargo del ejecutado; tásense en la oportunidad legal.

Publíquese y notifíquese; cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

ENRIQUE A. BECERRA—Carlos Arturo Díaz—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XLI | Bogotá, mayo 17 de 1935. | Número 1894

Director, JULIAN MOTTA SALAS,
Relator de la Corte.

SALA DE CASACION CIVIL

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

En memorial de diez y seis de mayo de mil novecientos veintisiete, dirigido al Juez 2º del Circuito de Tunja, y en ejercicio del derecho que consagra el artículo 13, Ley 95 de 1890, en relación con el 1657 del Código Civil, Basilio Quintero manifiesta al Juez lo siguiente:

"I. Que hice al doctor Francisco Díaz Acevedo, personalmente, y con insistencia, la oferta de pago, sin conseguir que me la aceptara.

"II. Que el doctor Díaz A. es persona civilmente capaz para recibir, como yo lo soy también para pagar.

"III. Que mi obligación de pagarle al doctor Díaz A. aquella suma de $ 500 y sus intereses del 2 por 100 mensual, es de plazo cumplido, y proviene de la cesión o el traspaso que el doctor Mariño Ariza le hizo de ese crédito contra mí, asegurando al acreedor en documento privado de deber, que se otorgó en Tunja en diciembre de mil novecientos veinticinco, con plazo de seis meses, sin interés alguno, y la convención del pago de intereses del 2 por 100 mensual en caso de demora. De manera que mi deuda actual, por principal e intereses vencidos hasta este mes de mayo, alcanza a la suma de $ 610, en esta forma: $ 500 de principal y $ 110 de intereses en once meses.

"IV. Que el aludido documento fue hecho aquí, y en él se estipuló que aquí se debe hacer el pago de la deuda.

"V. Tanto por lo que se trata del cumplimiento de una obligación civil, como para evitarme el grave perjuicio que me ocasionaría la subsistencia de aquel fuerte interés, con la intervención de usted le ofrezco al doctor Díaz Acevedo, por consignación, el pago inmediato de la suma de $ 610, que le debo de plazo cumplido, por principal e intereses del 2 por 100 mensual, computado desde el 2 de julio, inclusive, del año de mil novecientos veintiséis, según el documento en referencia que le endosó el doctor Mariño Ariza; y al efecto, le consigno aquella suma en el Nuevo Banco de Boyacá, como aparece del adjunto comprobante, a la orden de usted, expresamente destinada para tal pago....."

El doctor Díaz Acevedo se opuso a la oferta de pago, y el Juez ordenó ventilar el asunto en juicio ordinario.

Díaz Acevedo formuló su demanda, y en ella pide se declare:

"1ª Que no estoy obligado a aceptar ni a recibir el pago de la suma de quinientos pesos e intereses del 2 por 100 mensual, ofrecida por Basilio Quintero en el libelo arriba citado, por no estar hecha la oferta de acuerdo con la obligación que él tiene conmigo, cual es la de entregarme un lote de tierra, de conformidad con lo indicado en la cláusula 4ª de la escritura número 315, de fecha once de octubre de mil novecientos seis, en virtud del derecho de opción que me da tal instrumento.

"2ª Que Basilio Quintero está obligado a entregarme y a otorgarme la correspondiente escritura, tres días después de notificada la respectiva sentencia, un lote de tierra que guarde relación con aquella suma, o sea la mitad de la parte que Quintero compró por aquella escritura, y que le correspondió en la hacienda de Guauza, a doña Simona Pardo, de conformidad con la cláusula 4ª de la escritura número 315, de fecha once de octubre de mil novecientos seis, escritura otorgada en la Notaría de Leiva.

"3ª Costas."

Los hechos fundamentales de esta demanda son:

"a) En que por escritura pública número 315, de fecha once de octubre de mil novecientos seis, otorgada ante el Notario del Circuito de Leiva, Basilio Quintero, en la cláusula 4ª, contrajo la obligación de entregar la suma de quinientos pesos moneda legal a los señores Cristóbal y Manuel González Umaña, tan pronto como éstos cumplieran la mayor edad. Con la condición expresa que si éstos prefieren a la suma de quinientos pesos se los entregara por Quintero un lote de tierra que guarde relación con aquella suma, o sea la mitad de la parte vendida por aquella escritura a Quintero, y que a cualquier título pueda corresponderle definitivamente a la vendedora Simona Pardo en la hacienda de Guauza,' dice la escritura nombrada.

"b) En que de acuerdo con aquella escritura, los señores González Umaña tienen un derecho de opción; y el señor Quintero tiene respecto de ellos o quien suceda en esos derechos, una obligación a voluntad de aquéllos o de su sucesor: o bien de entregar una suma de dinero, o bien de escriturar y entregar la mitad del terreno que le compró a doña Simona Pardo por medio de la escritura número 315 arriba citada.

"c) En que yo soy el causahabiente o sucesor de los señores González Umaña en aquel derecho de opción.

"d) En que de acuerdo con mi voluntad, libre y espontánea, opto y he optado por el segundo término de la opción, o sea por exigir en repetidas ocasiones al señor Quintero me otorgue la correspondiente escritura y me entregue la mitad del terreno que le compró a doña Simona Pardo por la escritura número 315, de fecha once de octubre de mil novecientos seis, atrás mencionada, y

que le correspondió en la hacienda de Guauza, en los términos prescritos en la cláusula 4ª del instrumento en referencia."

Basilio Quintero no convino en los hechos de la demanda, y el Juez de la causa, en sentencia de veinticinco de enero de mil novecientos treinta, falló la litis así:

"1ª Declárase que el doctor Francisco Díaz Acevedo no tiene el derecho de opción que pretende en la demanda de oposición contra Basilio Quintero.

"2ª Declárase que el doctor Francisco Díaz Acevedo está en la obligación de recibir los seiscientos diez pesos moneda legal, consignados a su favor por Basilio Quintero.

"3ª Declárase que con el pago de los seiscientos diez pesos moneda legal, a que se hizo referencia, consignados por Basilio Quintero, queda legalmente extinguida la obligación contraída por Quintero a favor de los señores Cristóbal y Manuel González Umaña, en escritura pública número 315, otorgada ante el Notario del Circuito de Leiva el once de octubre de mil novecientos seis.

"4ª Entréguese al doctor Díaz Acevedo la suma de dinero antes referida; y

"5ª No hay lugar a condenar en costas."

Las partes apelaron de esta sentencia, y el Tribunal Superior de Tunja, en sentencia de veintitrés de septiembre de mil novecientos treinta y uno, "confirma los ordinales 1º, 2º, 4º y 5º de la sentencia apelada y reforma el 3º, en el sentido de declarar que es por la suma de seiscientos cincuenta y ocho pesos con treinta centavos ($ 658-30) que queda legalmente extinguida la obligación contraída por Quintero a favor de los señores Cristóbal y Manuel González Umaña, en escritura pública número 315, otorgada ante el Notario del Circuito de Leiva el once de octubre de mil novecientos seis, debiendo consignar lo que falta, o sea cuarenta y siete pesos con setenta centavos ($ 47-70). No se hace condenación en costas."

Francisco Díaz A. interpuso casación. La Corte admitió el recurso por auto de fecha veintiocho de junio de mil novecientos treinta y dos.

El recurrente alega las causales primera y segunda del artículo 2º, Ley 69 de 1896.

1ª Dice el recurrente:

"Me refiero al acto de la consignación promovida judicialmente por el deudor Quintero a su acreedor doctor Díaz A. Dice la disposición sustantiva del artículo 1660 del Código Civil, que de la consignación 'se extenderá acta o diligencia de ella por ante el mismo Juez que hubiere autorizado la consignación.' Esta diligencia, que es sin duda, uno de los requisitos más importantes del pago por consignación, no existe en ninguna parte del expediente, por haberse omitido, sin que se hable de ello en las sentencias de primera y segunda instancia. En interés del consignante Quintero estaba que la consignación judicial se cumpliera sin omitir ese requisito esencial. Se omitió, siendo disposición expresa y que definía el acto, luego el Tribunal ha debido no sólo observarlo, sino dictar la sanción correspondiente. Aun cuando el sentar la diligencia o acta fuera un derecho meramente para el consignante Quintero—que no lo es—no podía éste renunciar a él porque no mira a su solo interés individual, según el artículo 15 del Código Civil. No hubo, pues, tal consignación legal, y por consiguiente el Tribunal, al confirmar en la parte resolutiva de su sentencia lo resuelto por el Juez en la suya en el numeral 2º, en que declara 'que el doctor Francisco Díaz Acevedo está en la obligación de recibir los seiscientos diez pesos moneda legal, consignados en su favor por Basilio Quintero,' no apreció debidamente lo que es la consignación judicial (artículo 1660 del Código Civil), y cometió violación de la ley sustantiva por infracción directa."

Se considera:

No dice el recurrente, ni en la demanda ni en este primer cargo, si la causal que aduce contra la sentencia es la primera o la segunda, lo cual ha debido hacer, como lo manda el artículo 9º, Ley 90 de 1920, expresando "en capítulo separado 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."

Pero aun aceptando que este primer motivo se refiera a la causal primera, el cargo no puede prosperar, porque no se puede alegar en casación motivos nuevos no discutidos en el juicio, y la nulidad de la consignación por la omisión del requisito que el recurrente señala, no fue materia de controversia en el pleito.

En numerosas decisiones, la Corte ha sostenido que "es doctrina jurídica, que se deriva de la naturaleza especial del recurso de casación, y que ha sido establecida por esta Corte en numerosos fallos, la de que no pueden ser objeto de tal recurso cuestiones que no se hayan debatido en las instancias del juicio, y que en este recurso no pueden introducirse medios nuevos, o sea traer a discusión extremos que no hayan sido objeto del debate." (Jurisprudencia de la Corte, tomo II, número 265).

"En casación no se puede suscitar una cuestión que no ha sido materia de controversia en las instancias del juicio." (Ibidem, tomo III, número 445).

El cargo no prospera.

2º Dice el recurrente que el Tribunal corrigió el error tanto del consignante como de la sentencia de primera instancia, declarando que "es por la suma de $ 658-30 que queda legalmente extinguida la obligación contraída por Quintero....., debiendo consignar lo que falta, o sea $ 47-70."

"Ese error, aunque corregido—dice el recurrente—prueba también que la consignación no fue hecha en la forma y con los requisitos legales (artículo 1657, Código Civil), es decir, que no hubo verdadera consignación. En consecuencia, hubo en el Tribunal violación de ley sustantiva por aplicación indebida e interpretación errónea de lo dispuesto en el mencionado artículo 1658 del Código Civil."

Se considera:

Este es un medio nuevo, puesto que no se discutió en las instancias. El Tribunal, oficiosamente, enmendó un error numérico, sin que ninguna de las partes hiciese petición alguna sobre el particular. En la litis el deudor se limitó a sostener que lo que debía era una suma de dinero, y el acreedor que, conforme al contrato, no estaba obligado a recibir dinero, sino una porción de tierra por valor de quinientos pesos.

"Limitada la demanda a una causa especial de pedir, no puede pretenderse, so pretexto de ganar la litis, que han de reconocerse en la sentencia todas de pedir que conducen al fin que persigue el litigio, no formuladas en la acción, y por tanto extrañas al litigio, aunque se hubiesen introducido al debate desde los alegatos de instan-

cia. Tales causas constituyen medios nuevos sobre los cuales no puede recaer la sentencia, sin incurrir en exceso de poderes, y por tanto, ellas no quedan juzgadas." (Jurisprudencia de la Corte, tomo II, número 1549).

El cargo es, pues, infundado.

3° Sostiene el recurrente que, cumplidos los ocho meses del plazo que se le dió a Quintero por Mariño Ariza para pagar los quinientos pesos, pasaron catorce meses veinticuatro días sin que se verificase el pago, hasta el diez y seis de mayo de mil novecientos veintisiete, en que Quintero resolvió hacer la consignación, sin que de la otra parte, o sea el acreedor, haya habido incumplimiento.

"No se expresó en ese documento el pacto comisorio —dice el recurrente—por consiguiente no es el caso del artículo 1937 del Código Civil, sino el de los artículos 1546 y 1930 del mismo Código, y, por tanto, al acreedor doctor Díaz asistía, desde muchos meses antes de la consignación, el derecho para pedir la resolución del contrato con resarcimiento de perjuicios, razón que, sin duda, fue de las que influyó en el acreedor Díaz A. para no aceptar la consignación y para tener sin valor el documento aludido. Si bien el Tribunal en su sentencia se refiere a la demora de Quintero en pagar los $ 500, prescinde considerar ese hecho por el aspecto de que vengo hablando, sin revisar siquiera la sentencia del Tribunal de San Gil, valedera entonces, y aducida como prueba, en que se condena a Basilio Quintero para que dentro de seis días otorgue al doctor Díaz Acevedo escritura de los derechos de tierra que en Güepsa tocaron a los González Umaña. En consecuencia, el Tribunal de Tunja violó los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, según las causales definidas en los numerales 1° y 2° del artículo 2° de la Ley 169 de 1896, o sea por violación directa o falta de apreciación de lo dispuesto en los artículos que acabo de citar."

Se considera:

El doctor Díaz A. se opuso a la consignación "por no estar hecha la oferta, son sus propias palabras, de acuerdo con la obligación que él tiene conmigo, cual es la de entregarme un lote de tierra, de conformidad con lo indicado en la cláusula 4ª de la escritura número 315, en virtud del derecho de opción que me da tal instrumento."

El doctor Díaz no alegó en el juicio que "le asistía desde muchos meses antes de la consignación el derecho de pedir la resolución del contrato con resarcimiento de perjuicios," ni la resolución fue materia del pleito, pues no se alegó por el doctor Díaz, ni como acción ni como excepción.

Ahora, en lo que se refiere a la sentencia del Tribunal de San Gil, el recurrente ha debido alegar error de derecho o error evidente de hecho por falta de apreciación de esa prueba, y la Corte no puede oficiosamente considerar un cargo que no se ha formulado. De otro lado, la tal sentencia no es definitiva, puesto que contra ella se interpuso recurso de casación, y las copias que figuran en el expediente fueron expedidas en la Corte cuando el recurso se tramitaba.

Por lo que hace a la acusación por violación directa de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, observa la Corte que la cita de estas disposiciones no es pertinente, pues, como ya se vio, el Tribunal no tenía porqué decretar la resolución de un contrato que no fue pedida. Si tal cosa hubiera hecho el Tribunal, la sentencia sería incongruente con la demanda.

El cargo carece de fundamento.

4° Dice el recurrente:

"En el documento suscrito entre Quintero y Mariño Ariza, 'las primeras declaraciones son hechas por Quintero, y la última por el doctor Mariño Ariza, quien dice en ella que con el pago por Quintero de los $ 500 que se ha comprometido a pagar dentro de cierto tiempo, éste queda en libertad para disponer del lote de terreno que le hubiera correspondido en la hacienda en el caso de que lo hubiera elegido, declaración que se compromete a hacer por medio de escritura pública, tan pronto como reciba el dinero, o sea el mismo día.' Quien en una cláusula documental se compromete a hacer una declaración, manifiesta con toda franqueza que esa declaración no está hecha sino prometida, y si esa promesa queda subordinada, como en el caso presente, al cumplimiento de una condición—la de obtener un pago en una fecha estipulada—y este compromiso no se cumple, la tal promesa deja de subsistir, para quedar en toda su fuerza el compromiso anterior, que la promesa intentaba modificar, o sea el compromiso de opción entre la suma de dinero y el lote de tierra en Guanza. Además, la declaración de dejar libre a Quintero para disponer del lote de Guanza, puesto que se refiere a finca raíz, necesita, en realidad, de escritura pública, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 1857 del Código Civil, y aun cuando no lo necesitara, los contratantes lo estipularon, y entonces quedaba de aplicación el artículo 1858 del mismo Código. El Tribunal en su sentencia considera las cláusulas del referido documento, pero saca conclusiones no conformes con lo escrito y prometido en él, entre otras, las referentes a las escrituras 923, de veintisiete de septiembre de mil novecientos veinticinco, y 347, de doce de abril de mil novecientos veintiséis, celebradas entre Mariño Ariza y Díaz A. En resumen: el Tribunal no se fijó en que la promesa de Mariño Ariza a Quintero dependía de la condición a que éste se acaba de sujetar, o sea al pago de una suma que no pagó al tiempo convenido. El Tribunal, pues, desatendió los artículos 1530 y 1539 del Código Civil, no obstante las alegaciones y pruebas del doctor Díaz A. para confirmar que éste no tenía derecho a la opción. Violó, pues, ley sustantiva, por falta de apreciación, con error de derecho, en no tener en cuenta los artículos 1530, 1539, 1857 y 1858 del Código Civil, y por no haber atendido en el particular las pretensiones aducidas por el doctor Díaz A."

Se considera:

Este cargo se refiere a la interpretación que hizo el sentenciador de la cláusula del contrato privado, suscrito por Luis A. Mariño Ariza y Basilio Quintero, en la cual se dice:

"Quintero se constituye deudor, como consecuencia de lo expuesto, del doctor Mariño Ariza, por la cantidad de quinientos pesos oro colombiano amonedado, valor del crédito de que se ha hablado, y que reconoce a favor del expresado doctor Mariño Ariza, en el carácter ya expresado, suma que le pagará en esta ciudad de Tunja, dentro del término de ocho meses, contados desde hoy, y sin abonar interés alguno durante los primeros seis meses, y reconociendo el uno por ciento mensual en los otros dos meses restantes, y en caso de mora, el dos por ciento mensual, sin perjuicio de la ejecución a que haya lugar. Mariño Ariza acepta por su parte esta obligación, y declara que con el pago de esta suma de dinero, queda Quintero libre de la obligación que contrajo para con los tántas veces nombrados González Umaña, y que una vez

verificado tal pago, queda en libertad de disponer del lote de terreno que le hubiere correspondido en la hacienda, en el caso de que no hubiera elegido, declaración que se compromete a hacer por medio de la escritura pública, tan pronto como reciba el dinero, o sea en el mismo día."

El Tribunal, interpretando esta cláusula, llegó a la conclusión de que el doctor Mariño Ariza y su sucesor en el crédito, no tienen la primitiva opción, y si el recurrente consideraba que no fue esa la intención de las partes, ha debido acusar el fallo por error evidente—y esta acusación no se ha hecho—e indicar, además, la ley violada por virtud del error.

La cita de los artículos 1530 y 1539 del Código Civil no viene al caso, pues son cosas distintas las obligaciones a plazo y las obligaciones condicionales, inconfundibles las unas con las otras, tanto en los elementos que las constituyen como en sus efectos.

La cláusula transcrita no es condicional, sino que constituye una obligación a plazo, pues que "el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación...." (artículo 1531 del Código Civil).

Ahora: la citada cláusula no es nula, como pretende el recurrente, por no haberse hecho por escritura pública, pues en ella se dice precisamente que una vez verificado el pago por Quintero, Mariño Ariza queda obligado a hacer por escritura pública tal declaración, el mismo día del pago. De consiguiente, tampoco incurrió el Tribunal en violación de los artículos 1857 y 1858 del Código Civil, y el cargo es infundado.

5º Expresa el recurrente:

"Finalmente: el documento dicho, de veintiuno de junio de mil novecientos veinticinco, firmado por Quintero y Mariño Ariza, tiene estampillas de sanidad por valor de dos centavos, y carece de las debidas estampillas de timbre nacional. Averiguado judicialmente esto, el doctor Díaz A., interrogado en posiciones, dice:

'Al hacer el contrato de cesión, que consta en la escritura pública a que me he referido, no me fijé si el documento estaría o nó debidamente estampillado.'

"Esto no dice nada sobre si el documento fue estampillado o nó a tiempo; y conste que ese documento se refiere a dinero y a un lote de tierra. De todos modos falta en tal documento las estampillas de timbre, háyanse caído o nó, como se dice en la foja 28, cuaderno 2º El Tribunal, al razonar sobre la existencia de las mencionadas estampillas, deduce que debieron existir en el documento, porque tiene las de sanidad, y porque hay en el papel un cuadro más blanco, en que sin duda fueron adheridas. Con esta sospecha, y para adquirir verdadera convicción, ha debido nombrar peritos, según el artículo 651 del Código Judicial vigente entonces; no hizo eso, y de su propia presunción dedujo que aun sin estampillas el documento tiene valor, porque el artículo 17 de la Ley 20 de 1923 es para los casos manifiestos en que se pretenda defraudar la renta de timbre con omisión de estampillas en documentos. Contra esta apreciación existe la de los artículos 27, 28 y 31 del Código Civil. El rechazo hasta en posiciones del documento por mi poderdante Díaz A., fue, sin duda, entre otras razones, por falta de estampillas. La sentencia ha violado, pues, en este aspecto, ley sustantiva, por infracción directa e interpretación errónea de los artículos del Código Civil que he citado en este número."

Se considera:

Para poner de manifiesto lo infundado de este cargo, basta transcribir en seguida los apartes de la sentencia recurrida, en referencia con el valor probatorio del documento que se estudia. Dice al respecto la sentencia:

"Punto capital que debe resolver el Tribunal es el de si debe o nó reconocérsele validez probatoria al documento de veintiuno de junio de mil novecientos veinticinco, en el cual Quintero se declara deudor de Mariño Ariza por la cantidad de $ 500, y Mariño, a su vez, declara libre a Quintero de la obligación que contrajo para con Manuel y Cristóbal González Umaña, de otorgarles escritura de parte del terreno de la hacienda de Güepsa, en atención a que a dicho documento le faltan las estampillas de timbre nacional, o sea el equivalente a diez centavos que debía tener, de acuerdo con lo dispuesto en el ordinal a que a dicho documento le faltan las estampillas de tim- Ley 52 del mismo año, en atención a que el artículo 17 de la Ley 20 de 1923 dice:

"Ninguno de los documentos expresados en el artículo 13 de esta Ley será válido o legal, ni podrá ser aceptado o admitido por ningún empleado público o corporación pública, ni podrá ser tenido como prueba, si no está provisto de las estampillas correspondientes, debidamente anuladas, de acuerdo con los artículos 15 y 16 de esta Ley."

"Aparte de que sobre el mérito probatorio de dicho documento no se ha hecho objeción alguna en el debate, estima la Sala que la sanción que consagra el artículo transcrito es para los casos manifiestos en que se pretenda defraudar la renta de timbre nacional con la omisión de las estampillas de que deben estar revestidos o legalizados los documentos de que en cada caso particular se trate; mas no para casos como el presente, en que para el Tribunal existe una convicción moral profunda, de que el documento fue debidamente estampillado, y las razones que determinan esa convicción son las siguientes: el documento que se analiza contiene las estampillas de sanidad que debía tener conforme a la ley, debidamente anuladas con la firma del doctor Mariño Ariza, y en lugar distinto aparece, como fácil es verificarlo, un cuadro más blanco en el papel, en que sin duda fue adherida la estampilla correspondiente al timbre, y parte de la firma del doctor Mariño Ariza, antes y después de dicho cuadro, en caracteres completamente similares a los que figuran en las estampillas de sanidad, echándose de menos sólo la parte de la firma del doctor Mariño Ariza que se estampó en el cuerpo de la estampilla, la cual no aparece, sin saberse la causa; por otra parte, el apoderado del doctor Francisco Díaz A., en el memorial que figura al folio 28 del cuaderno B, al exhibir el documento en referencia por orden del Juez, estampó la siguiente constancia:

'Advierto que dicho documento, según se me manifestó, fue estampillado debidamente, aun cuando falte una de las estampillas, que debió caerse.'

"Como dicho apoderado habla en nombre de su representado, razonable es deducir que éste fue quien le manifestó el dato de que el documento estaba debidamente estampillado.

"Además, se repite, se ha guardado silencio acerca de la falta de la estampilla en el documento, al cual no se le ha desconocido valor probatorio por las partes, y antes sí, el doctor Díaz hace las siguientes declaraciones con relación a él en las posiciones, visibles al folio 9 del cua-

derno C: que es cierto que tiene conocimiento de que el doctor Luis A. Mariño Ariza aceptó dicho documento de deber, a plazo; que Basilio Quintero le otorgó a su favor, por la suma de quinientos pesos que Quintero le debía a Cristóbal y Manuel González Umaña; que también es cierto que tiene conocimiento de que el expresado doctor Mariño Ariza lo aceptó de Basilio Quintero como subrogatario, por venta que le hizo Manuel González, y como mandatario de Cristóbal González; que asimismo es cierto que tiene conocimiento que el crédito constituído por Basilio Quintero a favor del doctor Mariño Ariza en aquel documento, es el mismo a que se refiere la venta y el endoso que Mariño Ariza le hizo al doctor Díaz, documento que hasta entonces reposaba en poder del confesante.. Declaraciones que reafirman una vez más la creencia de que el doctor Díaz tenía la convicción de que lo que había adquirido por cesión hecha por el doctor Mariño Ariza era el crédito constituído a favor de éste por Basilio Quintero.

"Las anteriores razones son las que determinan al Tribunal para concluir que el documento en referencia fue debidamente estampillado, y por consiguiente, que la justicia se lesionaría y pecaría contra la equidad, el que se prescindiera del mérito probatorio de tal documento, en atención sólo a que por obra de una fatal casualidad o por cualquiera otra circunstancia ajena a la voluntad de Basilio Quintero, en cuyo poder no reposaba, aparezca desprovisto de una estampilla."

El recurrente también acusa la violación "por infracción directa e interpretación errónea de los artículos del Código Civil que ha citado en este número," o sean los artículos 27, 28 y 31. No dice el recurrente en qué concepto fueron violados los artículos que cita, ni porqué fueron erróneamente interpretados, ni cuál es la ley aplicable al caso del pleito (artículo 9°, Ley 90 de 1920).

"No basta que se invoque una causal de casación para que la Corte la considere, sino que es indispensable, conforme a la ley, que el recurrente exprese con claridad y precisión los motivos en que la apoya" (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo II, número 251).

El cargo es infundado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

1° No se casa la sentencia recurrida, dictada en este juicio. por el Tribunal Superior de Tunja. con fecha veintitrés de septiembre de mil novecientos treinta y uno.

2° Se condena al recurrente al pago de las costas del recurso, si se hubieren causado.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — **José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Ante el señor Gobernador del Departamento de Antioquia, los señores Alberto Angel, Harold B. Maynham y Adolfo Hartmann, obrando éste como Gerente del Banco Alemán Antioqueño, solicitaron a título de cultivadores, la adjudicación de un lote de terreno, situado en el Municipio de Puerto Berrío, en territorio sin nombre conocido, atravesado por las quebradas Malena, Sabaleticas y La Botella, rodeado de baldíos por todas partes y con una base de un kilómetro, frente a la línea del ferrocarril de Antioquia.

Se opuso el señor Juan B. Arango M., como Presidente de la Sociedad Agrícola y de Inmigración. En su memorial de formalización de la oposición pidió las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la Sociedad demandante tiene mejor derecho que los demandados al dominio y posesión de las cien mil hectáreas de terreno que remató el señor Francisco J. Cisneros, según el hecho 4° de esta demanda, y de las cien mil hectáreas a que se refiere la citada Ley 18 de 1874.

"Segunda. Que mientras no se midan esas doscientas mil hectáreas a uno y a otro lado del ferrocarril de Antioquia, se levanten los respectivos planos y se le entreguen aquéllas a la Sociedad demandante, no puede hacérseles a los demandados la adjudicación que pretende ni puede hacérseles tampoco después de que se ejecuten aquellas cosas, si de ellas resultare que el terreno denunciado queda comprendido dentro del que se entregue a dicha Sociedad."

Los hechos de la demanda de oposición son estos:

"1° Según la Ley 63, de 11 de junio de 1872, al Estado Soberano de Antioquia se le cedieron doscientas mil hectáreas de tierras baldías para el fomento de la inmigración, y se facultó a su Presidente, para que, dentro del territorio antioqueño, las tomara donde quisiese y para disponer de ellas como lo estimara conveniente a los intereses del mismo Estado, mientras se reunía la primera legislatura, porque de allí en adelante correspondía a ésta disponer de las tierras en cuanto no lo hubiera hecho el Presidente. La misma Ley preceptuó que el Poder Ejecutivo de la Unión debía proceder inmediatamente a la entrega de las tierras cedidas. Para corresponder a este fin, el cesionario dirigió oficios al Secretario de Hacienda y Fomento de la Unión en octubre y noviembre de 1872 y en febrero de 1873, en los cuales solicitaba dicha entrega y manifestaba que tenía listos los fondos para la mensura y demás gastos que en el particular fueran necesarios. El Gobierno de la Unión no contestó ninguno de esos oficios.

"2° En febrero de 1874 el Gobierno de Antioquia celebró un contrato con el señor Francisco J. Cisneros, en virtud del cual se obligó éste a construír un ferrocarril que partiendo de la orilla izquierda del río Magdalena, terminase en la quebrada Aguasclaras, en el Distrito de Barbosa. Este contrato fue modificado después en el sentido de que la vía férrea se extendiese hasta esta ciudad.

"3° Para el fomento de este ferrocarril y fuera de otras concesiones, se le cedieron a dicho Estado cien mil hectáreas de tierras baldías, a una y a otra orilla de la vía férrea y en lotes de diez mil hectáreas, alternados con los que se reservara la Nación o el cesionario, caso de que éste resolviese tomar allí las tierras que se le habían cedido por leyes anteriores. Estos hechos constan en la Ley 18, de 4 de mayo de 1874.

"4° Dueño el Estado de Antioquia de las trescientas mil hectáreas de que tratan dichas Leyes 63 y 18, le cedió a su

vez al señor Cisneros las cien mil de que habla la última, y le adjudicó en remate público cien mil de las a que se refiere la primera. El remate se hizo en cumplimiento de la Ley antioqueña de 1877, señalada con el número XXXVI, y con las tierras cedidas y rematadas pasaron al señor Cisneros todos los derechos que con respecto a ellas había adquirido el Estado de Antioquia.

"5° En virtud de aquel remate y de la Ley que lo autorizó, el rematador contrajo la obligación de constituir una Sociedad Agrícola y de Inmigración, deber que cumplió por medio de la escritura número 478, extendida en la Notaría 1ª de este Circuito el 7 de agosto de 1878. Los socios constituyentes fueron los señores Francisco J. Cisneros, Francisco de Villa y Jorge Bravo. El último le cedió sus acciones al segundo, y el Gobierno del Estado adquirió las que le correspondían al primero. De suerte que quedaron como únicos socios, el Estado de Antioquia, hoy Departamento, y el señor Francisco de Villa.

"6° Al haber de dicha Sociedad se introdujeron en propiedad esas doscientas mil hectáreas, de las cuales tomó ella posesión a uno y a otro lado de la vía férrea, estableciendo colonias agrícolas, abriendo caminos para comunicar esta ciudad con las estaciones del ferrocarril, poniendo potreros de pasto artificial para las recuas que llevaban y traían mercancías, colocando allí inmigrantes italianos, etc. Además de esto, contribuyó al fomento del ferrocarril por medio de los indicados caminos, ayudando a la construcción del Hotel Magdalena y haciendo todo lo que había prometido con igual fin en la escritura constitutiva, y suministrándole dinero al Gobierno para los gastos del ferrocarril. Por haber hecho todo esto se le canceló la fianza que al respecto había dado.

"7° Por haber surgido pleitos recíprocos entre los socios, y después de haber litigado largo tiempo, siendo objeto de uno de los litigios la liquidación de la Sociedad, se convino en ponerles término por medio de la transacción que consagra la escritura número 692, de 24 de marzo de 1899, otorgada en la Notaría 2ª, de aquí; pero como fue condición esencial para que la transacción surtiera sus efectos, impuesta por el Gobernador de Antioquia y aceptada por el otro socio, señor Francisco de Villa, la de que la Sociedad se reconstituyera, se hizo esto en el mismo día de la transacción, según la escritura número 319, extendida en la Notaría 1ª de este Circuito. Puede decirse, por tanto, que la Sociedad Agrícola y de Inmigración, reconstituida por esta escritura, es la misma Sociedad de igual nombre que se constituyó por la escritura a que se refiere el numeral 5° precedente, aun cuando hubiese variado el personal de los socios; tanto más cuanto que sus bases y objetos son unos mismos.

"8° En virtud del pedimento de la misma Sociedad, a fin de que se le hagan respetar sus derechos, el 8 de junio de 1920 y a pesar de lo que dispone la Ley 19 de 1919, el Ministerio de Agricultura y Comercio resolvió que no pueden celebrarse contratos sobre explotación de los bosques en el Distrito de Puerto Berrío, mientras dicha Sociedad no haga la mensura de sus doscientas mil hectáreas, levantando los respectivos planos, y le sean entregadas aquéllas. O, en términos generales, que no se pueden celebrar aquellos contratos mientras estén pendientes las reclamaciones de la Sociedad Agrícola y de Inmigración.

"9° Reconstituida la Sociedad, su Presidente se dio a la tarea, y en ella persiste, de obtener del Gobierno de la República la entrega de sus doscientas mil hectáreas de tierras, sin que hasta ahora lo haya logrado, aunque sí se le reconoció derecho a las cien mil de que habla la citada Ley, según puede verse en la Resolución número 50, de 11 de mayo de 1916.

"10. El lote de terreno denunciado por los señores Alberto Angel, Harold B. Maynham y Adolfo Hartmann, hace parte de la referida Sociedad, según las medidas que ella ha practicado, y linda:

'Del frente del kilómetro 25 de la carrilera del ferrocarril de Antioquia (sección del Nus) al frente del kilómetro 22 del mismo: allí tuerce a mano izquierda, lindando con aberturas de los señores Epifanio Montoya y doctor Gonzalo Pérez, hasta encontrar la confluencia de las quebradas Malena y Botella; sigue lindero con los señores arriba expresados hasta el punto donde acaba la abertura de los mismos, y luégo siguiendo esta misma línea, que es perpendicular a la carrilera, hasta encontrar una mata de guadua que hay en la quebrada Tagüata; viene de allí formando ángulo agudo hasta un guayacán que está en el punto llamado Filo Bonito; de allí, lindando con terrenos de la Nación, forma una línea casi paralela a la quebrada Botella, hasta llegar a un árbol de zapán que hay en el remate de esta línea; aquí vuelve perpendicular a la Botella hasta encontrarse con ella. Sigue la misma línea al otro lado hasta encontrar un guayacán en el potrero llamado Las Brisas; sigue línea paralela a la quebrada Malena hasta la quebrada Sabaletica; allí tuerce a la derecha hasta los nacimientos de la misma; vuelve hacia la izquierda hasta encontrar la quebrada Malena, y ésta para abajo hasta el punto donde se encuentran, a unos veinte (20) metros de la carrilera frente al kilómetro 25, primer punto."

De la oposición conoció en primera instancia el Tribunal Superior de Medellín, quien pronunció sentencia el treinta y uno de julio de mil novecientos veinticuatro, de manera adversa a las pretensiones del opositor.

La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema declaró nulo lo actuado con posterioridad a la citación para sentencia en el Tribunal, por no haber tenido éste jurisdicción para conocer en primera instancia. (Providencia de veintisiete de agosto de mil novecientos veintiséis).

Pasaron los autos al Juzgado del Circuito de Yolombó y allí se dictó sentencia el siete de julio de mil novecientos veintiocho, en estos términos:

"1° Declárase improcedente la demanda de oposición incoada por el señor Juan B. Arango en su carácter de Presidente de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, de que se ha hecho mérito.

"2° En consecuencia, no es el caso de hacer las declaraciones pedidas en el libelo de dos de febrero de mil novecientos veintidós, y se absuelve, por tanto, a los demandados Alberto Angel, Harold B. Maynham y Banco Alemán Antioqueño de los cargos formulados en dicho libelo.

"3° Reconócese la existencia de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la Sociedad denominada Agrícola y de Inmigración para ejercitar el derecho de oponerse al denuncio del terreno baldío denominado Hacienda de California, de que trata este juicio.

"4ª Ejecutoriado que sea este fallo, devuélvase el expediente a la Gobernación para los fines legales."

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de veintitrés de septiembre de mil novecientos treinta, decidió así la segunda instancia:

"En mérito de lo dicho, el Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la sentencia recurrida, con costas a cargo del apelante; en cien pesos oro se estiman los trabajos y agencias en derecho. La Secretaría liquidará en oportunidad las otras." (Esta estimación fue rebajada posteriormente). Interpusieron recurso de casación el apoderado de la Sociedad Agrícola y de Inmigración y el señor Ernesto de Villa, heredero del socio Francisco de Villa.

El recurso lo otorgó el Tribunal, después de hacer avaluar la cuantía, y la Corte lo admite por hallarlo dentro de las condiciones legales.

Los recurrentes presentaron ante la Corte un memorial muy extenso, en el cual alegan la causal 1ª del artículo 2º de la Ley 169 de mil ochocientos noventa y seis, "porque en nuestra opinión—dicen—la sentencia recurrida viola disposiciones legales sustantivas, ya de modo directo, ya por indebida aplicación, y ya por interpretación errónea, e incurre en errores de derecho y de hecho en la apreciación de ciertas pruebas; todo esto según lo iremos indicando en el cuerpo de esta demanda."

En el primer motivo, los recurrentes dicen que el Tribunal, después de manifestar que los demandados le desconocen la personería sustantiva a la Sociedad actora por haber omitido el registro judicial y la publicación del extracto notarial de la escritura constitutiva y de copiar el artículo 472 del Código de Comercio y hacer mérito de los artículos 469 y 470 ibídem, agrega que la ley exige terminantemente la formalidad del registro y la publicación del extracto para que la escritura dé nacimiento jurídico a la entidad social y expresamente sancione esa omisión con nulidad absoluta de la Sociedad.

A esto ha de observarse que lo que da nacimiento legal y personería jurídica a una Sociedad anónima es el otorgamiento de la respectiva escritura, según el artículo 465 del Código de Comercio, relacionado con los artículos 551 de esa obra, 2º de la Ley 42 de 1936 y 2090 del Código Civil, cuando, como en el presente caso, se trata de una Sociedad civil anónima, porque, de conformidad con el primero de estos preceptos, la Sociedad se forma y prueba por la escritura, registrada con arreglo al Código Civil. De suerte que habiéndose traído a los autos la escritura constitutiva, debidamente registrada, de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, es incontrovertible que esta Sociedad adquirió vida legal y personería jurídica, pues para ello el susodicho artículo 465 del Código de Comercio no requiere otra cosa que deba hacerse constar en el instrumento social. Lo que sucede cuando no se registra judicialmente ni se publica el extracto como lo prescriben los artículos 469 y 470 del citado Código mercantil, no es que la Sociedad no se haya constituído, sino que el contrato queda viciado de nulidad absoluta entre los socios, pero que a pesar de esto se mantiene en vigor mientras no se le declare nulo por sentencia judicial en controversia en que sean partes los contratantes.

Citan los recurrentes algunas jurisprudencias de la Corte y continúan diciendo que esto tiene sólido apoyo en el artículo 26 de la Constitución, porque declarar nulo un contrato implica una condenación contra los que lo celebraron. Como no ha habido juicio en que se declare la nulidad absoluta de la Sociedad demandante, a ésta no le falta la personería sustantiva que le desconoce la sentencia al confirmar la de primera instancia en que se declara probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva.

Más aún. Si no se puede declarar la nulidad de un contrato sino en juicio que tenga como partes a los celebrantes, tampoco es legal desconocerle la personería sustantiva a una Sociedad de oficio o sin controversia en que se oiga a los contratantes; porque semejante declaración equivale a declarar la nulidad del contrato, cosa que no es dable hacer oficiosamente, según la doctrina de la Corte. Lo mismo es aplicable a la excepción de nulidad absoluta.

Además, si la declaración de ilegitimidad de la personería sustantiva o nulidad del contrato, pues son cosas equivalentes, obedece a haberla pedido los demandados en forma de excepción perentoria, no tuvieron ese derecho, que sólo lo concede el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, a los terceros a quienes perjudique el contrato, por tener interés en la cosa objeto de la convención. Porque el 24 de marzo de 1893, cuando ésta se pactó y consumó, ¿qué interés podían tener los demandados en el terreno que denunciaron más de veintidós años después y qué perjuicio pudo causarles el contrato social?

Como de la fecha del contrato a la de la sentencia pasaron más de treinta años, la nulidad se había saneado (artículo 15 citado), y a la Sociedad le asistía la personería que le niega la sentencia.

"De lo expuesto resulta:

"Que los artículos aplicables para acreditar la existencia y personería jurídica de la Sociedad demandante son el 465 del Código de Comercio y el 681 del Código Judicial;

"Que la sentencia viola directamente esos artículos;

"Que la sentencia viola por indebida aplicación los artículos 469, 470 y 472 del Código de Comercio, y

"Que la sentencia incurre en error de derecho al apreciar la prueba que suministra la escritura constitutiva de la Sociedad demandante y viola directamente el artículo 15 de la Ley 95 de 1890."

Se considera:

Según el fallo recurrido, la ley exige la formalidad del registro y la publicación del extracto para que la escritura dé nacimiento jurídico a la entidad social, al paso que para los recurrentes, la Sociedad adquirió vida legal y personería jurídica con el otorgamiento de la escritura respectiva, al tenor de los artículos 465 y 551 del Código de Comercio.

En sentir de la Corte, conforme al artículo 472 de este Código, la omisión de las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470 está equiparada a la omisión de la escritura social cuanto a sus efectos; de suerte que no puede pretenderse, que faltando tales solemnidades, la escritura dicha pruebe por sí sola la existencia de la Sociedad.

Cuando no se registra judicialmente ni se publica el extracto—agregan los recurrentes—lo que pasa no es que la Sociedad no se haya constituído, sino que el contrato queda viciado de nulidad entre los socios; pero a pesar de esto se mantiene en vigor mientras no se declara nulo

en controversia que tenga como partes a los contratantes; y si no se puede declarar nulo el contrato sino en una controversia de tal clase, tampoco es dado desconocerle la personería sustantiva a la Sociedad, de oficio o en juicio en que no se oiga a todos los contratantes, porque semejante desconocimiento equivale a una declaración de nulidad.

Empero, téngase presente que la declaración de la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la Sociedad Agrícola y de Inmigración hecha en las sentencias de instancias, encuentra apoyo en el artículo 480 del Código que se viene citando. Se ha traído como prueba de la Sociedad demandante la escritura número 319, de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve; en ella se trata de la reconstitución de la antigua Sociedad del propio nombre, con los mismos derechos y obligaciones, pero cambiando en parte los socios y señalando término para su duración. Ahora bien: como el extracto de la escritura en que se cumplieran estas cosas no fue registrado ni publicado, el acto llamado de reconstitución no produce efectos contra terceros, con arreglo al mencionado artículo 480. En esta falta de efectos pudieran fundarse los opositores para alegar la excepción y el sentenciador para declararla; en lo cual no hay violación legal, porque si el acto de reconstitución no afecta a dichos opositores, que son terceros, la Sociedad reconstituída carece de personería para ejercitar una acción contra ellos. Por lo demás, es forzoso admitir que Angel, Maynham y el Banco estaban facultados para valerse de la excepción como de una medida defensiva, de conformidad con el artículo 466 del anterior Código Judicial. Aquí no ocurre el caso de una acción de nulidad, sino de una excepción de ilegitimidad, que fue lo reconocido en las sentencias del Juez y el Tribunal.

Cuanto a que los demandados no pudieron pedir la declaración de la ilegitimidad de la personería o de la nulidad (que son puntos equivalentes al decir de los autores del recurso), porque cuando se consumó el contrato de sociedad por medio de la escritura de veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve carecían de interés en la cosa objeto de la convención, adviértase (en el supuesto de la nulidad absoluta) que el agraciado por la de un contrato en que no tuvo parte puede solicitar su declaración cuando tenga interés actual en ello, una vez que el artículo 15 de la Ley 95 de mil ochocientos noventa no exige que el interés coexista con la celebración del contrato.

Se expresa en la demanda que como desde la fecha del contrato a la de la sentencia pasaron más de treinta años, la nulidad se había saneado y a la Sociedad le asistía la personería que el fallo le niega. Empero, si el acto de reconstitución no produjo efecto alguno contra terceros, al tenor del artículo 480, el solo curso del tiempo no alcanza a conferírselos. La prolongación de la duración de la Sociedad no hace desaparecer los inconvenientes de la falta de publicidad, que es requisito esencial.

Síguese de lo dicho que no se halla violado el artículo 485 del Código de Comercio, porque aunque aducida en el juicio la escritura social, como se ha acreditado que el extracto de ella no fue registrado en el Juzgado ni publicado, ya el solo instrumento no sirve de prueba suficiente de la existencia jurídica de la Sociedad; que tampoco aparecen quebrantados por indebida aplicación los artículos 469, 470 y 472, porque de conformidad con el artículo 480 es preciso tener presente su contenido en el caso de la litis; que la sentencia no incurre en error de derecho al apreciar la escritura constitutiva de la Sociedad, ni viola, por último, el artículo 15 de la Ley 95 de mil ochocientos noventa.

En el segundo motivo exponen los recurrentes que, según la sentencia acusada, el artículo 472 del Código de Comercio debe entenderse en el sentido de que la nulidad absoluta de que él habla es general, para todos, no para los socios solamente.

La sentencia sustenta esta tesis diciendo que la nulidad proviene de la violación de preceptos que la ley exige para la vida de la Sociedad, sin el cumplimiento de los cuales no adquiere existencia el contrato, ni produce relaciones jurídicas con terceros; que si así no fuera, quedarían sin sanción el quebrantamiento de disposiciones de orden público y sería una misma la situación de los contratantes y su contrato, cumpliéranse o nó dichas disposiciones; que la nulidad suspende los efectos jurídicos de la Sociedad; que cuando ese artículo 472 expresa que la nulidad se produce entre los socios, da a entender que éstos no pueden ampararse en ella para dejar de cumplir las obligaciones contraídas a nombre de la Sociedad; que si el contrato es nulo entre los socios, tiene que serlo para los terceros o para todos, de tal manera que decir que el contrato de sociedad sólo es nulo entre los socios equivale a no decir nada, y que si es verdad que los terceros que contratan con una sociedad mal constituída no pueden sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones, también es cierto que los derechos que emanan de esas obligaciones no los puede ejercitar una sociedad viciada en su constitución.

A lo cual hay que replicar que siendo claro el artículo 472, en su espíritu y en su letra, pues establece terminantemente que la omisión de los requisitos a que alude produce nulidad absoluta entre los socios, también es ininterpretable, porque de manera expresa lo prohibe el artículo 27 del Código Civil. Anda, pues, fuera de lo legal la tesis de la sentencia cuando manifiesta que ese artículo ha de entenderse en el sentido de que la nulidad es de carácter general y no para los socios únicamente. Si la nulidad es una sanción civil contra los socios, no puede caer también entre los que no lo sean, como caería por obra de la indebida e ilegal interpretación de la sentencia.

La omisión del registro judicial y de la publicación del extracto causa nulidad absoluta entre los socios, pero no anulan el contrato de sociedad, ni de hecho ni de derecho, sino que se mantiene en vigor hasta que la nulidad sea declarada judicialmente en juicio en que intervengan los contratantes. Si se verifica una compraventa que está viciada de nulidad absoluta, el comprador entra en posesión de la cosa comprada y se aprovecha de ella, y otro tanto hace el vendedor con el precio; y si se trata de una sociedad, los aportes pasan a ella y en seguida vienen las operaciones que se propuso y las ganancias o las pérdidas. Luego no es cierto que un contrato nulo suspende sus efectos o los impide, como habría sido más propio que lo dijera la sentencia.

El hecho de que los socios son responsables para con terceros de las obligaciones que contraigan en nombre de la Sociedad mal constituída y el que a los terceros que contratan con ella les sucede igual cosa, como lo dice la sentencia tomándolo de los artículos 472 y 479 del Código de Comercio, en vez de demostrar la inexistencia de la

Sociedad y su falta de personería jurídica, producen el efecto contrario, pues sólo teniendo esos dos requisitos puede contraer aquélla obligaciones y adquirir derechos contra terceros y ejercerlos para hacerlos efectivos.

"Conclusiones de lo que precede:

"El artículo aplicable para resolver que la nulidad absoluta de que habla el artículo 472 del Código de Comercio se contrae a los socios, es ese mismo artículo.

"La sentencia viola ese artículo por interpretación errónea, pues, según ella, dicha nulidad no se limita a los socios, sino que es general para todos.

"La sentencia viola directamente el artículo 27 del Código Civil, que prohibe interpretar las disposiciones claras de las leyes, como lo es el citado artículo 472."

Se considera:

El Tribunal le dio al artículo 472 del Código de Comercio una interpretación distinta de la que propugnan los recurrentes, al sostener que la nulidad que él establece no se limita a los socios, porque "si un contrato es nulo entre las personas que lo han celebrado, es evidente que tiene que serlo respecto de todas." Sin embargo, no declaró la nulidad del contrato de reconstitución de la Sociedad Agrícola por no hallarse manifiesta en el acto, una vez que la falta del registro judicial y de la publicación del extracto no aparece no podría aparecer en la escritura. Esto quiere decir que los conceptos impugnados no tuvieron influencia sobre la parte resolutiva de la sentencia, en la cual se confirmó la declaración de la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la citada Sociedad, declaración que tiene firme apoyo legal en lo dispuesto en el artículo 480 del mismo Código, según lo explicado en el punto anterior. Luego, en el supuesto de que aquellos conceptos sean errados, no por ello habría motivo para infirmar el fallo.

En el tercer motivo se refieren los recurrentes al concepto de la sentencia según el cual como la falta del registro judicial del extracto constituye la omisión de una solemnidad esencial en el contrato, tal registro no puede considerarse con independencia del contrato para darle vida jurídica a éste, tanto menos cuanto que las personas jurídicas son creación de la ley y por lo mismo corresponde al legislador determinar la manera de formularlas, sin que quede al arbitrio de las personas naturales darles una composición diferente; por lo cual la entidad que ejercita una acción debe probar que tiene existencia legal, cosa imposible esta vez, porque está acreditado que la Sociedad demandante omitió el registro judicial del extracto de la escritura constitutiva y su publicación.

Observan a esto los recurrentes que, en el fondo, se trata de lo mismo que había dicho la sentencia en los conceptos examinados en el primer motivo, y agregan que los requisitos esenciales de un contrato constitutivo de una sociedad anónima civil, cual es la Agrícola y de Inmigración, son los detallados en el artículo 1° de la Ley 42 de 1898, y eran antes los que indicaba el artículo 552 del Código de Comercio. Por eso siempre que en juicio ha sido necesario probar la existencia de una sociedad anónima, ha bastado presentar la respectiva escritura provista de la nota de registro. La constancia del registro judicial y publicación del extracto no son requisitos que deban constar en la escritura. La omisión de estos requisitos acarrea la sanción de nulidad absoluta entre los socios, y eso nada más es el objeto de la sanción; pero no el de invalidar el contrato en general, ni siquiera entre los mismos socios, mientras la nulidad no sea declarada en controversia en que intervengan los contratantes.

De lo expuesto, se deducen estas conclusiones:

"El artículo aplicable para resolver si la escritura constitutiva de la Sociedad Agrícola y de Inmigración tiene los requisitos esenciales para su validez es el 1° de la Ley 42 de 1898.

"La sentencia viola ese artículo por interpretación errónea, pues considera que para ese efecto también era esencial el registro judicial y la publicación del extracto."

Se considera:

Aseveró el fallo acusado que la falta del registro judicial del extracto constituye la omisión de una solemnidad, y que si ésta corresponde a la esencia del contrato, ha de concluirse que tal registro no puede mirarse como independiente del contrato para estimar la vida jurídica del mismo.

Ya al examinar el primer motivo, se dijo que la omisión de las solemnidades de los artículos 469 y 470 del Código de Comercio está equiparada a la omisión de la escritura social; por donde ésta sola, si faltaron aquéllas, no alcanza a probar la existencia de la sociedad.

Es cierto que los requisitos que ha menester para su eficacia un contrato de sociedad anónima son los detallados en el artículo 1° de la Ley 42 de mil ochocientos noventa y ocho, que versan sobre las estipulaciones estrictamente contractuales; pero también es necesaria para aquella validez la observancia de los otros requisitos atinentes a las solemnidades de forma, como el registro y la publicación del extracto, prescritos por el artículo 2° de la misma Ley.

Por tanto, la sentencia no quebranta el citado artículo 1°, porque, fuera de las estipulaciones que deben consignarse en la escritura de fundación, el contrato de sociedad anónima exige otras solemnidades (las ya indicadas), exigencia que se encuentra en distinto texto legal. Hé aquí porqué no prospera este motivo.

En el cuarto motivo exponen los recurrentes que el sentenciador gradúa de injurídica la tesis de que las sociedades son válidas ante la ley mientras la nulidad no se declare en juicio. Para esto alega que la nulidad absoluta produce sus efectos ipso jure, o sea por ministerio de la ley, de suerte que no hay que declararla judicialmente; que la declaración judicial de la nulidad sólo debe efectuarse cuando es relativa, a pedimento de las personas que pueden solicitarla; que la declaración de la absoluta puede hacerse de oficio cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato y que a las relativas es a las que se refiere el artículo 1748 del Código Civil.

Arguyen los recurrentes que es inaceptable la teoría de que los efectos de la nulidad absoluta se cumplen por el solo ministerio de la ley, de manera que no hay para qué declararla judicialmente. El legislador establece sanciones, tanto en materia civil como en materia criminal, pero no las hace efectivas, pues esto es atribución que corresponde al Poder Judicial y a las autoridades administrativas. Los Jueces civiles son los que declaran nulos los contratos, y los de lo criminal, los que imponen la pena a los culpables. Si así no fuera, resultaría el absurdo de que tales sanciones no se consumarían, sino que quedarían establecidas en las leyes, mas sin efectividad. Si es verdad que quien ejecuta un acto o celebra

un contrato viciado de nulidad absoluta no puede pedir que se la declare en juicio, no es menos cierto que el Juez debe declararla de oficio si aparece de manifiesto en el acto o contrato, que la debe solicitar el Ministerio Público en beneficio de la ley o de la moral y que de igual facultad está investido todo el que tenga interés en que se haga tal declaración, al tenor del artículo 15 de la Ley 95 de 1890. Precisamente se expidió este artículo para que la sanción de nulidad no se quedara escrita en la ley. Y nótese que este artículo implícita, pero claramente, indica que debe seguirse el juicio para invalidar los contratos viciados de nulidad absoluta, porque es en ese juicio donde el Juez ha de cumplir la misión que la ley le impone, ya de oficio, ya a solicitud de los que puedan demandar la nulidad. También se necesita el juicio para que los contratantes sean oídos en él y no se les condene con quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución, así como para que la sentencia produzca efectos contra ellos conforme al artículo 846 del Código Judicial.

No debe temerse—prosiguen los impugnadores—que los contratantes burlen la ley, dejando de cumplirla, porque su mayor interés está en que sus convenciones se ajusten completamente a ella, pues de eso depende la seguridad y firmeza de los derechos que adquieran y de las obligaciones correlativas a esos derechos. El derecho que reconoce el artículo 1748 del Código Civil no se refiere a las nulidades relativas nada más, sino también a las absolutas, pues habla en general, sin hacer distinción ninguna, y armoniza con el 1746 de la misma obra, según el cual la nulidad, sea absoluta o relativa, porque tampoco distingue, pronunciada en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada, da derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiera existido el acto o contrato nulo. Para que esto pudiera verificarse se dictó el artículo 1748, pues el 1746 no lo dice. De aquí proviene la íntima relación entre esas dos disposiciones, de las cuales la segunda complementa la primera.

Concluyen los recurrentes:

"Aunque las teorías que acabamos de combatir no miren propiamente al fondo del asunto, conviene observar que violan directamente el citado artículo 15 y, por interpretación errónea, los artículos 1746 y 1748 del Código Civil, artículos todos que son los aplicables para llegar a la conclusión de que es necesario un juicio para declarar la nulidad absoluta de los actos o contratos afectados con semejante vicio."

Se considera:

Como, de conformidad con lo dicho antes, el Tribunal se abstuvo de declarar la nulidad absoluta que él estima existente en la reconstitución de la Sociedad demandante, los conceptos aquí impugnados tampoco influyeron en la parte resolutiva de la sentencia y, por tanto, no alcanzan a producir la casación de ella. Los recurrentes reconocen que tales conceptos no miran propiamente al fondo del asunto que se ventila.

Manifiesta el Tribunal que lo dicho acerca de la nulidad de la Sociedad y de su falta de personería sería suficiente para soltar la litis en pro de los demandados; pero no obstante, entra en el fondo de la cuestión debatida, como si aquella personería se hubiera acreditado.

Contra esta segunda parte de la sentencia aduce la entidad demandante una larga serie de reparos, que debe examinar la Sala, procurando, eso sí, darles la posible concisión.

Transcriben los recurrentes este párrafo de la sentencia:

"Dicho lo anterior, procede apreciar si las leyes nombradas al principio confirieron por sí al Estado de Antioquia la propiedad de las trescientas mil hectáreas; si la entrega de que trata la Ley 18 debió cumplirse con prescindencia de los bonos de concesión a que se refiere la ley, o si, por el contrario, era éste su fundamento y debía regirse, por tanto, de acuerdo con las disposiciones fiscales vigentes en aquella época, o si, como lo insinúa la parte demandante, ésta tiene un derecho preferente a cualquier denunciante respecto de los terrenos a uno y otro lado del ferrocarril en la extensión necesaria hasta completar las 200,000 de que se trata."

Exponen que para resolver estas cuestiones la sentencia emprende un dilatado estudio en el cual sostiene once conclusiones; que son impugnadas en la demanda de casación.

Se considera:

Por razones de método, se pondrá cada conclusión con la objeción que se le hace:

1ª Las Leyes 63 de mil ochocientos setenta y dos y 18 de mil ochocientos setenta y cuatro, dejaron indeterminados los lugares donde debían tomarse las tierras, pues la primera apenas se refiere a doscientas mil hectáreas en el territorio antioqueño y la segunda, si habla de cien mil hectáreas a uno y otro lado del ferrocarril, en lotes alternados de a diez mil, no singulariza de modo preciso el lugar en donde habían de tomarse.

Arguyen los recurrentes que si las leyes no hicieron la determinación de los lugares, ni la hizo tampoco el Estado cesionario, sí la ejecutó la Sociedad demandante por conducto de su apoderado doctor Clímaco A. Palau, por medio de memorial elevado al Ministro de Obras Públicas el diez y nueve de mayo de mil novecientos once. Desde entonces cesó la indeterminación de las tierras y quedó hecha la elección del lugar donde ellas se tomaban, y el no haberlo reconocido así la sentencia implica error de derecho en la apreciación de la prueba que suministra la copia auténtica del memorial, a la par que violación del artículo 681 del Código Judicial.

Obsérvase que es cierto que el doctor Palau presentó el memorial referido y en él solicitó que, por cuanto en Puerto Berrío había una extensión baldía superior a doscientas mil hectáreas, se cumplieran en dicha extensión las mencionadas Leyes 18 y 63. Al efecto, indicó dos lotes, partidos por la línea y circunscritos por linderos. Empero, la Sala estima que el memorial no puede ser mirado como un denuncio propiamente jurídico, por razones explicadas en otras sentencias de pleitos análogos al presente. De la proferida en el juicio ventilado con Pedro Trucco se toma lo siguiente:

"Para la Sala, el memorial de que se trata no tiene el valor jurídico de un verdadero denuncio de baldíos. Presentado en mil novecientos once, bajo la vigencia del Código Fiscal de 1873, ha debido ceñirse a los principios de este cuerpo de disposiciones y de sus leyes adicionales y reformatorias.

"Como lo expuso la Comisión de Abogados Auxiliares, en su nota de 4 de junio de 1911, dirigida al Ministro de Obras Públicas, la Sociedad Agrícola y de Inmigración estaba sometida a las leyes fiscales comunes en todo lo

que no contraviniera a las especialidades consignadas en las mencionadas Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874.

"Para lograr la adjudicación de las doscientas mil hectáreas de la primera de estas leyes, el Presidente del Estado de Antioquia debió acomodar su solicitud al procedimiento detallado en el Decreto proferido por el de los Estados Unidos de Colombia el siete de enero de mil ochocientos setenta: esto antes de la expedición y vigencia del Código Fiscal de 1873 (Ley 106, de 13 de junio de dicho año).

"Sea que se hubieran observado las disposiciones de aquel decreto o que hubiera mediado un convenio especial entre el Estado de Antioquia y el Gobierno Nacional, es lo cierto que éste expidió, con fecha tres de junio de mil ochocientos setenta y tres, cuarenta títulos de tierras baldías, de a cinco mil hectáreas cada uno, a favor del susodicho Estado, a cuyo Gobierno le fueron remitidos por conducto de don Basilio Martínez.

"La mitad de estos títulos y los que después se expidieron en cumplimiento de la Ley 18 de 1874, fueron aportados por el señor Cisneros a la Sociedad; y dueña ésta de ellos, ha debido solicitar en cambio de los mismos la respectiva adjudicación de las tierras. Ahora bien: el procedimiento, que puede verse detallado en la circular del Secretario de Hacienda del Gobierno Nacional, dirigida el 15 de octubre de 1884 a los Secretarios Generales de Hacienda de los Estados y a los Prefectos de los Territorios Nacionales, exigía que con el memorial elevado al Presidente del Estado o Prefecto del Territorio para denunciar las tierras como baldías se acompañasen una información de testigos y los títulos de concesión suficientes para cubrir el número de hectáreas pretendido. Empero, como la Sociedad Agrícola y de Inmigración no adujo, con el memorial de su apoderado doctor Paláu los títulos de los baldíos que solicitaba, no es dable afirmar que dicho memorial poseyera las condiciones legales necesarias para considerarlo como verdadero denuncio."

Por esto no procede la inculpación de error de derecho que se le hace a la sentencia en la apreciación del memorial, ni la transgresión del artículo 681 del anterior Código Judicial.

Conclusiones 2ª, 3ª y 4ª. Para adquirir esas tierras era necesario, además de la elección de los lugares, medirlas y practicar las demás diligencias señaladas por las leyes sobre la materia, cosas que ni el Gobierno de Antioquia ni sus sucesores han verificado. Por otra parte, no existe disposición alguna en el Código Fiscal anterior ni en el actual que impida el establecimiento de colonos en determinados puntos de Antioquia.

Alegan los autores del recurso que, desde que por leyes especiales se destinaron dichas tierras a determinados fines, unas al fomento de la inmigración y otras a auxiliar la construcción del ferrocarril de Antioquia, quedó implícita pero claramente prohibido destinarlas para objetos diferentes, como adjudicación a colonos cultivadores a ocupantes con ganados, o a cambio de títulos de concesión, porque a ello se opone el artículo 200 del Código Político y Municipal que ahora rige y se oponía el 243 del precedente. Y no sólo esto, sino que a cualquiera persona le quedó prohibido situarse en esas tierras con ánimo de adquirirlas por uno de aquellos medios, sin que pueda servirles de amparo el desconocimiento de las citadas leyes, porque todos tienen la obligación de conocer las leyes. Lo que quiere decir que los demandados, antes de ocupar el terreno de la hacienda de California, debieron inquirir si legítimamente podían hacerlo, y que si no lo hicieron o que si a pesar de ello lo hicieron, tienen que soportar las consecuencias por haber invadido derechos ajenos, los de la Sociedad demandante. De suerte que, aunque por las disposiciones generales sobre baldíos cualquiera puede situarse en tierras de esa clase con ánimo de ganar su dominio, en virtud de leyes especiales, que priman sobre las generales, les está vedado hacer eso, y que la sentencia, por no haberlo reconocido así, viola directamente el citado artículo 200 y, por indebida aplicación, aquellas leyes generales. Tampoco resulta el absurdo de que habla la sentencia, de que por aplicar las Leyes 63 y 18 no podrían denunciarse tierras baldías en el territorio antioqueño y toda iniciativa quedaría sometida a esas leyes; tanto menos cuanto que en Antioquia no ha habido doscientas mil hectáreas de tierra no más, sino varios centenares de miles de hectáreas.

Respóndese que las Leyes 63 y 18 no le cedieron al Estado de Antioquia partes de terrenos baldíos singularizadas y circunscritas por lindes; y si a la destinación concebida en esos textos legales se le diera el sentido lato que pretenden los impugnadores, se producirían graves inconvenientes. En efecto, como la Ley 63 dispuso que las doscientas mil hectáreas aplicables al fomento de la inmigración debían tomarse en el territorio antioqueño, no hubiera podido adjudicarse a terceros en todo el suelo del Estado ni una mínima porción de tierra baldía por estar todo él vinculado a esa destinación. Lo mismo, guardada la debida proporción, es dable observar respecto de la concesión 3ª del artículo 1º de la Ley 18, aunque en los aledaños de la vía férrea pueda haber mucho más de cien mil hectáreas, una vez que no se ha acreditado en el juicio que apenas haya esta cantidad, no sería factible adjudicar baldíos allí por hallarse íntegramente esa zona, según piensan los recurrentes, sujeta a la ligadura de la destinación. Y todo ello durante el tiempo, dilatable indefinidamente, que tardara la Agrícola en hacer la elección. Esto demuestra que no bastaba la destinación consagrada en términos generales en la ley para impedir toda adjudicación en los contornos de la línea férrea, sino que era preciso ejecutar por las vías pertinentes esas Leyes con el fin de hacer práctica la destinación. No ha sido quebrantado el artículo 200 del Código Político y Municipal, ya porque, se repite, las Leyes 63 y 18 no cedían tierras determinadas concretamente, ya porque dicho artículo se refiere a los bienes de los Municipios, y por lo mismo, nada tiene qué ver en la presente cuestión sobre baldíos.

Conclusiones 5ª y 6ª Estudiadas las Leyes en sí mismas, bien pudo el Estado de Antioquia ejercer su derecho personal en las tierras, determinando éstas en la forma legal y sirviéndose de título las mismas Leyes; pero como aceptó la expedición de bonos para adquirir el derecho, modificó su primer título y los bonos son los que han de tenerse en cuenta para hacer efectivo el dominio; y lo mismo cabe decir respecto de los sucesores del Estado, quienes adquirieron derecho preferente a la adjudicación de las tierras, pero sujetos a la condición de la Ley antioqueña, 36 de 1877, la cual señaló un término para la mensura de las tierras en su artículo 3º, pues esa mensura era necesaria para dar principio a los trabajos en los seis meses de que allí se habla, so pena de que todo cultivo que ejecutaran fuera del terreno medido, de nada les aprovechase para los fines de la cesión.

Replican los recurrentes que, como ya se vio en la copia de la parte petitoria de la demanda, en el juicio no se trata de decidir si el Gobierno de Antioquia o la Sociedad pudieron ejercer sus derechos sobre las tierras cedidas invocando como títulos las referidas Leyes o los bonos, ni si para ello debían medirlas dentro de cierto tiempo, ni si antes de la medida tenían o nó significación alguna los trabajos que ejecutaran en las mismas; y es, por tanto, improcedente cuanto sobre el particular expone la sentencia.

"Pero si hay que convenir en que esos trabajos, de los cuales dan cuenta las declaraciones de los folios 46 a 49 del citado cuaderno de pruebas (de la Sociedad demandante), demuestran el cumplimiento del artículo 3° de la mencionada Ley 63, y que a su vez prueban la elección del lugar donde se tomaban las tierras y que se entraba en posesión de ellas."

Anota la Corte que en este reparo no hay acusaciones precisas de errores evidentes de hecho o errores de derecho ni cita de disposiciones legales infringidas como consecuencia de ellos; lo cual era forzoso para la formulación técnica del cargo, de conformidad con el artículo 9°, inciso 2°, de la Ley 90 de mil novecientos veinte.

Conclusión 7ª. El demandante no ha probado que posea la calidad de colono dentro del territorio de la hacienda de California, ni que éste se comprenda en los lotes alternados, y sin esa prueba no puede decirse que tenga mejor derecho que los demandados.

Según los hechos fundamentales y las razones de derecho de la demanda—comentan los recurrentes—la Sociedad fundó el mejor derecho que reclama en las Leyes 63 y 18. A nada conduce, por tanto, el decir que no ha probado que sea colono en los terrenos que componen la hacienda. La sentencia por ofuscación admitió que los bonos sustituyeron a aquellas leyes y puso a la Sociedad en igual caso que los tenedores de títulos de concesión de tierras baldías. Lo cedido por esas leyes, que no han sido derogadas, fueron tierras, y el Estado pudo cederlas y las cedió al señor Cisneros. Esto se desprende del texto de las leyes en la parte que emplean las voces **ceder y concesión**, de los términos de la adjudicación del Consejo de Estado al expresado señor, y de los artículos 22 y 36 del contrato sobre construcción del ferrocarril. Sí está probado que la hacienda de California se comprende en las doscientas mil hectáreas, pues la prueba resulta de la comparación de los linderos de los dos terrenos.

"De donde se sigue que la sentencia viola de nuevo por interpretación errónea el artículo 1° de la Ley 63 de 1872 y la concesión 3ª del artículo 1° de la Ley 18 de 1874, que son los aplicables para saber que lo cedido fueron tierras, y que incurre en error de hecho respecto de la prueba que suministra la adjudicación del Consejo del Estado de Antioquia, los citados artículos 22 y 36 los alinderamientos a que nos hemos referido en este comentario."

Se contesta que la sentencia, después de decir que la Sociedad antes de dar principio a sus trabajos debía medir las tierras, sin lo cual todo cultivo que hiciera quedaba fuera de la cesión y sometido a los derechos que conforme a la legislación entonces imperante correspondían a los colonos, añade el concepto aquí censurado, o sea, que no comprobó que tuviera la calidad de colono dentro del terreno de California. Sin duda, con esto quiso significar el fallo que no acreditó la Sociedad su mejor derecho ni como concesionaria ni como cultivadora o colona. Puede ser impertinente este concepto, pues la Sociedad realmente no demanda derechos como tal cultivadora; pero su rechazo no alcanza a producir la infirmación del fallo. Ni aparece la violación, por interpretación errónea, del artículo 1° de la Ley 63 y la concesión 3ª del artículo 1° de la Ley 18. El Tribunal asevera que estas leyes no cedieron tierras individualizadas, y la Corte estima que no contienen cesión de cuerpos ciertos por el propio motivo de su falta de individualización; de suerte que, vista la forma de las cesiones, el Estado de Antioquia o su sucesor tenían que hacer ejecutar dichas leyes, por los procedimientos pertinentes, para lograr el dominio en concreto. La adjudicación del Consejo del Estado debe entenderse en sentido que cuadre con el artículo 8° de la Ley XXXVI de mil ochocientos setenta y siete, y en la escritura llamada de remate, otorgada por el Administrador General del Tesoro al señor Cisneros, se lee que este empleado, debidamente autorizado, traspasa y endosa a don Francisco J. los veinte títulos de tierras baldías, números 20 a 39, de a cinco mil hectáreas cada uno, expedidos por el Gobierno de la Unión a favor del Estado, títulos que entregó a don Juan de S. Martínez, recomendado de Cisneros; de donde se colige, y así lo entendió el Tribunal, que fueron cedidos los títulos, con el derecho que representaban para la adquisición en concreto de las tierras, y no éstas directamente. Igual inteligencia es preciso asignar a los artículos 22 y 36 del contrato para la construcción del ferrocarril, celebrado el dos de mayo de mil novecientos ochenta y dos. Es que importa tener presente que las Leyes 63 y 18 necesitaban cumplimiento por los respectivos trámites de procedimiento. La objeción relativa a la prueba de que el terreno de California queda abarcado por los linderos de los lotes que detalló el apoderado doctor Palau no es de importancia, por no mirarse dicho memorial como un denuncio jurídicamente apto. Por todo lo expuesto, no prospera el actual motivo.

Conclusión 8ª. La expedición de bonos vinculó a ellos el primitivo derecho emanado de las Leyes 63 y 18.

Expresan los recurrentes que los bonos territoriales son, en general, documentos en virtud de los cuales se puede solicitar la adjudicación de las tierras baldías que a ellos se refieren, y en tal caso no sería quizás impropio sostener que el derecho a las tierras estaba vinculado a los bonos. Pero cuando se expiden respecto de tierras cedidas por leyes especiales no sucede eso, porque el derecho está vinculado a esas leyes, que son las que lo otorgan; y los bonos están por demás o sólo sirven para indicar el procedimiento, no para la adjudicación, que ésta la hacen las mismas leyes al emplear la palabra ceder u otras equivalentes, sino para obtener el reconocimiento del derecho y la entrega material, a menos que dichas leyes dispongan la manera de practicar estas cosas o que esté previsto en las disposiciones generales sobre baldíos, el artículo 904 del Código Fiscal de 1873, por ejemplo. Este es el caso de la Sociedad. La sentencia incurre en error de derecho al apreciar la prueba que suministran los bonos cuando sostiene que en ellos se vincula el derecho de la Agrícola a las tierras, poniendo a un lado las leyes que cedieron ese derecho.

Obsérvase que hay impropiedad en el concepto del Tribunal cuando asevera que el Estado de Antioquia, al aceptar los bonos territoriales, modificó el título primitivo (las leyes) o aceptó un nuevo título, que es el que ha de tenerse presente para la efectividad del derecho. Las leyes son el título mediato, que requerían cumpli-

miento por medio de la expedición de los bonos y las demás operaciones conducentes hasta lograr la adjudicación precisa de las tierras y su entrega material. Los bonos son, puede decirse, el principio del cumplimiento. Otra cosa sería si las mentadas leyes hubieran cedido tierras especificándolas como cuerpos ciertos. Ya ha declarado la Corte en otras sentencias sobre la misma materia de la presente que, vista la forma de las cesiones, el Estado de Antioquia o su sucesor tenían que hacer ejecutar las leyes para conseguir el dominio concreto, y el modo consistía en la presentación de los bonos o títulos para su cambio por tierras baldías, de acuerdo con los procedimientos respectivos. El Código Fiscal de 1873 hablaba de certificados (artículos 909 y 910) y los llamaba títulos de concesión. Es claro que el certificado único podía subdividirse, bien por ministerio de decretos reglamentarios o por pactos con los interesados o por aplicación analógica del artículo 872 ibídem. El artículo 904 de este Código preceptuaba la manera de iniciar el proceso encaminado a obtener la declaración de los derechos a tierras baldías reconocidas a los Estados de la Unión en calidad de tales (artículo 901). De suerte que, a pesar de la impropiedad o deficiencia del concepto del fallo, no hay causa para su infirmación.

Conclusión 9ª. El Gobierno de Antioquia no podía ceder tierras sino bonos, ni se pueden alegar éstos y las leyes con independencia, pues aquéllos y éstas forman un solo título al derecho en las tierras.

Para los recurrentes, desde que sea cierto, como lo es según ellos, que lo cedido por las Leyes 63 y 18 fueron tierras, queda fuera de duda que el Estado cesionario pudo cederlas, como las cedió, al señor Cisneros, y si además era dueño de bonos territoriales, pudo igualmente endosarlos, porque todo propietario está facultado para enajenar lo suyo. Aquellas leyes y estos bonos son cosas diferentes en esencia, mas la sentencia realizó el prodigio de hacer de ellos una sola como título del derecho a las tierras. Nuevamente incurre, por tanto, el fallador en error de derecho al apreciar la prueba de los bonos.

Respóndese que, como ya está explicado, las leyes no transfirieron tierras singularizadas y que habían menester, para su efectividad, un proceso de cumplimiento, del cual era parte indispensable la expedición de los títulos. No se acepta por esto la acusación.

Conclusión 10. La cesión de la Ley 18 quedó sometida a condiciones.

Objetan los autores del recurso que, conforme al artículo 2º de la Ley 13 de 1874, las tierras no podían ser empleadas sino para auxiliar la construcción del ferrocarril, y sobre esa base podía el Gobierno estipular los términos en que la concesión se llevaría a efecto y los casos en que cesarían o se suspenderían temporalmente. Desde que se constituyó la Sociedad las tierras se han mantenido a la disposición del ferrocarril, según se ve en las escrituras de constitución y reconstitución. No se sabe si el Gobierno estipuló cosa alguna sobre el particular; pero si la estipuló, fue cumplida, como lo acredita el hecho de que en 1916 le reconoció su derecho a la Sociedad. Otro artículo que cita la sentencia para justificar su afirmación sobre condiciones es el 3º de la propia Ley 18; pero la exigencia de este artículo fue también cumplida con el artículo 11 del contrato sobre construcción del ferrocarril, por medio del cual el cesionario se comprometió a dar pasaje gratis a los empleados y tropas de la Unión, en servicio de ésta, y transporte gratuito a las encomiendas y correspondencia de los correos nacionales y a transmitir del mismo modo los telegramas del Gobierno.

"De manera que es infundado el reparo de la sentencia sobre el particular y que abre campo para hacerle el cargo de que incurrió en error de hecho respecto de las pruebas de que hacemos mérito en este comentario."

Contéstase que el Tribunal manifestó que la Ley 18 sí determinó la región de Puerto Berrío y la forma de tomar esas tierras en lotes alternados de a diez mil hectáreas; pero es lo cierto que ni el Estado ni sus cesionarios habían dado cumplimiento a esa Ley, llenando las condiciones requeridas para el caso. Entiende la Corte que el sentenciador, al hablar de condiciones, quiso significar las del procedimiento que debía ejecutarse a fin de conseguir la adjudicación; y en este sentido es cierto que la Sociedad Agrícola no ha acudido a los trámites adecuados para lograr su propósito. Luego no se descubre el error de hecho imputado al fallo. (Adviértase de paso que la Ley 18 no determinó solamente la región de Puerto Berrío para la ubicación de las hectáreas, sino los dos lados del camino).

Conclusión 11. Los derechos adquiridos por Cisneros tenían que ser los correspondientes a los bonos, pues bonos fue lo que remató y se le endosó.

Repiten los impugnadores que no fueron bonos lo que adquirió el mencionado señor en virtud de las cesiones que le hizo el Estado de Antioquia y que al sostener la sentencia que fueron bonos nada más, cae en error de derecho al estimar las pruebas de semejantes cesiones.

Para desechar este cargo, se remite la Sala a lo que se apuntó sobre el particular en el examen de la conclusión 7ª

Continúan los recurrentes impugnando conceptos emitidos en otros pasos de la sentencia; y para estudiar esta parte de la acusación,

Se considera:

Empiezan por el relativo a que los actuales poseedores de los bonos no han obtenido la entrega de las tierras ciñéndose a las prescripciones legales que rigen la materia, y por ello no pueden alegar el derecho de dominio que les otorgaría la entrega. Como el juicio no versa sobre entrega ni sobre dominio, sino sobre el mejor derecho que sustenta la Sociedad con apoyo en las Leyes 63 y 18, la sentencia incurre, dicen los autores del recurso, en error de hecho al estimar la prueba que suministra la parte petitoria de la demanda. Empero, este concepto forma parte de la argumentación general que desarrolla la sentencia y no implica, de suyo, mala interpretación de aquella parte.

Expone el sentenciador que la Sociedad Agrícola y de Inmigración sólo tiene derecho a tierras adjudicables en las condiciones generales, y su cedente Cisneros no le transmitió por la escritura número 334 el dominio de ningún inmueble determinado, por no tener sino bonos, y eso fue lo que aportó; por donde la Sociedad no puede fundar su oposición sino en cuanto de los bonos se dedujera el derecho al terreno denunciado, lo que no es posible, porque la adquisición a cambio de títulos no se lleva a cabo sino respetando los derechos de los colonos. Empero, la Sociedad demandante tiene derecho, no a tierras baldías en general sino a las que el Estado de Antioquia le cedió a Cisneros, emanadas de las Leyes 63 y 18, y a los demandados no se les puede reconocer derechos derivados de la ocupación por prohibirlo expresamente el

artículo 200 del Código Político y Municipal. Este punto, advierte la Corte, ya fue dilucidado y no hay para qué repetir las razones que muestran la inaplicabilidad del artículo citado en el caso del litigio.

Se censura el concepto de que a la Sociedad apenas se aportaron bonos territoriales, como lo indica la escritura constitutiva número 478, de siete de agosto de mil ochocientos setenta y ocho, cuando estatuye:

"El capital social es limitado, y se compone: 1° De doscientas mil hectáreas de terrenos en títulos de baldíos."

Como esto es un punto de derecho, no lo deciden las expresiones de las partes, sino los Jueces en vista de los hechos y el derecho, y para ello importa tener en cuenta que lo cedido por aquellas leyes fueron tierras, que tierras fue lo que el Estado le enajenó a Cisneros, según la adjudicación que le hizo el Consejo de Estado, y también según el artículo 22 del contrato, sobre construcción del ferrocarril, y que, por consiguiente, tierras fue lo que Cisneros aportó a la Sociedad. Por otra parte, terrenos en títulos de baldíos no significa que sólo se aportaron los títulos, sino también los terrenos a que los títulos se refieren, porque esas dos cosas son inseparables. Si cuando esto sucedió las tierras estaban indeterminadas en cuanto a límites, sí estaban determinadas en cuanto a su calidad de baldías en el suelo de Antioquia, unas, y otras a los dos lados del ferrocarril en lotes alternados, y esta determinación bastaba para adquirir el derecho, porque en virtud de la cesión se operó una comunidad entre el cedente y el cesionario. Pero como las tierras eran determinables por sus linderos y la Sociedad las determinó de ese modo, sus derechos se concretaron a las tierras determinadas y por eso se opuso a la solicitud de los demandados; es indudable—concluyen los impugnadores— que la sentencia incurrió en error de derecho al apreciar la prueba que suministra la escritura social en la cláusula transcrita. Mas para la Sala no existe tal error, en virtud de las razones presentadas al examinar la conclusión 7ª, las cuales son igualmente oportunas en este lugar.

Se critica la afirmación de que por haberse dicho en la misma escritura que la Sociedad se proponía adquirir la propiedad de las cien mil hectáreas de la Ley 18 y de otras cien mil correspondientes a la concesión de la Ley 63, se demostraba que la entidad no tiene el dominio que alega: reincide la sentencia en error de derecho al apreciar la prueba que suministran dichas Leyes y cesiones y viola las primeras por interpretación errónea. Empero, la Corte cree innecesaria una nueva disquisición acerca de la inteligencia que ha de dárseles a las concesiones de estas Leyes y se reduce a manifestar que no hay el error que se acusa.

Combaten los recurrentes el concepto de que la Ley 18 de 1874 no se refiere a terrenos determinados, pues sólo habla de lotes alternados de a diez mil hectáreas a uno y otro lado del ferrocarril, y que esa indeterminación se opone al derecho de propiedad, que no existe sino sobre cosa determinada: ni esa Ley ni la 63 indicaron el procedimiento para la entrega, y al Gobierno le tocaba señalar ese procedimiento al reglamentar las leyes. Arguyen que si las Leyes 63 y 18 no determinaron las tierras por sus lindes, son ciertas estas cosas: que las mismas Leyes facultaron al Estado de Antioquia para señalar el lugar donde quisiera tomarlas, pudiendo hacerlo en un solo globo a uno y otro lado del ferrocarril y que, a pesar de aquella indeterminación, el cesionario podía ejercer actos de dominio, por haberse formado una comunidad entre él y el cedente en los baldíos del territorio antioqueño; y como aquella facultad le fue transmitida a Cisneros por la escritura de remate y Cisneros la transmitió a su turno a la Sociedad, ésta hizo la elección y la determinación por linderos, mediante el memorial del apoderado doctor Paláu; de suerte que la sentencia incide en error de derecho al sostener que por falta de alinderamiento de las tierras no ha habido propiedad en ellas. Cuanto al procedimiento para obtener la entrega—prosiguen los recurrentes— no había para qué indicarlo, pues lo estaba en el artículo 904 del Código Fiscal de 1873, relacionado con el 901, y ese fue el observado por la Sociedad, sin que se necesitara denunciar las tierras, ni adjudicación provisional por el Jefe del Estado, como en los casos comunes, ni bonos, sino un simple memorial en que se citara el correspondiente acto legislativo, acompañado del respectivo plano y de la prueba de ser baldío el terreno. No había para qué reglamentar aquellas Leyes, las que fueron violadas por la sentencia, por interpretación errónea, porque, por no haber indicado ellas la manera de individualizar las tierras ni el procedimiento para obtener su entrega, dedujo que esas cosas quedaron reservadas al Gobierno, quien debía expresarlas al reglamentar las mismas. A esta alegación observa la Corte que, por lo antes apuntado, no puede tomarse legalmente el memorial del doctor Paláu como una determinación de los lotes en que la Sociedad Agrícola quería precisar las hectáreas de las concesiones, porque faltó por parte de ella la aducción de los bonos o títulos de concesión que debían encabezar el expediente contentivo de la solicitud de adjudicación (artículo 912 del citado Código Fiscal). Puede haber error en la sentencia al sugerir que las Leyes 63 y 18 necesitaban decretos reglamentarios, porque en las leyes generales sobre baldíos estaba consagrado el procedimiento para el caso de cesiones a los Estados en su calidad de tales; pero el error no tiene influencia decisiva para producir la infirmación de ella.

Se objeta el concepto de que sin la elección y determinación previa de las tierras, seguidas de un acto del Gobierno sobre transmisión de ellas, no puede la Sociedad alegar derecho de propiedad en un punto dado del Departamento; se dice que la elección se hizo de hecho por la Sociedad por medio de los trabajos de que da cuenta la prueba testimonial que obra en el expediente, ejecutados inmediatamente después de la constitución, y que luégo se hizo de derecho, por medio del memorial del doctor Paláu, quien procedió con arreglo al artículo 904 del Código Fiscal de 1873, entonces vigente; de manera que al desconocer esas pruebas, la sentencia incurre en error de hecho y quebranta directamente el artículo 904. Mas a esto puede contestarse que la elección de hecho no bastaba, fuera de que no se ha indicado la ley violada como consecuencia del error de hecho imputado, y en cuanto a la elección de derecho por medio del mencionado memorial, ya se ha explicado lo suficiente al respecto, en el cuerpo de la presente sentencia.

Se impugna lo aseverado en la sentencia acerca de que en autos aparecen dos certificados, el uno de la Gobernación de Antioquia y el otro del Ministerio de Industrias, relativo el primero a que ni el Estado ni el Departamento han tomado tierras ni entrado en posesión de ellas, ni hecho siquiera su elección en virtud de las Leyes 63 y 18, y el segundo, a que el Gobierno Nacional no ha

decretado ninguna adjudicación en favor de la Agrícola en el Municipio de Puerto Berrío, ni se ha hecho determinación ni mensura oficial. Razonan los acusadores en el sentido de afirmar que esos certificados no tienen importancia alguna, porque aquellas leyes y las enajenaciones del Estado a Cisneros y de éste a la Sociedad son documentos que engendran claramente derechos sobre las tierras a que todos ellos se refieren; y aun en la hipótesis de que los bonos fueran títulos sustitutivos de las leyes, el derecho a las tierras a que esos bonos se refieren sería evidente o los bonos no serían tales títulos; porque desde que la Sociedad hizo las determinaciones, allí se situó el derecho a las tierras, amparado por dichos bonos. Luego al acoger como prueba aquellos certificados, la sentencia incurrió en error de derecho, pues esos certificados nada prueban contra los derechos de la Sociedad. Se responde que el sentenciador se limita a exponer lo que consta en los certificados, y que es seguramente cierto, a saber, que ni el Estado hizo ni el Departamento tampoco la elección de las tierras, y que a la Sociedad demandante no le ha otorgado el Gobierno ninguna adjudicación; pero como no es de estos certificados, tomados aisladamente, de donde el Tribunal dedujo la falta de derecho en las pretensiones de dicha Sociedad, el error acusado, si lo hubiere, no es motivo bastante para la infirmación del fallo.

Se critica el concepto de la sentencia respecto de que la entrega está vinculada exclusivamente a los bonos de concesión y sujeta a las disposiciones pertinentes del Código Fiscal de 1873, porque la demanda no versa sobre entrega de las tierras ni sobre el procedimiento para obtenerla con vinculación a documento determinado; no obstante, ya está dicho lo que ejecutó la Sociedad con el propósito de que se lo entreguen las tierras, con fundamento en las Leyes 63 y 18 y en los traspasos de los derechos del primer cesionario a Cisneros y de éste a la Sociedad; de donde se sigue que la sentencia incurre en error de hecho en lo tocante a la prueba que suministra la demanda y en error de derecho al estimar el alcance o verdadera significación de los bonos. Mas ya quedó examinado el cargo referente al error de hecho en la apreciación de la parte petitoria de la demanda y no existe error de derecho en cuanto a la estimación del alcance de los bonos en el sentido de que éstos son una parte del procedimiento necesario para el cumplimiento o efectividad de las leyes tantas veces mencionadas.

Todavía hay más conceptos de la sentencia combatidos en la demanda de casación.

Entró a investigar el Tribunal si las Leyes 63 y 18 constituyen un título suficiente de dominio en las tierras o un crédito a cargo de la Nación, y en esa tarea expuso que el título es la causa del derecho de dominio y la consolidación de éste requiere la transferencia del objeto; que en el sistema del Código Civil tanto la ley como los contratos sobre dominio sólo engendran obligaciones, a diferencia de la legislación francesa, de suerte que, para la transmisión del dominio es indispensable que se cumpla la tradición o entrega de la cosa; que el hecho de tratarse aquí de baldíos y hallarse éstos sometidos a las leyes especiales, no es razón suficiente para desconocer los principios de la legislación civil en cuanto a los efectos de la tradición, y que el derecho real se puede ejercitar contra cualquiera persona, mientras que el personal sólo se hace valer contra la persona que se ha obligado. Los recurrentes hacen algunas observaciones acerca de todo esto y concluyen diciendo que la sentencia viola por indebida aplicación los artículos 656, 740 y 756 del Código Civil, porque tales artículos son extraños en materia de terrenos baldíos, que se rigen por el Código Fiscal y demás leyes especiales.

Se considera:

El cargo aparece formulado en términos generales, puesto que se dice que los artículos citados son extraños en materia de terrenos baldíos, que tiene su legislación propia, y en tales términos es inaceptable, como lo demuestra el artículo 77 del Código Fiscal de 1912, al prescribir que la resolución ministerial sobre adjudicación de baldíos debe inscribirse original en la Oficina de Registro correspondiente. Además, los conceptos a que se refiere el cargo, suponiéndolos errados, no influyeron en el fallo, una vez que, como repetidamente se ha dicho, las Leyes 63 y 18 necesitaban de un proceso de cumplimiento.

Expuso el Tribunal que el derecho de dominio no se ejerce sino sobre cosa determinada individualmente y que la Sociedad no ha efectuado esa determinación; que la misma Sociedad cree que no es dable tener en cuenta la ley posterior que ordenó la expedición de los bonos, en lo cual se equivoca, porque si las Leyes 63 y 18 no transfirieron por sí mismas el dominio, una ley posterior sobre bonos no vulnera ningún derecho de dominio legalmente constituído y que aquellas leyes concedieron solamente al Estado la expectativa al derecho de que se trata.

Arguyen los recurrentes que la Sociedad hizo la determinación individual que echa de menos la sentencia, como quedó demostrado en otro lugar de la demanda; que la entrega no es el objeto de la controversia y que por haberse formado una comunidad por ministerio de las Leyes 63 y 18, cada comunero pudo ejercer actos de dominio en la cosa, cual lo hizo la Sociedad por medio de los trabajos ejecutados en ella; que la sentencia confunde el derecho personal con la acción para pedir la entrega; que la demanda no versa sobre el derecho de dominio ni es éste el único derecho susceptible de ser vulnerado o desconocido por una ley posterior; que lo que se discute es la preferencia de la Sociedad respecto del terreno denunciado, preferencia que se funda en ser semejante terreno parte integrante de las doscientas mil hectáreas a que se contrae el juicio, cedidas por las Leyes 63 y 18 para destinarlas a ciertos fines, por lo cual no se les puede dar otra aplicación al tenor del artículo 200 del citado Código Político y Municipal y del artículo 243 del anterior; que la destinación les quitó a los bienes cedidos el carácter de baldíos aptos para ser denunciados como tales por personas diferentes del primitivo cesionario y de sus sucesores, de donde se desprende que los demandados no son colonos, en la acepción que el Código Fiscal le da a esta palabra; que el derecho civil de preferencia nació con las leyes y pasó luégo a la Sociedad, que es su dueña; que queda justificada la teoría de la Sociedad sobre que no debe tenerse en cuenta para reconocerle su derecho preferente la ley posterior que dispuso la expedición de bonos, porque esa ley desconocería dicho derecho preferente, y que en manera alguna se justifica la tesis de que las Leyes 63 y 18 no otorgaron sino la expectativa de adquirir las tierras que cedieron y que para obtener éstas hay que proceder conforme a las reglas comunes de las leyes sobre baldíos; prueba de esto es que la autoridad administrativa competente le reconoció sus derechos a la Sociedad, merced a memoriales de ésta, formulados de conformidad con el artículo 904

del anterior Código Fiscal, como conclusión de lo dicho, los autores del recurso sostienen que la sentencia viola por interpretación errónea el artículo 1º de la Ley 63 de 1872 y la concesión 3ª del artículo 1º de la Ley 18 de 1874, por varios motivos: porque estima que estas leyes no otorgaron al cesionario ningún derecho sino una nueva expectativa, porque a pesar de que esas tierras se cedieron para aplicarlas a fines determinados, juzga que los demandados son colonos de la hacienda de California, encerrada en dichas tierras, con mejor derecho que la Sociedad demandante, y porque cree que la ley o las leyes que dispusieron la expedición de los bonos no le lesionaron derecho a la Sociedad, con quebrantamiento del artículo 31 de la Constitución.

Se considera:

Este cargo es en mucha parte una recopilación de reparos ya expuestos y examinados.

Sea cual fuere el mérito jurídico de las concesiones, es lo cierto que era necesaria la determinación precisa de las tierras, por su ubicación y límites, para que se produjeran específicamente la destinación y el dominio en ellas; que esto no lo ha hecho la Sociedad demandante, como se ha recordado varias veces, y que, a falta de esa determinación, no puede negarse que los demandados han de ser mirados como cultivadores de esas tierras, situadas cerca de la línea férrea, pero sin que se haya probado que allí no hay más de doscientas mil hectáreas de baldíos. Cuanto a los bonos, se insiste en que eran un medio indispensable en el proceso que había que recorrer con el fin de lograr la adjudicación de los terrenos, y si leyes posteriores, cual la 7ª de mil ochocientos ochenta y uno, los decretaron, ellas están en armonía con disposiciones anteriores, como el artículo 7º del conocido Decreto del Presidente de Colombia, expedido el siete de enero de mil ochocientos setenta, y los artículos 909 y 910 del Código Fiscal de 1873, de donde se colige que tales leyes posteriores no son vulneradoras de derechos otorgados por las anteriores. De distinta manera, se repite, pasaran las cosas si las Leyes 63 y 18, hubieran hecho cesiones de tierras como cuerpos ciertos. Por lo demás, en la aludida Resolución del Ministerio de Hacienda, proferida el once de marzo de mil novecientos diez y seis, se reconoció el derecho de la Sociedad a que se le adjudicaran las cien mil hectáreas de la Ley 18, "siempre que ellas la solicite en la forma y con los requisitos que el Código Fiscal exige para adjudicación de terrenos baldíos a cambio de títulos de concesión"; lo que vale decir que, para el Gobierno, eran necesarias la aducción de esos títulos y la observancia de una tramitación, y no bastaba la sola ley. Por lo explicado, no se admite la presente objeción.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso.

Notifíquese y cópiese esta sentencia. Publíquese en audiencia y en la Gaceta Judicial. Las costas son de cargo del recurrente. Devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril tres de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

En el presente juicio reivindicatorio de Gustavo Rosania contra Tránsito Espinosa de Isaac, pronunció sentencia el Tribunal Superior de Barranquilla el veinticuatro de noviembre de mil novecientos treinta y uno.

El apoderado de la señora demandada interpuso recurso de casación, que le fue concedido por el Tribunal en auto de veintinueve de septiembre de mil novecientos treinta y dos.

El expediente fue recibido en la Secretaría de la Corte el veintinueve de noviembre siguiente; y desde esta fecha hasta hoy han transcurrido más de sesenta días hábiles sin que la parte interesada haya hecho el suministro de papel sellado para su repartimiento. Así lo informa el señor Secretario.

Es el caso de aplicar la sanción del artículo 353 del Código Judicial; y por tanto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, declara ejecutoriada la sentencia susodicha.

Son de cargo del recurrente las costas que se hayan causado.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta providencia en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Número 534—Corte Suprema de Justicia—Secretaría de la Sala de Casación Civil—Bogotá, marzo 24 de 1933.

Presentado para su registro por el señor Magistrado sustanciador, doctor Juan E. Martínez, en esta misma fecha.

Augusto N. Samper

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Ante el Juez del Circuito de Ibagué, el doctor Lisandro Carvajal, como apoderado de los señores Isidoro y Arturo Galindo, demandó la división en partes materiales del predio rural que se hallaba en común, denominado Belén, Chipalo y La Toma, situado en jurisdicción del Municipio de Ibagué, y comprendido dentro de los siguientes linderos:

"Desde la boca de una chamba en la quebrada de El Lavadero, frente a las antiguas palmas de cachipay de la quinta de los Melendros, se sigue por esa chamba hacia el Norte, hasta la quebrada de Belén; esta quebrada arriba, hasta su origen; de aquí, al filo alto de la cordillera; por el filo de esta cordillera se toma para abajo, o sea hacia el Occidente, hasta el alto de La Toma, por el filo de la loma de La Toma, de para abajo, a caer en la quebrada de El Lavadero, pasando por un árbol balso; esta quebrada abajo, hasta la boca de la zanja o chamba, primer punto de partida."

Señaló como comuneros de este predio a los señores Carlos Carvajal y Rafael Vela C., a quienes debía darse traslado de la demanda.

Estos señores la aceptaron, y practicados el avalúo y la partición, el Juez la aprobó por sentencia de doce de marzo de mil novecientos treinta y uno.

Por apelación que interpuso el doctor Jorge Altuzarra Lezama, apoderado de los señores Abel, Carlos, Elvira e Isabel Carvajal Sicard, el asunto subió al Tribunal de Ibagué, quien confirmó la sentencia del Juzgado. Contra la del Tribunal interpuso recurso de casación el mismo doctor Altuzarra Lezama, y como tal remedio legal fue ya admitido, procede la Corte a resolverlo.

El recurrente alega las causales primera, segunda y sexta, señaladas en el artículo 520 del Código Judicial.

Con referencia a la segunda causal, dice que la sentencia no es cónsona con las pretensiones aducidas por los litigantes, pues aunque la partición se verificó entre el demandante y los demandados, en el curso del juicio se probó que uno de ellos, el señor Carlos Carvajal, no era comunero, por haberle vendido la nuda propiedad de los derechos que en el bien común tenía, a sus hijos Carvajales Sicard, antes de instaurarse el juicio divisorio, por lo que ha debido hacérseles la adjudicación correspondiente, una vez que se acreditó con documento legal, que eran dichos señores y no su causante Carlos Carvajal, sus copartícipes en el fundo común, antes de dictarse la sentencia de primer grado, y por lo mismo, con anterioridad al pronunciamiento del fallo del Tribunal, el cual, al confirmar, como confirmó aquélla, y darle infundada y gratuitamente las credenciales de legal a una partición en que se desconoce el derecho de los verdaderos condueños, peca por el extremo de no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes

Considera la Corte que el Tribunal se fundó para confirmar la sentencia del Juzgado, aprobatoria de la partición, en que ésta no había sido objetada por las partes que intervinieron en el juicio, pues al hacerse presentes en él los señores Carvajales Sicard, se limitaron a proponer excepciones tendientes a obtener la nulidad de la actuación, las cuales fueron desechadas.

Por tanto, no habiendo objeciones a la partición, que son las que fijan los puntos de controversia en los juicios divisorios, no cabe alegar la causal segunda de casación que se refiere a las peticiones de la demanda, cuando la sentencia deja de fallar sobre lo pedido, o resuelve más de lo solicitado, o a las objeciones, cuando en el fallo hay exceso o defecto al decidirlas.

En lo que concierne a la causal primera, acusa el recurrente la sentencia como violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, por indebida aplicación y por interpretación falsa.

Sostiene que, apareciendo en los autos, por prueba fehaciente, que no era el señor Carlos Carvajal comunero en el predio que fue materia de la división, sino sus hijos Carvajales Sicard, a quienes les vendió la nuda propiedad de sus derechos en el fundo, la adjudicación no debió hacerse al primero sino a sus causahabientes, de modo que el sentenciador violó el artículo 472 del Código Judicial vigente, que dice:

"Artículo 472. 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."

El Tribunal—agrega el autor del recurso—no puso los ojos, menos la mente, en el precepto legal que se deja transcrito; y si acaso lo vio, lo leyó y lo entendió, fue para violarlo a conciencia, para aplicárselo, por el contrario, a quien correspondía, porque lo han menester los verdaderos comuneros para que la justicia sea con ellos.

Por el mismo concepto considera quebrantado el artículo 2338 del Código Civil, que dice en su primer inciso:

"Artículo 2338. Cuando haya de dividirse un terreno común, el Juez hará avaluarlo por peritos, y el valor total se distribuirá entre todos los interesados, en proporción a sus derechos; verificado lo cual, se procederá a adjudicar a cada interesado una porción de terreno del valor que le hubiere correspondido, observándose las reglas siguientes:"

"Mis representados Carvajales Sicard—dice el recurrente—demostraron a plenitud, dentro del proceso, que tienen derechos claros y perfectos como comuneros o condueños en el terreno o globo común denominado **Belén, Chipalo y La Toma**. La partición que la sentencia recurrida estima como nutrida de sustanciosa legalidad, no le hace adjudicación de una sola pulgada de terreno a estos comuneros, y en cambio, se le hace adjudicación de lo que a éstos pertenece, en una parte, y por el cercén de que arriba se habló, al comunero señor Rafael Vela C.; y en todo el remate, a la persona del señor Carlos Carvajal N., de quien aparece probado, hasta la saciedad, que no es comunero en aquel globo, que no lo fue, o, mejor, que dejó de serlo desde mucho tiempo antes de la fecha en que la demanda sobre división se propuso. Hé aquí como y porqué consideró que la sentencia quebranta por varios extremos esta disposición sustantiva."

Consecuencia inevitable de las violaciones indicadas —concluye el autor del recurso—son los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal, ora por la equivoca apreciación de las pruebas que figuran en autos, ya por falta de apreciación de otras, errores ambos que en lo tocante al hecho aparecen de manifiesto.

Cierra en seguida su argumentación así:

"Si, como es el caso, estima la sentencia que el señor Carlos Carvajal tiene acreditado en el proceso su carácter de copartícipe en el inmueble común materia de la partición, y que a fuero de tal es parte legítima, yerra de hecho, porque de los títulos escriturarios registrados, visibles en autos, lo que resulta claro como cuestión de hecho, es que mis representados allegaron al proceso el testimonio de ser copartícipes en la comunidad, y de que el título de copartícipe que antes tuviera el tercero de ahora, señor Carlos Carvajal N., no existe ya. Por razón de lo mismo resulta el error de derecho, supuesto que le asigna los atributos específicos de condueño en la comunidad a quien carece de ellos, y se los desconoce a quienes sí los han."

Considera la Corte:

Como ya se vio, la demanda de partición del predio de **Chipalo, Belén y La Toma** fue dirigida contra varios comuneros, entre otros, contra el señor Carlos Carvajal, quien la aceptó, lo mismo que los demandados; seguido el juicio sin controversia, se efectuó la partición, y el Juez ordenó dar traslado de ella a los partícipes, por el término de diez días, según auto de dos de marzo de mil novecientos veintinueve. Tres días después, el doctor Juan N Arbeláez, en su condición de apoderado de los

señores Abel, Carlos, Elvira e Isabel Carvajal Sicard, presentó ante el Juzgado la escritura pública número 603, de cuatro de diciembre de mil novecientos diez y seis, otorgada ante el Notario 2° de Ibagué, por la cual el señor Carlos Carvajal vendió a sus hijos legítimos Carvajales Sicard, la nuda propiedad de los derechos que tenía en el predio de Belén, Chipalo y La Tama. Con ese título introdujo una articulación para que se declarase nulo el juicio, desde la notificación de la demanda hasta el estado actual, por ilegitimidad de la personería del señor Carlos Caravajal N., quien se había desprendido de sus derechos en el predio materia de la división, antes de que ésta se propusiera, según la escritura mencionada. Pero esa excepción no prosperó, pues el Tribunal de Ibagué, en auto de nueve de diciembre de mil novecientos treinta, revocó el del Juez, que había declarado la nulidad pedida. El doce de marzo de mil novecientos treinta y uno, el Juez, en vista del informe de la Secretaría, de que la partición no había sido objetada, la aprobó, en cumplimiento del artículo 1303 del Código Judicial, vigente entonces, en relación con el artículo 1291 del mismo Código. Ese mismo día resolvió el Juez otro memorial del nuevo apoderado de los señores Carvajales Sicard, en que propuso las excepciones de ilegitimidad de la personería y petición indebida, y en donde se pedía subsidiariamente que no se aprobara la partición.

En el auto respectivo se declaró que no era posible darle curso al memorial de que se había, por haber pasado el término de objetar la partición y de proponer excepciones. El Tribunal confirmó este auto, reformándolo únicamente en el sentido de reconocer a las señoritas María Elena, Elvira e Isabel Carvajal Sicard y a los señores Abel y Carlos Carvajal Sicard como cesionarios de los derechos del señor Carlos Carvajal N. en el predio materia de la división.

El apoderado de los señores Carvajales Sicard apeló de la sentencia aprobatoria de la partición, y después de la breve tramitación señalada por el artículo 504, en que ninguna de las partes hizo uso de su derecho de alegar, el Tribunal la confirmó.

Conforme al relato anterior, se observa que no hubo oportunidad para ordenar que se rehiciera la partición, en el sentido de sustituir al señor Carlos Carvajal N. por sus cesionarios. En lugar de oponer excepciones en el juicio, debieron éstos objetar en tiempo oportuno el trabajo del partidor para dar cabida a una decisión que estuviera conforme a sus pretensiones. Se limitaron a pedir la nulidad de lo actuado y a oponer excepciones, que fueron desechadas por autos que están ejecutoriados; de modo que los reparos hechos en casación no pueden prosperar, ya que ellos están basados en puntos de derecho y de hecho, que debieron alegarse a tiempo.

Es verdad que 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, conforme reza el artículo 472 del Código Judicial, invocado por el recurrente, y también lo es que la partición mira a distribuir la cosa común entre los dueños de ella, como lo expresa el artículo 2338 del Código Civil; pero cuando la ley señala un procedimiento para reclamar un derecho, es preciso ceñirse a él, a fin de hacerlo efectivo. Si el demandante no se dirige al Juez competente, o no pide las pruebas en tiempo, o no apela dentro de los términos señalados para ello, etc., no puede el juzgador reconocer el derecho que la ley sustantiva le da al interesado que no supo o no pudo hacerlo valer dentro de las ritualidades de los juicios establecidos con tal objeto. La casación no brinda la oportunidad para objetar una partición, pues la ley procedimental fija término para ello.

En el presente caso, la partición no obliga a los partícipes que no fueron demandados. Estos pueden promoverla, sin que sea óbice una sentencia dictada sin su audiencia, ya que cuando se les reconoció como partes no tenían la oportunidad de alegar sus derechos, porque la breve tramitación de la segunda instancia no da cabida a formular la objeción.

Por las razones apuntadas, tampoco puede prosperar el reparo consistente en que es ilegal la formación del lote que hizo el partidor para pagarse los honorarios y los gastos que demandó su trabajo. Esa sería una objeción a la partición, que no puede hacerse, como se ha dicho, en el recurso de casación.

Por último, alega el autor del recurso la causal sexta de que trata el artículo 520 del Código Judicial, por ser nulo el juicio, en razón de la ilegitimidad de la personería de una de las partes.

En orden a esta última causal, dice el recurrente, acaso sea bastante a precisar en qué consiste lo expuesto en el preámbulo y en el resumen de los hechos que son materia de la controversia.

Considera la Corte que la nulidad señalada es la misma que fue objeto de la articulación propuesta en el curso del juicio, la cual no prosperó, según se ha visto, puesto que fue resuelta adversamente por el Juez y luégo por el Tribunal que del incidente conocieron.

Habiendo sido materia de controversia, y fallada negativamente por autos ejecutoriados la nulidad que ahora se alega, no puede reproducirse nuevamente ese incidente, ya fallado, como causal de casación.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el quince de marzo de mil novecientos treinta y dos, y condena en costas a la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese esta sentencia e insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

En el juicio de separación de bienes, instaurado por la señora Rosalina Bazurto de Lizarazo contra su marido Antonio María Lizarazo, el Tribunal Superior de Bogotá dictó sentencia de segunda instancia el diez de octubre de mil novecientos treinta y dos.

Contra este fallo interpuso recurso de casación la cónyuge demandante, pero llegados los autos a la Corte, han transcurrido más de sesenta días sin que la parte actora haya suministrado el papel necesario para el repartimiento, según lo informe el señor Secretario, por lo cual, y con aplicación del artículo 353 del Código Judicial, esta

declara ejecutoriada la sentencia de que se ha hecho mención.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta providencia en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril diez y ocho de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

En libelo repartido al Juez 2° del Circuito de Cali, la señora Ana Moncayo viuda de Mayolo, demandó en vía ordinaria a los señores Víctor Moncaleano y Aparicio Molina, vecino el segundo de la misma ciudad, y el primero de Palmira, Departamento del Valle, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que el mandato contenido en la escritura pública número 57, de fecha diez y ocho de agosto de mil novecientos ocho, otorgada en la Notaría de Buenaventura, era solamente un simple poder con facultades simplemente administrativas, y no daba facultad al mandatario para enajenar bienes raíces de propiedad de la mandante, y contrato de mandato que fue otorgado por Ana Moncayo de Mayolo a Aparicio Molina.

"Segunda. Que por tal razón, el mandatario señor Molina, al otorgar la escritura de enajenación número 151, de veintiuno de febrero de mil novecientos veinticinco, extralimitó sus facultades legales.

"Tercera. Que debe rescindirse, está rescindido y queda rescindido por causa de lesión enorme sufrida por la vendedora en cuanto al precio en la fecha del contrato, el contrato de compraventa celebrado entre Ana Moncayo de Mayolo y Víctor Moncaleano, en la escritura número 760, de fecha veintiuno de abril de mil novecientos veintisiete, otorgada en la Notaría 2ª de esta ciudad.

"Cuarta. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, de todas o de cualquiera de ellas, pido que se condene al señor Víctor Moncaleano a restituírme, en el término legal, a contar de la ejecutoria de la sentencia que pronuncie la rescisión, dos casas de bahareque y teja de barro, con su correspondiente terreno, situadas en esta ciudad, en la carrera 8ª, entre calles 16 y 17, terreno que mide de frente cuarenta metros, y de centro cincuenta y ocho metros, comprendido dentro de los siguientes linderos, determinados como estaban en la fecha del contrato acusado de lesión: al Norte, la carrera 8ª; al Sur, con predio de los señores Mejía Arellano o de sus herederos; al Oriente, con la calle 18, y el mismo predio indicado al lado Sur, y al Occidente, con el predio del señor Antonio Salazar.

"Quinta. Que si se hace oposición a esta demanda, el demandado que lo haga pague las costas del juicio.

"Sexta. Que el demandado Moncaleano debe restituir, pronunciada la rescisión, junto con los inmuebles, los frutos producidos por ellos, desde la fecha de esta demanda hasta el día en que se haga la entrega."

En apoyo de su acción, la demandante invocó las disposiciones de los artículos 744, 1946, 1948, 1950, 1953, 2157, 2158, 2159 y 2169 del Código Civil; 932 y siguientes del Código Judicial, y demás disposiciones reformatorias del procedimiento, y los siguientes hechos:

"Primero. Por escritura pública número 57, de fecha diez y ocho de agosto de mil novecientos ocho, otorgada en Buenaventura, Ana Moncayo de Mayolo confirió poder al señor Aparicio Molina, "de libre administración para que a su nombre, representando a su propia persona, acciones y derechos, celebre de palabra o por escrito, por sí o por interpuesta persona, toda clase de contratos, transacciones y arreglos de cualquier naturaleza, para que otorgue y acepte escrituras, para que cobre y perciba todas cuantas cantidades de dinero o cualquier otra cosa adeuden a la poderdante, para que en el respectivo caso otorgue los recibos de pago que se le pidan y fueren de darse, aceptando y recibiendo los que favorezcan los derechos de la otorgante, para que acepte, con beneficio de inventario o sin él, todas las asignaciones a título universal que correspondan a la poderdante, pudiendo repudiar éstas, si así lo estimare conveniente; para que acepte o repudie las asignaciones a título singular; para que acepte donaciones entre vivos que se le hagan a la otorgante; para que ponga limitaciones al dominio de las cosas o propiedades que correspondan a la poderdante, constituyendo en favor de otras personas fideicomisos, derechos de usufructo, uso y habitación y servidumbres prediales.....

"Segundo. Por la escritura número 631, de fecha tres de octubre de mil novecientos diez y siete, otorgada en la Notaría 1ª de esta ciudad, Ana Moncayo de Mayolo había adquirido dos casas de bahareque y teja de barro, en la carrera 8ª de esta ciudad, entre calles 17 (sic), por los linderos que se determinan en la petición cuarta de esta demanda.

"Tercero. Por escritura número 151, de fecha veintiuno de febrero de mil novecientos veinticinco, el señor Molina vendió esos bienes al señor Moncaleano, no diciendo que obraba como mandatario, y ni así pudo haberlo hecho válidamente, porque mandato era de administración, sin facultades dispositivas en cuanto a enajenaciones, ya que lo único que era posible era limitar el dominio, y en ningún caso extinguirlo.

"Cuarto. El contrato de compraventa contenido en la escritura 760, de fecha veintiuno de abril de mil novecientos veintisiete, otorgada en la Notaría 2ª de esta ciudad, tuvo como precio la cantidad de dos mil setecientos cinco pesos ($ 2,705), y el justo precio de las casas y el terreno, el veintiuno de abril de mil novecientos veintisiete, pasa de ocho mil pesos, y la vendedora recibió, por tal motivo, un precio inferior a la mitad del justo precio de la cosa vendida.

"Quinto. Vendiéronse, fuera de la edificación, dos mil trescientos veinte metros cuadrados, que apreciados en el precio corriente del metro cuadrado en esta ciudad, en la fecha del contrato, y en terreno por esos lados, el valor pasa de diez mil pesos."

Sólo el demandado Víctor M. Moncaleano contestó la demanda, oponiéndose a que se hicieran las declaraciones pedidas, y negó los hechos en el fondo.

El Juez falló la controversia negando lo pedido en la demanda, y como consecuencia absolvió a los demandados de todos los cargos deducidos contra ellos, con costas a cargo de la demandante.

A virtud de apelación que la misma parte interpuso, el Tribunal Superior de Cali, por sentencia de fecha diez y seis de julio de mil novecientos treinta y uno confirmó

la de primera instancia, con costas a cargo de la apelante.

La demandante interpuso recurso de casación contra esa sentencia, recurso que es admisible, y por ello pasa la Corte a decidirlo, mediante el estudio de la demanda de casación presentada ante el Tribunal, y por no haberse ampliado el recurso ante la Corte.

El recurrente halla casable la sentencia por ser violatoria de disposiciones sustantivas, debido a errónea interpretación, y a errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas del proceso, y la acusa por la primera de las causales que reconocía el artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

Se aducen dos motivos:

1º Violación del artículo 1874 del Código Civil, por error de interpretación y aplicación indebida; y

2º Violación de las siguientes disposiciones, por error de hecho evidente en la interpretación del contrato contenido en la escritura 760, de veintiuno de abril de mil novecientos veintisiete, Notaría de Cali, y de la misma escritura; el artículo 1759 del Código Civil, en que se instituye la plena fe que tienen los instrumentos públicos entre las partes en lo relativo a su otorgamiento, a su fecha, a sus declaraciones hechas en ellos, y los artículos 1687, 1689, 1690, 1693, 1694, que establecen lo llamado la novación de las obligaciones contractuales, y 1946 a 1954 del mismo Código, sobre rescisión de la venta por lesión enorme.

La Corte empieza su estudio por los errores de hecho y de derecho.

Antecedentes.

En el contrato materia de la demanda, de fecha veintiuno de abril de mil novecientos veintisiete, contenido en la escritura número 760 de esta fecha, Notaría de Cali, la señora Ana Moncayo de Mayolo dijo:

"Que por escritura número 151, de veintiuno de febrero de mil novecientos veinticinco (Notaría citada), el señor Aparicio Molina R., su apoderado general con libre administración de bienes, vendió al señor Víctor Moncaleano los derechos de propiedad en dos casas, con su correspondiente terreno, situadas en la carrera 8ª de esta ciudad, entre calles 17 y 18, por la cantidad de tres mil seiscientos pesos moneda corriente, que debía pagarle el comprador en los plazos estipulados en dicha escritura. Que el señor Moncaleano convino con el señor Molina R. en pagar los dos mil trescientos pesos ($ 2,300) que quedó a deberle, mediante un descuento, el veinticuatro de julio del mismo año, y así se efectuó, entregando el comprador al vendedor la cantidad de mil cuatrocientos cinco pesos, y cancelando en dicho día, por escritura número 686, de esta Notaría, la hipoteca constituída por la misma escritura de compraventa. Que su apoderado señor Molina R., olvidó hacer constar en dichas escrituras que hacía la venta y la cancelación en nombre y representación de la exponente y en uso del poder que le confirió por instrumento público número 57, pasado ante el Notario del Circuito de Buenaventura el diez y ocho de agosto de mil novecientos ocho, por lo cual no producen los efectos legales necesarios para el señor Moncaleano los títulos que posee. Que tanto su apoderado señor Molina R., como la exponente, quieren transferirle en debida forma el dominio del inmueble mencionado, por lo cual ella declara que transfiere al señor Víctor M. Moncaleano, vecino del Distrito de Palmira, a título de venta todos los derechos de dominio que tiene adquiridos en dos casas de bahareque y teja de barro, con su correspondiente terreno, que tiene una extensión de treinta y nueve metros cincuenta centímetros por la carrera, y cincuenta y ocho metros por la calle, conocido por los siguientes linderos (siguen los linderos). Que el precio de esta transferencia es la cantidad de dos mil setecientos cinco pesos ($ 2,705) moneda corriente, que el comprador pagó al señor Molina R., en dos contados de mil trescientos pesos ($ 1,300) el veinticuatro de febrero de mil novecientos veinticinco, y mil cuatrocientos cinco pesos ($ 1,405) el veinticuatro de julio del mismo año, que ella declara recibido a su satisfacción, y por ende, libre de hipoteca el premencionado inmueble..... Que el comprador está en posesión real y material de la expresada propiedad, y la exponente se obliga al saneamiento de lo vendido, conforme a los títulos traslaticios del dominio indicados, ya porque el comprador sufra evicción de ella, o por los vicios redhibitorios que tenga en los casos de la ley..... Presentes los señores Víctor M. Moncaleano y Aparicio Molina R....., dijeron: el primero, que acepta esta escritura por estar conforme a todo; y ambos declaran írritas, y de ningún valor, las escrituras números 151 y 686, de que se ha hecho mención en la presente, otorgadas de una manera irregular por una omisión o error involuntario, y por cuanto a que la transferencia del mismo inmueble queda hecha por este instrumento en la forma regular y legal....."

El Tribunal, razonando sobre la venta de cosa ajena, hecha por Molina R. a Moncaleano, estimó que la manifestación posterior verificada por la señora de Mayolo en la escritura cuyos apartes quedan transcritos, debe aceptarse como una ratificación tácita del acto celebrado por Molina, porque no puede remitirse a duda que la intención de dicha señora no fue otra que la de dar por valedero el contrato celebrado por quien enajenó un bien de propiedad de aquélla, con lo cual llénase el objeto de la ratificación, y porque de no ser así, no se habría convenido en la escritura de mil novecientos veintisiete en aceptar el mismo precio, dándolo por recibido a su satisfacción, ni se habrían agregado ciertas cláusulas encaminadas a hacer desaparecer la actuación dolosa de quien enajenó un inmueble. La declaración que hacen las partes—continúa el Tribunal—de dejar írrito y sin valor el contrato contenido en la primera escritura, no tiene el alcance que se ha pretendido darle, desde que párte de un supuesto falso, cual es el de considerar la existencia del mandato, que, como se ha visto, no puede surgir a la vida jurídica.

Quiere decir todo lo expuesto—concluye el sentenciador que tanto el contrato de venta a que alude la escritura de mil novecientos veinticinco, como su tradición, se efectuaron desde esa fecha, confiriendo, por consiguiente, desde entonces a Moncaleano, su condición de comprador; y que no habiéndose comprobado que el precio que diera dicho señor por los inmuebles fuera inferior a la mitad de su justo precio, es infundado el ejercicio de la acción de que habla el artículo 1947 del Código Civil.

Considera el recurrente que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al apreciar la escritura número 760, de veintiuno de abril de mil novecientos veintisiete, Notaría de Cali, al decir que en ella se contiene una ratificación tácita del contrato celebrado entre Aparicio Molina y Víctor Moncaleano, porque lo aparente en él es la intención expresada por la vendedora de Mayolo, aceptada por el comprador, de cambiar el contrato

anterior, sustituyéndolo por el posterior, libertar al anterior vendedor de sus obligaciones de tál, para tomar esas obligaciones la vendedora. Que el Tribunal para evadir el escollo de esas expresas declaraciones, viendo que ellas hacían imposible una tesis de ratificación expresa, como sucede en el propósito de cambiar el cuerpo de un hombre en el cuerpo de una mujer, les dio la calidad de una ratificación tácita, como será ver el cuerpo de un hombre y suponer que hay escondido un cuerpo de mujer.

No se curó el Tribunal—continúa diciendo el autor del recurso—de tener en cuenta que la ratificación tácita no está en el acto contractual, sino como en la estipulación para otro (artículo 1560 del Código Civil), o en la nulidad (artículo 1754 ibidem). Ratificación tácita es la sugerida por un acto posterior y material de lo estipulado antes. Desde que ambas partes van a una Notaría y celebran un contrato con especificación propia y clara, no hay lugar a esas entendederas. Que por entrarse el Tribunal por esas veredas, dejando de dar al contrato de mil novecientos veintisiete su índole propia, un contrato en que Moncaleano y la señora de Mayolo celebraron una compraventa rescindible por lesión enorme; contrato que sirvió para que sus obligaciones novaran las del contrato de mil novecientos veinticinco, quedando obligada la dueña y quedando libre el anterior vendedor de lo ajeno, el Tribunal ha violado, por falta de aplicación, las siguientes disposiciones: el artículo 1759 del Código Civil, en que se instituye la fe que tienen los instrumentos públicos entre las partes, en lo relativo a su otorgamiento, a su fecha, a las declaraciones hechas en ellos, y los artículos 1687, 1689 y 1694 del Código Civil, que establecen la llamada novación de las obligaciones contractuales, y los artículos 1946 y 1954 del mismo Código, sobre rescisión por lesión enorme del contrato de venta.

Que hay igualmente error de derecho al apreciar la escritura 760, de abril de mil novecientos veintisiete, Notaría de Cali, y decir el Tribunal que en dicha escritura se contiene una ratificación tácita del contrato celebrado entre Aparicio Molina y Víctor Moncaleano, porque, al contrario, no hay en él ratificación expresa ni tácita, sino que constata que se quiso sustituir y destruir el contrato anterior. No quiso mejorarlo sino reemplazarlo. Que de ambas maneras habría podido obrar la señora de Mayolo, pero que optó, con asentimiento del comprador Moncaleano, en una novación en lugar de una ratificación. Y el Tribunal, al cambiar el valor legal del acto, en forma de darle una interpretación legal que no es la suya propia, incurrió en error de derecho, y con este error y el de hecho manifiesto, violó las mismas disposiciones anteriormente citadas.

La Corte encuentra fundados estos cargos, porque la ratificación, sea expresa o tácita de un acto o contrato, tiene por objeto dejarlo subsistente, y si bien la señora de Mayolo, al celebrar el contrato de mil novecientos veintisiete, parece haber tenido la intención de ratificar el de mil novecientos veinticinco entre Aparicio Molina y Víctor Moncaleano, en el hecho hizo uno nuevo para reemplazarlo, y transfirió directamente al último la propiedad de las fincas que al mismo le vendió Molina, aceptando la declaración hecha por Moncaleano y Molina de dar por írrito el contrato de mil novecientos veinticinco, en términos que a Moncaleano no le quedó otro título de las fincas que el contrato de mil novecientos veintisiete. De modo que al estimar el Tribunal que el contrato de esta última fecha contenía simplemente una ratificación tácita del anterior, incurrió en error de hecho manifiesto, con el cual violó, por no haberlo aplicado, el artículo 1759 del Código Civil, al desconocer la fe que presta entre la señora de Mayolo, Aparicio Molina y Víctor Moncaleano el contrato citado de mil novecientos veintisiete; y violó también el artículo 1946 del Código Civil, que establece la lesión enorme en favor del vendedor, al decir que esta acción, en el caso, debía regirse por el contrato de mil novecientos veinticinco, que quedó sin efecto por voluntad de los tres contratantes nombrados, y no por el de mil novecientos veintisiete.

Consecuencialmente incurrió el sentenciador en error de derecho en la apreciación del contrato de mil novecientos veintisiete, al estimarlo como prueba de una ratificación tácita del anterior, que no contiene sino una nueva convención, con lo cual violó, además, las disposiciones sobre novación, que cita el autor del recurso.

Por fuerza de las anteriores violaciones, debe casarse la sentencia, en la parte en que el Tribunal no da cabida a la acción de lesión enorme, ejercitada por la señora de Mayolo a que se limitó la casación, acción que se fundó en el contrato de mil novecientos veintisiete. No hay, pues, necesidad de considerar el otro cargo.

Para resolver en instancia, se considera:

Conforme al artículo 1947 del Código Civil, el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende. El justo precio se refiere al tiempo del contrato.

Como tanto en el contrato celebrado por Aparicio Molina con Víctor Moncaleano, como en el ajustado entre este último y la señora de Mayolo, se fijó como precio de los inmuebles vendidos la cantidad de dos mil setecientos cinco pesos ($ 2,705) moneda corriente, debe verse cuál era el precio justo en mil novecientos veintisiete de las casas y lote vendidos, y así determinar si la vendedora sufrió lesión enorme.

En el avalúo que de tales inmuebles se dio durante el juicio, se tuvo en cuenta el precio de ellos, tanto en la época del primer contrato celebrado entre Aparicio Molina y Víctor Moncaleano, como en la época del contrato materia de la litis, de mil novecientos veintisiete. Refiriéndose a la primera época, el perito de la demandante y el tercero, avaluaron las fincas a razón de dos pesos oro el metro cuadrado, y como la cabida del lote es de dos mil doscientos noventa y un metros cuadrados, sacaron un total de cuatro mil quinientos ochenta y dos pesos. Los mismo peritos avaluaron las fincas con relación al año de mil novecientos veintisiete, y estimaron el metro cuadrado a razón de cuatro pesos, y el perito del demandado, a razón de dos pesos el metro. En firme esos avalúos, porque no comprobó ni aceptó la tacha que se les opuso, resulta que la mitad del precio de las fincas, en mil novecientos veintisiete, es de cuatro mil quinientos ochenta y dos pesos ($4,582), tomada de nueve mil ciento sesenta y cuatro pesos ($ 9,164), cantidad la primera que es superior a la de dos mil setecientos cinco pesos ($ 2,705), que la vendedora recibió por las fincas, lo que acredita la lesión enorme demandada.

En los puntos cuarto y sexto de la demanda se pide que como consecuencia de las declaraciones anteriores o de alguna de ellas, se ordene al demandado que restituya los inmuebles por los linderos allí relacionados, con los frutos producidos por dichos inmuebles desde la contestación de la demanda. Estas peticiones también son procedentes como consecuencia de la lesión que se re-

conoce; pero, como según el artículo 1948 del Código Civil, el comprador Moncaleano tiene derecho de completar el precio justo de las cosas vendidas, si no consiente en la rescisión, debe fijársele un plazo para que elija, entre completar el precio hasta la cantidad de nueve mil ciento sesenta y cuatro pesos ($ 9.164), con deducción de una décima parte, o consentir en la rescisión. Vencido ese plazo, y si el demandado no opta por completar el precio de las cosas que se le vendieron, debe restituírlas, con los frutos producidos o que hubieran podido producir, teniéndolas la demandante en su poder, desde la contestación de la demanda (artículo 1948 del Código Civil).

A su vez, la vendedora debe restituir la suma de dos mil setecientos cinco pesos ($ 2,705) que recibió, con intereses legales, desde la contestación de la demanda hasta que se verifique el pago, caso de que el comprador Moncaleano acepte la rescisión que se decreta.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia de fecha diez y seis de julio de mil novecientos treinta y uno, proferida por el Tribunal Superior de Cali en este juicio, reforma la de primera instancia, y en su lugar resuelve:

1° Declárase rescindido por causa de lesión enorme sufrida por la vendedora señora Ana Moncayo de Mayolo, el contrato de compraventa celebrado entre dicha señora y los señores Aparicio Molina y Víctor M. Moncaleano, por medio de la escritura número setecientos sesenta (760), de veintiuno de abril de mil novecientos veintisiete, otorgada en la Notaría de Cali, Departamento del Valle.

2° Como consecuencia de dicha rescisión, el demandado Víctor Moncaleano restituirá a Ana Moncayo de Mayolo, cuarenta (40) días, contados desde la notificación del auto de obedecimiento de este fallo, en el Juzgado 2° del Circuito de Cali; si dentro de ese término no completa a la vendedora de Mayolo el precio de nueve mil ciento sesenta y cuatro pesos ($ 9,164) moneda corriente, con deducción de una décima parte, los siguientes inmuebles:

"Dos casas de bahareque y teja de barro, con su correspondiente terreno, situados en la carrera 8ª de la ciudad de Cali, entre las calles 17 y 18, que mide cuarenta metros de frente y cincuenta y ocho metros de centro, terreno comprendido dentro de los siguientes linderos: al Norte, la carrera 8ª; al Sur, con predio de los señores Mejía Arellano o de sus herederos; al Oriente, con la calle 18 y el mismo predio indicado al lado Sur, y por el Occidente, con predio del señor Antonio Salazar."

3° El demandado restituirá dichos inmuebles, caso de aceptar la rescisión, con sus frutos naturales y civiles producidos, o que la demandante hubiera podido producir con mediana inteligencia y actividad, teniendo aquéllos en su poder, desde la contestación de la demanda materia de este juicio hasta el día de la entrega.

4° A su vez, la señora Ana Moncayo de Mayolo restituirá al demandado Víctor M. Moncaleano la suma de dos mil setecientos cinco pesos ($ 2,705) moneda corriente, con intereses legales, desde la contestación de la demanda hasta el día del pago, caso de que el demandado Moncaleano acepte la rescisión que se decreta, en el plazo indicado.

5° Es entendido que deben ser simultáneos el pago y restitución de las sumas con la entrega o restitución de las fincas de que se habla en los numerales anteriores.

6° Si el comprador hubiere hecho mejoras, tendrá los derechos que el artículo 174 del Código Civil da a los poseedores de buena fe.

7° No hay costas en las instancias ni en el recurso de casación.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

El señor Germán Molina Callejas denunció para sí una mina de oro en aluvión, antigua, llamada **El Plan de Riogrande**, situada en el Distrito de Santa Rosa de Osos, en la fracción de San Pablo, en la banda izquierda del Riogrande, a continuación oriental de la mina de **La Vega de los Boteros**, mina que estuvo comprendida en el mineral titulado en 1881 con el nombre de **El Plan de Riogrande.**

Se opusieron los señores Heliodoro González Z. y Atanasio Vargas, y por resolución judicial, el señor Molina Callejas hubo de asumir el papel de actor respecto de la oposición del primero de aquellos señores.

En memorial de seis de diciembre de mil novecientos veinticuatro, el actor pidió se declarase:

"Primero. No es fundada la oposición del señor don Heliodoro González al denuncio y posesión de la mina **El Plan de Riogrande**, de que tratan las diligencias.

"Segundo. Es ineficaz el título de la mina **El Plan de Riogrande**, expedido el 14 de julio de 1881 a los señores don Martín Jaramillo y don Tomás M. Zapata.

"Tercero. Debe cancelarse la primitiva inscripción de ese título.

"Cuarto. Cuando Germán Molina Callejas restauró y denunció la mina a que se refiere la oposición originaria del juicio, estaba en legal y total abandono el mineral de que trata el título referido en los dos puntos anteriores.

"Quinto. A Germán Molina Callejas corresponde, en posesión y propiedad, desde el 17 de abril de 1920, la mina de oro en aluvión que restauró en dicha fecha y luégo denunció con el nombre de **El Plan de Riogrande**, en el Distrito de Santa Rosa, orilla izquierda del Riogrande, paraje del mismo nombre de la mina, desde el desembocadero de la quebrada **Haitón** a dicho río, siguiendo por la orilla izquierda de éste hacia abajo, hasta medir cinco kilómetros de longitud por dos de latitud, que se medirán hacia el Norte.

"Sexto. Por cuanto que Germán Molina Callejas ha conservado y conserva sobre la indicada mina el derecho restaurado desde el 17 de abril de 1920, lo tiene a que se le entregue y a que se le expida, en forma legal, el título respectivo.

"Séptimo. El opositor pagará las costas del juicio."

Relató los siguientes hechos o motivos:

"1° No fue revalidado ni registrado de nuevo (artículos 13 de la Ley 38 de 1887, 7° de la 14 de 1888 y 15 de la 39

de 1890) el título referido en los puntos segundo y tercero de la parte petitoria.

"2° Nunca se cumplió, con respecto al mineral expresado en dicho título, el precepto de los artículos 148 del Código de Minas y 24 y 25 de la Ley 292 de 1875. De 1881 a 1888, inclusive, se pagó el impuesto por extensión de 8 por 5 kilómetros; de 1889 a 1911, por extensión de 12 por 5, y en 1912, con el fin de amparar perpetuamente el mineral, se satisfizo el impuesto por extensión de 10 por 3 kilómetros. Pero es entendido que en 1911 sólo se pagó un peso de oro, apenas equivalente a una extensión no mayor de cinco kilómetros de longitud, y que jamás se tuvo en cuenta el precepto del artículo 163 del Código de Minas, aparte de que el pago hecho en 1912 no lo fue conforme al querer del artículo 3° de la Ley 59 de 1909.

"3° Vino, pues, ese mineral, en legal y total abandono desde el año de 1887, inclusive, pero principalmente desde 1911, en que la deficiencia en el pago del impuesto fue manifiesta.

"4° El 17 de abril de 1920 restauré y el 26 de los mismos denuncié la mina a que se refiere el punto quinto de la parte petitoria.

"5° Esa mina es integrante del mineral titulado el 14 de julio de 1881 por los señores Jaramillo y Zapata, ya nombrados.

"6° No he perdido, por motivo alguno legal, los derechos adquiridos desde la fecha referida en el hecho 4° El denuncio, después de varios incidentes obstaculizantes de su admisión, remediados a virtud de sentencia del Tribunal Administrativo Seccional y del honorable Consejo de Estado, fue admitido por Resolución de 27 de febrero de 1923, y desde entonces siguió el curso legal que le es propio hasta llegar al estado que hoy presenta."

El apoderado de González Z., al rechazar la acción, manifestó:

"Mi poderdante no acepta en manera alguna lo pedido por el actor, ni le reconoce derecho el más mínimo para sus pretensiones; por eso, significo, en nombre y como apoderado del señor González Z., que me opongo a que se hagan las declaraciones solicitadas en la demanda."

El proceso ha tenido un curso dilatado, cuyos pormenores no hay para qué referir aquí.

El once de junio de mil novecientos treinta y uno, el Juez 1° del Circuito de Santa Rosa de Osos pronunció sentencia en estos términos:

"Por tanto, el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara:

"1° Que el denuncio hecho por el señor Germán Molina Callejas es perfectamente ineficaz, porque el mineral a que él se refiere se halla contenido dentro de la mina titulada el Plan de Riogrande, que no está abandonada.

"En consecuencia, absuélvese al señor Heliodoro González Z. de los cargos que dicho señor Molina Callejas le ha formulado en la aludida demanda de fecha seis de diciembre de mil novecientos veinticuatro.

"De conformidad con el artículo 365 del Código de Minas, el mismo señor Molina Callejas será condenado a pagar al demandante (sic), a más de las costas, los perjuicios que le haya ocasionado con la presente acción. Estos se fijarán en juicio aparte.

"Las agencias y trabajo en derecho se estiman en veinte pesos. El Secretario tasará las suyas.

"2° Que no hay lugar a hacer las declaraciones que se piden en la demanda de fecha veintiocho de agosto de mil novecientos veintitrés, establecida por el señor Atanasio Vargas contra el mismo denunciante de la mina, señor Molina Callejas, por ser ello innecesario y redundante, y además porque en los autos no existe prueba de que en los terrenos en donde está ubicada dicha mina, estén en parte cultivados o destinados a la crianza o ceba de ganado, ni de que aquél sea dueño de esa parte de terreno, ni mucho menos de que sea accionista en tales minerales. Sin costas por este último concepto."

Por apelación de Molina Callejas, subió el asunto al Tribunal Superior de Medellín, quien, en sentencia de diez de marzo de mil novecientos treinta y dos, falló así la alzada:

"En virtud de lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

"Primero. Revócase el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada, de fecha once de junio de mil novecientos treinta y uno, y en su lugar se resuelve que no hay lugar a la oposición que hace el señor Heliodoro González Z., por conducto de apoderado, en el escrito de fecha veintisiete de agosto de mil novecientos veintitrés y, por consiguiente, no es el caso de hacer las declaraciones que solicita el señor Germán Molina Callejas en sus libelos de fecha catorce de mayo y seis de diciembre de mil novecientos veinticuatro.

"Segundo. Confírmase lo resuelto bajo el numeral segundo de la sentencia en alusión; y

"Tercero. No hay lugar a costas."

Solicitó el señor Molina Callejas algunas aclaraciones a esta sentencia; mas el Tribunal no accedió a hacerlas, como se ve en el auto de dos de mayo siguiente.

Interpuso recurso de casación el apoderado de González Z. y el Tribunal se lo otorgó.

Lo admitió la Corte mediante providencia de veintitrés de septiembre de mil novecientos treinta y dos.

El apoderado del recurrente ante esta Sala invoca las causales de los ordinales 1° y 3° del artículo 520 de la Ley 105 de 1931.

"Como se demostrará en su lugar—dice—la sentencia recurrida es violatoria de la ley sustantiva, unas veces por infracción directa, otras por aplicación indebida, otras por interpretación errónea, y otras por falta de apreciación o por apreciación equivocada de algunas pruebas. Además, contiene en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias, que subsisten a pesar de haberse pedido en tiempo la aclaración de ella."

El orden lógico exige que se estudie primero la causal 3ª

Advierte el impugnador que el recurso y la demanda de casación van dirigidas contra estas dos partes de la sentencia:

a) La que dice: "Revócase el numeral 1° de la parte resolutiva de la sentencia apelada, de fecha once de junio de mil novecientos treinta y uno, y en su lugar se resuelve que no hay lugar a la oposición que hace el señor Heliodoro González Z., por conducto de apoderado, en el escrito de fecha veintisiete de agosto de mil novecientos veintitrés."

b) La parte que dice: "Devuélvase para que el denuncio siga su curso legal."

En lo demás que contiene el fallo—en lo que éste toca con González Z.—esto es, la parte en que el Tribunal niega las declaraciones solicitadas por el actor, la sentencia es intangible, porque el señor Molina Callejas no interpuso recurso de casación y porque esa parte favorece al recurrente, por lo cual no puede incluirse en el recurso.

Expone el acusador que el Tribunal resuelve que no hay lugar a la oposición hecha por Heliodoro González, y allí mismo decide que no es el caso de hacer las declaraciones que solicita Molina Callejas en sus escritos de 14 de mayo y 6 de diciembre de 1924. Estas dos decisiones son contradictorias. La primera declaración solicitada por Molina Callejas en el libelo de seis de diciembre, dice:

"Primero. No es fundada la oposición del señor don Heliodoro González al denuncio y posesión de la mina **El Plan de Riogrande**, de que tratan estas diligencias."

Esta declaración fue negada por el Tribunal. Como es obvio, si la declaración fue negada, ello quiere decir que la oposición de González sí era fundada; pero como al propio tiempo resolvió el fallador que no lo era, las dos decisiones se contradicen y destruyen. Decir a un mismo tiempo que la oposición es fundada y que no lo es, es como decir sí y no. Clarísima aparece la contradicción.

Agrega que para negar eficacia jurídica a la oposición de González, el Tribunal se funda en que no hay prueba de que el título de la mina de Riogrande, expedido el 14 de julio de 1881, esté registrado. Ese es todo el fundamento del fallo en esa parte. Ahora bien: en su escrito de seis de diciembre, el actor pidió se declarase, entre otras cosas, lo siguiente:

"Segundo. Es ineficaz el título de la mina **El Plan de Riogrande**, expedido el 14 de julio de 1881 a los señores don Martín Jaramillo y don Tomás M. Zapata."

Esta declaración fue negada por el Tribunal. Natural y claramente, la negativa implica la declaración de que el título de la mina sí es eficaz; pero como al mismo tiempo el Tribunal desconoció la eficacia del título, se sigue de aquí que dio dos resoluciones contradictorias.

En el libelo de seis de diciembre solicitó el actor esta declaración:

"Cuarto. Cuando Germán Molina Callejas restauró y denunció la mina a que se refiere la oposición originaria del juicio, estaba en legal y total abandono el mineral de que trata el título referido (el de 14 de julio de 1881)."

Esta declaración fue negada por el Tribunal. La negativa a hacer la declaración quiere decir que la mina denunciada por el señor Molina Callejas no estaba desierta; pero como en el mismo fallo en que se niega la declaración se ordena que el denuncio siga su curso legal, dicho fallo contiene dos disposiciones contradictorias. Si la mina no estaba abandonada, como lo declara el Tribunal al negar la petición que en ese sentido le hizo el actor, no se explica cómo el mismo Tribunal, en la misma sentencia, ordena que el denuncio siga su curso. Si se cumple esta última parte del fallo, a Molina Callejas debe dársele posesión y expedírsele el título de una mina que, por propia declaración de la sentencia, no está abandonada, y a la inversa, si se cumple el fallo en la parte en que declara que la mina no está abandonada, es imposible cumplirlo en cuanto ordena que el denuncio siga su curso legal.

En su demanda de seis de diciembre, el actor pidió esta otra declaración:

"Sexto. Por cuanto que Germán Molina Callejas ha conservado y conserva, sobre la indicada mina, el derecho restaurado desde el 17 de abril de 1920, lo tiene a que se le entregue y a que se le expida en forma legal el título respectivo."

Esta petición fue negada, como las otras; lo que quiere decir que Molina no tiene derecho a que se le entregue la mina y a que se le expida el título; pero como el Tribunal, a la vez que negó la petición, declaró ineficaz la oposición de González y ordenó que siguiera el denuncio su curso legal, esto es, que se le entregue la mina al demandante y se le expida título, resulta que la sentencia contiene dos disposiciones contradictorias. Si se cumple el fallo en cuanto por él se desconoce al denunciante el derecho de que se le entregue la mina y se le expida el título, es imposible cumplirlo en cuanto ordena que el denuncio siga su curso legal; y a la inversa, si se cumple en la parte que ordena esto último, no se puede cumplir en la parte en que declara lo otro. La antinomia es evidente.

Como todas estas contradicciones—concluye el recurrente—subsisten a pesar de que se pidió en tiempo hábil la aclaración del fallo, debe prosperar la causal 3ª del artículo 520 del Código Judicial; y la Corte ha de casarlo, en la parte en que ha sido recurrido, y decidir sobre los capítulos comprendidos en la casación.

Se considera:

Como se ha visto, la acusación se basa en el supuesto de que existe contradicción al decidir que no hay lugar a la oposición de González Z. y que, por consiguiente, no es el caso de hacer las declaraciones solicitadas por Molina Callejas.

Según la mente del autor del recurso, la abstención del Tribunal respecto de estas declaraciones equivale a la negación de ellas, y la negación, a la afirmación de las proposiciones contrarias, las cuales resultan incompatibles con el rechazo de la oposición de González.

Empero, la Sala no lo estima así, dada la explicación que sobre el particular se lee en la sentencia, a saber:

"Y no se puede argüir que desapareciendo el fundamento de la oposición del señor González Z., debido a la radical deficiencia que ostenta el título de catorce de julio de mil ochocientos ochenta y uno, es de lógica concluír que las peticiones del denunciante Molina Callejas han prosperado, porque siendo éste el actor en el debate, era a él a quien incumbía traer la prueba completa que el caso demanda, y lo que ocurrió fue debido a una descuidada—según se alcanza a colegir—actividad del opositor demandado, y es precisamente esta imposibilidad jurídica que se creó en el juicio por la inercia, se repite, de la parte reo, lo que coloca a la Sala en la situación embarazosa de no poder iniciar siquiera el estudio y apreciación de las demás pruebas. Entre tener que declararse la ineficacia de la oposición por la causal apuntada y reconocer las pretensiones del actor, por los motivos que éste invoca y hace lucir con principal y decisivo empeño, media una enorme diferencia, y por lo tanto, no puede tacharse de ilógico el presente fallo...."

El Tribunal, según lo transcrito, halló un término medio entre la ineficacia de la oposición de González y el reconocimiento de las pretensiones de Molina Callejas por los motivos indicados por éste; término consistente en que, desaparecida aquella oposición, el denuncio del citado señor Molina debía continuar su curso, sin preci-

sión de fallar acerca de las pretensiones del mismo, por ser ello innecesario. De aquí que el no hacer las declaraciones solicitadas por Molina Callejas no equivalga a la negación de ellas en su fondo, y que no habiendo tal negación, no haya tampoco una virtual afirmación de las proposiciones contrarias a las que el demandante sustenta en la parte petitoria de su libelo.

No puede aseverarse, por tanto, que exista una contradicción lógica en los pronunciamientos que asentó el Tribunal en la parte resolutiva de la sentencia. Expresiones como **no hay lugar a lo pedido, no es el caso de hacer las declaraciones que se piden**, y otras análogas, muy usadas en el foro, implican a veces verdaderas fórmulas de absolución y a veces apenas la declaración de ser inútil o inoportuna la pretensión del litigante; y para medir su alcance, importa relacionarlas con los razonamientos de la parte expositiva del fallo.

Por lo demás, el no descubrirse la contradicción que acusa el recurrente, no quiere decir que la fórmula de la sentencia se halle exenta de crítica por otros aspectos.

Por lo expuesto, no procede la causal examinada.

Cuanto a la primera causal, la demanda de casación aduce varios motivos para fundarla, y la Sala, estimando acreditado el último de ellos, prescinde del estudio de los demás.

Expone el autor del recurso (números 30, 31 y 32 de la citada pieza), que el Juez del Circuito de Santa Rosa y el Tribunal de Medellín, en autos de seis de noviembre de mil novecientos veintitrés y dos de mayo de mil novecientos veinticuatro, resolvieron que el denunciante Molina Callejas debía asumir el papel de actor y que, por tanto, el escrito en que González Z. formalizó su oposición debía tenerse como una impugnación de la exactitud y justicia del denuncio.

De conformidad con aquellos autos, el denunciante formuló su demanda definitiva en escrito de seis de diciembre de mil novecientos veinticuatro, en el cual pidió, entre otras cosas, lo siguiente:

"Segundo. Es ineficaz el título de la mina **El Plan de Riogrande**, expedido el 14 de julio de 1881 a los señores don Martín Jaramillo y don Tomás M. Zapata.

"Tercero. Debe cancelarse la primitiva inscripción de ese título."

"De acuerdo con un principio universal muy conocido, la carga de la prueba pesa sobre el actor. El principio está consagrado en la ley colombiana porque, al tenor del artículo 1757 (inciso 1°) del Código Civil, incumbe probar las obligaciones o su extensión al que alega aquéllas o ésta, y, con arreglo al artículo 593 del Código Judicial, toda decisión 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 demostradas, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios conocidos universalmente con el nombre de pruebas.

"Si el señor Molina Callejas—prosigue el recurrente—por decisión judicial ejecutoriada asumió el papel de actor en este juicio, y si en su demanda pidió que se declarara la ineficacia del título de la mina de **El Plan de Riogrande**, y que se decretara la cancelación del registro de ese título, a él, y sólo a él, le incumbía la obligación de presentar el título con la nota de inscripción. Ese era su deber como actor y como pretendiente de esas declaraciones. Pero el Tribunal, por un error ciertamente muy deplorable, sacó la obligación de los hombros del actor y la colocó sobre los del opositor, invirtiendo así los papeles y las obligaciones de uno y otro. A quién debía dar la prueba, le relevó de la carga; y a quien no estaba obligado a darla, lo condenó por una omisión que no le era imputable.

"Acuso, pues, el fallo recurrido de haber violado las siguientes disposiciones sustantivas:

"a) El artículo 53 de la Ley 292 de 1875, por infracción directa, pues conforme a él le correspondía al señor Molina Callejas, en su calidad de actor, la obligación de la prueba sobre los hechos en que fundaba su pretendido derecho.

"b) El inciso 1° del artículo 1757 del Código Civil, por infracción directa, porque conforme a él le correspondía al actor Molina Callejas la prueba de aquellos hechos.

"c) El artículo 593 del Código Judicial, por infracción directa y por la misma razón.

"El principio universal sobre la obligación de probar, al cual me referí atrás, estaba muy nitidamente consignado en los artículos 542 y 543 del Código Judicial, derogado por la Ley 105 de 1931, pero las otras disposiciones que he citado lo consagran también en forma no menos inequívoca."

Para el caso de que se estime que esta acusación debe presentarse por el aspecto de apreciación errónea de alguna prueba, el recurrente agrega:

"El Tribunal de Medellín apreció erróneamente los autos ejecutoriados de seis de diciembre de mil novecientos veintitrés y dos de mayo de mil novecientos veinticuatro, proferidos respectivamente por el Juez del Circuito de Santa Rosa y por dicho Tribunal, y apreció asimismo erróneamente la demanda de seis de diciembre de mil novecientos veinticuatro, pues conforme a aquellos autos y a esta demanda, era el actor quien tenía la obligación de presentar el título de la mina de **El Plan de Riogrande**, con la prueba del registro. Y como el Tribunal estimó que la prueba debía darse por el demandado, incurrió en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, y en error de derecho. A causa de este doble error, el Tribunal violó los artículos 53 de la Ley 292 de 1875 (ordinal 1°), 1757 (inciso 1°) del Código Civil, y 593 del Código Judicial."

Se considera:

Ciertamente, cuando los citados autos del Juez y del Tribunal declararon que el señor Molina Callejas debía asumir el papel de actor, a su cargo quedó la obligación de la prueba, con la extensión y los límites que la ley y la doctrina le reconocen a dicha obligación, y el escrito de la formalización de la oposición de González Z. dejó de ser mirado como una demanda, para ser tenido apenas como una impugnación de la exactitud y justicia del denuncio (artículo 393 del Código de Minas).

En las peticiones 2ª y 3ª del libelo reformatorio de seis de diciembre de mil novecientos veinticuatro, el señor Molina Callejas solicitó la declaración de la ineficacia del título de la mina, expedido a favor de Martín Jaramillo y Tomás María Zapata el catorce de julio de mil ochocientos ochenta y uno, y la orden de cancelación de ese título. En la petición 4ª, solicitó la declaración de que la mina a que se refiere el título estaba legalmente abandonada cuando el denunciante la restauró.

Como estas tres peticiones no contienen negaciones indefinidas sino afirmaciones concretas, no hay duda de que a Molina tocaba dar la prueba de ellas, de conformidad con los artículos 542 y 543 del Código Judicial anterior, vigente cuando se trabó la litis contestación entre las partes. Así, pues, con el fin de demostrar el abandono de la mina de El Plan de Riogrande, atribuído a pago deficiente del impuesto, debía traer al juicio la constancia de los pagos, y con el propósito de cumplir ese deber adujo el certificado del Administrador Departamental de Hacienda Nacional de Medellín, que se ve en el cuaderno de sus pruebas. Para obtener la declaración de la ineficacia del título y la orden de cancelación de su registro, necesitaba presentar ese título con la nota de inscripción, pues sin ello no era dado saber si el título existía, como que la falta del instrumento público en los actos solemnes no puede suplirse ni aún con la prueba de confesión, ni si existía el registro cuya cancelación se demandaba; mas el demandante no hizo esta presentación. Y no se arguya que a Molina Callejas no le era dado presentar un título que no tenía por no haber sido adjudicatario de la mina; porque en el término probatorio del juicio pudo haberlo conseguido en la Notaría en donde se hallaba protocolizado o haber pedido a la Gobernación la copia de las piezas que lo reemplazaban, con arreglo al artículo 17 del Código de la materia.

Verdad es que en la petición 1ª se persigue el reconocimiento de que no es fundada la oposición del señor don Heliodoro González al denuncio y posesión de la mina "El Plan de Riogrande," de que tratan estas diligencias; pero semejante petición no alcanzó a imponerle al mencionado señor la tarea de la prueba, en primer lugar, porque ella no es otra cosa, aunque aparezca al principio, que una consecuencia de las restantes peticiones, y en segundo, porque la redacción negativa de un pedimento no puede trastornar las disposiciones legales acerca de la prueba de los cargos y descargos que se hacen en juicio. En otros términos, las acciones negatorias no son tales por la simple forma negativa en que se aduzcan sino por razón de su naturaleza.

En las peticiones 5ª y 6ª se notan asimismo afirmaciones muy precisas, cuya demostración correspondía al demandante.

A su turno el demandado González Z. no propuso, en la contestación de la demanda (folio 64 del cuaderno 1º), ninguna excepción perentoria ni apoyó su defensa en negativas de las llamadas generadoras. Hizo afirmaciones contrarias a las del demandante, las cuales, al probar éste las suyas, habían de quedar infirmadas (artículo 595 del actual Código Judicial).

No se advierte, por tanto, que González tuviera la obligación de aducir el título, debidamente registrado, de la mina. Bastábale, una vez colocado en la situación de demandado, esperar la prueba que levantara su antagonista para ver si ella era suficiente y satisfactoria. En todo caso, si estimó conveniente a sus intereses reforzar su situación con alguna prueba, tal intento no inhibía a Molina Callejas de la obligación legal de probar los fundamentos de la acción. Si aquí se tratara de un juicio ordinario de los que el Código de Minas (artículos 382 y 384) denomina directos, se percibiría fácilmente el deber del suministro del título por parte del señor Molina, por ser indispensable para la comprobación de lo pretendido en las peticiones del libelo; mas lo mismo ocurre en el actual, pues no por ser él indirecto, o sea originado por una oposición, deja de pesar sobre el demandante igual carga probatoria.

Luego el sentenciador, al dar por sentado que González debía presentar el título registrado de la mina, y que por no haberlo hecho era necesario declarar sin eficacia la oposición que venía sosteniendo, incurrió en un error de derecho, porque apreció injurídicamente las providencias en que el Juez y el Tribunal dispusieron que el mentado señor tenía el carácter de demandado, su oposición el de una impugnación de la exactitud y justicia del denuncio, y Molina Callejas el papel de demandante. Concretamente, la mala apreciación estriba en admitir que González, a pesar de ser demandado, se hallaba en el deber de probar su oposición.

Por obra de este error, el sentenciador violó el artículo 53, numeral 1º, de la Ley 292 de mil ochocientos setenta y cinco, que le asignaba al señor Molina Callejas la calidad de demandante, naturalmente con las funciones probatorias inherentes a ella, y el artículo 1757, inciso 1º, del Código Civil, en virtud del cual compete probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta. Igualmente puede decirse quebrantado el artículo 593 del Código Judicial vigente, que sustituye en su espíritu, aunque sin ventaja, a los artículos 542 y 543 del anterior.

Por tanto, es ineludible la casación parcial del fallo controvertido.

Para decidir en instancia, se observa:

La Sala no estima, como el recurrente, que es intocable aquella parte del pronunciamiento primero de la sentencia en que se expresa no ser el caso de hacer las declaraciones solicitadas por Molina Callejas, porque dicha parte es consecuencia de la primera, en que se revoca el numeral 1º de la resolutiva del fallo del Juez; y la casación de la parte revocatoria trae consigo, por motivos de conexión, la de la parte consecuencial.

Se infirmará, pues, el pronunciamiento primero de la parte resolutiva de la sentencia recurrida, y en su lugar se confirmará el primero de la parte resolutiva de la sentencia inferior; pero con una modificación, consistente en suprimirle el párrafo primero, en donde se dice que el denuncio hecho por Molina Callejas es perfectamente ineficaz, porque el mineral a que él se refiere se halla contenido dentro de la mina denominada El Plan de Riogrande, que no está abandonada. Esto porque semejante decisión es improcedente, una vez que el Juez cumplía con absolver a González de los cargos formulados en la demanda.

Otra modificación se hará, con el fin de suprimir la condenación en perjuicios y costas, decretada con apoyo en el artículo 385 del Código de Minas, porque precisamente la falta de presentación del título registrado de la mina de El Plan de Riogrande por parte del denunciante, torna inaplicable la sanción de ese artículo.

En resumen: del numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia del Juez sólo ha de subsistir el párrafo en que se absuelve a González de los cargos formulados en la demanda de seis de diciembre de mil novecientos veinticuatro. La absolución, por lo demás, encuentra fundamento en la consideración de que los dichos cargos quedaron en puridad sin objeto, por ir encaminados contra el título de una mina que el demandante no adujo debidamente registrado, siendo ello de su cargo, como se explicó antes.

El segundo pronunciamiento de la sentencia del Tri-

bunal, en que se confirma el segundo de la del Juez, no ha sido materia del recurso de casación.

Ha de ser casada también la parte final de la sentencia recurrida, en la cual se ordena la devolución del expediente para que el denuncio siga su curso. Es claro, que, absuelto González de los cargos, este denuncio carece de razón y no puede adelantarse.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

1º Se casa el pronunciamiento primero de la parte resolutiva de la sentencia recurrida, y en su lugar se resuelve:

Refórmase el numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, en el sentido de suprimirle el párrafo primero, en que se declara que el denuncio de Germán Callejas es perfectamente ineficaz, porque el mineral a que él se refiere se halla contenido dentro de la mina titulada El Plan de Riogrande, que no está abandonada, y en el de suprimirle también los párrafos tercero y cuarto, en que se le impone al mismo demandante la condenación en perjuicios y costas, de conformidad con el artículo 365 del Código de Minas, y se estiman las agencias y el trabajo en derecho de la parte favorecida y se le ordena al Secretario tasar las otras costas. En consecuencia, de dicho numeral primero sólo permanece vigente la parte que dice:

"....Absuélvese al señor Heliodoro González Z. de los cargos que dicho señor Molina Callejas le ha formulado en la aludida demanda de fecha seis de diciembre de mil novecientos veinticuatro."

2º Se casa asimismo la parte final de la sentencia recurrida, en que se ordena la devolución del expediente para que el denuncio siga su curso legal, y en su lugar se declara que este denuncio no puede ser adelantado.

En estos términos queda reformada la sentencia de primera instancia.

De la sentencia del Tribunal, continúan en vigor los puntos siguientes:

"Segundo. Confírmase lo resuelto bajo el numeral segundo de la sentencia en alusión; y

"Tercero. No hay lugar a costas."

Notifíquese, cópiese y publíquese este fallo en la Gaceta Judicial, y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

Sin costas en el presente recurso.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo cinco de mil novecientos treinta y tres.

El Concejo de Marinilla, por Acuerdo número 10, de 20 de marzo de 1924, dispuso:

"Artículo 3º Adóptase el plano que presenta el doctor Agudelo, relativo al acueducto para proveer de agua a la población, y en consecuencia la obra se desarrollará por partes, así: la tubería que forma la red se extenderá de acuerdo con dicho plano y mientras el Municipio se hace a recursos, se construirá un tanque científicamente con el fin de acopiar por ahora el agua que viene actualmente a la población, derramarla a la tubería tal como lo indica el plano.

"Artículo 4º Autorízase al Personero Municipal para contratar con el doctor Agudelo la construcción del acueducto, de acuerdo con el artículo anterior."

En virtud de esa autorización, el Personero Municipal de Marinilla celebró con el expresado doctor Agudelo el contrato de 20 de marzo de 1924, aprobado por el Concejo por medio de su Acuerdo número 11, de esa misma fecha, y en el cual se estipuló lo siguiente:

"1º Agudelo C. se compromete a instalar en la población de la ciudad de Marinilla un acueducto público, enteramente acorde con los planos e informes rendidos a la Municipalidad, y consistente en lo siguiente:

"a) La red de tubería metálica, que será hierro galvanizado de primera clase y de las dimensiones que constan en el plano respectivo, con excepción de la tubería de cuatro pulgadas, y cambiando por de tres la de una pulgada entre el tanque y la esquina de Rafael Gómez (que era de Marco A. Villegas);

"b) Un tanque de concreto, científicamente resistente, de ocho metros por ocho y dos de altura, con compartimientos también de concreto, o de otras dimensiones, con la misma capacidad de ciento veintiocho metros cúbicos (128);

"c) Una acequia de setecientos cuarenta metros de longitud próximamente, por la misma brecha por donde corría el agua de La Bolsa, y formada en un cajón de adobe revocado interiormente de cemento, y de las dimensiones que den los adobes puestos en el piso de tizón y en los costados zoga;

"d) Un muro de resistencia y volumen necesarios para recoger el agua en la toma y levantarla en su nivel con su compuerta y desarenaderos convenientes;

"e) A entregar en un término no mayor de seis meses el acueducto terminado y a satisfacción, a juicio de técnicos, si el Municipio lo exigiere, y siendo de cargo del mismo Municipio los honorarios que los técnicos cobren;

"f) A dirigir las instalaciones particulares sin cobrar a los interesados por sus servicios profesionales.

"2º El Municipio se compromete a pagar a Agudelo C., por el valor total de la obra descrita, la cantidad de ocho mil pesos ($ 8,000) moneda legal, suma que le pagará en la forma siguiente: cinco mil pesos ($ 5,000) a medida que los vaya necesitando para la construcción del acueducto, los tres mil pesos ($ 3,000) restantes, inmediatamente que el Municipio reciba la primera cuota de la subvención nacional, según la Ley número 107 de 1923, quedando responsable el Municipio de esta suma caso de que la Nación no reconozca tal auxilio;

"g) A obtener exención de derechos de aduanas y fletes del ferrocarril de Antioquia para la tubería y accesorios del acueducto, siendo de cargo del Municipio tal valor si no se hicieren efectivos.

"El Contratista y el Municipio establecen como convenio mutuo lo siguiente: que Agudelo C. dará un fiador a satisfacción del honorable Concejo del cumplimiento del presente contrato, ofreciendo desde luego como fiador al señor don Nazario Moreno, vecino de Medellín y mayor de edad, el cual se compromete para con el Municipio de mancomún y solidariamente con el Contratista.

"Es obligación del Contratista la instalación de un

clorinador, que debe suministrar el Departamento, y los contadores que el Municipio crea conveniente.

"El Municipio pagará a Agudelo C. las cantidades que necesite, de los cinco mil pesos estipulados en la cláusula segunda de este contrato.

"Ambos se someten a la aprobación de este contrato del honorable Concejo, para su validez."

El siete de mayo del mismo año, los mismos contratantes celebraron otro contrato, que al día siguiente fue aprobado por el Concejo, por su Acuerdo número 17, con las siguientes estipulaciones:

"1ª Agudelo C. se compromete a construír un tanque de ladrillo o de concreto, con una capacidad de cuatro metros cúbicos en la extremidad de la tubería actual, de atanores que existe en el acueducto municipal actual, tanque que unirá a la tubería de hierro por medio de un tubo del diámetro necesario provisto de dos llaves, por medio de las cuales pueda comunicarse este acueducto con el principal o prestar servicio para un circuito especial.

"2ª A poner por su cuenta la tubería necesaria desde el punto donde se había proyectado el tanque principal hasta reunirlo con el mismo tanque en el sitio últimamente determinado.

"3ª A colocar los setecientos cuarenta metros de adobe y cemento en el nuevo trazado, pero cubriéndolo con lajas de piedra y barranca.

"4ª A reconstruír en toda su extensión la acequia por donde corría el agua de La Bolsa, trayendo ésta por tierra hasta empatar con los setecientos cuarenta metros de cañería de construcción.

"5ª A pasar el agua en los túneles existentes por atanores de barro, de dimensiones suficientes y en todo caso no menores de cuarenta centímetros de diámetro, poniendo en las bocas de éstos rejas metálicas para impedir su obstrucción.

"El Municipio pagará al Contratista como valor de las obras descritas la cantidad de dos mil cuatrocientos pesos oro legal, suma que le entregará cuando reciba los primeros contados de la subvención nacional de que trata la Ley 107 de 1923, advirtiendo que en el caso de que por cualquier motivo no se hiciere efectivo el auxilio nacional, el Municipio se constituirá deudor del Contratista por la cantidad estipulada, reconociéndole por el tiempo de la mora un interés del uno por ciento mensual, y asegurándole la cantidad en la obra construída.

"El Contratista entregará las obras motivo de este contrato a satisfacción técnica y en el mismo tiempo en que debe entregar el acueducto contratado, según contrato de veinte de marzo del corriente año."

Por Resolución número 5, de 1º de agosto de 1925, dispuso el Concejo:

"Considerando:

"1º Que el doctor Rafael Agudelo dio cumplimiento estricto a los contratos celebrados con el Municipio en fechas 20 de marzo de 1924 y 7 de mayo del mismo año;

"2º Que en el contrato sobre el agua de La Bolsa estaba comprometido únicamente a labrar una acequia en tierra, lo cual cumplió desde hace más de un año;

"3º Que por la calidad del terreno y las condiciones en que fue hallado no fue posible hacer pasar el agua por dicha acequia, habiéndose visto el doctor Agudelo obligado a solidificarla con grandes gastos a que no estaba comprometido y a sostenerla sacando derrumbes, haciendo variantes y construyendo trayectos nuevos, obras que eran legal y moralmente de cargo del Municipio;

"4º Que por la misma porosidad del terreno, y para evitar grandes costos de sostenimiento al Municipio, el doctor Agudelo puso un sifón de hierro que ahorra más de mil metros de acequia;

"5º Que todos los accesorios, tubería y materiales sobrantes de propiedad del doctor Agudelo los deja éste al Municipio para el acueducto,

acuerda:

"Artículo 1º Ordénase al señor Personero Municipal poner el cumplido a los contratos de fechas 20 de marzo de 1924 y 7 de mayo del mismo año.

"Artículo 2º Páguese al doctor Rafael Agudelo la cantidad de tres mil novecientos pesos oro legal ($ 3,900), resto de los contratos que todavía le debe el Municipio.

"Artículo 3º Páguese al mismo doctor Agudelo la cantidad de cinco mil pesos oro legal ($ 5,000) como valor del sostenimiento de la acequia, su consolidación, el sifón de hierro puesto en ella, los materiales que tenga recibidos el Personero Municipal, y como retribución de los varios trabajos que el nombrado doctor Agudelo ha prestado al Municipio en la planta eléctrica.

"Artículo 4º Si en la actual vigencia no fuere posible verificar el pago de las cantidades anteriores, en el Presupuesto de la próxima vigencia se apropiará la partida necesaria para ello. Sumadas las dos partidas anteriores se repartirá en dos contados, cuyo total se pagará en un plazo no mayor de seis meses.

"Artículo 5º El señor Personero Municipal expedirá a favor del doctor Agudelo los cheques a que hubiere lugar y a cargo del Municipio, en las condiciones que se deja dispuesto.

"Artículo 6º Este Acuerdo empezará a regir desde su sanción."

Seguidamente ese Acuerdo fue derogado por el de 15 de noviembre siguiente, en el cual se dispuso a la vez exigir las responsabilidades civiles que pudieran resultar de los contratos de que aquí se ha hecho mérito; y por escrito de 2 de marzo de 1927, Rubén Gómez G., en su carácter de Personero Municipal de Marinilla, debidamente autorizado por la Gobernación del Departamento, compareció ante el Juzgado 1º del Circuito de Marinilla demandando por la vía ordinaria al doctor Rafael Agudelo y a su fiador Nazario Moreno, para que, con su citación y audiencia por sentencia definitiva, se declare:

"1º Que el doctor Rafael Agudelo no cumplió, en todas sus partes, los contratos que celebró con el Municipio al tenor de las estipulaciones consignadas bajo los numerales 1º y 3º de los hechos fundamentales que preceden;

"2º Que las partes que cumplió de estos contratos las cumplió imperfectamente y de manera que no llenaron las estipulaciones correspondientes;

"3º Que en todo caso retardó su cumplimiento por un tiempo muy considerable;

"4º Que en tal virtud, Agudelo C. como contratista principal, y Moreno como fiador solidario, deben pagarle al Municipio de Marinilla, todos los perjuicios que se le

hayan originado y en lo sucesivo se le originen por el no cumplimiento oportuno de los aludidos contratos, en la forma y término que quedan expresados, incluyendo en ellos el daño emergente y el lucro cesante, perjuicios que estima desde ahora en la cantidad de veinte mil pesos oro, o en la que le fijen peritos;

"5° Que deben pagar las costas de este juicio, si dan lugar a ello."

Los demandados contestaron la demanda oponiéndose a todo lo que en ella se pide; aceptaron como cierto que Agudelo celebró con el Municipio de Marinilla el contrato de 20 de marzo de 1924, pero exigieron se comprueben los términos de él por no tenerlos ellos presentes; negaron lo del contrato adicional y exigieron la comprobación de sus estipulaciones; negaron todos los demás hechos en que se funda la demanda, y a la vez, en relación con el marcado con el número 28, observaron que "el Municipio no ha cumplido, pues se negó a pagar parte de la suma," razón por la cual ha habido necesidad de demandarlo.

La sentencia de primera instancia, dictada el 31 de mayo de 1929, desató así la controversia:

"Declárase probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo o de modo indebido. En consecuencia, absuélvese a los demandados de los cargos hechos en la demanda que es materia de este juicio."

Por apelación concedida al demandante subió el negocio al Tribunal Superior de Medellín, y éste pronunció el fallo de segunda instancia el 19 de noviembre de 1930, por el cual se revoca la sentencia de primer grado y, en su lugar falla:

"Se condena a los señores doctor Rafael Agudelo y Nazario Moreno a pagarle perjuicios al Municipio de Marinilla por no haber provisto el primero de válvulas el acueducto de esa población, conforme al contrato de 20 de marzo de 1924, celebrado entre el Distrito de Marinilla y el doctor Agudelo, y al cual accedió el señor Moreno como fiador solidario del doctor Agudelo. Por medio de peritos se estimarán esos perjuicios, teniéndose en consideración las válvulas que se estimaren necesarias.

"Se absuelve a los señores doctor Rafael Agudelo y Nazario Moreno de los demás cargos de la demanda."

El Tribunal concedió el recurso de casación que contra ese fallo interpusieron ambas partes; pero como la demandada no fundó el recurso en ninguna de las oportunidades que la ley concede para ello, la Corte lo declaró desierto, en lo que a ella respecta, y sólo ha quedado en pie en lo referente a la parte demandante, recurso que fue fundado ante esta Superioridad por el señor Procurador General de la Nación, y que la Corte admite.

El señor Procurador General de la Nación alega como causal de casación, la señalada en el ordinal 1° del artículo 2° de la Ley 169 de 1896, y en apoyo de ella aduce varios motivos, que la Corte procede a examinar:

1° Dice el recurrente:

"El Tribunal estimó, en la parte resolutiva de la sentencia, que la cláusula b) del contrato de 20 de marzo de 1924 estaba cumplida por el contratista; interpretó, pues, en definitiva, que las pruebas aducidas, los dictámenes periciales y la confesión del doctor Agudelo demostraban el cumplimiento de dicha cláusula. En esta apreciación el honorable Tribunal consideró que existe un error de derecho, puesto que la ley manda que la confesión de la parte contraria y las declaraciones de los facultativos sobre los hechos que están sujetos a los sentidos, forman plena prueba (artículo 80, Ley 105 de 1890); y en el caso presente existen dictámenes periciales relativos a un hecho sujeto a la apreciación de los sentidos, como es la capacidad de un tanque, y la confesión del mismo demandado, que demuestran que dicha cláusula no fue cumplida. Tan cierto es esto, que el mismo Tribunal, en la parte motiva de la sentencia, folio 9°, dice:

'Cláusula 1° El tanque estipulado de 128 metros cúbicos no fue construído sino con una capacidad de 95 metros cúbicos en números redondos, aunque puede aumentarse fácilmente a una capacidad de 105 metros. Y aunque los peritos lo estiman suficiente para las necesidades actuales de la población, en esta parte el contrato no fue cumplido. El mismo doctor Agudelo confiesa en posiciones el hecho.' (Dictamen folio 71 vuelto).

"Sin embargo, el Tribunal, sin dar otra explicación a su fallo, absolvió al demandado del cargo que se le hacía de incumplimiento de esta cláusula. Así que en definitiva no estimó probada el Tribunal la infracción del contrato, desconociendo el valor legal de las pruebas de la infracción, es decir, incurriendo en error de derecho en la apreciación de las mismas.

"Si la honorable Corte fuere de parecer que, por haber estimado el Tribunal Superior en su justo valor las pruebas en la parte motiva de la sentencia no hay lugar a considerar que incurrió en error en dicha apreciación por el hecho de haber decidido en desacuerdo con ella en la parte resolutiva, es decir, si considérase que la apreciación que ha de tenerse en cuenta para saber si se incurrió en error al analizar la prueba es la que el Tribunal hace en la parte motiva de la sentencia y no la que viene a hacer en la parte resolutiva de la misma, acuso la sentencia en este punto por violación directa de la ley sustantiva, la cual pongo de manifiesto de la siguiente manera:

"Transcribe en seguida el recurrente las disposiciones de los artículos 556 del Código Judicial antiguo y 80 de la Ley 105 de 1890, y agrega:

'Estas disposiciones que como correspondientes al sistema probatorio son sustantivas, fueron violadas por la sentencia, porque, a pesar de existir dictámenes periciales, que comprobaban que el tanque a que la cláusula se refería no tenía la extensión requerida, y a pesar de haber sido confesada por la parte demandada esta violación del contrato, el Tribunal decidió que la cláusula d) había sido cumplida. Se violaron por tanto en la sentencia las disposiciones citadas, que mandan tener como prueba las pruebas referidas.' "

La Corte estima fundado este cargo. El mismo concepto del Tribunal, citado por el recurrente en apoyo de sus afirmaciones, comparado con la parte resolutiva del fallo, se encarga de justificarlo, y es, por tanto, casable la sentencia en la parte a que este cargo se refiere.

2° Dice el recurrente:

"Según la cláusula d) del contrato de 20 de marzo de 1924, se obligó el contratista a construir 'un muro de resistencia y volumen necesarios para recoger el agua en la toma y levantarla en su nivel en su compuerta y desarenaderos convenientes.' Todos los peritos consideran que no se construyeron los desarenaderos. El Tribunal, sin embargo, consideró cumplido el contrato a este respecto, basándose en la siguiente argumentación: 'Si se considera por otra parte, que la acequia tiene dos kiló-

metros de extensión (11,400 metros), según se afirma a folios 66 vueltos; que tiene poca pendiente; que se tacha de tener muchas vueltas (folios 74 vueltos), no se ve la necesidad de los desarenaderos; mucho menos, si según los peritos doctores De la Calle y Ramírez, las arenas se decantan en la bocatoma....' Ahora bien: si 'el desvío del agua hacia la compuerta y la disminución de la velocidad antes de ella obliga a los materiales en suspensión a decantarse' (folios 66 vueltos), y si 'la arena se decanta al principio de la acequia por causa de su poca pendiente' (folio 57), debe considerarse que el muro de resistencia colocado en la bocatoma tiene desarenaderos, pues por tal 'se entiende todo sistema que tienda a evitar que el agua arrastre arenas.'

"En esta argumentación incurrió el Tribunal en un evidente error de hecho al estimar que por decantarse la arena antes de la compuerta por razón del desvío de la corriente y de la disminución de la velocidad, y después de ella por causa de la poca pendiente de la acequia, ya había cumplido el contratista con la obligación de construir desarenaderos convenientes, como lo exigía la cláusula transcrita del contrato. Es evidente que en el contrato se estipuló la construcción de desarenaderos como elementos accesorios distintos de la represa misma, pues de otro modo no se hubiera dicho: 'un muro de resistencia.... con su compuerta y desarenaderos convenientes,' en donde se ve que se estipularon los desarenaderos como algo distinto de la represa misma. La represa sirve, evidentemente, para decantar la arena para desarenar, pero ello no quita que si además de la represa se han estipulado desarenaderos, como en el caso presente, tengan que construirse estos accesorios, sin que baste el servicio de la represa cuya construcción le obligaba por estipulación distinta del contrato.

"Así que, repito que, al haber estimado el Tribunal que la simple decantación natural de la arena por razón de obras a que estaba obligado el contratista de conformidad con otras cláusulas del contrato, equivalía a la construcción de desarenaderos que le obligaba especialmente la cláusula transcrita, incurrió en un evidente error de hecho que debe hacer casar la parte de la sentencia por la cual se consideró cumplida totalmente la cláusula b) del contrato de 20 de marzo de 1924."

Se observa: en el referido contrato de 20 de marzo claramente se lee lo siguiente:

"Agudelo C. se compromete a instalar en la población de la ciudad de Marinilla un acueducto público enteramente acorde con los planos e informes rendidos a la Municipalidad, y consistente en lo siguiente:

".....d) Un muro de resistencia y volumen necesarios para recoger el agua de la toma y levantarla en su nivel con su compuerta y desarenaderos convenientes."

Esta cláusula no requiere interpretación, pues basta leerla para formarse el concepto de que la compuerta y los desarenaderos quedaron allí estipulados como obras accesorias a la del muro, "como elementos accesorios distintos de la represa misma," como acertadamente lo observa el recurrente, y, por consiguiente, hay que concluir con éste que "el haber estimado el Tribunal que la simple decantación natural de las arenas por razón de obras a que estaba obligado el contratista de conformidad con otras cláusulas del contrato, equivalía a la construcción de desarenaderos, que le obligaba especialmente la cláusula transcrita, incurrió en un evidente error de hecho," que hace casable la sentencia también en este punto.

III. Con relación al contrato de 7 de mayo de 1924, dice el recurrente:

"El honorable Tribunal Superior de Medellín ha considerado que el contrato de 7 de mayo de 1924 no se encuentra probado en el expediente. Si esto es así, es necesario concluir que no cabe condenación ninguna de perjuicios contra el demandado por razón de estipulaciones contractuales cuya prueba legítima no aparece en otra forma. Así que ante todo considero necesario para analizar si ha sido o nó legítima la absolución del demandado de los cargos que se le hacen por incumplimiento de este contrato, estudiar si éste está probado o nó en las presentes constancias procesales."

Como pruebas de dicho contrato existe—dice el recurrente en los autos una copia del mismo expedida por el Secretario del Concejo de Marinilla.

"La copia auténtica del Acuerdo—sigue diciendo—aprobatoria de un contrato, ¿es prueba del contrato mismo? No niego que la cuestión es discutible, y por ello considero de grande importancia que la honorable Corte siente doctrina a este respecto. Me atrevo a proponer como razón para sostener que sí es prueba de un contrato la copia auténtica del acuerdo que lo aprueba, el hecho de que el contrato incorporado en un acuerdo viene a ser parte integrante de este documento auténtico, y por tanto tan auténtico como el acuerdo mismo: pues mal puede decirse que él sea auténtico y válido, y al mismo tiempo decirse que alguna o algunas de sus partes sea apócrifa o nula.

"Por lo demás, en el caso presente no sólo está como prueba del contrato el acuerdo citado, sino también la copia expedida por el Secretario del Concejo Municipal. El contrato que ha sido aprobado por un acuerdo, de conformidad con los reglamentos de la Administración Pública, queda, junto con el expediente formado para el efecto de la aprobación, en el archivo del Concejo; por lo tanto, la copia que expida el Secretario de éste, es un documento auténtico al tenor del numeral 2º del artículo 678 del Código Judicial, el cual, complementado con la copia del acuerdo, que es un documento auténtico que por lo menos comprueba plenamente el requisito esencial para la existencia del contrato de la aprobación del Concejo, viene a demostrar plenamente la celebración del contrato.

"Si la honorable Corte acepta las conclusiones anteriores, ha de aceptar también, por consiguiente, que el honorable Tribunal incurrió en un error de derecho al considerar no probado el contrato de 7 de mayo de 1924.

"Sentado lo anterior, considero que el honorable Tribunal Superior de Medellín erró al absolver al demandado del cargo que aparece comprobado, como lo aceptó el mismo Tribunal, de que empleó una mezcla de cemento puro impermeable en la construcción del tanque de que trata la cláusula 1ª del contrato citado, fundado en el hecho de que no se sabe si al contratista le correspondía suministrar los materiales. El Tribunal, por lo visto, ha considerado que la permeabilidad o impermeabilidad de la capa de cemento con que se revoca un pozo depende de la calidad del cemento. Nó, ello depende de la proporción en que se mezclan el cemento puro, la arena, la cal y el agua, así como del tiempo que se da para que fragüe. Es, pues, debida a la pericia o impericia del mez-

clador la mayor o menor impermeabilidad de la mezcla, y por lo tanto, de un defecto en el fraguado debe responder el constructor, por cuya cuenta corre la técnica de la obra, no el dueño, aunque le haya correspondido el suministro de las materias primas.

"Así que el Tribunal, al considerar no probado el contrato de que se trata, incurrió en un error de derecho, y al interpretar que la impermeabilidad de una obra de cemento depende exclusivamente de la calidad de éste, incurrió en un evidente error de hecho; como de estas dos conclusiones erróneas dedujo que el contratista no podía ser condenado por infracción del contrato en este punto, considero que también debe casarse en esta parte la sentencia, por haber sido motivada por los errores de hecho y de derecho señalados."

Se observa:

Como además de la copia que obra a foja 24 del cuaderno de pruebas del actor, del Acuerdo número 17, de 8 de mayo de 1924, por el cual se aprobó el contrato de fecha 7 del mismo mes a que este cargo se refiere, obra también, a foja 13 del mismo cuaderno, copia auténtica de ese contrato, expedida por el Secretario del Concejo Municipal de Marinilla, carece de objeto toda consideración acerca de si la copia auténtica del Acuerdo aprobatorio de un contrato es prueba del contrato mismo, ya que existe en el expediente copia del contrato mismo y copia del Acuerdo por el cual fue aprobado, y ambos documentos hacen plena prueba acerca de su contenido, según lo declara el artículo 681 del Código Judicial, aplicable a este asunto; y como el Tribunal les desconoce ese valor, resulta justificada la acusación por error de derecho que el recurrente le hace a esa parte de la sentencia, que es, por ende, igualmente casable por este motivo.

IV. Como motivo de este último cargo señala el recurrente los siguientes conceptos, que sirven de fundamento a la sentencia recurrida:

"Se obligó el doctor Agudelo—dice el Tribunal—a colocar los setecientos cuarenta metros de la acequia en adobe y cemento en el nuevo trazado, cubriendo el acueducto, en esa extensión con lajas de piedra y con barranca. Sólo en parte cumplió el doctor Agudelo esta obligación. Según los peritos De la Calle y Ramírez, falta cubrir esa acequia con piedra y barranca en una longitud de 415 metros."

Y después dice:

"Podría condenarse al doctor Agudelo por no haber cubierto con piedra y barranca parte del acueducto de 740 metros en un trayecto de 415 metros, si no fuese porque no está probado el contrato y porque el Municipio lo exoneró de esa obligación, probablemente por no considerar necesario su cumplimiento total."

El señor Procurador General de la Nación acusa estos conceptos por error de derecho y por error de hecho, porque dice:

"El Tribunal Superior de Medellín consideró, como tenía que ser, que de acuerdo con los dictámenes de los peritos el contratista no había cumplido esta parte del contrato, pero se abstuvo de condenar a los demandados, por considerar que no estaba comprobado el contrato y por creer que el Municipio los había exonerado de tal obligación. Respecto del fundamento primero, considero, basándome en los motivos anteriormente expuestos, que incurrió el Tribunal sentenciador en error de derecho, y respecto de lo segundo, como no he podido encontrar en el expediente la prueba de la exoneración de que habla el honorable Tribunal (ya que el Acuerdo número 35, de 19 de octubre de 1925, no ha sido tenido como prueba de una condenación hecha por el Municipio al contratista), considero que incurrió en un evidente error de hecho al presumir que existía y fallar de acuerdo con esta opinión errónea. Como de estos dos errores dependió el fallo absolutorio del Tribunal, pido a la honorable Corte que case la sentencia en cuanto consideró cumplida la cláusula 3ª del contrato adicional de 7 de mayo de 1924 y negó la condenación de perjuicios que por su incumplimiento fueron causados al Municipio."

Se observa:

Como se dijo en el punto que precede, la copia auténtica que obra en autos del contrato de 7 de mayo de 1924 y del Acuerdo número 17, por el cual el Concejo Municipal de Marinilla aprobó dicho contrato (fojas 13 y 24 del cuaderno de pruebas de la parte demandante) son prueba plena de ese contrato; y como el Tribunal le desconoce ese valor probatorio que la ley les otorga como documentos auténticos, incurrió en el error de derecho alegado en este cargo y es asimismo casable la sentencia por este motivo; y, en consecuencia, en el fallo de instancia que ha de dictarse, también habrá de condenarse a los demandados al pago de los perjuicios causados al Municipio de Marinilla por haber dejado sin cubrir con lajas de piedra y barranca el trazado a que se refiere la cláusula 3ª del referido contrato de 7 de mayo de 1924 en una extensión de 415 metros, ya que, como lo reconoce el mismo Tribunal, ese hecho está plenamente probado en el proceso.

A las razones expuestas conviene agregar, para fundar el fallo de instancia, lo siguiente:

Como el demandado Nazario Moreno sólo figura como fiador del contratista doctor Rafael Agudelo C., en el contrato de 20 de marzo de 1924, y no en el de 7 de mayo del mismo año, suscrito únicamente por este último, las declaraciones que hayan de hacerse en este fallo por infracción o incumplimiento del último de los referidos contratos, serán únicamente a cargo del demandado doctor Agudelo C.

También conviene advertir que aun cuando se considerara que el Municipio dio por cumplido el contrato, ello ha de entenderse que lo aprueba como exteriormente ajustado al plano y a las reglas del arte, pero que no exime al empresario de la responsabilidad, a menos que compruebe que los materiales fueron suministrados por el dueño de la obra, el Municipio, y esa comprobación le incumbía al doctor Agudelo, si quería eximirse de la responsabilidad que le acarreaba su carácter de empresario del acueducto de Marinilla. (Numerales 3ª y 4ª, artículo 2060 del Código Civil).

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín el diez y nueve de noviembre de mil novecientos treinta, en los puntos que han sido materia de este recurso, y, observando lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 90 de 1920, en su lugar, resuelve:

1º Revócase la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado primero del Circuito de Marinilla el treinta y uno de mayo de mil novecientos veintinueve.

2º Se condena a los señores doctor Rafael Agudelo y Nazario Moreno a pagarle perjuicios al Municipio de Marinilla por no haber provisto el primero de válvulas el acueducto de esa población, conforme al contrato de veinte de marzo de mil novecientos veinticuatro, celebrado entre el Distrito de Marinilla y el doctor Agudelo, y al cual accedió el señor Moreno como fiador solidario del doctor Agudelo. Por medio de peritos se estimarán esos perjuicios teniéndose en consideración las válvulas que se estimaren necesarias.

3º Condénase a los mismos señores Agudelo C. y Moreno, a pagarle perjuicios al Municipio de Marinilla por no haber construído el tanque de que trata la cláusula b) del mencionado contrato de veinte de marzo de mil novecientos veinticuatro, con la capacidad estipulada de ciento veintiocho metros cúbicos, sino apenas con la de noventa y cinco metros cúbicos, según dictamen de los peritos, y por no haber construído los desarenaderos estipulados en la cláusula d) del mismo contrato. Estos perjuicios serán estimados en juicio separado.

4º Condénase al doctor Rafael Agudelo C. a pagar perjuicios al Municipio de Marinilla por haber empleado mezcla de cemento poco impermeable en la construcción del tanque de que trata la cláusula primera del contrato de siete de mayo de mil novecientos veinticuatro y por haber dejado sin cubrir con lajas de piedra y barranca un trayecto de cuatrocientos quince metros del trazado del acueducto de que trata la cláusula tercera del mismo contrato de siete de mayo de mil novecientos veinticuatro. Estos perjuicios se fijarán en juicio separado.

5º Se absuelve a los señores doctor Rafael Agudelo C. y Nazario Moreno de los demás cargos de la demanda. Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Germán B. Jiménez.

Tengo la pena de salvar mi voto en esta sentencia, pues en mi concepto no era el caso de casarla por los motivos segundo, tercero y cuarto allí considerados, por estas razones:

Cláusula d) del contrato de 20 de marzo de 1924.

Por esta cláusula el demandado, doctor Agudelo C., contrajo la obligación de construir, entre las obras del acueducto, "un muro de resistencia y volumen necesarios para recoger el agua de la toma y levantarla en su nivel con su compuerta y desarenaderos convenientes."

En el curso del juicio, la parte demandante, esto es, el Personero Municipal del Distrito de Marinilla, hizo valer, como pruebas producidas por su parte, una inspección ocular practicada el 9 de marzo de 1927 por la Alcaldía de ese mismo Distrito, con los peritos doctores Miguel de la Calle e Ignacio Ramírez, y el informe rendido por éstos, en el cual exponen que "la bocatoma consta de un muro de resistencia necesaria para elevar el agua y una compuerta de madera. Decimos—dicen—que el muro tiene la resistencia necesaria, porque se ha conservado año y medio sin fallar. No hay desarenaderos, y juzgamos que el desvío del agua hacia la compuerta y la disminución de la velocidad antes de ella, obliga a los materiales en suspensión a decantarse." Más adelante afirman "que la arena se decanta al principio de la acequia a causa de su poca pendiente," y, por último, el doctor De la Calle, contestando un cuestionario que le sometió el Personero demandante, el 17 del mismo mes de marzo, conceptuó que el desarenadero "no es indispensable."

Conceptúa el Tribunal que lo estipulado no fue específicamente la colocación de aparatos desarenadores, sino simplemente el conveniente desareno de las aguas; que por tal ha de entenderse "todo sistema que tienda a evitar que el agua arrastre arenas"; y que, como según el dictamen de los peritos doctores De la Calle y Ramírez, que él aparecía fundado, la forma en que está construída la acequia produce el desareno, el contratista Agudelo cumplió lo estipulado en la cláusula d) en lo referente al desareno de las aguas, que fue lo pactado. Estimo que esta apreciación que hace el Tribunal de los términos del contrato, con fundamento en el dictamen de peritos, no se halla evidentemente en pugna con el sentido literal de la cláusula interpretada por él, ni con la presente intención de los contratantes, tomando en consideración el objeto de la estipulación y la naturaleza de la obra en su conjunto y en relación con todas las circunstancias del contrato. El objeto de esa estipulación fue desarenar el agua que llega a los tanques, y si ese objeto se alcanzó con la forma en que se construyó la acequia, sin necesidad de aparatos accesorios especiales, no especificados en el contrato, no se puede decir que es evidentemente erróneo el concepto del Tribunal, que considera en esa forma cumplida la cláusula b) del contrato, y, estimo, por consiguiente, que no era el caso de casar la sentencia por este motivo.

Tercer motivo. Refiérese este motivo a la cláusula 1ª del contrato adicional de siete de mayo de 1924, que contiene la siguiente estipulación:

"Agudelo C. se compromete a construír un tanque de ladrillo o de concreto con una capacidad de cuatro metros cúbicos en la extremidad de la tubería actual, de atanores, que existe en el acueducto municipal actual, tanque que unirá a la tubería de hierro por medio de un tubo del diámetro necesario, provisto de dos llaves, por medio de las cuales puede comunicarse este acueducto con el principal o prestar servicio para un circuito especial."

Esta es una de las cláusulas a que se refiere el demandante en la segunda petición de la demanda, en la cual solicita se declare "que las partes que (el demandado Agudelo C.) cumplió de esos contratos las cumplió imperfectamente y de manera que no llenaron las estipulaciones correspondientes," haciendo consistir la imperfección en el cumplimiento de esa cláusula en que "el tanque no tiene la capacidad de cuatro metros cúbicos convenidos, ni la tubería reúne las condiciones estipuladas (punto 4º de los fundamentos de hecho de la demanda, folio 4, cuaderno principal de este proceso). Es esa la única tacha que en la demanda se le pone al tanque de que se trata, y sometido ese tanque a una inspección ocular practicada por el Alcalde de Marinilla por los peritos doctores Miguel de la Calle e Ignacio Ramírez, el 9 de marzo de 1927, dijeron:

"Tanque pequeño. El tanque pequeño que el contratista se obligó a construír al final del atanorado que desde hace mucho tiempo conducía el agua de la ciudad,

tiene una capacidad de cuatro mil ciento cincuenta y ocho litros, sus muros son de ladrillo y están revocados interiormente con cemento, revoque que se extiende hasta el piso. Aunque el tanque es de resistencia suficiente, anotamos que en él hay algunas torceduras que lo afean y que el revoque, que según el contrato el contratista no tenía obligación de dar o de poner en el tanque, es hecho de mezcla poco impermeable."

Por auto de 28 de septiembre de 1928, el Juzgado, para mejor proveer, decretó una nueva inspección ocular con los peritos doctores Horacio Jaramillo y Gerardo Reyes R. y practicada esa diligencia el cuatro de octubre del mismo año, dijeron los peritos:

"**Tanque pequeño.** Este tanque está hoy semidestruido, ignoramos porqué, y no presta absolutamente ningún servicio. Puede deducirse de lo que se ve que estaba construido de adobe revocado con cemento; se nos informó que dejaba filtrar mucho el agua, lo que parece indicar que hubo descuido en la mezcla de cemento poco impermeable que se aplicó como revoque. En cuanto a la capacidad, es un poco mayor de la fijada en el contrato."

En la sentencia recurrida se absuelve de este cargo a los demandados, fundándose en estas razones:

"El Tribunal observa, dice la sentencia:

"Si el doctor Agudelo suministraba los materiales, debería responder de los perjuicios relativos al vicio de que trata el numeral 3° del artículo 2060 del Código Civil, aplicable por analogía; porque aunque en el contrato no se hubiese estipulado que el adobe fuese revocado, debía el contratista construir el tanque con la debida regularidad.

"Pero, por las razones que adelante se expresarán, no será posible condenar a Agudelo por no estar debidamente comprobado el contrato adicional. Tampoco está probado que el doctor Agudelo suministrase los materiales para exigirle la responsabilidad de que trata el artículo 2060, numeral 3°, sobre vicio de los materiales."

Más adelante recalca sobre esos mismos argumentos, diciendo:

"Pero el vicio de los materiales empleados sólo podría considerarse justificado en relación con el tanque pequeño, por el revoque hecho con cemento poco impermeable. El Tribunal condenaría al doctor Agudelo al pago de perjuicios por este motivo, si no fuese porque, como ya se vio, el contrato adicional de 7 de mayo de 1924 no puede estimarse probado; y, además, porque no se acreditó el hecho de que el doctor Agudelo suministrase los materiales (artículo 2060, numeral 3°). No aparece que los suministrara, porque en la demanda se le pretende hacer el cargo de haberle impuesto gastos innecesarios al Distrito de Marinilla, como se ve en el hecho 6° del libelo."

La parte recurrente dice en la demanda de casación:

"....Considero que el honorable Tribunal Superior de Medellín erró al absolver al demandado del cargo que le aparece comprobado, como lo aceptó el mismo Tribunal, de que empleó una mezcla poco impermeable en la construcción del tanque de que trata la cláusula 1ª del contrato citado, fundado en el hecho de que no se sabe si al contratista le correspondía suministrar los materiales. El Tribunal, por lo visto, ha considerado que la permeabilidad o impermeabilidad de la capa de cemento con que se revoca un pozo depende de la calidad del cemento. Nó, ello depende de la proporción en que se mezclan el cemento puro, la arena, la cal y el agua, así como del tiempo que se da para que fragüe. Es pues debida a la pericia o impericia del mezclador la mayor o menor impermeabilidad de la mezcla, y por lo tanto, de un defecto en el fraguado debe responder el constructor, por cuya cuenta corre la técnica de la obra, no el dueño, aunque le haya correspondido el suministro de las materias primas.

"Así que el Tribunal, al considerar no probado el contrato de que se trata, incurrió en un error de derecho, y al interpretar que la impermeabilidad de una obra de cemento depende exclusivamente de la calidad de éste, incurrió en un error evidente de hecho."

Estoy perfectamente de acuerdo con el recurrente y con la mayoría de la Sala en cuanto al error de derecho en que incurrió el Tribunal al considerar no probado el contrato de 7 de mayo de 1924; pero nó en lo referente al error de hecho: yo, de mi parte, no me atrevo a asegurar concienzudamente, que es errada la creencia del Tribunal de que la poca permeabilidad de la mezcla de cemento empleada en el revoque del tanque dependió o pudo depender de la calidad de los materiales empleados, y creo que, como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte, "un error de hecho posible simplemente, mas no evidenciado en los autos, no puede tenerse en cuenta para el efecto de casar la sentencia." (Casación, 31 de mayo de 1911, **Gaceta Judicial**, tomo XIX, 346, 1').

Los peritos Ramírez y De la Calle conceptuaron que el revoque de ese tanque es hecho de mezcla poco impermeable, mas no dicen si por la calidad de los materiales empleados "o por impericia del mezclador," cuestión técnica que sólo puede apreciar el juzgador con sujeción al dictamen de peritos, y sobre este particular ningún mérito probatorio tiene el dictamen de los peritos Jaramillo y Reyes R., puesto que su concepto es de mera inferencia, deducido de informes vagos, sin respaldo de autenticidad. Así, pues, como la apreciación del Tribunal no se halla contradicha de modo evidente en otros documentos del proceso, estimo que no está justificado el motivo de casación a que vengo refiriéndome, en cuanto al **error de hecho** alegado, sin que esto comprometa mi opinión en lo relativo al punto de derecho planteado por el Tribunal acerca de la inteligencia de la regla tercera del artículo 2060 del Código Civil y la consecuente decisión sobre la carga de la prueba en los dos casos allí contemplados.

Cuarto motivo. Refiérese a la cláusula tercera del mismo contrato de siete de mayo, por la cual el contratista Agudelo C. se obliga "a colocar los setecientos cuarenta metros en adobe y cemento en el nuevo trazado, pero cubriéndolo con lajas de piedra y barranca."

Sobre este punto dice el Tribunal: "Sólo en parte cumplió el doctor Agudelo esta obligación"; y después agrega: "Podría condenarse al doctor Agudelo por no haber cubierto con piedra y barranca parte del acueducto de setecientos cuarenta metros en un trayecto de cuatrocientos quince metros, si no fuese porque no estaba probado el contrato, y porque el Municipio lo exoneró de esa obligación, probablemente por no considerar necesario su cumplimiento total."

La parte recurrente impugna estos conceptos así:

"Respecto del fundamento—dice—considero, basándome en los motivos anteriormente expuestos, que incurrió

el Tribunal sentenciador en error de derecho; y respecto de lo segundo, como no he podido encontrar en el expediente la prueba de la exoneración de que habla el honorable Tribunal (ya que el Acuerdo número 35, de 19 de octubre de 1925, no ha sido pedido como prueba de una condonación hecha por el Municipio al contratista), considero que incurrió en un evidente error de hecho al presumir que existía y fallar de acuerdo con esta opinión errónea."

Como lo manifesté en el punto que precede, estimo fundado el cargo por error de derecho en la apreciación de la prueba del contrato; pero, en cuanto al error de hecho, estimo que no es evidentemente errónea la opinión del Tribunal de que el Municipio exoneró al demandado Agudelo de la obligación de cubrir con piedra y barranca el trayecto de cuatrocientos quince metros del acueducto, que quedó en descubierto, ya que ese concepto o esa opinión del Tribunal está fundada en este hecho comprobado en los autos: "que el honorable Concejo Municipal de Marinilla, por Acuerdo número 35, de 19 de octubre de 1925, ordenó al señor Personero Municipal que pusiese el cumplido a los contratos de 20 de marzo y de 7 de mayo de 1924." Fundado en ese hecho, conceptuó el Tribunal, como fundamento de su fallo, que " si el Municipio de Marinilla recibió la obra como ejecutada, no es el caso de aplicar el artículo 2056 del Código Civil"; y que "habiendo dado por cumplido el contrato el Municipio de Marinilla por conducto de sus representantes legales, no puede alegarse en general deficiencias en el cumplimiento de ese contrato para pretender cobrarle perjuicios al doctor Agudelo." Son éstas, y no otras, las razones en que se funda el Tribunal para no condenar al doctor Agudelo por no haber cubierto con piedra y barranca parte del acueducto en el trayecto aquí expresado, por considerar que el hecho de dar por cumplido el contrato en esas circunstancias, implica exoneración de la referida obligación que aún no había sido cumplida. No creo que es evidentemente errónea esa apreciación del Tribunal, y por ello estimo que no era el caso de casar la sentencia por este motivo.

Bogotá, mayo 5 de 1933.

Germán B. Jiménez

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, abril veinticuatro de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Ante la Junta Municipal de Hacienda de Bogotá tuvo lugar el veintisiete de septiembre de mil novecientos veintiséis la licitación pública para el remate de la renta de degüello de ganado menor, que le fue adjudicada al señor Tomás O. Gutiérrez, como al mejor postor.

El siete de octubre del mismo año, y teniendo como base el pliego de cargos con que se abrió la licitación, se otorgó ante la Notaría 4ª de esta ciudad la escritura pública en que se hizo constar el contrato de arrendamiento de la expresada renta.

Son estipulaciones de ese pacto:

. . . . . .

"Segundo. N. N. (el rematador) cobrará y percibirá la renta de los negociantes en matanza de ganado menor, dentro de los límites de esta ciudad, a razón de veinte centavos ($ 0-20) moneda corriente por cada cerdo, y diez centavos ($ 0-10) por cada cordero que se sacrifique dentro del Municipio, e igual cantidad por cada cerdo o cordero muerto, o parte de éstos, inclusive manteca, a razón de veinte centavos ($ 0-20) por arroba, y de cinco centavos ($ 0-05) moneda corriente, cuando la fracción no alcance a la arroba, que se introduzca de otros Municipios para darlos al consumo en Bogotá, durante los primeros cinco meses del contrato, en conformidad con las disposiciones vigentes hoy sobre la materia, y de cincuenta centavos ($ 0-50) moneda corriente, por cada cerdo, y veinticinco centavos ($ 0-25) moneda corriente, por cada cordero, e igual cantidad por cada cerdo o cordero muerto, o parte de éstos, inclusive manteca, a razón de diez centavos ($ 0-10) por arroba, y de cinco centavos ($ 0-05) moneda corriente, cuando la fracción no alcanzare a arroba, que se introduzca de otros Municipios para darlos al consumo en Bogotá, y siempre que no traiga la guía de degüello de otros Municipios, durante el resto del contrato, de conformidad con lo que prescribe el Acuerdo número 35 de 1926. Exceptúanse los artículos extranjeros que de cerdo o de cordero se introduzcan a Bogotá.

"Tercero. El Municipio se compromete a mantener a N. N. en el goce de la renta, y a hacer que las autoridades del Municipio le presten el apoyo necesario para la percepción de ella durante el término del contrato, y para seguir las causas por fraude a dicha renta, en todos los casos en que sea necesario.

"Cuarto. Se obliga asimismo el Municipio a prestar a N. N. el apoyo necesario para hacer efectiva la renta de que se trata, para lo cual se oficiará a los Inspectores Municipales y al Director de la Policía Nacional, a fin de que le preste el auxilio que solicite en lo que atañe a la mencionada renta."

Por las cláusulas 5ª y 6ª, se obliga el Municipio a investir a las personas que el rematador designe con el carácter de Agentes de Policía, que los Inspectores Municipales castiguen a los defraudadores y contrabandistas de la renta, ajustándose para ello a las disposiciones del Acuerdo número 35 de 1926, y a permitirle al rematador que organice la renta de manera que nadie mate en la ciudad o introduzca a ella, ya muertas, reses o parte de éstas, sin la correspondiente guía, que sean de las comprendidas en el contrato.

El cinco de abril de mil novecientos veintisiete fue repartido en el Juzgado 5º en lo Civil del Circuito de Bogotá, un escrito, por medio del cual el señor Tomás O. Gutiérrez, por medio de apoderado demanda al Municipio de Bogotá en la persona de su representante legal para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se le condene, en sentencia definitiva, a cumplir el contrato de arrendamiento de que se ha hecho mérito, y a indemnizarle los perjuicios que sufrió por incumplimiento del contrato, que estima en la suma de cien mil pesos moneda corriente, o la que se fije pericialmente en el mismo juicio.

Trae la demanda estos hechos:

"1º El Municipio arrendó al señor Tomás O. Gutiérrez, mi poderdante, la renta de degüello de ganado menor, según el contrato que se hizo constar en la escritura pública registrada, número 1753, de siete de octubre de mil novecientos veintiséis, que fue otorgada ante el señor Notario 2º de este Circuito.

"2º Por la cláusula 2ª de ese contrato se fijaron de manera clara y sin lugar a ninguna duda, los derechos que

el rematador tiene facultad de cobrar. Esta cláusula es la misma que se ha copiado atrás.

"3ª Por las cláusulas 3ª y 4ª (también se han copiado ya) del contrato, el Municipio se comprometió no solamente a mantener al rematador en el goce de la renta, sino también a que las autoridades del Municipio le prestaran el apoyo necesario.

"4ª El Municipio no ha dado la protección a que está obligado, según las cláusulas transcritas, en los hechos segundo y tercero que anteceden, motivo por el cual el rematador no ha podido cobrar los impuestos a que tiene derecho.

"5ª Las autoridades municipales de Policía se han opuesto al cobro de los impuestos, y han autorizado con circulares y resoluciones el no pago de ellos, interpretando por sí y ante sí el contrato, con detrimento de los derechos del rematador.

"6ª Las autoridades municipales de Policía son responsables de que la renta no se haya podido organizar, porque se han negado a instruir los sumarios por fraude a la renta, y han autorizado el no pago de los impuestos.

"7ª Los agentes de la renta no han tenido apoyo de las autoridades, y se han visto atropellados por los defraudadores, que resisten al pago del impuesto, sin que las autoridades establezcan ninguna sanción.

"8ª El rematador ha sufrido perjuicios cuyo valor no rebaja de cien mil pesos, por razón del incumplimiento del Municipio.

"9ª El rematador ha cumplido religiosamente el contrato, pagando con toda puntualidad el canon de arrendamiento; y

"10. No estando en mora él sino el Municipio, de cumplir lo pactado, tiene derecho a demandar el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios."

Como fundamento de derecho se citan los artículos 1546, 1602, 1603, 1608, 1610 del Código Civil; 113, 929, 930, 931 y 932 del Código Judicial, y las Leyes 105 de 1890 y 40 de 1907.

Corrido el traslado de la demanda al representante legal del Municipio, éste la contestó, negando los hechos fundamentales en que se apoya, e igualmente a que se hagan las condenaciones en ella solicitadas.

El Juzgado, en sentencia de veintiséis de septiembre de mil novecientos veintiocho desató la litis, absolviendo al Municipio de todos los cargos de la demanda. Apelada esa sentencia por el actor, el Tribunal Superior de Bogotá, que conoció del recurso, la confirmó por medio de la suya, de fecha diez de junio de mil novecientos veintinueve, con costas a cargo del apelante.

Contra esta sentencia interpuso oportunamente recurso de casación la parte demandante, recurso que la Corte admite por estar arreglado a la ley.

"Alego como causal de casación—dice el autor del recurso—la primera de que trata el artículo 520 en armonía con la primera del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, y por causal de casación para pediros la infirmación del fallo, los demás aspectos allí contemplados."

Más adelante agrega:

"Os repito que alego como causal de casación, para pediros la infirmación del fallo del Tribunal, ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, ya por infracción directa, ya por aplicación indebida, y ya también por interpretación errónea de la misma ley."

Con fundamento en dicha causal, el apoderado del demandante acusa la sentencia por quebrantamiento de los artículos 1546, 1602, 1603, 1608, 1609, 1610 del Código Civil, y los artículos 542 y 543 del Código Judicial vigente, cuando se interpuso el recurso. Trae la demanda de casación varios motivos.

Primer motivo.

Empieza el fallo con estos conceptos:

"Como fundamento de la demanda se alega que el Municipio no ha prestado al arrendatario la protección a que se obligó por las cláusulas anteriormente transcritas, motivo por el cual no ha podido cobrar los impuestos a que tiene derecho; que las autoridades de Policía se han opuesto al cobro de los impuestos y han autorizado con circulares y resoluciones el no pago de ellos, interpretando por sí y ante sí el contrato, con perjuicio de los intereses del rematador; que las mismas autoridades de Policía son responsables de que la renta no haya podido organizarse, porque se han negado a instruir los sumarios por fraude a la renta, y que los agentes de ella no han tenido el apoyo de las autoridades y se han visto atropellados por los defraudadores, que se resisten al pago del impuesto, sin que aquéllas establezcan ninguna sanción.

"Se imputa, pues, al Municipio el incumplimiento de todas las obligaciones que contrajo para con el arrendatario; la demanda está concebida en términos generales, y no hace excepción de ninguna clase, porque según ella 'las autoridades municipales se han opuesto al cobro de los impuestos, y han autorizado con circulares y resoluciones el no pago de ellos.' Pero de acuerdo con las declaraciones posteriores del demandante y las pruebas aducidas por éste, el fundamento de la demanda radica exclusivamente en el siguiente hecho: que el Municipio no ha permitido, y antes por el contrario, ha desautorizado el cobro del impuesto sobre pieles crudas de cordero que se introduzcan al Municipio de Bogotá, diciendo que ese impuesto no queda incluído en la renta arrendada, con lo cual ha violado las cláusulas del contrato de que he hecho mérito en relación con las estipulaciones de la cláusula transcrita, conforme a la cual, el impuesto mencionado sí quedó incluido en el arrendamiento.

"En consecuencia—continúa el Tribunal—el punto sobre el que rueda el presente debate se reduce a interpretar la cláusula segunda del contrato, para averiguar si la renta arrendada comprende el impuesto sobre pieles de ganado menor que se introduzcan al Municipio, ya hubieran obtenido o nó guía los introductores, como lo sostiene el actor, o si, por el contrario, ese impuesto no quedó comprendido en el arrendamiento, que es la tesis de la parte demandada."

Supuso erróneamente el Tribunal—arguye el autor del recurso—que la demanda imputa al Municipio el incumplimiento de todas las obligaciones; pero que el fundamento principal de ella está en que el Municipio se ha opuesto a que el rematador cobre impuesto sobre las pieles crudas que se introduzcan a Bogotá, de lo cual ha deducido erróneamente que todo el debate se reduce a interpretar la cláusula 2ª del contrato, para saber si la renta arrendada incluye el impuesto sobre pieles de ganado menor que se introduzcan al Municipio, sin guía o con ella, o si, por el contrario, no queda él comprendido en el arrendamiento.

En la interpretación del contrato incurrió el senten-

ciador—sigue diciendo el recurrente—en los siguientes errores:

"a) En estimar que al pedirse el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, se afirma el incumplimiento de todas las obligaciones del demandado, siendo así que todo contrato de arrendamiento de rentas municipales contiene una obligación indivisible, dejando de cumplir el contrato cuando se falta a algunas de ellas.

"b) Traer al debate una renta de pieles que no ha existido en el Municipio de Bogotá, ni existió al tiempo del contrato, con lo cual el Tribunal se ocupó de una cuestión ajena al debate, debiendo concretar su estudio a investigar si la piel del animal hace o nó parte de él, pues no viene al caso saber si ella pertenece o nó a una renta de pieles que no existió.

"c) Atribuir el Tribunal al demandante el propósito de cobrar el impuesto sobre la piel, no como parte de la res, sino por concepto de un impuesto distinto sobre pieles que no ha existido, y no de cualquier modo, sino con la guía o sin ella.

"d) Pensó el Tribunal que el Municipio de Bogotá, al arrendar la renta de degüello de ganado menor tenía que hacer abstracción de la piel de la res, mas no existiendo el impuesto sobre pieles, que lo obligue a respetar derecho sobre ella, se hace una exclusión innecesaria.

"e) Admitió el Tribunal, sin pruebas, la existencia de la renta de pieles como distinta de la de degüello de ganado menor, siendo así que no existiendo aquélla, nada podía limitar los derechos del Municipio para disponer de la totalidad de la res."

Se considera:

No es una mera suposición la que hace el Tribunal cuando afirma que el demandante le imputa al Municipio de Bogotá el incumplimiento de todas las obligaciones. Es el propio demandante quien hace esta afirmación en los puntos 4°, 5°, 6° y 7° de los fundamentos de hecho de la demanda, que el Tribunal resume en el primero de los párrafos de su fallo que se deja transcrito. El Tribunal no ha dicho que para que prospere la acción ejercitada por el demandante, necesitara éste demostrar que el Municipio faltó al cumplimiento de todas sus obligaciones. Lo consignado al respecto es muy distinto de lo que el autor del recurso le atribuye, como aparece del siguiente aparte del fallo:

"El actor en el presente juicio ejercita la acción consagrada en el artículo 1546 del Código Civil, para que se ordene al Municipio de Bogotá cumplir el contrato de arrendamiento consignado en la escritura número 1753, de siete de octubre de mil novecientos veintiséis, otorgada ante el Notario 4° del Circuito de Bogotá, y se le condene a indemnizarle los perjuicios que se le han causado con el incumplimiento; de consiguiente, tiene que demostrar, en primer término, que ha cumplido con todas las obligaciones de su cargo, como arrendatario, y que el Municipio de Bogotá, arrendador, ha dejado de cumplir todas o algunas de las obligaciones (subraya la Corte), que como tál le competen, según el contrato."

Que todo el pleito se contrajo, en definitiva, a la interpretación de la cláusula 2ª del contrato, es también claro, y ello ocurrió por voluntad del demandante, quien encaminó todos sus esfuerzos a demostrar que, de acuerdo con esa cláusula, tenía derecho a cobrar el impuesto sobre pieles de cordero. Así lo acreditan las pruebas aducidas por el actor en la primera instancia del juicio, y la respuesta dada por el rematador a las preguntas 4ª y 6ª de las posiciones que le pidió el representante del Municipio (folio 18 vuelto del cuaderno de pruebas del demandado). En los alegatos producidos por la misma parte en ambas instancias, se insiste en situar el debate en el punto de vista anterior, y en que forzosamente tuvo que colocarse el sentenciador. Al folio 21 del cuaderno principal, dice el actor en su alegato de conclusión, esto:

"Bien se comprende que para el rematador el derecho de cobrar impuesto sobre las pieles crudas y las badanas que entren a Bogotá.... constituyó para él, a no dudarlo, el motivo determinante de la negociación."

Más adelante agrega:

"Tal vez el Municipio no tuvo intención de que las pieles entraran en el remate, y bien pudo antes de la negociación haberlas excluído, como lo hizo en los años de mil novecientos veintidós y mil novecientos veintitrés, pero en el estado actual de las cosas, si la cláusula es oscura o perjudicial, debe interpretarse contra la parte responsable de esa oscuridad y no contra mi poderdante, que ninguna participación tuvo en la redacción del pliego de cargos, porque así lo establece el artículo 1624 del Código Civil."

En cuanto a la determinación de si la piel del animal hace o nó parte de él, para los efectos de la renta, el Tribunal tenía que estudiar el punto para interpretar el contrato, y por consiguiente, no era materia ajena al debate. El Tribunal circunscribió su estudio a la interpretación de la cláusula 2ª del contrato, porque, como se ha dicho, desde que se inició la controversia, el demandante se obstinó en afirmar, y trató de demostrar por diversos medios probatorios, su derecho al cobro del impuesto sobre las pieles de cordero, sosteniendo que la aludida cláusula le daba ese derecho. El Municipio, como consta de varias piezas del proceso, se opuso a la percepción de ese impuesto por parte del rematador. Por consiguiente, en esa discrepancia de opiniones, el sentenciador tenía derecho para interpretar el contrato y fallar el pleito, acogiendo entre las dos tesis opuestas la que le pareció más acorde con la voluntad de las partes, expresada en el contrato, y con los distintos medios de convicción que tuvo a la vista, y así expuso:

"Dice el demandante que el mencionado impuesto (sobre pieles), si quedó incluido en la renta arrendada, porque en la cláusula 2ª se autorizó al rematador para cobrar veinticinco centavos por cada cerdo o cordero muerto, e igual cantidad por cada cerdo o cordero, o parte de éstos que se introduzcan de otros Municipios para darlos al consumo en Bogotá," y que como el cuero o la piel de cordero es parte de la res, en la expresión o parte de éstos está comprendida la piel.

Este argumento no es eficaz, dice el Tribunal, porque el Acuerdo número 35 de 1926, bajo cuyo imperio se celebró el contrato, no establece el impuesto sobre pieles, y, por lo mismo, no podía comprenderlo la renta arrendada. De otro lado, la Sala entiende que una cosa es el impuesto de degüello y otra distinta el impuesto sobre pieles o introducción de éstas. El artículo 6° de la Ordenanza 10 de 1896, define lo que debe entenderse por impuesto de degüello, que es en esencia el mismo concepto que informa el artículo 3° del Acuerdo número 35. La locución "por cada cerdo o cordero muerto, o parte de éstos," se refiere a la carne y a la manteca de ganado menor que se dé al consumo, y con eso una restricción, a saber:

que no se causaría el impuesto respecto del ganado menor sacrificado en otro Municipio cuando trajera la guía de degüello correspondiente; pero que en la expresión o parte de éstos, no están comprendidas las pieles, es cosa que parece clara, si se tienen en cuenta las razones que siguen:

"Porque no estando establecido en el Acuerdo 35 el impuesto sobre pieles, mal podía haber quedado comprendido en el contrato, puesto que la licitación tenía que basarse en lo dispuesto en el Acuerdo expresado, que no establece ese impuesto; porque la conclusión anterior llevaría al extremo de que el demandante pudiera cobrar impuesto sobre las badanas, carteras, y, en general, sobre las pieles manufacturadas de ganado menor, impuesto que no ha existido; porque, aun suponiendo por impuesto de degüello y otro distinto el impuesto sobre vía de hipótesis, que tuviera razón el actor, la existencia de una piel de ganado menor demostraría por sí sola que se había sacrificado la res, pero no que no se había pagado el impuesto de degüello, de manera que en cada caso particular tendría que demostrar el demandante esto último, porque no se explicaría que si hubiera derecho a cobrar el impuesto sobre pieles de ganado menor, el Municipio de Bogotá hubiera arrendado la renta en una cantidad tan exigua, lo cual se ve de bulto si se considera el precio del arrendamiento, y el actor reclama la suma de $ 100,000 por perjuicios. Imposible habría sido un negocio de esta clase desde que hubo licitación pública, pues si los demás postores hubieran interpretado la cláusula como el demandante, es claro que el remate no se hubiera adjudicado por la suma tan pequeña en que la licitó el señor Gutiérrez.

Como se ve, el Tribunal, en la interpretación que da al contrato, y respecto de la cual no se ha demostrado que aquél hubiera incurrido en evidente equivocación, capaz de generar un error de hecho, sino que es la más acorde con la voluntad de las partes y con las disposiciones que cita el sentenciador, a juicio de la Corte, considera que el rematador no tiene derecho para cobrar impuesto sobre pieles como parte éstas separadas de la res, porque ese impuesto no lo establecía el Acuerdo número 35 de 1926, bajo cuyo imperio se celebró el contrato, y no estableciéndolo, mal podría considerársele incluido en él, pues las autoridades no pueden hacer, en el desempeño de sus funciones, sino lo que la ley expresamente les prescribe.

No ha dicho el Tribunal, por otra parte, como lo sostiene el recurrente, que al arrendar el Municipio de Bogotá la renta de degüello de ganado menor, tuviera que hacer abstracción de la piel de la res, sino que siendo el impuesto de pieles distinto del de degüello, y habiendo arrendado la entidad demandada solamente este último impuesto, aquél debía quedar y entenderse excluido necesariamente del contrato.

Tampoco ha admitido el Tribunal, sin pruebas, como lo sostiene el autor del recurso, la existencia de la renta de degüello como distinta de la de pieles. Para llegar a esta conclusión, el sentenciador tuvo en cuenta no solamente el contrato, sino también el Acuerdo número 60 de 1927, aducido como prueba por la parte demandante, Acuerdo que aunque se llama aclaratorio del número 35 de 1926, en realidad es reformatorio, como lo sostiene el Tribunal. En ese Acuerdo sí se establece la renta de pieles, con lo cual se vino a adicionar el anterior, que no la traía. De ahí que el Tribunal dedujera que uno es el impuesto de degüello, que de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo número 35 de 1926, se causa "por el hecho simple de dar muerte a una res, aunque no sea para la venta," y otro, muy distinto, el impuesto sobre pieles, establecido posteriormente por el Acuerdo número 60 de 1927, que debía empezar a regir, como lo previene su artículo 12, el día en que termine el actual contrato (el celebrado con el señor Tomás O. Gutiérrez) de arrendamiento de la renta de degüello de ganado menor, o el día en que quede firmado por los rematadores de la referida renta el contrato aclaratorio del existente, en los términos del presente Acuerdo, y en conformidad con lo preceptuado en el artículo 10 de éste. De cuanto se deja expuesto se deduce que es infundado el primer motivo que se alega.

Segundo motivo.

Violación de los artículos 524 y 543 del Código Judicial anterior.

Persistiendo el Tribunal—dice el autor del recurso—en sus conceptos equivocados sobre la cuestión propuesta a su consideración, no se cuidó de examinar todas las pruebas del proceso, pues pensó que su misión quedaba cumplida resolviendo lo relativo a las pieles crudas, en cuyo estudio fue desacertado. Por esta razón agrega el recurrente, el Tribunal no hizo una apreciación seria y concienzuda de la nota número 567, de fecha diez y siete de febrero de mil novecientos veintisiete, en que el Secretario de Hacienda del Municipio ordenó al rematador entregarle al doctor Miguel Canales unas vejigas de manteca, traídas del Departamento de Boyacá, sin pagar los correspondientes derechos. Verdad es que dicho Secretario dice en la aludida nota que el doctor Canales pagó en Boyacá aquellos derechos; pero era cuestión elemental en el Tribunal saber que esa prueba no la podía dar el dicho del Secretario, sino la guía con que se introdujera a Bogotá aquella manteca. Creyó el Secretario, y con él el Tribunal, que siendo el doctor Canales persona de toda honorabilidad, estaba eximido de la obligación de pagar derechos por la manteca introducida; pues aquello es, al parecer, la suprema razón del derecho que ha podido alegarse en la nota a que vengo refiriéndome. El Tribunal, por esa mala apreciación de esa prueba, incurrió en un error de derecho, y violó los artículos 542 y 543 del Código Judicial vigente hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos treinta y uno.

Se considera:

De acuerdo con el contrato (cláusula 2ª), el rematador podía cobrar impuesto sobre ciertas cantidades de manteca, es así como parte de la renta, que de otros Municipios se introdujeran a Bogotá, siempre que los introductores no vinieran provistos de la correspondiente guía, y, por lo mismo, a quienes correspondía acreditar el pago. El Tribunal declaró, en vista de la nota del Secretario de Hacienda, que el doctor Canales había pagado el impuesto correspondiente a la manteca que introdujo de otro Departamento. Si tal cosa no era cierta, al rematador correspondía contradecir la aseveración del Secretario de Hacienda, mediante la tramitación administrativa correspondiente, y es el caso que no la hizo, luego subsiste el concepto del Tribunal, fundado en la nota de la Secretaría de Hacienda, y no puede darse por acreditado el error de derecho y la violación consiguiente de las disposiciones que cita el autor del recurso.

Tercer motivo.

En él se acusa la sentencia de haber incurrido el Tribunal en error de derecho, con el cual violó los artículos

542 y 543 del Código Judicial anterior, por haber guardado silencio, lo mismo que el Juez de la causa, acerca de la nota que contiene la Resolución de la Prefectura de Bogotá, de fecha veinticuatro de diciembre de mil novecientos veintiséis, por medio de la cual se prohibe al rematador cobrar impuestos por los cabros muertos dentro o fuera de la ciudad y sobre los que se introduzcan de otros Municipios y sobre las pieles de aquéllos.

Dice el autor del recurso que por el arrendamiento que el Municipio de Bogotá hizo al demandante Gutiérrez de la renta de degüello de ganado menor, quedó en la imposibilidad de hacer, respecto de ella, variación alguna, que pudiera empeorar el Municipio dicha renta; de donde se desprende, sin riesgo de incurrir en equivocación, que la Resolución citada de la Prefectura, que prohibió al rematador cobrar el impuesto de degüello sobre las cabras y todo lo que con ellas se relacione, fue un atropello a los derechos del rematador, cometido por el Prefecto, y que el Municipio no ha podido justificar. Que por esta falta de apreciación de aquella nota, traída como prueba a los autos, y respecto de la cual guardaron silencio los juzgadores de instancia, se incurrió en error de derecho.

En el motivo cuarto se vuelve a acusar la sentencia por error de derecho, por haber prescindido el Tribunal de tener en cuenta la nota traída al juicio procedente de la Secretaría de Hacienda Municipal, marcada con el número 26, de fecha veintiuno de abril de mil novecientos veintiséis, en que consta la prohibición al rematador de cobrar el impuesto de degüello sobre las cabras, que son ganado menor, y así lo reconoció el Personero Municipal, al certificar sobre el particular, como aparece al pie de la página 75 del cuaderno de pruebas del demandante. Que al no tener en cuenta dicha nota, se prescindió de una prueba importantísima, y se violaron con tal omisión, por error de derecho, los mismos artículos 542 y 543 del Código Judicial anterior.

A estos cargos observa la Corte que, aunque el contrato materia de la controversia, es de arriendo de la renta de degüello de ganado menor, en él se limitó el derecho del rematador a la sola percepción del impuesto sobre "cada cerdo o cordero que se sacrifique dentro del Municipio, e igual cantidad por cada cerdo o cordero muerto, o parte de éstos, inclusive manteca....., que se introduzca de otros Municipios para darlos al consumo en Bogotá, siempre que no traigan la guía de degüello de otros Municipios....."

La cláusula 2ª del contrato—dice la sentencia—contiene una enumeración taxativa de lo que constituye la renta arrendada, y, por tanto, debe interpretarse con criterio restrictivo, o sea que no comprende el ganado cabrío. Ese concepto del Tribunal no ha sido objeto de la crítica del recurrente, como tampoco lo han sido otros fundamentos del fallo, capaces por sí solos para sostener la sentencia.

"Cuando el recurrente no combate uno de los fundamentos del fallo del Tribunal—ha dicho la Corte—que es suficiente para absolver al demandado, aunque legal o ilegal tal fundamento, él queda en pie como base de la sentencia." (Casación de 23 de abril de 1920, tomo XXVIII, Jurisprudencia de la Corte, página 26, 2ª).

Los fundamentos que sirvieron para absolver al demandado están consignados en los siguientes párrafos de la sentencia recurrida:

"Como el único cargo que se hace al Municipio en relación al contrato de arrendamiento de la renta de degüello, de que se ha hablado, es el que ha quedado estudiado (el relativo al derecho que alega el rematador para cobrar el impuesto sobre pieles de cordero), cargo que es infundado, porque las obligaciones cuyo incumplimiento es causa de los perjuicios demandados, no pesan sobre el Municipio de Bogotá en lo relativo al impuesto sobre pieles de ganado menor, y como el Municipio, en lo que hace a las obligaciones que realmente contrajo por el contrato, ha demostrado haber cumplido con todas ellas, manteniendo al arrendatario en el goce de la renta, prestándole el apoyo necesario por medio de su autoridad para hacerla efectiva, haciendo el nombramiento de las personas designadas por el arrendatario e invistiéndolas del carácter de agentes de Policía, y en general, que ha satisfecho o cumplido todas las obligaciones de su cargo, cosa que no ha pretendido negar el señor Gutiérrez, la acción resulta perfectamente improcedente. Ella es el medio de hacer efectivo en juicio un derecho, y cuando éste no existe, tampoco puede existir la acción, porque no tiene derecho qué amparar. En otros términos: como el impuesto sobre pieles de cordero no quedó comprendido en la renta arrendada, al impedir o prohibir el Municipio el cobro de ese impuesto, no violó ni dejó de cumplir ninguna de las obligaciones que había adquirido por el contrato, pues para que ese procedimiento entrañara incumplimiento por parte del Municipio, habría sido necesario que entre los impuestos que constituyen la renta arrendada hubiera quedado incluído el de pieles de cordero, y de cabra, agrega la Corte. De manera que el Municipio no solamente no ha violado el contrato, sino que prestó la protección a que tienen derecho los introductores de cueros de cordero, desde el momento en que sobre éstos no se ha establecido derecho de introducción."

Por las razones expuestas, no están justificados los dos motivos que se dejan estudiados.

En el motivo quinto se acusa la sentencia de haber incurrido el Tribunal en error de hecho, con el cual se violaron, dice el autor del recurso, las disposiciones sobre interpretación de los contratos, contenidas en el Título XIII, libro IV del Código Civil.

Consiste el error a que se refiere este motivo—dice el recurrente—en hacer separación en la res que produce el impuesto, de la piel y de otras partes que la componen, considerando aquélla y éstos como sujetos de dos impuestos distintos, error tanto más palmario cuanto que en los dos pliegos de cargos traídos al juicio como prueba en la primera instancia (cuaderno de pruebas del demandante), está demostrado que en los remates que el Municipio hizo de su renta de degüello de ganado menor, en los años de mil novecientos veintidós y mil novecientos veintitrés, se exceptuó el impuesto de la piel, cosa que no se hubiera hecho si no se hubiera considerado que ella es parte de la res que motiva el impuesto. Contiene, evidentemente, la cláusula segunda del contrato, dice el recurrente, una enumeración taxativa de todas las cosas gravadas en él; pero de allí a que sea permitido al Tribunal, so pretexto de la facultad de interpretación de que está investido, suprimir uno solo de los impuestos de la cosa rematada, hay considerable distancia. Parece claro, continúa diciendo el autor del recurso, que no admite interpretación posible lo que de suyo es claro y manifiesto, y no se podría poner en duda en ningún tiempo, de sana lógica ni de extraviado criterio, que la piel es parte principalísima de la res de que se extrae.

Por esa interpretación errónea violó el Tribunal—dice

el autor del recurso - las disposiciones sobre interpretación de los contratos, contenidas en el Título 13 del libro IV del Código Civil.

Se considera:

No habiéndose expresado en el contrato de arrendamiento de la renta de degüello de ganado menor hecho con el demandante, que éste tuviera derecho a cobrar impuesto sobre pieles de cordero y de cabra, y habiéndose hecho en el mismo contrato, base de las obligaciones de una y otra parte, enumeración limitativa de las cosas sobre que ese impuesto de degüello podía hacerse efectivo, según lo reconoce el mismo recurrente, no era claro y manifiesto, como éste lo pretende, el punto de si podía cobrar impuesto sobre la piel separada de la res, que ha sido el motivo principal de la controversia, y por consiguiente, tenía el Tribunal que interpretar el contrato en ese sentido, y dada la enumeración limitativa que encontró de las cosas sobre las cuales podía el rematador cobrar, lo interpretó en el sentido de que no llegaba el derecho del rematador hasta cobrar impuesto sobre las pieles separadas de la res, interpretación que con tal fundamento no es manifiestamente errónea para que la Corte la pudiera variar.

El hecho de que en licitaciones anteriores se hubiera excluído el impuesto sobre pieles, y no se hubiera consignado exclusión de ellas en el contrato materia de la litis, no era razón forzosa para que el Tribunal entendiera que tal impuesto había quedado comprendido en el contrato, y más bien la exclusión hecha en tales licitaciones le permitía interpretar, a falta de declaración sobre el particular, que no quedó comprendido tal impuesto en la negociación con el demandante. A éste correspondía, al tiempo de firmar el contrato, haber hecho tal aclaración, y no la hizo. Luego el cargo de violación de las disposiciones del Título 13 del libro IV del Código Civil, por interpretación errónea, no puede prosperar.

Motivo sexto.

En él considera el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho, con el cual violó los artículos 1546, 1581, 1602, 1603 y concordantes del Código Civil.

Consiste tal error en suponer el Tribunal sin pruebas, que las pieles crudas introducidas a Bogotá han venido con la correspondiente guía, pues que sostiene, sin ningún comprobante legal, que las reses o parte de las reses muertas en otros Municipios que se traen para el consumo en Bogotá, han pagado el impuesto en los Municipios en que han sido sacrificadas. Semejante aseveración llevó al Tribunal, dice el autor del recurso, a conclusiones del todo contrarias a la justicia, pues que vino a sancionar lo afirmado por el Personero Municipal, sin exigir de él la comprobación de su dicho, y sin saberlo ni pensarlo, ha hecho del proceso un juicio de pura suposición, en que la verdad ha quedado relegada a un puesto muy secundario, y por ese modo de disertar, violó el Tribunal las disposiciones antes citadas.

Se considera:

El Tribunal no ha hecho las afirmaciones que le atribuye el recurrente en el cargo respecto de pieles de cordero que se introduzcan de otros Municipios para darlas al consumo en Bogotá. Sólo expresó que por haber declarado el Secretario de Hacienda Municipal que la manteca introducida por el doctor Miguel Canales del Departamento de Boyacá, había pagado el impuesto respectivo, no tenía derecho el rematador a decomisarla, y ya se dijo que el demandante no contradijo a dicho funcionario tal aseveración, en que el Tribunal se fundó para no reconocer violación del contrato por ese motivo. Por eso no prospera el cargo.

Motivo séptimo.

En él dice el recurrente que el Tribunal cree, y con ello incurre en un error de hecho, que el Municipio de Bogotá no puede cobrar sino sobre el ganado menor que se sacrifique dentro de sus límites, pues que afirma que no puede aprovecharse de la renta de otros Municipios, y al cobrar en Bogotá sobre la res o parte de la res importada, se cobraría el impuesto dos veces. Por razonar en esta forma el Tribunal va—dice el autor del recurso—contra la cosa vendida por el Municipio, que permite cobrar por las reses o parte de las reses muertas, traídas de otros Municipios para el consumo en Bogotá, sin la guía correspondiente, hecho éste que no es una novedad en la legislación municipal, sino el resultado de un derecho consuetudinario, en virtud del cual cada Municipio tiene la facultad de gravar el consumo de sus carnes con un impuesto, ya proceda de reses sacrificadas en el mismo Municipio o traídas a él sin la guía comprobatoria del pago del impuesto. Entendidas las cosas de otro modo, no se comprenderían—dice el autor del recurso—las relaciones entre Municipios, que deben guardarse una protección mutua en el cobro de sus respectivas rentas. Por este motivo el Tribunal ha violado las leyes sobre interpretación de los contratos, contenidas en el Título 13, libro IV, del Código Civil.

Se considera:

En este cargo vuelve el recurrente a atribuir al Tribunal un concepto general que no ha expresado, pues no ha dicho el sentenciador que el Municipio de Bogotá no tenga derecho para cobrar impuesto de degüello por los cerdos y corderos muertos o parte de éstos, y manteca, fuera de la piel, que se introduzcan de otros Municipios para darlos al consumo en Bogotá, sin que traigan la guía correspondiente, para que así fuera el sentenciador contra la cosa arrendada y el derecho consuetudinario de que habla el recurrente. Para convencerse de lo contrario basta transcribir el aparte correspondiente del fallo, que al respecto dice:

. . . . . .

"II. Aunque pudiera interpretarse dicha cláusula (la 2ª del contrato) con criterio amplísimo, no podría prosperar la tesis del demandante, porque en el contrato quedó expresamente excluído del impuesto todo el ganado menor y las partes de éste que se introduzcan al Municipio con la correspondiente guía, y por eso dice la cláusula 2ª en lo pertinente: **'y siempre que no traigan la guía de degüello de otro Municipio'** " (subraya la Corte).

Lo cual quiere decir, en contra de lo que afirma el recurrente, que el Tribunal reconoce que el Municipio de Bogotá sí puede cobrar impuesto de degüello respecto del ganado menor: cerdos y corderos, y parte de éstos, que no sea por la piel, y por la manteca que se introduzca de otros Municipios, siempre que sus introductores no traigan la correspondiente guía de degüello, comprobación del pago del impuesto en el Municipio respectivo. El cargo es, pues, infundado.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar la sentencia de fecha diez

de junio de mil novecientos veintinueve, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este juicio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veinticinco de abril de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

En el juicio de sucesión intestada del señor Ismael Pinilla, el doctor José Manuel Cuéllar, nombrado partidor, presentó su trabajo el seis de julio de mil novecientos veintinueve.

Corrido el traslado de regla, sólo objetó la partición el señor Antonio Salcedo Prieto, cesionario de los derechos de la heredera Adelina Pinilla.

De las cinco objeciones hechas a la partición sólo prosperó la segunda, consistente en que la suma de quinientos pesos ($ 500) inventariada como monto de los gastos de la sucesión no está comprobada, y que debe reducirse a lo que resulte de autos.

El Juez ordenó que se rehiciera la partición en tal sentido, y al respecto dijo:

"Como los gastos de protocolización del expediente no están ni pueden acreditarse en el expediente, el señor partidor debe fijar una cantidad prudencial, e imponer ese gasto a la cónyuge o a cualquiera de los herederos, si todos no convinieren en hacerlo de común acuerdo. En resumen: sobre la suma de ciento sesenta y ocho pesos treinta y un centavos, más los gastos de protocolización, procederá a hacer nuevamente la partición, es decir, rechazará como pasivo la de quinientos pesos, de que habla la diligencia de inventarios y avalúos, descontando de esta cantidad lo relativo al pago de los derechos de lazareto, suma que solamente debe afectar el haber hereditario, mas no el haber social, el resto de los gastos los dividirá a prorrata entre los herederos, para saber qué corresponde pagar a cada uno de ellos.

"Es, pues, fundada esta objeción, y la partición debe ordenarse que se rehaga, teniendo en cuenta las consideraciones hechas."

La parte resolutiva termina así:

"Declarada probada la segunda objeción y no probadas las demás. En consecuencia, el señor partidor procederá a rehacer el trabajo de partición en el término de tres meses, teniendo en cuenta las observaciones de esta providencia."

El señor Salcedo Prieto apeló de este fallo en lo desfavorable, esto es, en cuanto se declararon no probadas las demás objeciones, pero lo hizo fuera del término, por lo cual el Juez negó la apelación, por hallarse ejecutoriada la providencia sobredicha (folio 98 del cuaderno primero).

El doctor Cuéllar presentó nuevo trabajo de partición el veintidós de noviembre de mil novecientos veintinueve; pero el Juez, observando que no había cumplido con lo mandado en el auto que ordenó el rehacimiento de la partición, dispuso que el partidor se ajustase a lo expresado en tal auto.

Por tercera vez verificó el doctor Cuéllar la partición, haciendo también una adicional, relativa a un crédito activo de la sucesión, que fue inventariado posteriormente a la facción de los inventarios generales.

De esa partición adicional se ordenó dar traslado por seis días a los interesados.

La señorita Paulina Pinilla y el señor Salcedo Prieto, por medio de apoderado, objetaron esta tercera partición, mas el Juez desechó los reparos en lo referente a la primitiva partición, porque ya habían sido considerados y negados por auto ejecutoriado, de modo que sólo se trataba de saber si el partidor había reformado la partición en el sentido indicado por el Juez, respecto de las objeciones que propusieron, conforme a lo mandado en el artículo 1286 del Código Judicial.

En lo tocante a la partición adicional, el Juzgado no halló probadas las objeciones, y por todos estas razones, dictó sentencia aprobatoria de la partición.

Por apelación de esta providencia, el Tribunal ordenó que se rehiciera la partición, teniendo en cuenta lo siguiente:

"1ª Hacer una sola partición, tanto de los bienes inventariados primitivamente como del crédito relacionado bajo el inventario adicional.

"2ª Hacer una sola hijuela de deudas y gastos, teniendo en cuenta como total de los últimos, además de la suma de trescientos noventa y ocho pesos noventa y siete centavos ($ 398-97), proveniente de los gastos ocasionados por el primer inventario, la suma de veinticuatro pesos noventa centavos ($ 24-90) a que asciende el valor de los gastos ocasionados en el inventario adicional; y

"3ª Suprimir de la nueva hijuela de gastos la adjudicación a la cónyuge del derecho proindiviso en el terreno situado en la vereda de Los Colorados, jurisdicción de Pacho.

"El partidor debe rehacer la partición con las bases expresadas, y las que ya están admitidas en las particiones anteriores, en el término de treinta días."

En la parte motiva del fallo del Tribunal se expuso lo siguiente:

"Como atrás se expresó, la ejecutoria del fallo de objeciones a la partición, tiene el efecto de obligar a los coparticipes a cuanto allí se dispuso, de manera que la acción de éstos está limitada a obtener que el partidor se ajuste a las reglas que le dio el Juzgado sobre la formación de la hijuela de gastos. Solamente serán procedentes objeciones que versen sobre la partición adicional del crédito a cargo de Luis Jorge Pinilla, que es la parte nueva de la última partición."

Respecto de la adjudicación hecha a la viuda de un derecho proindiviso de valor de diez y seis pesos ($ 16), en el terreno situado en la vereda de Los Colorados, el Tribunal tuvo en cuenta que esa adjudicación había sido una novedad introducida por el doctor Cuéllar en su última petición.

De acuerdo con lo prevenido por el Tribunal, el partidor presentó nuevo trabajo de partición, sometiéndose a las normas que se dejan copiadas atrás, por lo cual el Juez aprobó dicho trabajo, por auto de once de febrero de mil novecientos treinta y dos, que el superior confirmó en todas sus partes.

Contra la sentencia del Tribunal, el señor Antonio Salcedo Prieto interpuso recurso de casación, que la Corte procede a resolver, una vez que fue ya declarado admisible.

Alega el recurrente la primera causal de casación señalada en el artículo 520 del Código Judicial, por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida o interpretación errónea.

Primer cargo.

Violación de los artículos 1411 y 1290 del Código Civil, por cuanto el partidor adjudicó el lote formado para el pago de deudas y gastos, a la cónyuge sobreviviente, con la obligación de satisfacer su valor a los acreedores, y tanto el Juez como el Tribunal aceptaron ese modo de proceder, siendo así que ese lote debió adjudicarse a todos los interesados, a quienes corresponde pagar las deudas de la sucesión, a prorrata, de sus cuotas, conforme al artículo 1411 del Código Civil.

"En la partición última, presentada al Juzgado por el partidor—dice el autor del recurso—no se hace, en materia de adjudicación a la cónyuge, de bienes para el pago de deudas, limitación de ninguna especie; no es adjudicación modal, sino una verdadera dación en pago. El partidor dice:

Para el pago de las deudas y gastos se destinan los siguientes bienes, que se adjudican a la cónyuge, señora Dionisia Rodríguez de Pinilla, de acuerdo con la autorización del Juzgado, a saber: ....."

"De esta manera se nos deja a los demás coasignatarios expuestos al juicio ejecutivo por parte de los acreedores; se destinan los bienes que realmente tienen algún valor comercial, para entregarlos a la cónyuge sin responsabilidad de ninguna especie; no se destina un solo inmueble para ese lote, sino dos porciones indivisas de dos terrenos; se quita el derecho para pedir la licitación de ese lote, tanto por no expresarse esto en la partición, como por ser casi imposible conseguir postores que rematen porciones en común en dos terrenos, lo cual da lugar a litigios con los otros comuneros; en una palabra, se falta al principio legal de que la partición debe guardar la equivalencia y la igualdad entre los adjudicatarios."

Considera la Corte que este reparo se hizo a la primitiva partición y fue negado por el Juez en sentencia que el actual recurrente dejó ejecutoriar, pues interpuso su apelación fuera de tiempo, como se vio atrás al hacer la historia del pleito. Ese punto quedó fuera de debate en la segunda instancia y no puede ser reproducido en casación, pues no es la sentencia del Juez sino la del Tribunal la que está sujeta al recurso.

"Nada significa, expone el autor del recurso, que las objeciones hayan sido rechazadas o falladas en contra de sus pretensiones, porque, como lo dice la Corte en la sentencia de fecha diez de diciembre de mil novecientos quince (tomo XXV, página 225), en la casación de un juicio de sucesión no puede alegarse ejecutoria de las decisiones del Tribunal que resuelva las objeciones de la partición. De esta manera el recurso de casación carecerá de objeto en la mayor parte de los casos."

La jurisprudencia que el recurrente invoca ha sido constantemente observada por la Corte; pero aquí no se trata de una decisión del Tribunal sobre objeciones, sino de la del Juzgado, que dejó ejecutoriar el actual recurrente y que por lo mismo quedó fuera de la jurisdicción del Tribunal.

En caso análogo dijo esta Corte:

"Las decisiones ejecutoriadas de los Tribunales sobre objeciones a la partición, no impiden el recurso de casación, porque éste versa propiamente sobre esas decisiones, y porque la parte al apelar de la resolución del Juez agota todos los medios que la ley pone a su disposición para la defensa de sus derechos. Pero no sucede lo mismo cuando lo ejecutoriado es la decisión del Juez por no haber opuesto la parte el recurso de apelación. En tal caso debe considerarse que el interesado abandonó las objeciones, o las retiró o desistió tácitamente de ellas; y por otra parte, para que sea admisible en el fondo el recurso de casación es necesario que en las instancias del juicio se hayan agotado todos los medios ordinarios de defensa." (Véase Gaceta Judicial, tomo XVII, página 257, 1ª).

Segundo cargo.

Violación del artículo 1014 del Código Civil.

La cita está errada, pues el artículo a que el recurrente se refiere es el 1411, y con respecto a lo que esta disposición ordena, dice el recurrente:

"Dispone el legislador que si uno de los herederos fuere deudor o acreedor del difunto, sólo se computará en su porción hereditaria la parte o cuota que en ese crédito o deuda le quepa. El partidor—agrega—aplicó erróneamente esta disposición al dividir el crédito que el señor Luis Jorge Pinilla adeuda al señor Elías Correa en partes proporcionales, siendo así que el deudor no lo es del difunto."

Se tomó ese dinero—dice al señor Correa para comprar mercancías y establecer una tienda. No es crédito de la mortuoria sino únicamente de ese heredero. Conviene en que en los primeros inventarios se incluyó la deuda como de la sucesión; pero luégo en los segundos —dice—se inventarió la deuda a favor de dicha entidad. Todo esto consta en el expediente, y a pesar de eso el señor partidor distribuyó a prorrata entre los herederos esa misma cantidad. Lo más legal es cargar esa deuda al señor Luis Jorge Pinilla, hasta donde la adjudicación lo permita y distribuir el resto a cargo de dicho señor entre los herederos y la cónyuge sobreviviente a prorrata de sus cuotas.

Considera la Corte:

1ª Que, como lo dice el recurrente, fue inventariado como crédito a cargo de la sucesión y a favor del señor Elías Correa la suma de mil quinientos pesos ($ 1,500), valor, dice la diligencia, "de la misma cantidad de dinero que quedó debiendo el causante."

2ª Que la objeción referente a ese crédito se redujo a que debía hacerse un lote destinado para el pago de los mil quinientos pesos, "si no consigo probar, dice el objetante, que es deuda de uno de los herederos y no de la sucesión, y destinar para ese lote un inmueble, o parte de uno solo que se pueda licitar en pública subasta fácilmente y adjudicarlo a los herederos para el objeto único de que paguen la deuda ya citada.

3ª Que posteriormente se verificó un inventario adicional consistente en incluir como activo de la sucesión un crédito de mil quinientos pesos ($ 1,500) y sus intereses a cargo del señor Luis Jorge Pinilla; y

4ª Que se hizo la partición de ese crédito y se corrió traslado de ella (folio 118).

El Tribunal declaró probadas las objeciones propuestas contra la partición adicional, y de acuerdo con el

fallo correspondiente se rehizo la nueva, formándose una sola de la primitiva y de la adicional, haciendo una sola hijuela de deudas y suprimiendo de la hijuela de gastos la adjudicación que se había hecho a la cónyuge del derecho proindiviso del terreno situado en la vereda de Los Colorados.

Como se ve por lo que relacionado se deja, el aspecto que presenta el recurrente no fue materia de objeciones, y por lo mismo escapa a la casación, siendo de advertir que hay una diferencia capital entre el crédito pasivo de Correa a cargo de la sucesión, y el crédito activo del heredero Luis Jorge Pinilla a favor de la sucesión.

Tercer cargo.

Violación del artículo 1394 del Código Civil.

Consiste el quebrantamiento de este artículo, dice el recurrente, en que se prescindió por completo de él a pesar de contener las reglas a que tiene que sujetarse el partidor, y hace una crítica de la manera como éste formó comunidades numéricas en todos los lotes adjudicados, en lugar de haber procurado hacer adjudicaciones de cuerpos ciertos en cuanto lo permitiera la naturaleza de los bienes y la cuantía de las asignaciones hereditarias.

Esta objeción que fue la marcada con el número 3ª de las formuladas a la partición, fue negada por el Juez en sentencia que se dejó ejecutoriar y que por lo mismo no puede ser revisada en casación por la Corte. No sobra observar que al señor Salcedo Prieto, único coparticipe que recurrió ante la Corte contra la sentencia aprobatoria de la partición, se le adjudicó una sola propiedad hasta concurrencia de la cuota hereditaria de que es cesionario.

Cuarto cargo.

Violación de los artículos 1343 y 1393 del Código Civil.

Expone el recurrente así los motivos en que funda este reparo:

"La violación de esas disposiciones en el caso concreto a que me refiero, se debe a que se aplicaron indebidamente. En efecto: en los inventarios practicados por el señor Juez 1º del Circuito de Zipaquirá el día seis de julio de mil novecientos veintiocho, se dijo:

"Otro crédito en contra de la sucesión y a favor de quien lo compruebe, por la suma de quinientos pesos moneda corriente, en que se calculan los gastos de esta diligencia, derechos de Lazareto y gastos del juicio hasta su terminación, $ 500."

El partidor dice que el pasivo de la sucesión comprende los quinientos pesos y se los adjudica a la cónyuge sobreviviente en bienes de la mortuoria; luégo en vista de la objeción correspondiente, forma una cuenta a su antojo por la cantidad de trescientos noventa y ocho pesos noventa y siete centavos, sin motivo ni fundamento de ninguna especie. Si la adjudicación se hubiera hecho a favor de los herederos, en forma condicional, es decir diciendo que se pagara a quien compruebe tales gastos, podría quizá aceptarse ese modo de proceder; pero suponer que la viuda del causante hizo los gastos que a ella se le antoje; incluir en ellos la partida por los honorarios de un trabajo que ha arruinado la sucesión y pretender que son deudas conocidas, para incluirlas en un lote o hijuela de gastos, es procedimiento que no puede aceptarse y que, seguro estoy, vosotros no autorizaréis."

Considera la Corte, que como bien lo dice el autor del recurso, prosperó la objeción consistente en haberse computado en quinientos pesos ($ 500) los gastos hechos en la partición, pues no estaba comprobado que a esa suma ascendieran.

El partidor reformó la partición en el sentido indicado, esto es, sumando las partidas de gastos comprobados y entre las cuales figuran ciento cincuenta pesos ($ 150) pagados al partidor y treinta pesos ($ 30) a los peritos, erogaciones que por auto ejecutoriado ordenó el Juez que se tuvieran en cuenta, de manera que no se trata, como dice el recurrente, de un cómputo arbitrario.

De otro lado, la adjudicación de los bienes destinados para cubrir las deudas y los gastos, no se ha hecho a la cónyuge sobreviviente en forma de dación en pago, sino con la obligación de pagar tales deudas y gastos a quienes corresponda.

Bien claro dice la partición que para el pago de deudas y gastos se destinan los siguientes bienes (los que se especifican después), que se adjudican a la cónyuge sobreviviente con la obligación de pagar las deudas y de sufragar los gastos hasta la terminación del juicio.

Se queja el recurrente de que no se computaron como deudas de la sucesión las cantidades sufragadas por él para llevar a cabo los inventarios adicionales y la partición respectiva, según recibos que constan a los folios 24 y 31 del inventario adicional, con lo cual se incurrió en la injusticia de atender al pago de los gastos hechos por la cónyuge sobreviviente y no a los verificados por él; pero es preciso tener en cuenta que el partidor sí reconoció como gastos de la partición adicional la suma de veinticuatro pesos, noventa centavos ($ 24-90), hechos por el señor Salcedo Prieto, para el pago de derechos de Lazareto y honorarios de peritos (folio 117), y que se abstuvo de incluir los demás gastos que aparecen en los recibos por no ser ellos propios de la sucesión y no haberse ordenado su inclusión en ninguna de las providencias del Juzgado (folio 118).

Ahora bien, si en concepto del autor del recurso, los gastos a que él se refiere y de que dan cuenta los recibos que señala, sí eran propios de la sucesión, debió acusar el fallo que aprobó la partición en esa parte por el correspondiente error de hecho o de derecho en que pudiera haber incurrido el Tribunal, al prescindir de tales documentos o por haberlos apreciado torcidamente, una vez que se presentó en oportunidad la objeción y fue desechada en la sentencia de segunda instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el quince de junio de mil novecientos treinta y dos, y condena en costas a la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial esta sentencia y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo nueve de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Por medio de apoderado, Rita Mantilla de Pinto entabló ante el Juzgado 2º del Circuito de Bucaramanga, juicio ordinario contra Abel Murallas, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que es nulo el contrato contenido en la escritura pública número 216, de fecha once de marzo de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Bucaramanga, contrato por el cual Rita Mantilla de Pinto cedió a Abel Murallas, a título de venta, los derechos que con el carácter de única y universal heredera de su finado esposo señor Antonio Pinto, o por cualquier otro título le correspondían o podían corresponderle en los bienes de la sucesión de su mentado esposo Antonio Pinto, y principalmente los que le correspondían o podían corresponderle en una mediagua de construcción de tapias, madera y teja, con su correspondiente solar, ubicado en el barrio de **El Cordoncillo**, del plano de esta ciudad, y alinderado como se expresa en la referida escritura, y un lote de terreno, con su casa de habitación, situado en el punto denominado **Quebrada de la Iglesia**, en jurisdicción de este Municipio, y demarcado como en la propia escritura se expresa, así como la parte que en los bienes expresados le correspondiera por razón de gananciales.

"2ª Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de que trata el punto anterior, son asimismo nulas las diligencias de partición y adjudicación de los bienes de la sucesión del señor Antonio Pinto, verificadas con fecha veinte de mayo de mil novecientos veinticuatro, y la sentencia aprobatoria de dichas diligencias, proferida por el señor Juez 1º de este Circuito, con fecha treinta y uno del mismo mes y año citados, partición que fue registrada en la Oficina de Registro de instrumentos públicos del Circuito de Bucaramanga, con fecha doce de junio del mismo año citado, y protocolizada junto con las respectivas diligencias de inventarios de la misma sucesión en la Notaría 2ª del Circuito de Bucaramanga, con fecha catorce del mismo mes de junio citado, bajo el número 471 del respectivo protocolo.

3ª Subsidiariamente, es decir, para el caso de que no proceda la declaración de nulidad de que trata el punto 1º, que se declare que queda resuelto el referido contrato contenido en la misma escritura citada en dicho punto, o sea en la escritura número 216, de fecha once de marzo de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría 2ª de Bucaramanga.

"4ª Subsidiariamente, es decir, para el caso de que no proceda la declaración de nulidad ni la declaración de resolución del contrato de que tratan los puntos 1º y 3º, que se declare que queda rescindido por lesión enorme el mismo contrato contenido en la citada escritura número 216, de fecha once de marzo de mil novecientos veinticuatro, otorgada en la Notaría 2ª de Bucaramanga.

"5ª Que deben cancelarse la inscripción o registro de la referida escritura número 216, de once de marzo de mil novecientos veinticuatro, Notaría 2ª de Bucaramanga, y la inscripción o registro de la partición de los bienes de la sucesión de Antonio Pinto, inscripciones que fueron hechas en la Oficina de Registro de instrumentos públicos de Bucaramanga, con fecha veinticinco de marzo de mil novecientos veinticuatro, a la partida número 207, folios 229 a 231 del libro 1º, tomo 1º, del mismo año, y con fecha doce de junio de mil novecientos veinticuatro, a la partida número 6, folios 23 a 25 del libro de causas mortuorias, relativo al mismo año, respectivamente.

"6ª Que corresponden a Rita Mantilla de Pinto los derechos en la sucesión de su esposo señor Antonio Pinto, como heredera testamentaria de éste, los derechos a las gananciales en la sociedad conyugal habida con el mencionado Pinto, y el derecho de dominio de los bienes relacionados en la citada escritura número 216, de once de marzo de mil novecientos veinticuatro, Notaría 2ª de Bucaramanga.

"7ª Que el demandado Abel Murallas debe restituir a Rita Mantilla de Pinto, como única representante de la sucesión de su esposo señor Antonio Pinto y de la sociedad conyugal habida entre éste y ella, los siguientes bienes:

"Una mediagua de construcción de tapias, madera y teja, con su correspondiente solar, ubicada en el barrio de **El Cordoncillo**, del plano de esta ciudad, y alinderada así: por el Oriente, con predio de herederos de David Puyana; por el Norte, con predio de Urbano Morales, hoy de Hipólito Pinto; por el Sur, con propiedad de Hermelinda Caldas, y por el Occidente, calle por medio, con predio de Crisóstomo Ordóñez; y un lote de terreno con casa de habitación, situado en el punto denominado **Quebrada de la Iglesia**, en jurisdicción de este Municipio, demarcado así: por el Norte, el camino carretero que conduce a la población de Florida, por medio, con terrenos que eran del señor Francisco Vélez Motta, y hoy son de Bautista N. y Parra Hermanos; por el Oriente y Sur, el mismo carretero de por medio, con terrenos del doctor Alejandro Peña Solano y de Roque Pineda, y por el Occidente, con terrenos que eran de la sucesión de Jenaro Silva, denominados **La Puerta del Sol**, excluido el lote vendido al señor Octavio Guevara por escritura otorgada el dos de abril de mil novecientos veintiuno en la Notaría 1ª de este Circuito.

"8ª Que el demandado Abel Murallas debe restituir asimismo a Rita Mantilla de Pinto, los frutos de los bienes relacionados en el punto anterior, desde el día once de marzo de mil novecientos veinticuatro, o sea desde el otorgamiento de la escritura en que consta el contrato de que se trata, hasta el día en que se haga la restitución, caso de que se declare la nulidad o la resolución del contrato, de conformidad con lo pedido, o desde la fecha de esta demanda hasta el día en que se haga la restitución, caso de que se declare la rescisión por lesión enorme del mismo contrato, y no sólo los frutos percibidos sino los que la demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo los bienes en su poder, y en caso de no existir esos frutos, a pagar el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de su percepción.

"9ª Que como consecuencia de la resolución del contrato de que trata el punto 3º, caso de que se declare, el demandado Murallas debe indemnizar a Rita Mantilla de Pinto los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato respectivo, es decir, del contenido en la escritura número 216, de fecha once de marzo de mil novecientos veinticuatro, Notaría 2ª de Bucaramanga.

"10. Que el demandado Abel Murallas debe indemnizar asimismo a Rita Mantilla de Pinto de los perjuicios resultantes de los deterioros que han sufrido y sufran los bienes relacionados en el punto 7º, mientras el demandado los ha tenido y los tenga en su poder.

"11. Costas."

Los hechos fundamentales de la demanda son:

"1º Soy apoderado general de la señora Rita Mantilla de Pinto, conforme a la escritura pública número 1405,

de cinco de diciembre de mil novecientos veinticinco, otorgada ante el Notario 1° de este Circuito.

"2° El día veintidós de febrero de mil novecientos veinticuatro falleció en esta ciudad el señor Antonio Pinto, habiendo otorgado antes su testamento, por medio de la escritura pública número 2, de fecha dos de enero del mismo año citado, otorgada ante el Notario 2° del Circuito de Bucaramanga, testamento en el cual instituyó como su única y universal heredera de todos sus bienes a su esposa, señora Rita Mantilla de Pinto.

"3° La sociedad conyugal habida entre Antonio Pinto y Rita Mantilla de Pinto, disuelta por la muerte del primero de dichos cónyuges, dejó, al disolverse, los siguientes bienes: una mediagua de construcción de tapias, madera y teja, con su correspondiente solar, ubicada en el barrio de El Cordoncillo, del plano de esta ciudad, y un lote de terreno situado en el punto denominado Quebrada de la Iglesia, en jurisdicción de este Municipio, inmuebles alinderados como se expresa en la escritura de que trata el punto anterior. Estos bienes pasaron a ser propiedad de Rita Mantilla de Pinto, como cónyuge sobreviviente de su esposo, a título de gananciales de la sociedad conyugal a que se ha hecho referencia, y a título de herencia, como heredera única y universal de los bienes de su marido.

"4° De la escritura pública número 216, de fecha once de marzo de mil novecientos veinticuatro, Notaría 2ª de Bucaramanga, aparece que Rita Mantilla de Pinto cedió a Abel Murallas, a título de venta, los derechos que con el carácter de única y universal heredera de su finado esposo señor Antonio Pinto, o por cualquier otro título le correspondían o podían corresponderle en los bienes de la sucesión de su mentado esposo señor Antonio Pinto, y principalmente en los inmuebles especificados en la referida escritura, así como la parte que en los referidos bienes le correspondiera por razón de gananciales en la sociedad conyugal habida con su citado esposo señor Antonio Pinto.

"5° En la celebración del contrato que aparece consignado en la citada escritura número 216, el señor Abel Murallas obró con dolo, que vició el consentimiento de mi mandante, pues para inducir a ésta a celebrarlo, y conseguir de ella el otorgamiento de dicha escritura, el mencionado Murallas se valió de artificios y engaños, como hacerla creer que el otorgamiento de la referida escritura era indispensable para adelantar el juicio de sucesión de su marido y ponerla en posesión de los bienes que éste le había dejado, dolo sin el cual Rita Mantilla de Pinto no hubiera contratado, pues lo que ésta deseaba era poder gozar libremente de los bienes que le pertenecían como cónyuge y como heredera de su marido.

"6° Al celebrar el contrato que aparece consignado en la citada escritura número 216, Abel Murallas tuvo la intención positiva de inferir injuria a la propiedad de Rita Mantilla de Pinto, apoderándose de los bienes de ésta, como lo demuestran claramente los antecedentes de dicho contrato; los medios de que se valió Abel Murallas para inducirla a celebrarlo y a otorgar la referida escritura; las estipulaciones fraudulentas consignadas en ésta, el precio irrisorio de la venta, la manera como el citado Murallas se hizo adjudicar los bienes que correspondían a mi mandante, y los demás hechos posteriores a la celebración del contrato.

"7° Antonio Pinto nombró en su testamento albacea testamentario al señor Abel Murallas, con la tenencia y administración de los bienes de la sucesión, hasta que se hiciera la partición de ellos y se entregaran a la heredera Rita Mantilla de Pinto.

"8° Apoyado en la escritura número 216, tántas veces citada, Abel Murallas inició y siguió hasta su conclusión, como cesionario de Rita Mantilla de Pinto, el juicio de sucesión del señor Antonio Pinto, cuya partición se verificó con fecha veinte de mayo de mil novecientos veinticuatro, la cual fue aprobada por sentencia de fecha treinta y uno de los mismos mes y año citados, proferida por el Juez 1° del Circuito de Bucaramanga, registrada con fecha doce de junio del mismo año, y protocolizada junto con los respectivos inventarios, con fecha catorce del mismo mes, en la Notaría 2ª de Bucaramanga, bajo el número 471 del respectivo protocolo.

"9° Rita Mantilla de Pinto es una mujer sencilla y confiada, absolutamente ignorante, pues no sabe siquiera leer ni escribir, quien, dadas esas condiciones y el estado de abatimiento en que quedó con el fallecimiento de su marido, no pudo sospechar ni presumir que era víctima de un engaño por parte de Abel Murallas en la celebración del contrato a que se refiere la ya citada escritura número 216, ni prever las consecuencias del referido contrato, cuya escritura otorgó, confiada en que con ella podía obtener fácilmente la adjudicación de los bienes de su marido.

"10. El demandado, señor Abel Murallas, está actualmente en posesión de los bienes a que se refiere el contrato contenido en la referida escritura número 216, y es poseedor de mala fe.

"11. El demandado, señor Abel Murallas, ha causado en los bienes a que se refiere el punto anterior, deterioros imputables a su culpa, y de los cuales se ha aprovechado, como haber cortado árboles en el terreno de la Quebrada de la Iglesia, haber removido y sacado las piedras de la quebrada y variado el cauce de ésta, etc.

"12. El demandado Abel Murallas no ha pagado a Rita Mantilla de Pinto el precio del contrato a que se refiere la escritura número 216, no obstante haberse hecho constar el pago en dicha escritura, ni ha cumplido las demás obligaciones del referido contrato.

"13. El demandado Murallas ha causado a mi mandante perjuicios con la falta de pago del precio del contrato contenido en la escritura a que se refiere el punto anterior, y con el incumplimiento de las demás obligaciones que contrajo, conforme al mismo contrato.

"14. El precio del contrato de compraventa que aparece celebrado entre Abel Murallas y Rita Mantilla de Pinto, conforme a la escritura número 216, fue la cantidad de quinientos pesos oro, según aparece consignado en la misma escritura. El justo precio de los bienes a que se refiere el contrato de compraventa de que trata la citada escritura era, el día en que aparece celebrado el referido contrato, superior a la suma de cuatro mil pesos en oro. Por consiguiente, el precio de quinientos pesos que figura en dicha escritura, y que conforme a ella aparece haber recibido Rita Mantilla de Pinto era, al tiempo del contrato, inferior a la mitad del justo precio de las cosas vendidas.

"15. A petición mía, hecha como apoderado de la señora Rita Mantilla de Pinto, con fecha 17 de febrero del presente año, Abel Murallas absolvió posiciones ante el Juez 2° del Circuito de Bucaramanga, sobre hechos rela-

cionados con esta demanda, posiciones en las cuales se perjuró a sabiendas sobre hechos sustanciales del pleito."

El demandado negó algunos de estos hechos, aceptó otros y se opuso a la acción. El Juez pronunció sentencia absolutoria del demandado. Por apelación del actor, el Tribunal Superior de Bucaramanga, en sentencia de fecha veintitrés de septiembre de mil novecientos treinta, confirmó la de primer grado. La misma parte interpuso casación. El recurso es admisible, y se basa en las causales primera y segunda del artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

Segunda causal.

Dice el recurrente:

"No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por la demandante, por haberse dejado de resolver sobre algunos de los puntos que han sido objeto de la controversia.

"Apoyo esta causal en el siguiente motivo: en el alegato de audiencia, cuyo resumen obra en autos, se observó al Tribunal que, conforme a la ley (artículo 15 de la Ley 95 de 1890), estaba en la obligación de declarar las nulidades absolutas que aparecen de manifiesto en el contrato base de la demanda."

Se considera:

La sentencia recurrida absuelve al demandado de todos los cargos formulados en la demanda. En este caso es improcedente la segunda causal, puesto que jurídicamente no puede haber exceso o defecto en la parte resolutiva de una sentencia absolutoria. Así lo ha resuelto uniformemente la Corte en innumerables sentencias.

"No es suficiente fundamento de la causal que consiste en no haberse fallado en consonancia con las pretensiones de las partes, el no haber resuelto el Tribunal acerca de las excepciones de la parte demandada, si, por otro lado, se ha desconocido la acción del demandante; pues la sentencia absolutoria deja resueltos implícitamente todos los puntos controvertidos." **(Jurisprudencia de la Corte**, tomo 1º, número 626).

"El motivo de casación consistente en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones deducidas en la demanda, no ocurre cuando se falla contra las pretensiones del demandante." (Ibidem, número 628).

El cargo es improcedente.

Primera causal.

Primer motivo: lo funda el recurrente en los pasajes que se copian en seguida:

"El Tribunal incidió en error de hecho al apreciar la prueba de indicios, con la cual se halla establecida plenamente la acción de nulidad, indicios que se hallan determinados y numerados en el alegato de segunda instancia, pues de referirse a ellos, y analizarlos, llega a la conclusión de que tales indicios no son suficientes para establecer el dolo, alegado como fundamento de la acción de nulidad."

Dice el Tribunal:

"No encuentra la Sala, en las pruebas que se dejan relacionadas, la intención positiva e indubitable que el señor apoderado de la Mantilla ha creído descubrir en Murallas para engañar a ésta y apoderarse de sus bienes, y por consiguiente, la prueba de que el contrato de venta contenido en la escritura número 216, tántas veces mencionada, haya quedado afectado de nulidad por vicio en el consentimiento de la Mantilla."

Se considera:

Los Tribunales son soberanos en la apreciación de los indicios. Esta es la doctrina constante y uniforme de la Corte, establecida en innumerables sentencias.

"La Corte tiene decidido en repetidas ocasiones que los Jueces de fondo son soberanos en la apreciación de los indicios ordinarios, la cual no es dable cambiar en casación." **(Jurisprudencia de la Corte,** tomo III, número 2001).

"Los Tribunales son soberanos en la apreciación de la prueba de indicios, la cual obra en el ánimo según el criterio de cada uno, y su apreciación implica necesariamente un acto inseparable de la conciencia individual del Juez." (Ibidem, número 2002).

"Cuando los indicios no son necesarios, el grado de fuerza y su relación, más o menos estrecha con el hecho que se trata de demostrar, son materia de una apreciación inductiva del juzgador, que escapa a la casación, desde luégo que en esa operación de la inteligencia, que es una serie de razonamientos, no puede caber el error evidente de hecho, indispensable para poder variar la estimación de la prueba hecha por el sentenciador. Sobre este punto es constante la jurisprudencia de la Corte." (Ibidem, número 2005).

El cargo es improcedente.

Segundo motivo.

El recurrente acusa la sentencia porque, a su juicio, "el Tribunal incidió en error de hecho y de derecho al estimar que no estaban probados los indicios que demuestran el dolo, alegados como fundamento de la acción de nulidad."

Se considera:

El Tribunal reconoció como probados los hechos constitutivos de los indicios, pero los apreció y llegó a la conclusión de que no constituyen plena prueba del dolo. En el cargo anterior se demostró cómo los Tribunales son soberanos para apreciar los indicios legalmente probados.

El cargo es infundado.

Tercer motivo.

"El Tribunal incidió en error de derecho al desechar los testimonios singulares que obran en autos.

"Dice el Tribunal:

'Hay en el juicio otros testimonios, que por ser singulares o de simple referencia, no merecen citarse.

'Los testimonios a que se refiere el Tribunal son los de Juan Sarmiento Herrera, David Alvarez, Manuel Francisco Arenas, María de la Cruz Franco y Mercedes Hernández de Medina. Tales testimonios, aunque singulares, constituyen gran presunción (artículo 606 del Código Judicial), y conjeturas e indicios, como pruebas directas incompletas (artículo 593 del Código Judicial). Como consecuencia de este error, el Tribunal violó, además de las citadas disposiciones, los artículos 1757 y 1768 del Código Civil; 541 y 578 del Código Judicial.'"

Se considera:

Estima la Corte que el juzgador no incidió en el error de que trata el cargo, ora porque un testigo no puede formar por sí solo plena prueba, ora porque no tiene fuerza la declaración de un testigo que depone sobre hechos por habérselos oído a otros, salvo que se trate de hechos muy antiguos, o cuando se quiera establecer la fama pública.

Cuarto motivo.

"El Tribunal incidió—dice el recurrente—en error de derecho al apreciar los testimonios que establecen las circunstancias referentes a la situación económica de Rita Mantilla de Pinto durante su matrimonio y después del otorgamiento de la escritura en que consta el contrato base de la demanda (declaraciones de Francisco Valderrama O., Constantino Rueda, Víctor Medina, Mercedes Hernández de Medina, Luis Ernesto Puyana y Marco A. Gómez).

"Dice el Tribunal:

'La circunstancia de ser la Mantilla una mujer sencilla, confiada, fácil de engañar, y de haber gozado de recursos durante su matrimonio, y de hallarse actualmente en la indigencia, nada prueban, por sí solas, porque en cuanto a lo primero, como lo ha declarado la honorable Corte Suprema de Justicia (número 806, Tomo II, de su Jurisprudencia), el hecho de que el vendedor, mayor de edad, sea persona sencilla, fácil de engañar, poco avisada para los negocios y demasiado confiada, no es suficiente para demostrar que hubo dolo por parte del comprador, y que la venta haya quedado afectada de nulidad por vicio en el consentimiento del vendedor.'

"Hubo error de derecho, porque el Tribunal consideró esta prueba aisladamente, siendo un indicio, debiendo estimarla conjuntamente y en relación con los demás indicios, para establecer la plena prueba. Como consecuencia de este error, el Tribunal violó los artículos 589, 590 y 591 del Código Judicial."

Se considera:

Fuera de lo expresado atrás, acerca de la potestad omnímoda de que disfrutan los Tribunales para apreciar los indicios, es conveniente observar que el juzgador analizó largamente los indicios y que los apreció en conjunto, según consta en el pasaje que se copia en seguida:

"No encuentra la Sala, en las pruebas que se dejan relacionadas, la intención positiva e indubitable que el señor apoderado de la Mantilla ha creído descubrir en Murallas para engañar a ésta y apoderarse de sus bienes, y por consiguiente, la prueba de que el contrato de venta contenido en la escritura número 216, tántas veces mencionada, haya quedado afectado de nulidad por vicio en el consentimiento de la Mantilla."

Quinto motivo.

"El Tribunal incidió—dice el recurrente—en error de hecho y de derecho al apreciar la prueba de la fama pública, establecida con las declaraciones de los testigos Francisco Valderrama O., Constantino Rueda, Víctor Medina, Mercedes Hernández de Medina, Luis Ernesto Puyana, Marco A. Gómez y Tomás Pinto, referentes al hecho de que es público y notorio en esta ciudad (Bucaramanga), que Abel Murallas se apoderó de los bienes que Antonio Pinto dejó en su testamento a Rita Mantilla de Pinto, engañándola para obtener el otorgamiento de la escritura respectiva, en que aparece un contrato de compraventa de tales bienes."

Dice el Tribunal:

"En cuanto a las declaraciones de testigos recibidas para probar que es de fama pública el dolo en que incurrió Murallas al contratar con la Mantilla, ellas carecen de importancia aquí, dada la vaguedad de esa prueba, inferior al dicho por referencia, porque en muchos casos la prueba surge de la declaración de la persona a quien se refiere el testigo. En el caso de autos, lo afirmado por los testigos de que es fama en esta ciudad que Murallas se apoderó de los bienes de la Mantilla con engaños, equivale a un "se dice," "se sabe," desde luégo que se ignora la calidad de las personas que tengan la creencia anotada y la forma o las palabras de que se hayan valido tales personas para manifestar esa creencia, y sobre todo, porque el dolo, cargo tan grave ante la ley, no puede probarse por la fama pública, dada la definición que de ese vocablo da el artículo 63 del Código Civil; pues la intención positiva de hacer daño debe aparecer probada en términos tales, que no quede la menor duda acerca de su existencia."

Se considera:

La fama pública es una prueba incompleta, es un indicio. Como se vio atrás, es función propia y exclusiva de los Tribunales apreciar los indicios. Por consiguiente, la Corte no puede modificar la estimación que hizo el Tribunal de la fama pública a que alude el recurrente.

Sexto motivo.

"El Tribunal incidió en error—dice el recurrente—de hecho, al apreciar la prueba testimonial relativa a las circunstancias económicas de Rita Mantilla de Pinto durante su matrimonio y después del otorgamiento de la escritura número 216, en que aparece el contrato que dio origen al juicio (declaraciones de Francisco Valderrama O., Constantino Rueda, Víctor Medina, Mercedes Hernández de Medina, Luis Ernesto Puyana y Marco A. Gómez)."

Dice el Tribunal:

"..... ..; y en cuanto a lo segundo, no se estableció que esa indigencia actual de la Mantilla se debe necesariamente a que Murallas obró con dolo en el contrato de compraventa de los derechos, y no a una causa distinta."

Se considera:

Como el cargo se refiere a la apreciación de un indicio, la acusación es infundada por las razones expuestas repetidamente en el estudio de varios motivos.

Séptimo motivo.

"El Tribunal incidió—dice el recurrente—en error de hecho al apreciar un recibo que obra en autos, presentado por el demandado, recibo que aparece firmado por Nicolás Serrano a ruego de Rita Mantilla de Pinto, por la suma de ciento cincuenta pesos, fechado el veintiséis de septiembre de mil novecientos veinticinco, porque si bien tal recibo no constituye prueba contra la demandante, contra quien fue aducido, por no haber probado el demandado su autenticidad, el Tribunal dejó de apreciar el hecho de haberse hecho uso de tal documento como prueba por parte del demandado, siendo manifiestamente falso, por lo cual fue tachado oportunamente, ya que con tal recibo se pretendió establecer el pago de una suma de dinero con imputación al precio del contrato que consta en la escritura número 216, que obra en autos, con retroactividad a una fecha en que tal contrato no se había celebrado, ni podía haberlo sido, pues no había fallecido siquiera el causante de la sucesión cuya herencia era materia de tal contrato. El uso de este recibo, manifiestamente falso, es un indicio vehementísimo de la mala fe del demandado, que contribuye a establecer el dolo, base de la acción de nulidad, y el Tribunal no lo apreció. Como consecuencia de este error,

el Tribunal violó los artículos 541, 577 a 594 del Código Judicial, y 1757 del Código Civil."

Se considera:

El Tribunal apreció con potestad soberana todos los indicios, excepto el indicio de que trata el cargo, respecto del cual guardó silencio. La Corte está imposibilitada para reconocerle a un solo indicio valor de plena prueba, pues conforme con el artículo 589 del Código Judicial, "un solo indicio no hace prueba plena o completa, si no es que sea indicio necesario." Como es obvio, el indicio que se estudia no es necesario.

Octavo motivo.

"El Tribunal incidió—dice el recurrente—en error de hecho en la apreciación de las posiciones absueltas por el demandado antes del juicio y en el término probatorio de ambas instancias, pues guardó silencio respecto de las manifiestas contradicciones en que incurrió el absolvente, y hacia las cuales se llamó la atención del Tribunal oportunamente.

"Como consecuencia de este error, el Tribunal violó los artículos 541, 454 y 555 del Código Judicial, y 1757 del Código Civil."

Se considera:

En las posiciones absueltas por el demandado hay ligeras contradicciones. La sanción establecida por el artículo 454 del Código Judicial no puede aplicarse sino cuando "en el curso del juicio se probare de una manera evidente que alguna de las partes, al absolver posiciones, se perjuró a sabiendas sobre un hecho sustancial en el pleito." Como en el caso que se estudia no aparece probado el perjurio evidente de que trata la disposición en referencia, el cargo es infundado.

Noveno motivo.

"El Tribunal incidió—dice el recurrente—en error de hecho en la apreciación de las pruebas relativas a la falta de pago del precio del contrato, fundamento de la acción resolutoria. Hubo error de hecho, porque el Tribunal no le dio valor alguno a la serie de indicios que aparecen establecidos en autos, indicios que están relacionados y numerados en el alegato de audiencia, y que el Tribunal se abstuvo de analizar, no obstante ser diferentes, vehementes y enlazados entre sí, de modo que constituyen plena prueba de la falta de pago del precio. Como consecuencia de este error, el Tribunal violó los artículos 1757, 1544, 1548, 1928, 1929, 1930 del Código Civil; 541, 587 a 594 del Código Judicial."

Se considera:

Lo expresado en el estudio del cuarto cargo es aplicable a esta acusación. Ya se demostró que los Tribunales tienen la función propia, exclusiva y soberana para apreciar los indicios. El cargo es infundado.

Décimo motivo.

"El Tribunal incidió—dice el recurrente—en error de hecho y de derecho al apreciar las pruebas aducidas por el demandado para establecer el pago de la pensión a que se refiere la escritura número 216, error que se desprende de la parte final del párrafo de la sentencia, transcrito en el motivo anterior. Hubo error de hecho, porque estimó que con anterioridad a la demanda hubo oferta de la pensión, siendo así que las declaraciones respectivas se refieren a ofertas posteriores a la demanda. Hubo error de derecho porque, por una parte, estima el Tribunal que la oferta posterior a la demanda es ineficaz para detener la acción resolutoria; porque, por otra, echa sobre la demandante la carga de la prueba de un hecho que corresponde probar al demandado, o sea el de que la pensión es suficiente para la congrua subsistencia de la demandante, y para satisfacer la obligación que le impone el contrato; porque, además, estima que la oferta equivale al pago para los efectos de cumplir una obligación, sin mediar la consignación judicial; porque estima que una pensión indeterminada en su cuantía y en su especie, es parte del precio de un contrato, que debe consistir siempre en dinero, y como, por último, porque estima que el pago de una obligación que conste por escritura pública puede acreditarse con sólo dos testigos. Como consecuencia de los errores de hecho y de derecho anotados, el Tribunal violó los artículos 1626, 1627, 1656, 1657, 1663, 1757, 1937 del Código Civil; 13 de la Ley 95 de 1920; 542, 543 y 614 del Código Judicial."

Se considera:

"Tampoco está probada—dice el Tribunal—la segunda de las acciones subsidiarias, o sea la acción resolutoria. Ella se funda en que Murallas no ha pagado a la Mantilla el precio de venta, no obstante haberse hecho constar el pago en la escritura número 216. En ese instrumento, en que aparece la venta de los derechos, dijo la demandante:

'3° Que el precio de esa venta es la cantidad de quinientos pesos oro, que la exponente declara haber recibido a su satisfacción del comprador, quedando éste, el señor Abel Murallas, obligado a suministrar de por vida todo lo necesario para la congrua subsistencia de la vendedora Rita Mantilla de Pinto, de acuerdo con la manera habitual de vivir ésta, según su posición, y, además, a costear y sufragar los gastos que demande la celebración de los funerales de la exponente a su muerte.'

"Según esto, desde luégo que la Mantilla afirma en la escritura haber recibido el precio de la venta, y que Murallas probó en la segunda instancia con un número plural de testigos hábiles que ha estado listo a pagar la renta vitalicia de su obligación, y que aun ha buscado a la Mantilla para que le reciba mensualmente la cantidad de quince pesos, asignada por él para su subsistencia, y que ésta se ha negado a ello, ha debido probar que el precio de los quinientos pesos no se pagó en realidad, y que la suma de dinero ofrecida no es suficiente tampoco para su congrua subsistencia, de acuerdo con su manera habitual de vivir y su posición social, y nada de esto se ha comprobado por la demandante."

Está plenamente probado en el juicio que el demandado está en mora de pagar las pensiones vencidas. El Tribunal incurrió en manifiesto error al calificar el contrato de compraventa, al estimar la oferta privada de pago como pago legal o pago por consignación. Conforme con las reglas generales de derecho, sería procedente la petición sobre resolución del contrato; pero el caso que se estudia está sujeto a una disposición especial de preferente aplicación.

"El acreedor—dice el artículo 2294 del Código Civil—no podrá pecir la rescisión del contrato, aun en el caso de no pagársele la pensión, ni podrá pedirla el deudor, aun ofreciendo restituir el precio, y restituir o devengar las pensiones devengadas, salvo que los contratantes hayan estipulado otra cosa."

En el contrato constitutivo de la renta vitalicia no hubo estipulación distinta a lo preceptuado por la dis-

posición preinserta, la cual claramente se refiere a resolución, dado su texto y las normas que regulan la rescisión y la resolución.

Como la Corte llega a la misma conclusión que el juzgador, por distintas razones, es el caso de no condenar en costas a la parte recurrente (artículo 6°, Ley 39 de 1921).

Undécimo motivo.

"El Tribunal incidió—dice el recurrente—en error de hecho y de derecho al analizar la prueba de la acción de lesión enorme, y concluir que no está probada tal acción, no obstante estar plenamente establecida con la diligencia del dictamen pericial que obra en autos. Dice el Tribunal:

'La segunda de las acciones subsidiarias, o sea la de rescisión del contrato, no cabe en el caso actual, por tratarse de un caso aleatorio, según lo demostró con citas de don Fernando Vélez el señor apoderado de Murallas, en la síntesis de su alegato oral en audiencia pública.'

"Copia el concepto, y agrega el Tribunal:

'Lo dicho basta para concluir que tampoco está probada la acción reivindicatoria' (sic)."

Se considera:

Como consta en el juicio que Murallas vendió los bienes antes de contestar la demanda, por el mismo precio, la acción por lesión enorme es improcedente, conforme con lo dispuesto por el artículo 1951 del Código Civil.

Duodécimo motivo.

"El Tribunal violó—dice el recurrente—por interpretación errónea y por indebida aplicación al caso del pleito, los artículos 669, 824 y 825 del Código Civil, porque se apoya en tales disposiciones especiales del usufructo, para decidir una cuestión de derecho, relativa a un contrato de compraventa del dominio pleno de unos bienes, como es el que aparece en la escritura número 216, base de la demanda. Incurrió en tal violación el Tribunal, al acoger en la sentencia el concepto del apoderado del demandado, emitido en la audiencia, y que el Tribunal reproduce textualmente al referirse a la acción subsidiaria de lesión enorme. Como consecuencia de esta interpretación errónea y de esa indebida aplicación, el Tribunal violó también indirectamente los artículos 1864, 1865, 1849, 1946, 1947 y 2282 del Código Civil."

Se considera:

Para poner de relieve lo infundado del cargo, se copia en seguida la parte de la sentencia a que se refiere la acusación:

"A este respecto dice don Fernando Vélez, en su estudio sobre el **Derecho Civil Colombiano**:

'La venta de un inmueble puede ser aleatoria, es decir, puede depender de hechos que impliquen ganancia o pérdida, porque no sea posible apreciar exactamente el precio de la cosa vendida, como cuando se trata de la venta de un usufructo o de la nuda propiedad (artículos 669, 824 y 825), o porque no se pueda saber si el precio es el equivalente exacto de la cosa, lo que ocurre principalmente cuando la venta constituye una renta vitalicia (artículos 2287 y 2290). ¿En estas ventas podrá haber lesión enorme? En principio, nó, porque la naturaleza aleatoria del contrato no permite establecer con certidumbre la relación que exista entre el precio estipulado por el vendedor y el justo precio. Sin embargo, si admitiendo que se efectúen los hechos más favorables a la parte que se crea perjudicada, resulta que es clara la lesión de que habla el artículo 1947, como si un inmueble expuesto a desmejoras se da en cambio de una pensión anual que sea inferior a la mitad de la renta neta que el inmueble produzca anualmente (artículo 1975), habrá lugar a la rescisión del contrato por lesión enorme.'"

Décimotercero y último motivo.

Dice el recurrente:

"El Tribunal violó por interpretación errónea y por indebida aplicación al caso del pleito, los artículos 1849, 1850, 1864, 1866, 1867, 1869 y 2282 del Código Civil, porque de los principios que entrañan tales disposiciones deduce consecuencias jurídicas para fallar la lesión enorme propuesta como acción subsidiaria, sentando la tesis de que el contrato de compraventa puede ser aleatorio tanto para el comprador como para el vendedor, siendo así que tal contrato sólo puede ser aleatorio para quien adquiere el dominio, es decir, para el comprador, ya que el precio, como elemento esencial del contrato, no puede estar sujeto a evento ni contingencia alguna."

Se considera:

Este cargo se refiere a la transcripción que hace el Tribunal de la obra del doctor Fernando Vélez, según se vio en el motivo anterior, a la cual nada tiene que observar la Corte.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bucaramanga con fecha veintitrés de septiembre de mil novecientos treinta.

Sin costas en el recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

En el juicio ejecutivo que ante el Juez 2° del Circuito de Cali inició Paulino Gamboa contra Mateo Gamboa, para el pago de la suma de tres mil pesos ($ 3,000) moneda corriente con intereses, introdujo el señor Vicente López Gómez una tercería coadyuvante para que con el producto de los bienes embargados se le pague la suma de siete mil setecientos ochenta y seis pesos setenta y cinco centavos ($ 7,786-75) moneda legal, con intereses de demora y las costas del juicio.

Se fundó esta demanda en las disposiciones procedimentales pertinentes sobre tercería en el Código que regía a la sazón, y en los siguientes hechos:

"1° Por escritura pública número 83, de fecha 23 de enero de 1923, otorgada en la Notaría de Cali, don Mateo Gamboa se constituyó deudor de don Epifanio Estela F. por la expresada suma, cantidad que pagaría en el término de cinco años, contados desde el 23 de enero de 1923, plazo ese que está vencido, sin que el ejecutado quiera abonar nada de ese crédito.

"2ª Por escritura número 1327, de 30 de noviembre de 1925, Notaría citada, consta que habiendo adquirido yo ese crédito y otros créditos, le vendí la mitad de ellos al citado señor Estela F., reservándome yo el derecho de cobrarlos íntegramente, o sea la mitad mía y la otra mitad del señor Estela F.; de modo que soy dueño de la mitad y delegado para recibir la otra mitad.

"3ª El citado señor Mateo Gamboa se hizo ejecutar de su hermano don Paulino Gamboa en el Despacho de usted, y en dicha ejecución se embargó el sueldo del ejecutado durante todo el tiempo que éste permaneció como Tesorero en Buenaventura, y se reiteró ese embargo al cambiar ese puesto por el que hoy tiene; de manera que esa ejecución me parece simulada, en cuyo caso no se desembargará ese sueldo nunca.

"4ª Como aún no se ha desembargado el sueldo del ejecutado, o sean los bienes embargados en dicha ejecución, tengo derecho a que se me admita esta tercería según los artículos 218 y 237 de la Ley 105 de 1890."

Admitida la demanda, se corrió traslado a ejecutante y ejecutado. Ambos contestaron el traslado oponiéndose a las pretensiones del tercerista, y el ejecutante alegó una excepción dilatoria que se le rechazó.

Concluída la tramitación de la instancia, el Juez, por sentencia de fecha doce de diciembre de mil novecientos treinta, decidió la tercería así:

"1ª Declárase probada la excepción de carencia de acción encontrada probada por el suscrito y no propuesta por los demandados en la tercería.

"2ª Niéganse, por lo tanto, todas y cada una de las peticiones de la tercería coadyuvante. Con costas."

De esta sentencia apeló el tercerista, y el Tribunal por la suya de diez y siete de junio la revocó y ordenó:

"1ª Que con la mitad de la parte del sueldo que en lo sucesivo se le retenga a Mateo Gamboa, se le paguen también al acreedor Vicente López Gómez la cantidad de siete mil setecientos ochenta y seis pesos setenta y cinco centavos ($ 7,786-75) oro legal, los intereses legales de esta suma, contados desde el catorce de agosto de mil novecientos veintinueve, hasta el día del pago total de ella, y las costas del juicio; y con la otra mitad de la parte del sueldo que se le retenga se le seguirá pagando su acreencia al ejecutante Paulino Gamboa.

"2ª Que una vez pagada toda la acreencia del ejecutante Paulino Gamboa, toda la parte que de su sueldo se le retenga a Mateo Gamboa, se aplicará a cancelar las sumas que se le deben pagar a Vicente López Gómez, según queda ordenado en el numeral precedente; y

"3ª Que los intereses que se manda pagar deben computarse sobre el capital y sobre los saldos del mismo a medida que, por los abonos parciales que a él se hagan, vaya siendo pagado dicho capital."

Contra esta sentencia interpusieron y se les concedió recurso de casación al ejecutado y al ejecutante, recurso que la Corte admitió oportunamente. Por ello se procede a decidirlos, empezando por el del ejecutado.

Sin citar disposición legal sobre causales de casación e invocando la causal primera, dice el ejecutado recurrente que al aceptar el Tribunal la tercería coadyuvante introducida por López Gómez, ha violado disposiciones de carácter sustantivo y de carácter adjetivo: que viola las adjetivas, porque admite tercerías cuando el juicio ejecutivo está finalizado, debiendo remitir al tercerista a otro juicio; y porque admite a López Gómez como representante judicial de Epifanio Estela, siendo así que no consta de autos el poder que para tal efecto le haya sido conferido.

Respecto de esta parte del cargo, observa la Corte que las disposiciones de los artículos 217 y 218 de la Ley 105 de 1890, sobre admisión de tercerías coadyuvantes son adjetivas, como lo reconoce el mismo recurrente, y por tanto su violación no está sujeta al recurso de casación.

Además, la tercería coadyuvante de que se trata fue admitida estando embargado el sueldo del ejecutado y sin que se le hubiera acabado de pagar al ejecutante, lo que demuestra que el reparo aun en el caso de ser atendible, es infundado.

En orden a violación de disposiciones sobre admisibilidad de Vicente López Gómez para cobrar en nombre de Epifanio Estela y como apoderado suyo, el recurrente no las cita, lo que bastaría para rechazar el cargo. Además, como lo declara el Tribunal, por la escritura número mil trescientos diez y siete, de treinta de noviembre de mil novecientos veinticinco, Notaría de Cali, Epifanio Estela dio poder a Vicente López Gómez, tercerista, y facultad expresa de cobrar judicial o extrajudicialmente la parte que a Estela correspondía en los créditos materia de la tercería, lo que hace infundado el cargo, si fuera admisible, ya que se trata de disposiciones adjetivas sobre personería del tercerista, lo que, como ya se dijo, es inadmisible en casación.

Dice el recurrente ejecutado que el Tribunal infringió directamente disposiciones sustantivas al admitir a López Gómez como dueño de un crédito que no se le ha notificado previamente, porque no hay en los autos constancia alguna de que haya tenido conocimiento, en la forma establecida por la ley, de la cesión que Epifanio Estela ha hecho a López Gómez, por lo cual, al condenarlo (al ejecutado) se han violado los artículos 1960, 1961 y 1963 del Código Civil.

Respecto de esta parte del cargo, se observa que, aunque es cierto el hecho en que se funda, porque no aparece que se hubiera notificado al deudor Mateo Gamboa la cesión del crédito a favor de Estela que cobra en la tercería, dicho cargo constituye un medio nuevo que no es admisible en casación, porque no se discutió el punto en ninguna de las instancias del juicio de la tercería, y por tanto inadmisible.

Con el nombre de segunda causal alega el mismo recurrente violación de otras disposiciones sustantivas, lo que en realidad es motivo de la causal primera, pero no segunda causal, según la ley.

Esa violación se refiere, en primer término, al artículo 1627 del Código Civil en cuanto estatuye que el pago de una obligación se hará al tenor de la misma. El artículo 1551 ibidem, en cuanto enseña que plazo es la época que se fija para el cumplimiento de una obligación; y el artículo 1553 de la propia obra, según el cual no puede exigirse el pago de una obligación antes de expirar el plazo. Sentado lo anterior, continúa el autor del recurso, no puede exigirse el pago de la deuda que cobra el tercerista, porque en la escritura número 83, de 23 de enero de 1923, Notaría de Cali, en que consta la deuda a cargo del recurrente ejecutado, se estipuló que éste cancelaría su crédito en el término de cinco años prorrogables, a contar desde enero de 1923, lo que prueba, en sentir del recurrente, que el plazo para cobrar la deuda materia de la

tercería no había vencido, al decir el contrato que los cinco años eran prorrogables; que habiendo en todo caso ambigüedad en esta expresión, debe aplicarse en favor del ejecutado recurrente, por mandato de los artículos 1618, 1620 y 1624 del Código Civil, y de esta suerte la obligación que se cobra en la tercería no es de plazo vencido.

Por lo que hace al plazo de los cinco años fijados para el pago de los siete mil setecientos ochenta y seis pesos setenta y cinco centavos ($ 7,786-75), atendidas las fechas de la obligación y de la presentación de la demanda, observa la Corte que aparecen vencidos a la fecha de éste. Ahora, el hecho de decirse en la obligación que ese plazo de cinco años era prorrogable, no implica necesariamente que fuera a voluntad del deudor únicamente, sino de ambas partes, como lo dice el Tribunal, porque no habiéndose dicho nada expresamente sobre esto, la prórroga tenía que ser objeto de nuevo acuerdo, que no aparece se hubiera verificado, y por consiguiente subsiste el término de los cinco años del plazo. Estima, pues, la Corte, infundado el cargo sobre el particular.

Recurso de la parte demandante.

Esta demanda, a excepción de una pequeña parte de que ahora se hablará, es copia casi textual de la del recurrente demandado, en cuanto a cargos por violación de disposiciones adjetivas, relativas a admisión de la tercería, poder del tercerista, y también en cuanto a violación de las disposiciones relativas a la falta de notificación de la cesión al deudor ejecutado y no vencimiento del plazo señalado para el cumplimiento de la obligación que se cobra en la tercería. Por consiguiente, lo dicho respecto de la demanda de casación del ejecutado recurrente es aplicable a la demanda del ejecutante, para concluir que no son fundados los cargos hechos por éste a la sentencia.

En la parte final de la misma demanda considera el ejecutante recurrente que el Tribunal violó el artículo 540 del Código de Comercio al reconocer personería a Vicente López Gómez para cobrar el crédito materia de la tercería en la parte que corresponde a Epifanio Estela.

En apoyo de este cargo dice el autor del recurso que el señor López presentó copia de la escritura de disolución de la sociedad de comercio Estela Corredor & Compañía, dueña anterior del crédito que se cobra en la tercería, pero no de la escritura de liquidación de la misma sociedad, que debió venir después, lo que era necesario, porque en la liquidación se basan las acciones de los socios entre sí o de éstos con terceros. Que la liquidación de una sociedad tiene por objeto poner fin a un estado de cosas creado por las actividades comerciales de la sociedad mientras estuvo viva, y por eso el liquidador, según el artículo 346 del Código de Comercio, está obligado, entre otras cosas, a liquidar y cancelar las cuentas de la sociedad con terceros y con cada uno de los socios. De modo, concluye el recurrente, que sólo el liquidador podría demandar el pago de la suma de dinero que el ejecutado Mateo Gamboa hubiera quedado debiendo, pero no Vicente López Gómez, y al reconocer a éste tal personería el Tribunal violó dicha disposición.

A esto observa la Corte que en la escritura presentada consta no sólo la disolución de la Sociedad de Estela Corredor & Compañía, sino su liquidación, en la cual se adjudicaron los créditos de que se trata a Epifanio Estela, definitivamente, quien se hizo dueño de ellos por haberse hecho cargo del activo y del pasivo de la Sociedad liquidada por pérdida del capital de ésta y no haber con qué pudiera pagarlos el liquidador durante la liquidación. De modo que hecha esa adjudicación nada le quedaba qué hacer al liquidador, sino quien quedó con derecho a hacer efectivos esos créditos fue su adjudicatario, con las obligaciones que se le impusieron, es decir, Epifanio Estela, quien en parte los cedió al tercerista López Gómez y le dio, como se dijo, poder para cobrar el resto. El cargo por consiguiente carece de base.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar la sentencia de diez y siete de junio de mil novecientos treinta y dos, proferida por el Tribunal Superior de Cali en este juicio, sin costas por no haberlas.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo veinte de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Como se dijo en la sentencia proferida por esta misma corporación en este proceso el doce de septiembre de mil novecientos treinta y uno, de autos resulta lo siguiente:

En escrito fechado el 30 de enero de 1926 y repartido al Juzgado 1º del Circuito de Buga, José Gregorio Buenaventura Jiménez, dijo:

"Como pretendo ser declarado patrono de la capellanía mandada fundar por el señor Luis de Carazas, y que fundó en efecto el Capitán Lorenzo de Monterrey, acudo a usted con este escrito en conformidad con el artículo 13 de la Ley 169 de 1896, y acompaño a la demanda en copia auténtica el testamento que dispuso la fundación, la escritura de esta fundación y la prueba suficiente de que por muerte del último patrono, señor Nicolás Jiménez, ha quedado vacante el goce y la administración de la capellanía, pues estos son los documentos que según el artículo 327 de la Ley 105 de 1890 se deben presentar previamente con el escrito de demanda."

Más adelante agrega:

"Con esos comprobantes exhibo adicionalmente una copia de lo conducente de la sentencia proferida por el Tribunal del Distrito Judicial de Buga, en la cual declara que no he probado uno de los elementos para declararme patrono de esta misma capellanía en el juicio que se siguió con el Tesorero del Colegio de Buga como contraparte; pero esa sentencia no entorpece el juicio que ahora propongo, porque el artículo 271 del Código Judicial dice:

'El que demandare una cosa por un título y no lo probare, puede después demandarla por otro'; y el artículo 331 del Código citado sólamente da efecto a la cosa juzgada cuando sea entre las mismas partes que litigaron.

"**Demanda**. Sírvase pues, señor Juez, admitir esta demanda que establezco ante usted como Juez competente, para que en sentencia definitiva declare que soy patrono de la capellanía que mandó fundar el señor Luis de Carazas, y que realmente fue fundada en tierras de Las

Guabas, situadas en el Municipio de Guacarí, es decir, dentro del Circuito de Buga."

Expuso a continuación los hechos y el derecho en que funda esa demanda, y concluye así:

"Una vez que cualquiera de los interesados por sangre, que son los que pueden ser contrapartes, sea declarado patrono, expira el derecho **de voluto** del Colegio por el mismo hecho, conforme al significado de esa expresión. No vuelve a intervenir en este juicio el Colegio de Buga, porque su intervención si está ya juzgada y porque no le atañe ningún interés en el recto sentido de esa palabra."

El Juzgado emplazó en legal forma a todos los que se creyeran con derecho a intervenir en el juicio, y, como ninguno compareció, nombró defensor de ausentes a don Pedro María Lerma, quien contestó la demanda el 30 de junio de 1926, sin hacerle ninguna objeción.

En escrito fechado el 20 de febrero del mismo año, don Pablo G. Potes, con poder conferido por el Rector y el Tesorero del Colegio Académico de Buga, se opuso a la demanda, en estos términos:

"Primero. Por decreto del Gobierno, de 31 de mayo de 1845, cumpliendo la disposición efectiva del 19 de febrero del mismo año, la capellanía que reclama hoy el señor don Gregorio Buenaventura fue adjudicada al Colegio, a falta de representante legal, que lo era el Capellán respectivo.

"Segundo. El doctor José Ignacio Valenzuela, como curador de Manuel José Jiménez, reclamó en nombre de éste la misma capellanía, que entonces gozaba el doctor Nicolás Jiménez, demanda propuesta el 8 de julio de 1848.

"Tercero. En esta demanda se consideró como parte al Colegio, que entonces regentaba el abogado y presbítero doctor Cornelio Cabal, quien se opuso a tal pretensión por escrito de 10 de junio del mismo año; y el señor Juez letrado, doctor Manuel Antonio Sanclemente, mandó a emplazar a todos los interesados, y es de creer que no fue favorable el resultado final al entonces reclamante, porque el actor, señor Buenaventura, no ha presentado la sentencia que por este lado le favorezca.

"Cuarto. El mismo actor, señor don Gregorio Buenaventura, promovió juicio ante el Juzgado segundo de este Circuito con las mismas pretensiones, el cual fue decidido por sentencia final del Tribunal, de fecha 24 de noviembre de 1917, en que se hizo parte el Colegio, y cuya decisión fue favorable a éste, en el sentido de que la parte actora no comprobó su aserto.

"Quinto. En el juicio actual, a que se refiere este memorial, el actor señor Buenaventura dirige su demanda con las mismas pretensiones de que se le declare Capellán de la capellanía mandada a fundar por Luis de Carazas, y siendo así que es en esta capellanía en la que tiene interés el Colegio, no hay duda que éste debe intervenir como parte.

"Sexto. El actor, con los comprobantes que ha presentado, no ha comprobado el derecho a la capellanía que pretende."

Dado en traslado ese escrito al demandante, éste le impugnó y todo se siguió bajo una sola cuerda.

El Juzgado dictó el fallo de segunda instancia el 7 de noviembre de 1927, el cual declara en su parte resolutiva:

"Primero. El señor José Gregorio Buenaventura Jiménez es hoy representante legal de la capellanía fundada por don Luis de Carazas, por medio del instrumento otorgado en esta ciudad, en el año 1698; y

"Segundo. No hay motivo de orden jurídico alguno que a título de acción o excepción perentoria legalmente opuesta a la demanda, causa de este juicio, impida el reconocimiento de declaratoria hecha en el punto anterior."

El apoderado de los opositores, señor Potes, apeló de esa sentencia, y el Tribunal de Buga profirió la de segunda instancia, el 29 de mayo de 1929, cuya parte resolutiva dice:

"1ª José Gregorio Buenaventura Jiménez no ha comprobado el vínculo de sangre que le ligue con Luis de Carazas, fundador de la capellanía a que se refiere su demanda, ni con el presbítero Nicolás Jiménez, de quien se dice fue el último poseedor de ella.

"2ª No está probada la excepción de cosa juzgada que propuso el apoderado del Colegio de esta ciudad.

"Sin costas."

El demandante José Gregorio Buenaventura Jiménez interpuso el recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal, y llegado el negocio a esta Superioridad, el expresado recurrente, por escritura pública otorgada en el Circuito de Tuluá, bajo el número 162, de 1º de mayo de 1930, cedió a favor de Ricardo Arbeláez Gómez todos sus derechos en lo pertinente en la mentada capellanía, cuyo patronato reclama por medio de este juicio.

El cesionario Arbeláez Gómez hizo saber su personería y la Corte en su fallo de doce de septiembre de mil novecientos treinta y uno, arriba citado, decidió el recurso, casando la sentencia recurrida por segunda causal, y ordenó devolver el expediente al Tribunal de su origen para que éste dictara un fallo congruente con lo pedido en la demanda.

En cumplimiento de ese fallo, el Tribunal profirió la sentencia de nueve de abril de mil novecientos treinta y dos, por medio de la cual "revoca la sentencia recurrida y declara probada la excepción de cosa juzgada alegada en este juicio y consecuencialmente niega a José Gregorio Buenaventura Jiménez el carácter de patrono de la capellanía que mandó fundar Luis de Carazas y que fundó el presbítero Nicolás Jiménez en terrenos de Las Guabas, en el Municipio de Guacarí. Sin costas."

El cesionario de los derechos del demandante interpuso el recurso de casación; el Tribunal se lo concedió y la Corte lo admitió y procede a fallarlo.

Invoca el recurrente las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del Código Judicial; para fundar la acusación por segunda causal alega el recurrente que, "la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes," y razona de este modo:

"El Tribunal no pudo, estando fallada la excepción de cosa juzgada en la sentencia dictada el 29 de mayo de 1929, volver a fallar sobre el mismo punto, abandonando la cuestión objeto de la demanda para colocarla como consecuencia de una excepción que ya no podía figurar en el fallo. El Tribunal—sigue diciendo el recurrente—debió resolver en la sentencia como cuestión única, ésta, consignada por el demandante:

'Sírvase, pues, señor Juez, admitir esta demanda que establezco ante usted como Juez competente, para que en sentencia definitiva declare que soy patrón de la capellanía que mandó fundar el señor Luis de Carazas y que

realmente fue fundada en tierras de Las Guabas, situadas en el Municipio de Guacarí, es decir, dentro del Circuito de Buga.'

"El Tribunal, al admitir la excepción que no pudo admitir, dejó de fallar consecuencialmente la cuestión que debió ser materia de la sentencia, pues ese es el resultado de una excepción legalmente aprobada. Por obrar así el Tribunal violó el artículo 461 y sus concordantes del Código Judicial."

Se observa:

Cierto es que el Tribunal en su sentencia de 29 de mayo de 1929, declaró no probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el apoderado del Colegio Académico de Buga; pero, como viene dicho, contra esa sentencia se interpuso el recurso de casación y la Corte la anuló por segunda causal, y ordenó devolver el expediente al mismo Tribunal sentenciador para que dictara un fallo congruente con la demanda. Así, pues, casada esa sentencia sin ninguna salvedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 100 de 1892, ella quedó totalmente anulada y el Tribunal tuvo plena jurisdicción para fallar sobre todo lo que fue materia de la litis. En tal virtud, el cargo que se examina carece de fundamento.

Como segundo fundamento de esta misma causal, dice:

"El Tribunal incurrió en un error de hecho al fallar admitiendo una excepción, la cuestión propuesta, cayendo así en una incongruencia, porque probada una excepción perentoria quedaba destruída la acción y el Tribunal no podía considerarla en el fallo, pues son incompatibles la acción y la excepción a un mismo tiempo.

"El Tribunal violó, obrando así, el artículo 51 de la Ley 105 de 1890."

Se observa:

Los errores de hecho o de derecho en que haya incurrido el Tribunal, sólo pueden alegarse como fundamento de la primera causal de casación. De otro lado, en lo que hace a la incongruencia alegada, ya ha dicho la Corte que no puede considerar esta causal de casación si el recurrente no explica en qué consiste la incongruencia entre el fallo y las pretensiones deducidas en la demanda. (Casación de 22 de abril de 1913, **Gaceta Judicial**, XXIII, 34, 2ª); y como aquí no se hace esa necesaria explicación, el cargo es infundado.

Primera causal. En apoyo de ella, aduce el recurrente los siguientes fundamentos:

"Primer fundamento: el Tribunal consideró en su sentencia una excepción perentoria, la de cosa juzgada, que ya había fallado en la sentencia de 29 de mayo de 1929, declarándola no probada; y como lo relativo a esa excepción no fue objeto del recurso de casación que se interpuso sólo contra lo desfavorable de esa sentencia, viene por el mismo hecho a quedar en firme en esa parte, sin que el Tribunal pudiera dictar ningún fallo que le fuera contrario por tratarse del mismo asunto y de las mismas partes.

"El Tribunal al dictar esas sentencias en esas condiciones, incurrió en error de hecho y ejecutó un acto nulo violando así los artículos 1740, 1741 y 1742 del Código Civil y 15 de la Ley 169 de 1896."

Lo que aquí se dice es que en la sentencia recurrida se incurrió en error de hecho, porque no se tuvo en cuenta la de 29 de mayo de 1929, dictada en este mismo asunto, que el recurrente estima ejecutoriada y, por ende, pasada en autoridad de cosa juzgada sobre el punto a que el cargo se refiere; pero, como ya se ha visto que la referida sentencia de 29 de mayo, casada por segunda causal, quedó anulada totalmente, el cargo carece de fundamento.

"**Segundo fundamento.** El Tribunal—dice este cargo—al estudiar la cosa interpretó mal las disposiciones relativas a dicha materia, porque pensando que parte e interesado son sinónimos, aplicó a la intervención del Colegio Académico de Buga, hecho con las facultades que confiere el artículo 863 del Código Judicial que estuvo en vigencia, las reglas que en el juicio convienen a otras personas, según el artículo 620 del mismo Código, que corresponde al 202 del Código Judicial actual.

"Por este concepto el Tribunal incurrió en un error de derecho, pues con la intervención (sic) errada de esas disposiciones creyó encontrar un derecho para el Colegio que no tuvo ningún fundamento legal, y vino a violar por este medio los artículos 1054 del Código Civil y 51 de la Ley 105 de 1890."

Se observa:

Según lo establece el artículo 260 del Código Judicial, bajo cuya vigencia se surtió la presente causa, "se llama parte el litigante o grupo de litigantes que sostienen en juicio una misma pretensión," y, como complemento de éste, declarábase allí mismo que "pueden sostener una acción como demandantes o demandados todos aquellos a quienes interese el juicio" (artículo 320), y "que todo aquel a quien pueda perjudicar o aprovechar una sentencia, aunque no sea parte en el juicio, puede intervenir en él sin necesidad de citación, coadyuvando o defendiendo la causa que le interese" (artículo 863).

Desde el comienzo de este juicio, el Colegio Académico de Buga, debidamente representado por don Pablo C. Potes, compareció y dijo:

"Haciendo uso del derecho que la ley concede a mi parte para intervenir en el asunto, por creer que compromete sus intereses, vengo a entablar oposición a la demanda y a constituirme parte, para el efecto de defender sus derechos."

Así fue admitido, como parte fue tenido durante todo el juicio, y como tal es tenido en este recurso.

No es el caso de examinar si el referido Colegio Académico ha comprobado el hecho de la adjudicación de la capellanía, aducido por él como demostrativo de su interés en este juicio, toda vez que esa cuestión no se ha suscitado en este recurso: aquí sólo se objeta el concepto del Tribunal, consistente en que, al fallar la excepción perentoria de cosa juzgada, propuesta por el precitado Colegio, tiene a éste como parte en el juicio, a pesar de que sólo ha intervenido como interesado, porque la demanda no está dirigida contra él, pero, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones aquí citadas, claramente se ve que este cargo carece de fundamento.

"**Tercer fundamento.** El Tribunal—dice el recurrente—al estudiar la excepción alegada de cosa juzgada confundió el objeto con la causa, pues considerando que todo se resuelve con la consecución del fin que es el objeto, no tomó en consideración el derecho, la causa o razón que median en el juicio, y vino por este camino a olvidar que la causa del derecho alegado por Gregorio Buenaventura Jiménez son los vínculos de la sangre que lo ligan con el fundador de la capellanía y con su último patrono, presbítero Nicolás Jiménez, vínculo que el Colegio no ha ale-

gado ni podría alegar en ningún caso. En síntesis: el Colegio de Buga persigue la cosa por lo que ella es en sí, a diferencia del señor Buenaventura Jiménez, que la desea, no por el solo concepto de serle útil sino como resultado de un derecho emanado del fundador y del último patrono.

"Se sigue de lo dicho—agrega—que las pretensiones del señor Buenaventura Jiménez y del Colegio Académico de Buga, son diferentes, y que al no establecer diferencias el Tribunal en su sentencia, ha incurrido en un error de hecho que viola los artículos 1494 del Código Civil vigente y demás disposiciones que le son concordantes."

Se observa:

No es exacto que el Tribunal sentenciador al estudiar la excepción de cosa juzgada, confundiera el derecho, causa o razón en que Gregorio Buenaventura Jiménez funda su demanda, con el derecho, causa o razón en que el Colegio Académico de Buga funda su oposición, pues el fallo recurrido no tiene otro fundamento que la confrontación y el análisis que hace el Tribunal de la demanda propuesta por el propio señor Jiménez, fallada por el mismo Tribunal por sentencia ejecutoriada de veinticuatro de noviembre de mil novecientos veintisiete, con la demanda que ha dado origen a esta nueva litis, confrontación que lo lleva a la conclusión de que está probada la excepción perentoria de cosa juzgada propuesta por el Colegio aquí mencionado. Es, por tanto, igualmente infundado este tercer cargo.

"**Cuarto fundamento.** El Tribunal—dice el recurrente—incurrió en un error de hecho al negar, como lo hizo, a José Gregorio Buenaventura Jiménez el carácter de patrono de la capellanía que mandó fundar Luis de Carazas y que fundó el presbítero Nicolás Jiménez en tierras de Las Guabas, en el Municipio de Guacarí, deduciendo esta determinación de la declaratoria de estar probada una excepción que el Tribunal tenía resuelta en otra sentencia ejecutoriada y que hacía nula su providencia sobre el particular, por ser contraria a la anterior, pues de una cosa nula no se puede deducir ninguna consecuencia.

"Por proceder así el Tribunal violó los artículos 542 y 543 del Código Judicial vigente hasta el 31 de octubre de 1931, aplicables a este negocio."

Se observa:

En este capítulo de la demanda, aquí transcrito íntegramente, apenas se sienta una proposición, que requiere demostración, y, como ésta no se ha dado, el cargo es improcedente.

"**Quinto fundamento.** El Tribunal ha incurrido en un error de hecho—continúa el recurrente—al considerar que alegando el actor el vínculo de sangre que lo liga con don Luis de Carazas ha prescindido del nuevo vínculo que lo une con el último patrono, presbítero Nicolás Jiménez, sin darse cuenta de que lo que el actor ha hecho es agregar a los títulos que ya tiene adquiridos por haber sido declarado segundo sobrino del presbítero Nicolás Jiménez, esta calidad, que es indiscutible por haber sido aceptada por el Tribunal en sentencia de 24 de noviembre de 1917.

"El Tribunal violó el artículo 1494 del Código Civil y sus concordantes."

Se observa:

No es exacto lo afirmado en este cargo. El actor, José Gregorio Buenaventura Jiménez, dijo en su escrito de demanda:

"....Como la demanda a que se refiere la sentencia (la de 24 de noviembre de 1917), la propuse con el título de ser pariente por sangre del último patrono, ahora propongo esta demanda por el título de ser pariente por sangre del fundador señor Luis de Carazas en la línea y condiciones legales para aspirar al patronato que solicito se reconozca y declare en mi favor."

Por su parte el Tribunal, impugnando esa afirmación del demandante, dice:

"No es, pues, como lo insinúa el señor José Gregorio Buenaventura Jiménez en su nueva demanda, que la antigua la hubiese fundado solamente 'en ser pariente por sangre del último patrono,' puesto que también alegó, según lo que se ha transcrito de la sentencia, su parentesco con el fundador."

Luégo agrega:

"Lo que ocurre en el fondo de la cuestión es que como las pruebas aducidas en el primer juicio no fueron estimadas suficientes por el Juez y por el Tribunal para deducir de ellas, la demostración del parentezco entre el último patrono y el fundador de la capellanía, se ha pretendido en el nuevo juicio llenar las deficiencias del primero. Pero si a tal manera de obrar se le da cabida en los procedimientos judiciales, el principio de la cosa juzgada queda eliminado de hecho en la jurisprudencia, aunque aparezca reconocido en los textos legales.

"Y tan cierto es que el nuevo juicio sólo ha tenido por objeto complementar las pruebas deficientes del primero, que el actor ha dicho en el hecho 4º de su nueva demanda, 'que en cuanto al parentesco de sangre con el último patrono señor presbítero Nicolás Jiménez, en el grado competente, ya está reconocido por el Tribunal como cierto y suficiente, como lo demuestra la sentencia que exhibo.'"

Estos párrafos de la sentencia recurrida contradicen lo afirmado en este cargo, pues, precisamente, las razones expuestas por el Tribunal tienden a demostrar, que "este nuevo juicio sólo ha tenido por objeto **complementar** (subraya la Corte) las pruebas deficientes del juicio anterior, pues a la vez que alega y pide se le reconozca el vínculo de sangre que lo liga al fundador de la capellanía, don Luis de Carazas, hace valer también su parentesco de sangre con el último patrono, en el grado competente ya reconocido por el Tribunal en la precitada sentencia de 24 de noviembre de 1917, cuya copia presentó con este objeto; y fueron esas consideraciones las que tuvo en cuenta el Tribunal para llegar a la conclusión de que la causa de la primera demanda es la misma de la actual, y que ello contribuye a justificar la excepción perentoria de cosa juzgada.

Sexto fundamento. Formula el recurrente este último cargo así:

"El Tribunal incurrió en error de derecho en la sentencia, dejando de apreciar las pruebas, consistentes en los documentos acompañados a la demanda en que constan las declaraciones de Ignacio Jaramillo, Tomás Wilches, José Joaquín Vaca, Francisco J. Peña y Joaquín Vivas, comprobatorias del parentesco por sangre que liga a Luis de Carazas con el presbítero Nicolás Jiménez y los documentos que agregados a la declaratoria hecha por el Tribunal en la sentencia de 24 de noviembre de 1917 de ser José Gregorio Buenaventura Jiménez, segundo sobrino del presbítero Jiménez, constituyen pruebas completas de

la línea de parentesco que une al demandante con Luis de Carazas.

"Por esta omisión el Tribunal violó las leyes españolas que rigen esa materia y la Ley 40 de Toro y demás reglas que la complementan."

Se observa:

Como el Tribunal falló el pleito declarando probada la excepción perentoria de cosa juzgada, opuesta a lo principal de la acción, no tuvo porqué entrar a apreciar las pruebas a que se refiere el recurrente, aducidas por el actor para acreditar los hechos en que fundó su demanda, pues una vez reconocida por el juzgador, la citada excepción, no había lugar al examen de aquellas pruebas del actor, y de ello se desprende que también es infundado este último cargo.

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara:

No hay lugar a casar la sentencia recurrida dictada en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el treinta de abril de mil novecientos treinta y dos.

Con costas a cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo veintitrés de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Ante el Juez 1º del Circuito de Ibagué, la señora Eva Cuenca de Villa demandó por medio de apoderado, en vía ordinaria, a su esposo doctor Julio Germán Villa, vecino de la misma ciudad, para que por sentencia definitiva se decretara:

"1º La separación simple y total de bienes de la sociedad conyugal formada por el matrimonio católico celebrado entre el doctor Julio Germán Villa y la señora Eva Cuenca de Villa, mi poderdante, y de los bienes propios de ésta, y por consiguiente, que se decrete la liquidación de la sociedad conyugal en la forma prevenida en el capítulo 5º, Título 22, libro 4º, del Código Civil.

"2º Que una vez hecha la liquidación de la sociedad conyugal, y practicada la división de gananciales de acuerdo con las reglas legales, se entreguen judicialmente a mi mandante todos los bienes que allí le correspondan por cualquier título.

"3º Que los cónyuges Julio Germán Villa y Eva Cuenca de Villa queden obligados a proveer, en proporción a sus facultades, y de acuerdo con su rango social, a las necesidades de la familia común, y por consiguiente a suministrar mensualmente y en forma anticipada, con ese fin, una cantidad líquida de dinero que debe determinarse en la sentencia."

Esta demanda fue corregida en cuanto a los hechos únicamente, y en definitiva se expusieron así:

"1º El doctor Julio Germán Villa y la señora Eva Cuenca de Villa contrajeron matrimonio por el rito católico en esta ciudad, el doce de octubre de mil novecientos diez y ocho.

"2º Dentro de ese matrimonio han nacido varios hijos legítimos de los nombrados cónyuges.

3º Dentro del matrimonio han adquirido los cónyuges bienes que entraron y que forman parte del haber de la sociedad conyugal.

"4º La sociedad conyugal usufructúa bienes que pertenecen exclusivamente a mi mandante, la señora de Villa.

"5º Los cónyuges son personas distinguidas, y ocupan alta posición social en este Municipio.

"6º Los cónyuges viven separados de hecho desde hace más de año y medio.

"7º El doctor Julio Germán Villa abandonó completa, absolutamente, el cumplimiento de sus deberes de esposo y de padre, porque durante el tiempo en que ha vivido separado de hecho de su mujer legítima, no ha suministrado a ésta ni a sus hijos legítimos, ni siquiera lo indispensable para la subsistencia.

"8º El doctor Julio Germán Villa ha ultrajado a su mujer legítima en forma atroz, de palabra y por escrito, como lo comprueba con las cartas adjuntas a la primera demanda, y con esos ultrajes ha hecho imposibles la paz y el sosiego domésticos.

"9º Las cartas acompañadas a dicha demanda fueron escritas por el doctor Julio Germán Villa, quien las dirigió a su mujer legítima.

"10. En el estado de separación de bienes, los cónyuges tienen la obligación de atender a las necesidades de la familia común, proveyendo a ello en proporción a sus facultades."

Como fundamento de derecho alegó el actor los artículos 154, 180, 197 y siguientes; 1781 y siguientes; 1820 y siguientes, del Código Civil; la Ley 8ª de 1922, los artículos 929 y siguientes del Código Judicial, y los concordantes de las leyes civiles.

Por medio de apoderado contestó el demandado la anterior demanda, negando el derecho en que ella se funda, y en cuanto a los hechos aceptó los marcados con los números 1º, 2º, 5º y 6º, y negó el 3º, 4º, 7º y 8º

El Juez, por sentencia de veinticinco de septiembre de mil novecientos treinta y uno, desató la litis así:

"1º Decrétase la separación total de bienes de la sociedad conyugal formada por el matrimonio celebrado en esta ciudad el día once de febrero de mil novecientos veinticuatro entre el doctor Julio Germán Villa y la señora Eva Cuenca, y de los bienes propios de la esposa.

"2º Decrétase la liquidación de la sociedad conyugal mencionada en la forma prevenida en el capítulo 5º, Título 22, libro 4º, del Código Civil, y entréguense a la señora demandante todos los bienes, derechos y acciones que por cualquier título le correspondan según la liquidación.

"3º Los cónyuges Julio Germán Villa y Eva Cuenca de Villa quedan obligados a proveer a las necesidades de los dos niños que tuvieron en el matrimonio, en proporción a las facultades pecuniarias con que cada uno de los cónyuges quede, y de acuerdo con su posición social. La contribución necesaria será señalada en actuación distinta (artículos 840 del Código Judicial; 206 del Código Civil y 11 de la Ley 39 de 1921)."

Apeló de este fallo el demandado, y el Tribunal Superior de Ibagué, por sentencia de catorce de junio del año próximo pasado, lo confirmó sin costas.

Contra la sentencia anterior interpuso recurso de casación la parte demandada, recurso que la Corte admitió oportunamente, y por ello debe decidirlo.

Se invocó la causal primera de las que reconoce el artículo 520 del Código Judicial actual, y se acusa la sentencia por violación de ley sustantiva, de modo directo; por interpretación errónea de la misma; falta de aplicación de ella, y por errores de derecho en la apreciación de pruebas.

En el capítulo IV de la demanda dice el recurrente que el Tribunal violó directamente las disposiciones de los artículos 1769 del Código Civil y 606 del Código Judicial, porque la primera de estas disposiciones establece que la confesión que alguno hiciere en juicio por sí o por medio de apoderado, relativo a un hecho personal de la misma parte, produce plena fe contra ella, y no se admitirá prueba contra la confesión, sino en el caso de que se justifique debidamente que la parte que la rindió sufrió un error de hecho, o que no estaba en completo uso de sus facultades al tiempo de rendirla, principio que reafirma el artículo 606 del Código Judicial. Que la señora de Villa, esposa del doctor Julio Germán Villa, confesó que su esposo no incurrió en la causal 5ª del artículo 154 del Código Civil, y sin embargo, el Tribunal decretó la separación de bienes, apoyado en esa causal, por lo cual violó directamente los artículos 1769 del Código Civil y 606 del Código Judicial. En el capítulo VI de la misma demanda, motivo 5º, se acusa la sentencia por violación del inciso 5º del artículo 154 del Código Civil, por no haber tenido en cuenta el sentenciador la misma confesión de la señora de Villa, hecha en posiciones que absolvió en segunda instancia, y en que su esposo, el doctor Villa, le preguntó:

"¿Cómo es cierto que la declarante no tiene queja del peticionario que la haya tratado con crueldad, es decir, maltratándola de hecho, con palo, con rejo o con la mano, ni ultrajándola de palabras ni por escrito?"

A lo cual la demandante contestó:

"Es cierto."

Y en el capítulo VII de la misma demanda, considera el recurrente violadas por el Tribunal los mismos artículos 1769 del Código Civil y 606 del Código Judicial, a causa de error de derecho al apreciar como probado un hecho de la demanda que la propia demandante ha declarado ser falso.

Para fundar estos cargos, dice el recurrente que, aunque el Magistrado sustanciador no observó en la diligencia de posiciones el artículo 616 del Código Judicial, escribiendo cada pregunta y a continuación su respuesta, ello no le quita fuerza ninguna a la confesión judicial de que se hace mérito, y en que la demandante quiso decir que no había recibido ultrajes de su esposo con palabras ni por escrito, como dice la sentencia, y en los cuales se funda para decretar el sentenciador la separación total de bienes. Que según eso, la señora de Villa, o no recibió esas cartas, o si las recibió las consideró justas, o ella no les dio importancia.... Que si el Tribunal hubiera apreciado la prueba de confesión lógica y jurídicamente, habría tenido que concluir que no existía la causal 5ª del artículo 154 del Código Civil, y no la hubiera violado, aun interpretándolo disyuntivamente, como lo hizo, porque la propia demandante confesó que su esposo no ha incurrido en ninguno de los hechos enumerados en esa disposición, como causal de divorcio y de separación de bienes, pues que ante la confesión de parte, sobra otra prueba. Que por consiguiente, la causal anterior alegada por el apoderado de la señora de Villa ha quedado descartada del debate, sin valor ninguno, ya que la propia interesada, sin salvedad, confiesa que en ella no ha incurrido su esposo demandado.

En el motivo quinto del capítulo VI de la demanda de casación, sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar como probado un hecho de la demanda, que la propia demandante declaró falso, y al estimar que las cartas escritas del doctor Villa, que obran en autos, son pruebas suficientes, completas, de la existencia de la causal 5ª del artículo 154 del Código Civil, para el divorcio y la separación de bienes, porque, además de considerar dos frases de las cartas como suficientes para "hacer imposibles la paz y el sosiego domésticos," da a esas cartas un valor probatorio superior al de la confesión, contra lo dispuesto en el artículo 606 del Código Judicial, según el cual la confesión hecha directamente por la parte hace plena prueba, y no es admisible prueba en contrario.

Se considera:

Cierto que el Tribunal no hizo mención en su fallo de la confesión hecha por la señora de Villa, al absolver en segunda instancia la posición que atrás se dejó transcrita, de ser cierto que no se quejaba de que su esposo doctor Villa la hubiera ultrajado de obra, de palabra o por escrito, esto último que fue lo que tuvo en cuenta el Tribunal para ordenar la separación de bienes demandada; pero esa confesión, en sentido de la Corte, no echa por tierra el hecho mismo de la ofensa o ultraje que resulta del contenido de las cartas dirigidas por el doctor Villa a su esposa. Si ésta, cuando hizo su confesión, no consideró como ultraje que la hiriera hondamente los cargos que aquél le formuló en tales escritos, ello pudo ser por razón de perdón de la ofendida, o por error proveniente de la manera como le fue formulada la pregunta a dicha señora, poniéndole en primer término los ultrajes con palo y rejo, y en último término los ultrajes por escrito. De suerte que la respuesta afirmativa de dicha señora hay que tomarla en lo que era principal, o sea en los ultrajes de obra, y no en lo que era secundario o incidental en la pregunta; pero no porque en el hecho, y a pesar de esa circunstancia, el doctor Villa no le irrogara tales ultrajes a su esposa, ya que así aparece de las expresiones extractadas de dichas cartas por el sentenciador.

Además, el Tribunal estimó que habiendo separación de hecho entre los cónyuges, de elevada posición social y por consiguiente de mayores deberes para con la sociedad, y el haber demandado el esposo, doctor Villa, ante la Curia eclesiástica el divorcio con su esposa, hechos ambos que están acreditados en autos, contribuían a consumar la ofensa escrita irrogada por el nombrado doctor Villa a su esposa, y el recurrente no ha atacado estos fundamentos del fallo que lo ayudan a sostener, por haber sido también elementos de convicción del sentenciador, sin que se pueda alegar que los ultrajes no afectan a la señora, desde luégo que en ellos fundó la separación.

De modo que el no haber mencionado el Tribunal la confesión de la señora de Villa; haber tenido en cuenta para decretar la separación de bienes demandada las cartas que el doctor Villa dirigió a su esposa, no incurrió en los errores de hecho y de derecho que alega el recurrente en los motivos primero, quinto y sexto de los capítulos IV, VI y VII de su demanda, con los cuales violara

los artículos 1769 del Código Civil y 606 del Código Judicial, directa o indirectamente.

En los motivos segundo, tercero y cuarto del capítulo V de la misma demanda, sostiene el recurrente que el Tribunal interpretó erróneamente el numeral 5º del artículo 154 del Código Civil.

Dijo el Tribunal, fundándose en un fallo de la Corte, que dada la forma gramatical del numeral 5º del artículo 154 del Código Civil, los ultrajes, independientes del trato cruel y de los maltratamientos de obra, irrogados por uno de los cónyuges al otro, da lugar a la separación de bienes, si hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos. Y como para acreditar los ultrajes de que se queja la demandante señora de Villa, trajo a los autos dos cartas suscritas por el doctor Julio Germán Villa, dirigidas a la primera el treinta y uno de enero y el dos de febrero de mil novecientos treinta, cartas reconocidas por el segundo, aparecían acreditados tales ultrajes, porque contienen expresiones que dicen: "Usted es incapaz de manejarse como señora," "tiene relaciones ilícitas con un hombre casado," "no puedo ser cariñoso con persona que se cebó en ofenderme," "no ha sabido guardar fidelidad al que tuvo la desgracia de recibirla como esposa," "ni habría hecho todas las infamias que ha tenido la sinvergüenzada de hacer"; porque dada la alta posición que ocupan los cónyuges en la sociedad de Ibagué, hecho debidamente acreditado, y la separación de hecho de los esposos por más de año y medio, y la circunstancia, también comprobada, de haber promovido el doctor Villa juicio de divorcio ante la Curia eclesiástica, es manifiesto que entre dichos cónyuges se han hecho imposibles la paz y el sosiego domésticos, y, por consiguiente, hay lugar a la separación de bienes demandada, ya que, por otra parte, el doctor Villa no ha comprobado la verdad de los cargos hechos a su esposa.

Para fundar este segundo motivo de los enumerados, el recurrente, después de transcribir el artículo 154 del Código Civil, que estima violado, dice:

"En cinco numerales, totalmente independientes, estableció el legislador cinco causales taxativas para el divorcio, causales que son también, por reforma posterior, para la separación de bienes. Son cinco causales, y no ocho o nueve, como lo sostiene el Tribunal en la sentencia que acuso. La quinta causal se compone de 'ultrajes, trato cruel y maltratamientos de obra,' que, unidas, hagan peligrar la vida de los cónyuges, o hagan imposibles la paz y el sosiego domésticos. No bastan los simples ultrajes. No basta tampoco el trato cruel, ni basta el maltratamiento de obra, sino que es necesario que exista la trinidad, y que ella haga imposible la paz y el sosiego domésticos, o pongan en peligro la vida de los cónyuges. Si hay maltratamiento de obra, hay necesariamente trato cruel, y habiendo éste y aquél, hay ultrajes, porque maltratar de obra es una crueldad y es un ultraje, especialmente si ello procede, como indudablemente tiene que proceder, del fuerte contra el débil, del hombre contra la mujer. Pero a la inversa, los simples ultrajes, o sean las palabras descompuestas generalmente precipitadas, no son suficientes para producir una causal de divorcio, porque los ultrajes no producen un trato cruel, ni un maltratamiento de obra. No es posible suponer, ni siquiera en hipótesis, que el legislador, en un pueblo nuevo, en su cincuenta por ciento, por decir lo menos, analfabeto, hubiese establecido como causal de divorcio el simple hecho de que un hombre del pueblo, carente de educación, reprendiese a su esposa con palabras fuertes, pero muy en uso en nuestras clases populares. La ley no fue expedida solamente para las clases altas, sino para todas las clases. El legislador sabía perfectamente que la mayoría de los matrimonios los componen gentes de escasa cultura, y como él legislaba para todos, no puede interpretársele en el sentido de que la falta de cultura de uno de los cónyuges sea suficiente causal de divorcio, o sea suficiente causal para disolver un matrimonio, terminar un hogar, y dejar a los hijos sin la necesaria y conjunta protección de sus padres."

Resumiendo un poco lo que expone el recurrente en el tercer motivo, para sostener la errónea interpretación dada por el Tribunal al artículo 154 del Código Civil, dice que en el supuesto, para él inaceptable, de que bastaran los simples ultrajes para que progresase la acción de divorcio o la de separación de bienes, ellos han de tener, dice el autor del recurso, el carácter de crónicos, para que hagan imposibles la paz y el sosiego domésticos, porque no es posible sostener, como lo hace el Tribunal, que basta que en un momento de arrebato uno de los cónyuges dirija al otro, de palabra o por escrito, una, dos, tres o diez frases injuriosas y ultrajantes, porque ello querría decir, según el Tribunal, que el legislador estableció el divorcio por el solo hecho de que en el transcurso de largos años de un matrimonio, los cónyuges tuvieran lo que se llama un disgusto o una pelea en su hogar, y que en el calor de la disputa se lanzaran unos a otros palabras ultrajantes; o querría decir también, como en el caso presente, que el legislador había establecido el divorcio por el solo hecho de que un esposo, celoso de su honor, llamase al orden a su mujer por medio de una carta, cuando a su conocimiento habían llegado informaciones sobre la conducta desleal de su esposa, o en su corazón había entrado la duda de la fidelidad de ésta. Que en uno y otro caso, el correr de la pluma y en la agitación nerviosa en que el hombre pierde su control, escribe una o varias veces cartas privadas a su esposa, poniéndole de presente cuál es su estado de ánimo en el instante en que dirige la misiva. Que todos sabemos que en cuestiones de honor, en el momento de la exaltación, el hombre es incontrolable, pero que esto no constituye, como lo entiende el Tribunal, el ultraje continuado, que haga imposibles la paz y el sosiego domésticos, porque interpretar de esta manera el texto de la ley, es suponer que el legislador legisló para ángeles y no para seres humanos, superiores y mayores de edad, como lo fue, y no para hombres de temperamento nervioso, como son la totalidad de los latinos.

En el cuarto motivo dice el recurrente que los ultrajes, en el supuesto de ser suficientes para la separación de bienes, han de ser orales, para que así produzcan verdadera indignación en la persona ultrajada, de modo que ella reaccione y produzca la separación de bienes, pues de lo contrario no puede sostenerse que hagan imposibles la paz y el sosiego domésticos, pues que una carta más o menos ultrajante se contesta con otra u otras, y no produce escándalo ni reacción en la persona que la recibe, porque si el cargo es justo, justo se considera el reproche, y si no lo es, pronto se desvanece la acción o se desprecia al acusante. Que en nuestras leyes hay caso muy análogo entre el ultraje verbal y el ultraje escrito, cuando hay irrespeto de los particulares a los magistrados o empleados públicos. Si el ultraje es de palabra, la ley autoriza al empleado ultrajado para imponer una pena corporal al ofendido, sin recurso alguno; mientras que si el ultraje se hace por escrito, apenas se devuelve

el memorial por irrespetuoso. Que al sostener el Tribunal, que basta que en una carta o dos, de carácter privado del marido para la mujer, existan frases que el Tribunal considera ultrajantes y suficientes para la separación de bienes o el divorcio, interpreta erróneamente el ordinal 5º del artículo 154 del Código Civil.

Se considera:

El Tribunal acogió la doctrina de la Corte sobre interpretación de las **independientes** circunstancias que determina el numeral 5º del artículo 154 citado, en relación con la Ley 8ª de 1922, para decretar la separación de bienes, interpretación consistente en que bastan los ultrajes graves inferidos por uno de los cónyuges al otro, sean de palabra o por escrito, sin necesidad de que concurran, como lo pretende el recurrente, el trato cruel y los maltratamientos de obra, porque la disposición citada no exige sevicia en los ultrajes, ni en su letra ni en su sentido, sin duda porque el legislador se proponía mejorar las costumbres y reconocer la dignidad de los que se unen en matrimonio, que es base de la sociedad. No es admisible para la Corte que los ultrajes no produzcan trato cruel, cuando hieren el honor de uno de los cónyuges, atendida su posición social, que fue lo que tuvo en cuenta el Tribunal, y que es lo que aparece probado con el contenido de las cartas dirigidas por el doctor Villa a su esposa demandante. No se trata en esas expresiones de simples actos pasajeros y tolerables de mala educación, sino de verdaderas ofensas, máxime cuando en los autos no hay prueba que los motivara. Y dada la gravedad y trascendencia de ellos en un hogar, por el natural y permanente resentimiento que implica para el hombre que lanza tales cargos, no es aventurado concluir que hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos, como lo entendió el sentenciador.

Por la misma razón tampoco exige la ley en esta causal de divorcio y de separación, que sean crónicos los ultrajes, como sí lo exige de modo general respecto de la causal de abandono de los deberes de esposo o de padre; ni que sean causados precisamente por medio de palabras, para que así reaccionen más, empleando las palabras del autor del recurso, en la parte que los recibe. Y si se tiene en cuenta que las palabras se las lleva el viento, mientras que los escritos perduran (**verba volant, scripta manent**), son más graves por lo general los ultrajes escritos, en muchos casos, que las expresiones ofensivas e hirientes.

De modo que al interpretar el sentenciador que los ultrajes escritos inferidos por el doctor Villa a su esposa son suficientes para decretar la separación de bienes demandada, no le da alcance erróneo y menos funesto para las familias y para la sociedad al numeral 5º del artículo 154 del Código Civil, y por consiguiente no puede reconocerse la violación de tal disposición en ese concepto, ni se advierte razón plausible para variar la doctrina de la Corte en el particular.

En el capítulo VIII dice el recurrente que la demanda de la señora de Villa sobre separación de bienes es innecesaria, porque ha de entrar a regir la ley sobre régimen patrimonial, que le permite disponer libremente de sus bienes; pero como con esa observación no se hace cargo concreto al fallo, no tiene la Corte qué resolver sobre ella.

Por las anteriores consideraciones, la Sala Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia de fecha catorce de junio del año próximo pasado, proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en este juicio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

JUAN E. MARTINEZ—**Tancredo Nannetti**—**Francisco Tafur A.**—El Secretario, **Augusto N. Samper.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, mayo diez y siete de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Por medio de apoderado, Diego M. Fernández P. inició juicio ordinario contra Concepción Puerta de Sánchez, Dionisio I. Pineda y Abraham Rojas C. ante el Juzgado 1º del Circuito de Santa Rosa, para que se hicieran estas declaraciones:

1ª Que es nulo e ineficaz para los denunciantes y para quienes de ellos deriven derechos, el denuncio de la mina de oro de aluvión denominada **Vega de los Boteros**, elevado ante el Gobernador del Departamento de Antioquia con fecha 9 de julio de 1912 por el señor Emilio Mesa Restrepo a nombre de los señores Benedicto Sánchez, Dionisio I. Pineda y Abraham Rojas C.

2ª Que como consecuencia de la declaración anterior, los demandados carecen de derecho para que se les adjudique en propiedad y posesión la precitada mina **Vega de los Boteros.**

3ª Costas.

Los hechos en que se funda esta demanda son:

I. "En el año de 1912, con fecha 9 de julio, Emilio Mesa Restrepo denunció ante el Gobernador del Departamento, para los señores Benedicto Sánchez, Dionisio I. Pineda y Abraham Rojas C., una mina de oro de aluvión de antiguo descubrimiento, situada en el Corregimiento de San Pablo de este Distrito, y comprendida por estos linderos:

"Del punto donde desemboca la quebrada **La Chorrera** en el río Grande, quebrada arriba hasta donde se junta con la quebrada de **El Cedro**; de este punto, línea recta de travesía, a buscar la quebrada de **El Haitón**; ésta abajo hasta su confluencia con el río Grande; por éste arriba hasta la desembocadura de **La Chorrera**, punto de partida.' "

II. "El citado mineral en toda su extensión está localizado en terrenos de propiedad particular, que a la época del denuncio mencionado se encontraban destinados prácticamente a la agricultura y a la cría y ceba de ganados."

III. "Uno de los principales dueños de esos terrenos, en la fecha del denuncio de la mina, era don Manuel María Fernández P., quien los tenía en cultivos en parte, y en pastos naturales y artificiales para cebar ganados, en otra parte."

IV. "No obstante ser de aluvión la mina denunciada, y estar en todo su vigor el precepto del artículo 3º de la Ley 38 de 1887, que prohibe terminantemente el denuncio de esa clase de minerales sin el expreso permiso del dueño de los terrenos en donde estén situados, los denunciantes

Sánchez, Pineda y Rojas, se abstuvieron de solicitar y obtener el permiso del señor Fernández P. para la denuncia de que se viene hablando."

V. "No obstante la omisión anotada, los denunciantes han adelantado sus diligencias, hasta el punto de que ya se les va a dar por el Alcalde comisionado la posesión del mineral precitado."

VI. "Por muerte de uno de los denunciantes, el señor Benedicto Sánchez, sus derechos en el denuncio los representa hoy la señora Concepción Puerta de S., a quien como cónyuge sobreviviente de aquél, se le adjudicaron los referidos derechos en la partición de bienes que tuvo lugar por motivo del seguimiento del respectivo juicio mortuorio."

VII. "También Manuel María Fernández P. falleció, y la propiedad de su finca o terreno en donde está situada la mina de que se viene hablando, pasó a ser de sus herederos, entre los cuales figura mi poderdante, a quien se le adjudicó una cuota considerable de ese fundo, al hacerse la división de los bienes de la herencia del citado señor."

VIII. "En la Alcaldía de este Distrito se encuentra actualmente el expediente que contiene las diligencias relativas al denuncio de la citada mina, la cual lleva el nombre de **Vega de los Boteros**; y tales diligencias están a punto de dar la posesión del mineral a los denunciantes o a sus representantes legales, previa citación de los colindantes y demás personas interesadas en el acto."

IX. "Mi poderdante, como sucesor de los derechos de su padre señor Manuel María Fernández P., no se conforma con la violación de esos derechos por parte de los denunciantes, por cuanto de ello le resulta grave perjuicio, y quiere, por tanto, que se declare la nulidad e ineficacia del denuncio dicho y la consiguiente invalidación de las diligencias subsiguientes relativas a él."

Fundamentos de derecho: artículos 3° de la Ley 38 de 1887, 6° y 1740 del Código Civil.

Los demandados negaron algunos de los hechos, aceptaron otros y propusieron las excepciones de prescripción extintiva de la acción, y petición de modo indebido.

El 30 de noviembre de 1929, el Juez falló así:

"1° No hay razón legal para condenar a los señores Concepción Puerta de Sánchez, Dionisio I. Pineda y Abraham Rojas C. por los cargos que se les formula en la demanda de fecha 16 de octubre de 1923.

"2° No se hace especial condenación en costas."

El actor apeló. El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de noviembre 6 de 1930, confirmó la de primera instancia.

La misma parte interpuso casación. El recurso se admitió por la Corte en auto de fecha 6 de junio de 1932.

El recurrente alega la causal primera del artículo 2° de la Ley 169 de 1896.

Primer cargo. Violación de los artículos 3° de la Ley 38 de 1887, 1741 del Código Civil y 94 del Código de Minas.

Sostiene el recurrente que hay nulidad absoluta en el denuncio de una mina situada en terreno cultivado o destinado a la cría o ceba de ganado, cuando el denuncio se hace sin el permiso del dueño del terreno.

"Y si hay objeto ilícito —dice— en todo acto que se ejecute o realice contra expresa prohibición de la ley, y si el objeto ilícito engendra nulidad absoluta, hay que concluir que en el caso en cuestión concurre no una nulidad relativa, propia de la rescisión, sino una nulidad absoluta."

En cuanto a la violación del artículo 94 del Código de Minas, dice el recurrente que no puede concluirse "que no hay nulidad en un acto o contrato, porque tal o cual disposición que trata del asunto no habla de ella, si otros textos la consagran expresa o tácitamente; ni es menester que se consagre de manera expresa si la doctrina la establece conforme a los principios que dominan la materia y los generales de la jurisprudencia."

Se refiere el cargo a la parte de la sentencia que dice:

"Estudiándose la cuestión de hecho, no sobra anotar de paso que la nulidad de un denuncio de minas de aluvión contra la prohibición y en las circunstancias previstas por el artículo 3° de la Ley 38 de 1887, no es absoluta. El carácter relativo de esta nulidad se deduce de que es manifiesto que el dueño del terreno sin cuyo permiso se ha denunciado la mina que exista en su terreno, puede ratificar expresamente el denuncio, la posesión y el título de la mina por acto escrito o tácitamente, verbigracia, adquiriendo derecho en la mina a título oneroso o lucrativo. Y si esta nulidad es relativa, sería incontrastable la defensa por la vía de la excepción de prescripción extintiva de la acción, formulada por los demandados al contestar la demanda. Efectivamente, el lapso de la prescripción, que habría de contarse desde la admisión del denuncio, ha transcurrido en demasía con la especial circunstancia de que fue ostensible para el actor el denuncio según las confesiones indicadas."

Se considera:

En un caso en que se discutía la misma cuestión suscitada en este cargo, la Corte sentó la siguiente doctrina:

"Las disposiciones legales que establecen causas de nulidad en los actos y contratos son de interpretación estricta, según la regla de que las leyes odiosas han de entenderse dentro de sus términos precisos sin que puedan aplicarse a casos no expresados en ellas. Y según otro principio sobre aplicación de las leyes, no ya teórico sino de derecho positivo, 'la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general' (artículo 5°, Ley 57 de 1887), principio contrario a la tesis del recurrente de que la disposición del Código de Minas que trata especialmente de las causas de nulidad de los títulos, debe ceder a la general del Código Civil sobre actos prohibidos.

"Por otra parte, la disposición del artículo 3° de la Ley 38 de 1887 fue dictada en guarda de los derechos del dueño del terreno y en beneficio suyo. Suponiendo que hubiese nulidad, ésta sería relativa y alegable tan sólo por el beneficiado o sus herederos y cesionarios." (**Gaceta Judicial, tomo XXX, página 212, 1°**).

El cargo es infundado.

Segundo cargo. Violación de los artículos 607 y 638 del Código Judicial, por error de hecho y de derecho en la apreciación de las declaraciones de los testigos Atanasio Vargas, Jesús C. Jaramillo y Baldomero Yepes.

Sostiene el recurrente que "en conjunto, las declaraciones de Atanasio Vargas y Jesús C. Jaramillo constituyen una prueba indestructible de la destinación de las tierras. Si en ellas se cumple, como en efecto se cumple, lo que dispone el artículo 607 del Código Judicial, el Tribunal incurrió en error de derecho al negarles la fuerza de una prueba completa invulnerable, y violó los artículos 607 y 638 del mismo texto."

"Resumiendo este motivo—continúa el recurrente—el fallo incurre en errores de hecho y de derecho en la valoración de las pruebas aducidas por el actor, en cuanto a las dos cuestiones fundamentales antes expresadas, los cultivos y la identidad del inmueble, y violó por lo tanto, los citados artículos del Código Judicial."

Se considera:

El pasaje de la sentencia a que se refiere el cargo dice así:

"Y pasando ahora a la parte testimonial, que juega papel preponderante en la litis, dado que no hubo confesión y la prueba escrita no concuerda en la identidad ni revela el hecho de los cultivos, ni la destinación a la ganadería de la finca **Porcelanda** en época coetánea con la restauración, se observa: Heliodoro González nada sabe en forma directa sobre los hechos que se le preguntaron. Atanasio Vargas no pudo determinar la identidad de la finca **Porcelanda** por falta de conocimiento directo; sabe que está destinada al cultivo hace más de veinte años y conoció un cilindro bien montado y muchas mulas para el servicio de la finca, pero ignora que la mina **Vega de los Boteros** se encuentre dentro de los límites de **Porcelanda**, aunque lo ha oído decir. El testigo no precisa claramente el hecho de los cultivos en referencia a la fecha del denuncio. Baldomero Yepes manifiesta que la mina ocupa parte de **Porcelanda**; habla de que don Manuel María tuvo hace más de veinte años trabajos de agricultura como plátano, yuca, cañaduzal, pero que los abandonó y luégo emprendió nuevas labores el causahabiente don Diego, sin recordar la fecha de estas nuevas labores. No sabe el testigo en qué punto se plantaron esas mejoras, y por tanto y tratándose seguramente de una finca de mucha extensión, surge la posibilidad de que los trabajos de don Diego no tocaran el perímetro de la mina.

"Jesús M. Martínez no conoce los linderos de **Porcelanda**, pero sabe que el mineral está comprendido en su mayor parte dentro de los linderos de la hijuela. Cabe observar que los linderos de la cartilla son diversos de los linderos de la escritura citada número 168. El testigo, como el anterior, se refiere al lapso de veinte años en que don Manuel María tenía cultivos y una máquina para sacar dulce. Repreguntado dijo que no sabía si en 1912 tenían cultivos los dueños de **Porcelanda**. Confesó el testigo, al ser repreguntado verbalmente, que era accionista en la mina **Plan de Riogrande**. Juan C. Jaramillo, más explícito que los anteriores, afirma que dentro de **Porcelanda** está comprendido en su mayor parte el mineral **Vega de los Boteros**, y que aquélla hace más de veinte años que está destinada a la agricultura y a la cría y ceba de ganados. Tómese esta declaración, y en conjunto y en suma las de Martínez y Yepes, para dar por sentado que el mineral toca en gran parte la finca **Porcelanda**, y ésta se encontraba destinada a la agricultura veinte años antes del denuncio y continúa la explotación de la finca hasta la víspera de la resturación, y se toma esto en hipótesis, porque es significativo y curioso que los declarantes no hayan afirmado de modo rotundo que en julio de 1912, fecha del denuncio, los cultivos del antecesor subsistían a esa fecha."

Es doctrina constante y uniforme de la Corte que los Tribunales son soberanos en la apreciación de la prueba testimonial y su apreciación no puede variarse por la Corte sino en caso de error evidente.

"En materia de pruebas, es prerrogativa exclusiva del sentenciador el apreciarlas soberanamente: en ello entra como elemento supremo su propio criterio, digno de especial respeto al aplicar la ley. Sólo en caso de error evidente podrá ser modificado el fallo y revocada aquella apreciación." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo III, número 230).

Como puede verse del pasaje transcrito, el Tribunal no incurrió en error evidente en la estimación de estas pruebas y el cargo es infundado.

En el tercer cargo, el recurrente acusa el siguiente concepto de la sentencia:

"Pues bien, concediendo por lo alto el abono de este hecho, la prueba del actor cede a la de los demandados. Véanse las razones: confesó don Diego Fernández en posiciones: 1ª Que en el año de 1917 sabía que los demandados habían denunciado la mina **Vega de los Boteros**, e igual conocimiento mantenía cuando en 1923 promovió la presente acción; y 2ª Que no tiene interés jurídico en el pleito y lo promovió por exigencias y por complacer a un tercero, y no ha hecho gasto alguno en este juicio." Y concluye diciendo que se violaron "de manera directa los artículos 607 y 636 del Código Judicial, porque según tales preceptos los hechos mencionados no pueden ponerse en duda, y lo que aparece de la llamada confesión son circunstancias extrañas que no pueden alterar la verdad de los hechos."

Se considera:

Tal como está formulado el cargo no puede prosperar, porque no puede acusarse violación directa de los artículos citados por el recurrente, ya que ellos se refieren a la prueba testimonial y el Tribunal analiza una confesión, ya porque, como se vio al estudiar el cargo anterior, no está comprobado que la finca en donde está situada la mina se encontrara cultivada a la época del denuncio. Si el recurrente estimaba que en la prueba en que el Tribunal halló una confesión, ésta no existe, ha debido acusar el concepto del sentenciador por error de derecho y consiguiente violación de las disposiciones legales que regulan este medio probatorio. Es menester no olvidar que este recurso se rige por el antiguo Código Judicial, bajo cuyo imperio se interpuso.

En el último cargo, el recurrente acusa la violación de los artículos 2322 y 2323 del Código Civil y 853, 857 del Código Judicial, en cuanto la sentencia dice:

"La hijuela del actor fue registrada en marzo de 1929, y este hecho indica que el permiso debió obtenerse de su anterior, señor Manuel F. Fernández P., y desde ahora conviene anotar que la personería sustantiva del demandante se falseó **ab initio**, porque el título que le da derecho para promover la acción (la hijuela citada) radica su interés en una cuota indivisible (de cuarta parte), y es la acción, por ende, la de un comunero que puede demandar en pro de la comunidad pero no en su propio nombre, porque la finca **Porcelanda** no la tiene en toda su unidad."

"Mi poderdante demandó—dice el recurrente—no para él, sino para todos los que tenían derechos en la hacienda nombrada. Que no pidió para él lo demuestra el hecho VII de la demanda, en que se afirma que la propiedad pasó a ser, por muerte del señor Manuel M. Fernández P., de todos sus herederos, entre quienes se cuenta el actor, y la circunstancia de que las declaraciones solicitadas en la misma demanda, tienen un carácter general, que no

podía en ninguna forma hacer referencia exclusiva a uno solo de los comuneros sino a todos.

"Otra cosa muy distinta ocurre con peticiones no así de orden general, y que no pueden concebirse más que en beneficio de todos los individuos que se hallan vinculados a ellas por algún concepto, sino de índole particular y concreta, como si mi poderdante hubiese demandado la propiedad de la hacienda, en su propio nombre y para él exclusivamente.

"Tal declaración de ser hecha, no puede beneficiar a todos los partícipes sino a quien la pide, pero no puede ser pronunciada porque en tal caso es evidente la excepción a que se ha hecho referencia."

Se considera:

Aunque el Tribunal hace en la sentencia la declaración a que se refiere el recurrente, ella no tuvo influencia en el fallo, pues éste tiene como fundamentos principales los siguientes:

1º Que no hay nulidad absoluta en el denuncio de una mina situada en terrenos cultivados o destinados a la cría o ceba de ganados, cuando el denuncio se hace sin permiso del dueño del terreno.

2º Que de haber nulidad, ésta sería relativa, y en el caso presente la acción estaría prescrita; y

3º Que no está demostrada la destinación de la finca a la agricultura o cría o ceba de ganados a la época del denuncio de la mina.

Estos tres fundamentos cardinales de la sentencia han quedado en pie, como se deja establecido en el estudio de los anteriores motivos de casación.

El cargo tampoco prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

1º No se casa la sentencia recurrida, proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín con fecha seis de noviembre de mil novecientos treinta.

2º Se condena al recurrente al pago de las costas del recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez y siete de mayo de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Al denuncio de terrenos baldíos hecho por fray Andrés de Cardona, se opuso Manuel Silva, y tramitado el juicio, el Juez respectivo falló:

"1º Declárense no probadas las excepciones de improcedencia de acción e ilegitimidad de personería del señor Manuel Silva.

"2º No probadas las tachas de las escrituras públicas números 501, 42 y 12, de 30 de noviembre y 2 de febrero de 1922, y 9 de enero de 1926, respectivamente, y de los títulos número 1, correspondiente a la mina de **El Carmen**; el número 2, de la llamada **San Francisco**, y número 3, de la primera continuación de **San Francisco**.

"3º Los linderos del baldío **La Granja**, denunciado por el Reverendo Padre fray Andrés de Cardona, serán los mismos que se indican en el libelo de demanda, con la aclaración de que por el lado norte, al llegar por la cima de la altura llamada **La Inmaculada**, en dirección al río San Francisco no avanzará hasta los orígenes de éste, sino que respetará un kilómetro de baldío, medido desde la orilla de aquél, en toda la extensión del río, siguiendo paralelamente a la dicha ribera, hasta tocar con la quebrada **Carrizayaco**, aguas abajo; y

"4º Se absuelve al demandado de los demás cargos apuntados en la demanda. Sin costas."

Fray Andrés de Cardona se conformó con este fallo; pero apelado por Silva, el Tribunal de Pasto reformó la sentencia y decidió:

"Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se reforma la sentencia apelada en el sentido de revocar el punto tercero de ella y se confirma en todo lo demás.

"En lugar del punto revocado, se resuelve:

"No ha lugar a la adjudicación pedida por fray Andrés de Cardona, sobre el lote **La Granja**, por los linderos determinados en el libelo de petición de adjudicación, fechado el seis de diciembre de mil novecientos veintiséis.

"El Juzgado de origen tomará copia de las declaraciones que el apelante señor Silva denuncia como contentivas de perjurios y seguirá le investigación criminal respectiva. No hay costas."

El demandado interpuso recurso de casación, que fue admitido por la Corte en auto ejecutoriado, y es llegado hoy el tiempo de estudiarlo, y a ello se procede.

Para los fines de la segunda causal, es conveniente transcribir las peticiones de la demanda:

"Previa la tramitación de una demanda ordinaria al Juzgado pido, citando y oyendo al denunciante, a quien señalo como el demandado, Reverendo Padre fray Andrés de Cardona, mayor de edad, con residencia en Sibundoy, Distrito de Sucre, a quien conozco como español, haga las siguientes declaraciones por sentencia final:

"1º Sin lugar a la adjudicación de las mil hectáreas a favor de la Parroquia de Sibundoy, que las apellida él **La Granja**, comprendidas dentro de la demarcación que puntualiza el denuncio.

"2º Sin lugar a la adjudicación a favor de la Parroquia, del lote llamado **Cabecera de Uxapamba**, cuya situación y linderos se expresarán en la relación de los hechos, por pertenecerme en fuerza de las compras hechas a los colonos y cultivadores, Pedro Tandioy, Pedro Chindoy, Ramón Chicunque, Pedro Mutumbajoy, Mariano Agreda, Nicolás Cuachivioy, cuya situación y demarcación se dirá más adelante.

"3º Sin lugar a la adjudicación a favor de la Parroquia de Sibundoy, de ninguna clase de baldíos de la Nación colombiana, por no tener representación jurídica.

"4º Sin lugar a la adjudicación a favor de esa Parroquia, de los lotes de baldíos conocidos con los nombres de **Buenavista, Carrizayaco, El Porvenir** y **El Pildora**, por corresponder a distintos dueños, como son Lisandro Delgado, José Lagos, Justo Reina, Diego Chicunque, Tomás Guerrero y Abel Rosero, y cuya situación y linderos se expresarán adelante."

Considera el recurrente que la sentencia no es cónsona con lo solicitado en la demanda, y basa su acusación en estos motivos:

a) El señor Silva en su demanda no formuló oposición alguna respecto de los terrenos de la mina **El Carmen**, ni pidió se negara la adjudicación por estar incluidos en la adjudicación los terrenos de esa misma, y por consiguiente la sentencia no podía negar la adjudicación pretextando que dentro del terreno solicitado en adjudicación se comprendía la mina **El Carmen**, porque ese punto no había sido sometido a decisión judicial.

Se replica:

La sentencia del Tribunal reformó la del Juzgado, revocando el punto tercero de ese fallo, de manera que el proveído del Tribunal fue en un todo favorable al demandante, quedando en consecuencia resueltas todas las peticiones de la demanda, de donde se desprende que ella guarda armonía con lo solicitado; pero se observa que el fallador para llegar a esa conclusión tuvo en cuenta fundamentos no alegados en la demanda, como fue la existencia de la mina **El Carmen**. Aunque ello fuese cierto, no habría incongruencia, porque se falló de acuerdo con lo pedido, pero lo verdadero es que el demandante basó su demanda en la existencia de la mina dentro del perímetro de los baldíos solicitados en adjudicación, y así dijo en el hecho número 11 de la demanda:

"Tengo la mina titulada **El Carmen** legalmente adquirida, y es de oro corrido; situada a orillas del río San Francisco, y radicada dentro de la demarcación que puntualiza el denunciante en su memorial con fecha seis de diciembre último, mina en explotación," y en este hecho se fundó precisamente el fallo, y por ello negó la adjudicación.

b) Pero si fuere cierto lo que dice el recurrente, no sería la segunda causal la pertinente, porque la sentencia falló favorablemente las peticiones de la demanda, y si erró el fallador al resolver favorablemente las peticiones de esa demanda, no es la segunda causal la que debe invocarse.

c) Dice el recurrente que el demandante no podía oponerse a la adjudicación sino en cuanto a él personalmente perjudicara la adjudicación, y que carecía de personería sustantiva para representar a terceras personas en cuyo nombre se oponía. Este reparo se refiere a la decisión del Tribunal, relativa a las peticiones 2ª, 3ª y 4ª de la demanda.

Se observa:

La sentencia de primera instancia fue consentida por fray Andrés de Cardona, y para él quedó ejecutoriada, y así lo pone de presente el Tribunal en su fallo, y en esa sentencia no se tocaron esos puntos fallados definitivamente por el Juez; pero suponiendo en gracia de discusión, que se pudieran estudiar hoy, es lo cierto que la sentencia absolutoria resuelve todas las cuestiones propuestas en la demanda y guarda armonía con ella. La falta de personería es materia de fondo que escapa a la segunda causal.

Considera el recurrente que el Tribunal no entró a considerar si la mina de **El Carmen** estaba o nó abandonada, y que al proceder así no falló de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Se responde:

El sentenciador conceptuó que no se había demostrado que la mina estuviese abandonada, como se desprende de este pasaje:

"Habiéndose encontrado que dentro de los linderos de **La Granja** se comprendió una mina perteneciente a Silva, y no habiéndose establecido plenamente que esa mina de aluvión estuviera abandonada, o teniendo suficientes indicios de que ella, al tiempo de la inspección, estaba en laboreo, debióse, aplicando el mentado artículo 85, decretarse que no cabía la adjudicación, por no tratarse de un lote íntegramente baldío."

Ahora, si en ese concepto sobre el no abandono de la mina hubiera errado el Tribunal, la acusación no es por la segunda causal, sino por la primera, ya que el fallo sobre ese punto fue absolutorio.

Respecto de la primera causal, considera el recurrente que la sentencia quebrantó, en primer término, el artículo 65 del Código Fiscal, que establece que la propiedad de los baldíos se adquiere por el cultivo o su ocupación con ganados.

Este precepto no lo desconoció el Tribunal, pues a salvo le dejó a fray Andrés los derechos de cultivador, lo que sucede es que ese derecho está limitado por otros derechos preferentes señalados por la ley fiscal, es decir, hay causas legales que se oponen a esas adjudicaciones, como las señaladas en los artículos 60 y 85 del mencionado Código Fiscal, sin que ello implique desconocimiento del derecho de los colonos, o mejor dicho, éstos no tienen derecho a la adjudicación cuando en los terrenos solicitados hay minas de aluvión no abandonadas.

Igual contestación se dará respecto de la violación del artículo 66 del Código Fiscal.

Hay casos en que no se les puede adjudicar a los colonos los terrenos baldíos, por encontrarse ellos en los casos previstos por la ley, que impide esa adjudicación.

El fallador consideró que dentro del perímetro de los terrenos solicitados por fray Andrés, existía una mina de aluvión que no estaba abandonada, y éste es uno de los casos en que la ley prohibe la adjudicación.

La disposición del artículo 210 del actual Código Judicial, igual al 273 del abolido, no da pie por sí sólo para atacar un fallo. El es una regla que se le da al Juez, pero si éste falla absolviendo o condenando en más o en menos de lo solicitado, hay que demostrar que al fallar en demasía quebrantó otras disposiciones sustantivas, dejando de apreciar los puntos o apreciándolos mal. Al respecto se expresa así el no recurrente, razones que acoge la Corte. Dice así:

"Artículo 210 del Código Judicial. Para acreditar la violación de este artículo debería demostrar el recurrente que el demandante pidió más de aquello a que tenía derecho, no acreditando sino parte de lo pedido. Pero tal cosa, que no hace el recurrente, implicaría más bien violación de disposiciones sustantivas de otro orden; porque la sola alegación de violación del artículo 210 no puede servir para fundar el recurso.

"Artículo 471 del Código Judicial. Otro tanto cabe decir de este artículo en relación a la parte de él que dice: 'dando su derecho a cada una de las partes,' que el apoderado del recurrente presenta como violada. Esta regla es norma de conducta para los Jueces, es como el antiguo artículo 837 y el 472 del Código Judicial vigente, meramente exhortativa. Si hubiese habido violación de ese

artículo en la sentencia, que no lo hubo, ello no serviría para fundamentar la causal invocada, porque entonces, como lo ha dicho repetidas veces la Corte, otras serían las disposiciones sustantivas violadas."

Sostiene el recurrente que el fallador se llevó de calle el artículo 85 del Código Fiscal, que prohibe hacer adjudicaciones de terrenos baldíos ocupados por minas de aluvión no abandonadas, ya que la mina de El Carmen lo estaba por falta de pago del impuesto anual, quebrantamiento a que fue inducido el sentenciador por haber apreciado erróneamente el recibo del pago del impuesto expedido por el Administrador de Hacienda Nacional del Putumayo.

Para rebatir esta acusación, se tiene en cuenta: el Juez dijo en su sentencia:

"Al Juzgado no le toca hacer apreciaciones sobre su validez, como se hace notar en algún memorial del juicio, por un supuesto abandono o por el no pago de los impuestos correspondientes, sino únicamente ha de atenerse al supuesto dominio que nace de esos títulos, para los efectos de establecer la posesión que ha venido teniendo el señor Silva sobre ella.

"Por las razones dichas, los títulos indicados han de servir como prueba para la posesión del oposicionista, dejando a salvo los derechos que puedan tener terceros sobre esas minas, por causas de orden legal."

Basado en ese concepto, declaró no probadas las excepciones de improcedencia de la acción e ilegitimidad de la personería y no probadas las tachas opuestas al título de la mina de El Carmen.

Con ese proveído se conformó fray Andrés, así lo apunta el Tribunal, y por eso no entró a considerar la situación jurídica de la mina de El Carmen, porque legalmente conceptuó que en ese punto el fallo estaba ejecutoriado para fray Andrés, y que era materia que escapaba a la revisión en segunda instancia por vía de apelación, y hoy en casación no se puede tocar ese proveído, a menos de demostrarse que no es verdadera la premisa sentada por el fallador, es decir, de que el fallo en ese punto estaba ejecutoriado para fray Andrés.

También considera el recurrente violado el artículo 85 en cita por otro concepto, que expresa así:

"El artículo 85 del Código Fiscal establece que los terrenos baldíos ocupados por las minas de aluvión no abandonadas, no pueden adjudicarse; y como es lógico y elemental, sólo se refiere a los terrenos en donde se encuentren las minas, pero no a otros terrenos, y así, si al pedirse la adjudicación de un baldío se justifica que dentro de ese baldío se encuentra una mina de aluvión no abandonada, que reclama el dueño, debe excluirse el terreno baldío en donde se encuentra la mina, pero únicamente ese terreno, limitando hasta allí la oposición y declarando la adjudicación del resto del baldío que se solicita.

"De otro lado al admitir la tesis injurídica del Tribunal se llegaría a la absurda conclusión de que no podría adjudicarse porción alguna de baldíos contiguos a los baldíos en donde se encuentran minas de aluvión, aplicando la disposición del artículo 85 para los terrenos en donde no se encontraran las minas de aluvión, y haciendo extensiva la prohibición a esos terrenos, todo contra el claro precepto del artículo 85, que sólo tiene por objeto amparar los terrenos ocupados por las minas, y sólo esos terrenos."

Como se ha visto, la sentencia quedó ejecutoriada para fray Andrés en lo que dice relación con el abandono de la mina El Carmen, es decir, que esa mina no estaba abandonada, y que por consiguiente no podían adjudicarse los terrenos baldíos ocupados por minas de aluvión, pero no quedó ejecutoriado ese fallo respecto de la aplicación del memorado artículo en cuanto el terreno denunciado como baldío ocupa una extensión mayor de la comprendida dentro del perímetro de la mina de aluvión, cuestión ésta no tratada por el Juez.

Ahora para la Sala ha de entenderse el artículo 85 del Código Fiscal en el sentido que le asigna el recurrente, porque si la extensión del baldío solicitado en adjudicación fuese de mayor extensión que el de la mina de aluvión, no se ve la razón para no adjudicar la porción o el excedente del baldío que no ocupa minas o porciones de minas de aluvión. Lo que la ley se propuso con la disposición del artículo 85 fue proteger a los dueños de minas en sus pertenencias, pero si una parte del terreno baldío no perjudica los derechos de los mineros, no hay razón legal alguna que impida esa adjudicación.

El recurrente ataca igualmente el fallo por violación del artículo 50 del Código Fiscal, a consecuencia de la errada apreciación que hizo de las pruebas, pues echó sobre el demandado la carga de la prueba referente a que el terreno pedido en adjudicación tenía sobre el camino extensión mayor de dos y medio kilómetros.

Evidente es que el artículo 50 no prohibe en absoluto la adjudicación de terrenos baldíos sobre las márgenes de una vía pública, sino en el caso que esa adjudicación exceda en dos y medio kilómetros sobre ella, pero la prueba ha de darla quien se opone a la adjudicación, cosa que no hizo Silva, a quien como opositor le correspondía demostrar que la adjudicación del baldío no podía hacerse por quebrantar un precepto legal, por tanto erró el sentenciador al apreciar la prueba y quebrantó la disposición del artículo 50.

Como fray Andrés se obligó a respetar las pertenencias de la mina de El Carmen, la sentencia se casará en esa parte, mandando adjudicar el terreno con exclusión del perímetro de la mina de El Carmen.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero. Infírmase la sentencia de fecha cuatro de marzo de mil novecientos treinta y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Segundo. Revócase el punto tercero de la sentencia del Juez.

Tercero. Adjudíquese a la Parroquia de Sibundoy, representada por fray Andrés de Cardona, el lote de terreno baldío denominado La Granja, excluyendo de esa adjudicación el perímetro de la mina de aluvión denominada El Carmen, de propiedad de Manuel Silva, por los linderos señalados en el respectivo título de la mina.

En lo demás queda en firme la sentencia del Juez confirmada por el Tribunal, de suerte que el fallo será este:

Primero. Declárase no probadas las excepciones de improcedencia de acción e ilegitimidad de personería del señor Manuel Silva.

Segundo. No probadas las tachas de las escrituras números 501, 42 y 12, de treinta de noviembre y dos de febrero de mil novecientos veintidós, y nueve de enero de mil novecientos veintiséis, respectivamente, y de los títulos número 1, correspondiente a la mina de El Carmen; el

número 2, de la llamada **San Francisco**, y número 3, de la primera continuación de **San Francisco**.

Tercero. Adjudíquese a la Parroquia de Sibundoy, representada por fray Andrés de Cardona, el lote de terreno baldío denominado **La Granja**, excluyendo de esa adjudicación el perímetro de la mina **El Carmen**, de propiedad de Manuel Silva, por los linderos señalados en el respectivo título de la mina.

Cuarto. Se absuelve al demandado de los demás cargos apuntados en la demanda.

Quinto. El Juzgado de origen tomará copia de las declaraciones que el señor Silva denuncia como contentivas de perjurio, y seguirá la investigación criminal respectiva.

Sexto. Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez**—**Augusto N. Samper**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio cinco de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juez del Circuito de Támara, Mercedes Gómez de Velandia instauró juicio ordinario contra Pedro Velandia, para que se hicieran estas declaraciones:

"1ª Que se decrete la simple separación de bienes habidos dentro de la sociedad conyugal formada por el matrimonio que contraje con mi referido esposo.

"2ª Que en consecuencia se declare disuelta la sociedad conyugal de bienes.

"3ª Que se ordene la práctica de inventario judicial de todos los bienes muebles e inmuebles que constituyen el haber de la sociedad.

"4ª Que se liquide la sociedad de bienes, dando a cada partícipe la mitad de gananciales, de conformidad con las disposiciones sustantivas correspondientes.

"5ª Que se disponga la entrega de lo que a cada partícipe corresponda según la liquidación; y

"6ª Que se condene a mi esposo a pagarme las costas del presente juicio, así como los daños y perjuicios ocasionados en mis intereses, los que serán avaluados en la forma legal."

Se funda la demanda en estos hechos:

"1º Que por virtud del matrimonio que contraje con mi demandado señor Pedro Velandia, el día 7 de enero de 1904, en Manare, se formó sociedad de bienes.

"2º Que ninguno de los dos esposos aportó al matrimonio bienes de ninguna clase, y que durante nuestra vida matrimonial adquirimos los que pedí fueran asegurados con el embargo preventivo....

"3º Que mi demandado me echó de la casa en donde vivíamos, desde hace cuatro años, sin que me haya vuelto a admitir, pues a todos les dice que si yo me presento en su casa, me mata.

"4º Que por causa de las amenazas y maltratamientos de obra de que fui objeto por parte de mi esposo, tuve necesidad de refugiarme en el monte y posar en el cementerio de Moreno, como único refugio para que no me encontrara y me matara.

"5º Que me ha dado trato cruel, ultrajándome de palabra y maltratándome de obra a puños, puntapiés, palo y rejo, en varias ocasiones, lo cual pone en peligro mi vida y hace imposible la paz y el sosiego doméstico.

"6º Que mi demandado ha abandonado en absoluto los deberes de esposo con respecto a mi persona, desde hace más de tres años; y

"7º Que mi demandado ha mantenido y aún mantiene relaciones ilícitas con una mujer llamada Matilde Maldonado, con quien vive en Moreno, en amancebamiento público desde hace por lo menos cinco años, y en la cual ha tenido hijos adulterinos, a quienes dispensa cuidados especiales de verdadero padre de familia."

El demandado se opuso a la acción. Aceptó como cierto el hecho 1º y negó los demás. Es importante la contestación que dio al hecho 7º de la demanda:

"No es cierto—dice. Siempre he sido hombre ajustado a la moral, sobre todo por respeto a mi hija. Desde que mi demandante abandonó mi casa quedé solo, con nuestra común hija Merceditas, todavía pequeña y enferma.

"Así permanecimos varios meses, hasta que resolví llevarla al colegio para darle una educación lo más esmerada posible, y aún permanece en el colegio. Natural es que, quedando solo, haya tenido necesidad de tener una mujer en mi casa para que me prepare mis alimentos y me lave y componga la ropa; al efecto, han estado Juana Cordero, Leopolda Peñalosa, Nicolasa Cegua, Betulia Morales, y últimamente mi sobrinita Sofía Velandia. Jamás he tenido en mi casa a Matilde Maldonado; de manera que lo de amancebamiento con ésta sólo cabe en la cabeza de mi demandante y en tal cual chismosa o chismoso amigos de mi demandante."

El 6 de junio de 1930, el Juez de la causa pronunció sentencia absolutoria del demandado, y por apelación de la actora, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo confirmó la de primera instancia. La misma parte interpuso casación. La Corte admitió el recurso por auto de fecha 5 de septiembre de 1932.

Alega el recurrente contra la sentencia la primera causal de casación del artículo 520 del Código Judicial, que funda en los siguientes motivos:

1º Violación del artículo 154 del Código Civil, ordinal 2º; del artículo 28 del mismo Código y del 5º, Ley 153 de 1887.

Se refiere el cargo a la parte de la sentencia, en que el Tribunal dice:

"Amancebamiento del marido.

"Nuestro Código Penal, en su artículo 451, indica lo que se entiende por amancebamiento, y según dicha disposición, para que exista ese delito se requiere que dos personas de diferente sexo y sin ser casadas hagan vida de casados, en una misma casa, de una manera pública y escandalosa. Ahora bien: veamos si de las probanzas aparece que Pedro Velandia vive en una misma casa con mujer distinta de su esposa, llevando vida de casados y de una manera pública y escandalosa. A este respecto la parte demandante sólo pudo allegar a los autos la declaración de José María Arias, la cual dice en lo pertinente:

'En Támara, a 29 de enero de 1931, compareció en el Despacho del Juzgado Municipal José María Arias..... Hasta la fecha en que rendí la declaración (3 de julio de 1928) era público y notorio en Moreno, que se decía

que Velandia vivía con una mujer llamada Matilde Maldonado, y aunque no vivían bajo un mismo techo, se decía que tenían dos o tres hijos.'

"Como se ve, el testigo no depone por propias y directas percepciones sino que estampa la locución vaga de 'se dice,' y ya se sabe que para que el dicho de un testigo pueda mirarse como prueba y se acepte es necesario que deponga sobre hechos precisos y determinados, y en el caso de autos ni al testigo le consta que Pedro Velandia viva en una misma casa con Matilde Maldonado, haciendo vida de casados, y que vivan de una manera pública y escandalosa, antes bien, del mismo texto de su declaración se deduce que Velandia vive en casa distinta a la en que vive Matilde Maldonado; por tanto, aunque puedan tener relaciones ilícitas esos dos señores, y haya la Maldonado procreado algunos hijos y Velandia los reconozca como tales, no se puede concluir que esté acreditado el amancebamiento del citado Velandia, que es el que la ley castiga en cuanto al hombre, porque en cuanto a la mujer basta el solo adulterio, un solo acto carnal. Por otra parte, un solo testigo no hace plena prueba, y menos la hará si depone por referencia."

La violación del artículo 28 del Código Civil la funda el recurrente en que dicha disposición "ordena que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio según el uso general de las mismas palabras. No puede decirse que debe darse a la palabra amancebamiento el significado que le da el artículo 451 del Código Penal, porque no se trata de aplicar pena por ese delito, luego no puede dársele en materia civil esa definición."

Se considera:

Como puede verse en el pasaje transcrito de la sentencia, el Tribunal no encontró demostrada la causal de separación, consistente en el amancebamiento del marido, porque llegó a la conclusión de que para que exista el amancebamiento es preciso que se hallen comprobados todos los elementos exigidos por el artículo 451 del Código Penal, y porque de acuerdo con la parte final del citado artículo 28 del Código Civil, cuando el legislador haya definido las palabras de la ley para ciertas materias, se les dará su significado legal. De otro lado, sólo el testigo José María Arias declara sobre el particular, y tanto por esta causa como por la forma de su declaración, el Tribunal, con acierto, no halló probado el amancebamiento.

El cargo es infundado.

2º "Pero dejemos al Tribunal invocando a Jehová—dice el recurrente y convengamos en que al sentar estos conceptos violó las leyes que voy a enumerar, tanto por no haberlas aplicado al caso del pleito, como por interpretarlas de una manera contraria al espíritu de ellas: el artículo 197 del Código Civil, que reconoce ser separación de bienes la que se efectúa sin divorcio, en virtud de decreto judicial o por disposición de la ley.

"El artículo 2º de la Ley 8ª de 1922 fue violado por el Tribunal por omisión, una vez que, a pesar de señalar las causales para la separación de bienes, no se tuvo en cuenta en la sentencia lo que el legislador ordena. En ese fallo no se desconocen que existan dichas causales o motivos, pero se declara de hecho inocente al marido, para poder cargar todo el rigor contra la esposa, y para no estudiar a fondo este asunto se aplica a la separación de bienes disposiciones que son privativas del divorcio."

Lo infundado de este cargo queda de manifiesto con la lectura de los siguientes pasajes de la sentencia recurrida:

"Ante el cúmulo de probanzas analizadas en las piezas que se acaban de transcribir, ciertamente que nadie sería osado a decir que Pedro Velandia abandonó a su esposa, sino al contrario, que fue ella quien lo abandonó, y abandonó de manera absoluta sus deberes de esposa y de madre.

"Todo lo anteriormente expuesto obliga a concluir que la segunda causal alegada por Mercedes Gómez para pedir la separación de bienes no está acreditada, como que fue ella quien voluntariamente abandonó el hogar; fue ella la que no prestó oídos a las amonestaciones de las autoridades y amigos para que volviera al hogar a llevar vida correcta; fue ella la que abandonó sus deberes de esposa y de madre, y ella, ninguna comprobación satisfactoria hizo venir a los autos tendientes a acreditar que su marido se negara a auxiliarla. Tal parece que las atenciones que el esposo le prodigara hubieran sido la causa para tántos desafueros, y seguramente si Pedro Velandia hubiera pedido a la justicia que a su esposa adúltera se le condenase a cuatro años de reclusión, no habría tenido cabida este enojoso y complicado negocio.

"Bien puede suceder que la paz y el sosiego domésticos sean imposibles en el hogar que en otro tiempo formaron bajo bellos auspicios Mercedes Gómez y Pedro Velandia; pero 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. El Tribunal estima que fallar favorablemente las peticiones de Mercedes Gómez, equivaldría a rendir pleitesía al adulterio, hecho éste abominable desde los más remotos tiempos, como que no es sino la transgresión de las leyes de la conciencia y del honor, leyes que son el fundamento de toda sociedad, y cuya violación castigan todas las legislaciones, por las consecuencias jurídicas que de allí se pueden desprender y por la abominable trascendencia moral que el adulterio encarna.

"Además, 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."

El último motivo de acusación que se refiere a "la apreciación errónea de las pruebas de las partes en el juicio" no puede prosperar: el recurrente no indica una a una cuáles fueron las pruebas mal apreciadas, ni si hubo errores de hecho o de derecho en esa estimación; no cita ni indica las leyes violadas por virtud de los errores en la estimación de las pruebas.

Es doctrina constante y uniforme de la Corte la de que no basta en casación alegar que el Tribunal apreció mal las pruebas de los autos, pues no siendo el recurso de casación una tercera instancia, la Corte no puede entrar a estudiar todo el proceso para decidir si están bien o mal apreciadas las pruebas; es preciso que el recurrente señale especialmente las pruebas en cuya estimación juzgue que el Tribunal incurrió en error evidente de hecho o en error de derecho.

"No es causal de casación el simple hecho de que el fallo recurrido no haga estimación expresa de una o más pruebas del proceso; es menester que el recurrente demuestre que con tal omisión el Tribunal incurrió en determinado error, bien porque diera por no probados hechos que lo estaban en dichas pruebas, o bien porque estimara probados otros cuya inexistencia aparecía establecida con las mismas, y que este error trajo como consecuencia la infracción de una o más disposiciones de la ley." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo III, número 245).

"Cuando se alega en casación mala apreciación de determinada prueba, ha de señalarse forzosamente la disposición legal infringida a causa de los errores de hecho o de derecho sufridos en esa mala apreciación, porque ésta no constituye causal de casación separada y especial, sino un simple motivo de la causal primera, consistente en violación de ley sustantiva." (Ibidem, número 246).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

1º No es casable la sentencia recurrida, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo con fecha diez y nueve de febrero de mil novecientos treinta y dos.

2º Se condena al recurrente al pago de las costas del recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Por medio de apoderado el señor Manuel R. de Mosquera demandó, ante el Juez del Circuito de Pasto, la división del predio denominado **Las Minas**, situado en el Municipio de Buesaco, del Departamento de Nariño.

Con citación de los comuneros expresados en la demanda, verificó la partición el partidor designado para el efecto, señor Juan Florencio Villarreal.

Después de haber sido objetada la división en varios puntos y reformada de acuerdo con las objeciones que hicieron algunos de los partícipes, el Juez del conocimiento aprobó el trabajo del partidor.

El Tribunal Superior de Pasto, por sentencia de veintisiete de octubre de mil novecientos treinta y dos, confirmó la sentencia del Juez.

Contra la del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de los comuneros Primitivo López y José Santos Armero.

Llegados los autos a esta Corte se dio traslado a la parte recurrente por el término legal; pero como lo informa el señor Secretario y aparece del expediente, el recurso no ha sido fundado ante esta Superioridad, ni lo fue ante el Tribunal, por lo que la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, con aplicación del artículo 532 del Código Judicial, declara desierto tal recurso, interpuesto contra la sentencia de que se ha hecho mención.

Sin costas, por no aparecer que se hayan causado.

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

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Según resulta de autos, en escrito o libelo de demanda fechado el siete de octubre de mil novecientos cinco, se pidió ante el Juzgado del Circuito de Buga la división de los predios comunes denominados **Albornoz** y **Yarumal**, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 38 a 90 de la Ley 30 de 1888. Admitida la demanda, y surtidas las correspondientes diligencias, el juicio terminó con la sentencia de nueve de mayo de mil novecientos veintiocho, por la cual los árbitros nombrados aprobaron la partición de los referidos terrenos hecha por el agrimensor, doctor Julio Sanclemente Soto, sentencia que, por apelación concedida a algunos interesados, fue confirmada por la del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de veinticinco de agosto de ese mismo año.

Con copias de algunas de las piezas de aquel proceso, Jaime Reina, Fidedigno Jiménez, Micaela Salguero, Higinia Ramírez, Arcesio Arce y otros, en escrito repartido al Juzgado Segundo del Circuito de Buga el cinco de febrero de mil novecientos veintinueve, promovieron demanda ordinaria contra Julio Hurtado H., Enrique Saavedra, Vicente Jaramillo, Cayetano Valverde y Agustín Fernández, diciendo en la parte petitoria de ese libelo:

"Establecemos por medio de este escrito demanda de nulidad absoluta, o bien nulidad relativa (demanda principal y subsidiaria) para que se ordene en sentencia definitiva, que tenga como lindero sur del indiviso, el curso natural del río Sonso, y que la división debe hacerse es por ese lindero, además de los otros no disputados, a saber: la ciénaga y terrenos de **Sepulturas** y **Chilcal**, al Oriente; al Occidente, el río Cauca; Norte, el río Buga, y Sur, como ya se dijo, el antiguo cauce del río Sonso, hasta su confluencia con el río Cauca."

Los demandados propusieron la excepción dilatoria de inepta demanda que se declaró probada, por auto del mismo Tribunal Superior de Buga, de veinticinco de septiembre de mil novecientos veintinueve, y, en escrito de veintiocho de octubre siguiente, los demandantes reformaron su demanda así:

"Establecemos esta demanda—dicen—contra los señores Julio Hurtado, Vicente Jaramillo y Enrique Saavedra, vecinos de Buga, y contra los señores Cayetano Valverde y Agustín Hernández, vecinos de Yotoco, para que se declare absolutamente nula la división en partes materiales del terreno de **Albornoz**, fechada el treinta de abril de mil novecientos veintiocho y aprobada por el arbitramento en sentencia de fecha nueve de mayo de mil novecientos veintiocho.

"Que si no reconoce el juzgador la nulidad absoluta se sentencia la nulidad relativa de la misma división para que rescinda.

"Que esta segunda petición es subsidiaria.

"3ª Que sentenciada la nulidad de dicha división sea absolutamente o relativa, se reponga la partición o división mediante la orden que se dé al agrimensor y a los árbitros en la sentencia que se debe rehacer la división, poniendo como lindero del terreno de **Albornoz**, al Sur, el álveo antiguo y natural del río Sonso, dejando en los demás puntos cardinales los linderos conforme a la demanda de división de los terrenos de **Yarumal y Albornoz**, a saber: por el Sur, el curso natural del río Sonso; por el Oriente, la ciénaga y terrenos de **Sepulturas y Chilcal**; al Occidente, el río Cauca; Norte, el río Buga.

"4ª Que los demandados paguen las costas del juicio. (Consideramos a estos demandados culpables de esta nulidad por haber hecho por medios vedados que los árbitros recibieran una suma de regalo con paliación de sueldo, nombre figurado) para que hicieran lo que expresaron claramente, esto es, que terminaran el juicio sin consideración a las solicitudes sobre lindero sur del indiviso.

"Esta demanda—agregan los demandantes—se funda en los siguientes hechos:

"Primero. Que se demandó y se hizo ante árbitros juicio de división de los terrenos de **Yarumal y Albornoz**, situados en el Distrito de Buga, y conocidos por los siguientes linderos: la ciénaga y terrenos de **Sepulturas y Chilcal**, al Oriente; al Occidente, el río Cauca; al Norte, el río Buga, y al Sur, el antiguo cauce del río Sonso.

"Segundo. Que en esa división se prescindió del lindero sur de **Albornoz**, según los títulos y la demanda de la división, para acogerse al agrimensor y los árbitros a un lindero erróneamente dado en la división del terreno de **Palma y Pantanillo**.

"Tercero. Que mediante esa adopción indebida de lindero, pierde el indiviso una extensión grande de unas mil plazas de tierra y en la misma proporción pierden los comuneros.

"Cuarto. Que en el convenio de linderos del presbítero Juan Antonio Gil del Valle con el señor José Salcedo y los demás interesados en las tierras de **Pantanillo** y del **Vínculo de Sonso**, según la escritura pública de 26 de enero de 1783, quedó sin alteración alguna el terreno de don José Racines, comprado al Real Fisco en pública subasta, como se demostrará con ella, pues en la escritura dicha sobre convenio de linderos se expresa que el zanjón de **Juan Sánchez** va por medio (no por el lindero) de las tierras de don José Racines, y concluye la escritura con la adición de que esa tierra queda en estabilidad, significando así que no son materia del compromiso de linderos.

"Quinto. Que las tierras compradas a la orilla del Cauca por don José Racines, las mismas que se llaman **Albornoz**, compradas al Rey, tienen por lindero al Sur, el cauce natural del río Sonso, cuyo curso se ha demostrado en un croquis, mapa o descripción topográfica o ictnográfica de las tierras que moran al sur del Distrito de Buga y al norte de Guacarí, desde la Cordillera Central de los Andes hasta el río Cauca.

"Sexto. Que en ese mismo mapa, que fue aceptado por los interesados, que lo hicieron levantar y luégo copiar con autorización de escribano, consta la acequia que va a formar el zanjón de **Juan Sánchez** y las otras corrientes de agua, con la particularidad de que en esa lejana época que puede ser de dos siglos y aún más, la quebrada de tapias confluía a Cauca y corría sobre las tierras de Pantanillo, mientras hoy confluye a Sonso, antes de llegar a **Pantanillo**.

"Séptimo. Que cuando se hizo el compromiso de linderos ahora siglo y medio, ya se mencionó que había necesidad de trazar el lindero entre Pantanillo y el **Vínculo de Sonso**, pero no se trazó lindero con el **Albornoz**, de manera que es falso lo que dice la división de Palma y Pantanillo acerca de que sea lindero de **Albornoz** el zanjón de **Juan Sánchez** y el zanjón de **Guabito**, y por consiguiente se ha consignado en la división de **Yarumal y Albornoz** una cosa falsa al adoptar como lindero el de la división de **Palma y Pantanillo**.

"Octavo. Que los señores **Julio Hurtado**, Vicente Jaramillo, Enrique Saavedra, vecinos de Buga; Agustín Fernández y Cayetano Valverde, vecinos de Yotoco, provocaron e incitaron por medio de un memorial a los árbitros doctores Miguel Pombo, Roberto Becerra y José Joaquín Hurtado que se aumentaran por sí y ante sí sus honorarios, a pesar de que es el Juez del Circuito quien hace eso para que los árbitros no reciban regalos ni dádivas de ninguna clase, y que en efecto los árbitros se aumentaron las remuneraciones por esa incitación, por resolución fuera de facultades y fuera de materia de la secuela del juicio, y tomaron los aumentos en las épocas fijadas en la misma resolución, por lo cual quedó violada la prohibición del Código Penal.

"Noveno. Que los mismos individuos exigieron a los árbitros que acabaran la división sin más diligencias de aclaración de linderos, así como la ha hecho con mutilación del globo de tierra de Albornoz, perdida por los comuneros.

"Décimo. Que las tierras indebidamente excluídas de la división han quedado abandonadas por el mismo arbitramento en favor de **La Palma y Pantanillo**, lo cual es un abuso de los árbitros, porque ellos solamente deciden en la causa en que conocen.

"Undécimo. Que los árbitros que hicieron la división de **La Palma y Pantanillo** no pusieron los linderos del indiviso en la sentencia ni hicieron adjudicación capaz de transferir el dominio o de constituir título de propiedad, y en la exposición del agrimensor se hallan errados completamente los linderos al norte de **La Palma y Pantanillo** y sur de Albornoz, porque no son esos los que corresponden a los documentos que cita el agrimensor.

"Duodécimo. Que la división del terreno de **Yarumal y Albornoz** se dio por concluída por los árbitros, y el expediente se remitió al Juzgado segundo del Circuito de Buga, para que se archivara.

"Décimotercero. Que en la división dicha resultan con hijuela, sin adjudicación judicial, los señores de la lista que se presentará por separado."

Invocan los demandantes como fundamento de su acción el artículo 1405 del Código Civil, en relación con los artículos 1741 y 1746 de la misma obra.

El apoderado de los demandados contestó así la demanda:

"Desde luégo rechazo la dicha demanda y niego el torcido derecho en que se apoya."

Y termina así:

"En cuanto a sus hechos, debo decir que son inócuos, porque ninguna relación tienen con el derecho en que se sustenta la demanda; pero debo contestarlos así: es cierto el número 1º No lo son el 2º y el 3º Al 4º, 5º, 6º y 7º, no les doy mi asentimiento, pero si fueran ciertos, ellos

no fundan en legalidad y derecho la nulidad de la partición provocada. No es cierto el 8°, mas si lo fuere, tampoco establece relación de derecho con la nulidad intentada; será un cargo contra los árbitros que intervinieron en el juicio divisorio. Es cierto el 9°, y él explica el interés natural y racional que correspondió a todos los interesados en un asunto o pleito para requerir una pronta terminación. No son ciertos el 10 y 11. Es cierto el 12 y no lo es el 13."

El 11 de octubre de 1930 se profirió la sentencia de primera instancia cuya parte resolutiva dice:

"El Juzgado declara que no hay nulidad, ni absoluta ni relativa, en la partición de los terrenos de **Yarumal** y **Albornoz**, verificada por el partidor doctor Julio Sanclemente Soto; absolviéndose, como se absuelve, a los demandados señores Julio Hurtado H., Enrique Saavedra, Vicente Jaramillo, Cayetano Valverde y Agustín Hernández, de los cargos contenidos en la demanda propuesta y de que se ha venido haciendo mención. Se hace esta declaración, porque ameritando la diligencia de inspección ocular practicada por este Juzgado, durante el término probatorio, en ella únicamente se pudo constatar el cauce antiguo del río Sonso, pero no que él, en realidad de verdad, fuese el límite sur del terreno de **Albornoz**, y norte de los terrenos **La Palma** y **Pantanillo**. Por consiguiente, no hay lugar a declarar que el lindero sur del terreno de **Albornoz** sea el mencionado cauce natural del río Sonso. Sin costas."

Esa sentencia apelada por el demandante **Jaime** Reina fue confirmada por la que en segunda instancia profirió el Tribunal Superior de Buga el treinta y uno de mayo de mil novecientos treinta y dos, y contra la cual el mismo demandante Reina interpuso el recurso de casación que la Corte ha admitido y procede a fallarlo.

Alega el recurrente la primera causal de casación de que trata el artículo 520 del Código Judicial, y, en apoyo de ella, aduce, entre otros motivos, lo siguiente:

"No hay constancia en los autos de que los dueños de **La Palma** y **Pantanillo** hubieran alegado en la división de **Yarumal** y **Albornoz** derecho sobre la propiedad de la zona comprendida entre los dos cauces del río Sonso, y hubo por consiguiente ejercicio de funciones para las cuales ni el agrimensor ni los árbitros estaban facultados. En esas condiciones el Tribunal debió declarar la nulidad pedida, porque vinieron los árbitros y el agrimensor a resolver cuestiones de propiedad sin ninguna facultad legal.

"El Tribunal incurrió en un error de derecho, porque dio al artículo 1388 del Código Civil una interpretación completamente errónea, pues creyó llegado el caso de resolver una cuestión de propiedad que no era de su resorte.

"Por este aspecto el Tribunal violó los artículos 1505, 1506 y 1507 del Código Civil."

Esta acusación tiene como fundamento las siguientes razones, expuestas en la parte motiva de la demanda de casación:

"De autos aparece—dice el recurrente—que perteneciendo los predios de **Yarumal** y **Albornoz** a una comunidad que tanto por su antigüedad como por el número de comuneros y valor de la cosa común, estaba en el caso del artículo número 36 de la Ley 169 de 1896, hubo de someterse para su partición a la Ley 30 de 1888, que contiene todas las reglas que son pertinentes a la división de comunidades que reúnen aquellas condiciones.

"Consta que con observación de esas disposiciones los comuneros de **Yarumal** y **Albornoz**, propusieron su demanda de división de tales terrenos con fecha 7 de octubre de 1905, dando a ellos como linderos generales que comprendieron ambos predios, los siguientes: 'Por el Oriente, el zanjón denominado **La Ciénaga** y terrenos de **Sepulturas** y **El Chilcal**; por el Occidente, el río Cauca; por el Norte, el río Buga, y por el **Sur**, el antiguo cauce del río Sonso, hasta su confluencia con el río Cauca.'

"Se cumplió así indudablemente con las exigencias del artículo 1295 del Código Judicial vigente entonces y con el 41 de la Ley 30 de 1888, que piden la determinación clara y precisa del objeto materia de la división.

"Es forzoso sostener que la demanda fue la base necesaria de la sentencia definitiva y con fuerza de definitiva, y que toda variación que en ella se estableciera sólo podía ser obra del actor dentro de las facultades que el (sic) confería el artículo 268 del mismo Código Judicial.

"Y fue tan estricta y obligatoria en el caso que se contempla la determinación del objeto de la demanda, que sin ella no lo (sic) fue dado al juzgador proferir fallo definitivo o con fuerza de tal, porque a ello se oponía el artículo 835 del Código Judicial vigente para aquel juicio que textualmente dice:

'La sentencia definitiva o con fuerza de definitiva debe recaer sobre la cosa, la cantidad o el hecho demandado; pero nada más que sobre esto, y contendrá una parte motiva y otra resolutiva.'

"Ahora bien: si es demandante el que reclama ante el Poder Judicial la eficacia de un derecho, iniciando así el pleito, es forzoso sostener que ni los árbitros ni el agrimensor nombrado de conformidad con la Ley 30 de 1888 podían asumir aquel carácter, del todo ajeno a las funciones especiales que la misma Ley les atribuye."

Y más adelante agrega:

"No corresponde, pues, a los Jueces, variar lo pedido por las partes, sino decidir sobre la demanda y nada más que sobre ella, de donde se deduce sin esfuerzo que la sentencia del tribunal de árbitros fechada en Buga en 9 de mayo de 1928 se consideró y aprobó el trabajo de partición y agrimensura del doctor Julio Sanclemente Soto, no sobre el terreno alinderado en la demanda de división de los terrenos de **Yarumal** y **Albornoz**, sino sobre otro terreno alinderado por él, a que dio el mismo nombre, extralimitó sus funciones fallando un asunto para el cual no estaba facultado, pues no era materia de división el terreno arreglado al parecer del agrimensor por linderos hechos a su amaño sino el señalado en la demanda que dio origen al juicio.

"Y es de notar, señores Magistrados, que en el mismo error incurrió el Tribunal Superior de Buga, a donde fue el negocio en apelación, porque en su sentencia de 21 de agosto de 1928 dijo éste en su parte resolutiva:

'Por lo expuesto, el Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la sentencia que pronunció el tribunal de arbitramento en el juicio de división en los terrenos de **Yarumal** y **Albornoz**, en lo que ha sido materia de la apelación.'

"El tribunal de arbitramento quiso, en defensa de sus pretensiones, darle al artículo 57 de la Ley 30 de 1888 una

interpretación que ese artículo no permite, pues no hay entre los seis ordinales que lo componen y que expresan las atribuciones de los árbitros, disposición alguna que les dé la facultad de cambiar la demanda en ninguna forma, bien sea sustituyéndola por otra, corrigiéndola o enmendándola.

"Y si se pasa a considerar el artículo 64 de la misma Ley, que trata de las atribuciones del agrimensor, se llegará a la conclusión de que el doctor Julio Sanclemente Soto no pudo dentro de sus atribuciones cambiar, bien fuera suprimiendo o aumentando tierras de la comunidad, la línea precisa que por el Sur indicaron los comuneros en su demanda."

Transcribe el recurrente el texto del citado artículo 64, y concluye así:

"De este artículo normas de procedimiento que no fueron observadas por el agrimensor, pues ni atendió a las instrucciones de los interesados, sujetándose a ellas, ni levantó el plano del terreno, cuya división se pidió, porque pensando según su criterio que el lindero sur del terreno era otro, lo cambió, haciendo de la comunidad un terreno más pequeño, es decir, la cosa no es esencialmente la misma que se indicó en la respectiva demanda.

"Surgió de esa incomprensión de las verdaderas funciones que les incumbían a los árbitros y al partidor agrimensor, la necesidad para los interesados comuneros de desconocer la validez de aquellos actos extraños a la demanda que inició el juicio, pues no podía ser que demandada una cosa se resolviera otra distinta, contra el mandato imperativo del artículo 835 del Código Judicial entonces vigente."

Los conceptos fundamentales del fallo los resume el Tribunal en el párrafo final de su parte motiva, que es de este tenor:

"En síntesis: lo que se saca en conclusión es que en el año de 1889 se dividieron los vínculos de **Pantanillo** y **La Palma** por una línea norte que dicen los demandantes avanzó sobre las tierras de **Yarumal** y **Albornoz**, cogiendo de éstas una faja de mil plazas por lo menos, pero de ese hecho no hay prueba alguna, y aun habiéndola, es decir, ni aun siendo cierto, fundaría la causal de nulidad que se alega contra la partición de los expresados predios de **Yarumal** y **Albornoz**, porque en tanto que no se obtenga en otro juicio la reivindicación de la faja comprendida entre el cauce antiguo del Sonso y la línea que se trazó como límite norte de **Pantanillo** y **La Palma**, el indiviso de **Yarumal** y **Albornoz** quedó reducido a la cabida que esta línea le dejó, y el agrimensor no podía hacer otra cosa que dividir hasta allí. Otra cosa sería si se hubiera aprobado que maliciosamente el partidor había dejado una parte del indiviso sin incluir en la partición, pues entonces sí estaría dicha partición afectada de nulidad."

Para resolver, se considera:

Establecía el artículo 1295 del Código Judicial, bajo el cual se siguió este juicio, que "cuando sin ser por causa de sucesión haya de procederse a la división de bienes comunes, el condueño o comunero que la pretenda dirigirá su solicitud al Juez competente, expresando con toda claridad y precisión el bien o los bienes que hayan de dividirse, y las personas entre quienes haya de tener lugar la división, con expresión de su domicilio," y "el valor total se dividirá entre todos los interesados en proporción a sus derechos" (artículo 2338 del Código Civil).

"Al solicitarse la división de un predio común, se expresarán claramente los linderos, el número y nombre de los interesados de que se tenga noticia, el derecho que a cada uno corresponde, los sitios o localidades de ubicación, la servidumbre de aguas y caminos de que goza o que le afecte, las diversas clases de terreno, abrevaderos y aguas vivas que lo bañan" (artículo 41, Ley 30 de 1888).

"Cuando haya de dividirse un terreno común, el Juez hará avaluarlo por peritos, y el valor total se distribuirá entre todos los interesados en proporción a sus derechos" (artículos 2338 del Código Civil y 65 de la Ley 30 de 1888).

Para la división de un predio en casos como el que aquí se contempla, los comuneros han de nombrar tres peritos y dos agrimensores, y "corresponde a los agrimensores hacer la división empezando por levantar un plano topográfico del terreno cuya división se ha pedido".... esto es, un plano topográfico del terreno individualizado en la demanda.

Por su parte los árbitros a quienes el Juez del conocimiento debe pasar el expediente, tienen entre sus atribuciones la de "dar a los agrimensores las instrucciones necesarias para que procedan a lo de su cargo, expresando en ellas los linderos del predio común," y que han de ser necesariamente, los fijados por los demandantes en el libelo de demanda.

No existe, ni ha existido durante el curso de este juicio, disposición alguna que autorice a los agrimensores ni a los árbitros para variar los linderos del predio cuya división se ha pedido ni para resolver cuestiones de propiedad de personas extrañas a la comunidad, cuestiones que, como lo hace notar el recurrente, ni siquiera se han suscitado en este juicio. El deber de los árbitros era el de darle a los agrimensores las instrucciones necesarias para el levantamiento del plano topográfico del terreno que habían de dividir, de acuerdo con lo pedido en la demanda, y los agrimensores no podían dejar de cumplir esas instrucciones sino en caso de oposición de persona o entidad extraña a la comunidad que alegara derecho, exclusivo sobre todo o parte del terreno comprendido dentro de los referidos linderos, caso en el cual apenas podían los agrimensores haber suspendido sus trabajos mientras el punto se decidía por los Jueces competentes. Ni aun en ese caso podían los agrimensores, ni tampoco los árbitros, reducir la cabida del terreno, variando los linderos expresados en la demanda, a no ser que, de común acuerdo, así lo resolvieran los comuneros.

Por estas razones la Corte estima fundada la acusación del recurrente, y es por tanto casable la sentencia.

Para fundar el fallo de instancia con que ha de ser reemplazado el del Tribunal, conviene agregar a lo que se deja expuesto que nada de lo que se hiciere en el juicio de división de los vínculos de **Pantanillo** y **La Palma**, puede perjudicar a los dueños de las tierras proindivisas de **Yarumal** y **Albornoz**, que no fueron parte en él. Además, ninguno de los documentos que obran en este proceso, referentes a la división de **Pantanillo** y **La Palma**, ha sido traído al juicio por los dueños de esas tierras, en calidad de tales, ni con propósito de variar los linderos de **Albornoz** y **Yarumal** fijados en la demanda, y, aun en caso de que alguien se hubiera opuesto a que el lindero meridional de los terrenos últimamente citados traspasara "la línea que se trazó como límite norte de **Pantanillo** y **La Palma**, los árbitros carecían de jurisdicción para decidir sobre el particular.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de

Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida dictada en la presente causa por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el veintiuno de mayo de mil novecientos treinta y dos, y en su lugar resuelve:

1° Revócase la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Segundo del Circuito de Buga en este mismo juicio el once de noviembre de mil novecientos treinta.

2° Declárase absolutamente nula la división en partes materiales del terreno de Alhornoz, hecha por el agrimensor doctor Julio Sanclemente Soto, con fecha treinta de abril de mil novecientos veintiocho, y aprobada por los árbitros que actuaron en ese juicio en sentencia de nueve de mayo de ese mismo año, y ordénase rehacer esa división de acuerdo con lo pedido en la demanda, esto es, sobre el terreno individualizado en la demanda con que aquel juicio se iniciara.

Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio nueve de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado 3° del Circuito de Cúcuta, Nicolás Morales, en su propio nombre, intentó juicio ordinario contra Rafael Angel, para que se declare:

"1° Que es nula por causa de simulación la escritura pública número 569, de 25 de julio de 1913, otorgada ante el Notario 1° de este Circuito.

"2° Que consecuencialmente se condene a Rafael Angel a restituirme las dos casas descritas en el cuerpo de esta demanda. Subsidiariamente solicito se condene a Rafael Angel a indemnizarme los perjuicios que me causó con su conducta dolosa al manifestarme que no importaba que se venciera el pacto de retracto y que él en todo caso me restituiría por los mil pesos las casas arriba descritas, y al solicitar de mí que le entregara las llaves de las casas para arrendarlas él y que cuando los arrendamientos que percibiera alcanzaran a mil pesos me restituiría las casas, convenio éste que no cumplió. Estos perjuicios no pueden ser menores de cinco mil pesos, dado que yo sólo debía pagarle mil pesos y las casas en cuestión no valen menos de seis mil pesos. En todo caso pido también que Angel sea condenado a pagar las costas y costos del juicio."

El 2 de septiembre de 1929, el Juez de la causa pronunció sentencia absolutoria del demandado, y por apelación del actor, el Tribunal Superior de Pamplona confirmó la de primera instancia.

La misma parte interpuso casación. La Corte declaró admisible el recurso por auto de fecha 31 de marzo de 1933.

Del asunto se dio traslado al recurrente por el término legal, quien dejó transcurrir todo el término sin fundar el recurso. Según el artículo 532 del Código Judicial, "si el recurso no se funda dentro del término legal, la Sala lo declara desierto y condena en costas a la parte recurrente." Es, pues, la oportunidad de aplicar la sanción establecida en el citado artículo 532.

Por tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, pronunciada en este juicio con fecha veinte de abril de mil novecientos treinta y dos.

Se condena al recurrente al pago de las costas del recurso, si se hubieren causado.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio diez de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Pablo E. Melguizo formuló algunas objeciones contra el acto de partición llevado a cabo por el doctor Manuel Uribe del Valle en el juicio que se siguió para la división por venta de una casa situada en la ciudad de Medellín.

El Juez rechazó las objeciones y el Tribunal de Medellín, por apelación del señor Melguizo, confirmó en todas sus partes la sentencia.

Contra este proveído se interpuso recurso de casación, que fue admitido por auto que ya está ejecutoriado, y que ahora se pasa a estudiarlo, previos estos antecedentes necesarios para la decisión.

La sentencia materia del recurso se dictó el veintitrés de mayo de mil novecientos treinta y dos, cuando ya estaba en vigencia la Ley 105 de 1931, y el recurso se concedió bajo la vigencia de la misma Ley, de suerte que él ha de regirse por las disposiciones del nuevo Código Judicial, así como debió regirse la apelación y la sentencia del Tribunal, por disposición del artículo 1228 del Código Judicial.

El recurrente alega como causal de casación la señalada en el numeral 6° del artículo 520 del Código Judicial, porque se incurrió en una de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 de allí, puesto que la demanda de partición del bien común sólo se le notificó al marido de la señora Solina Escobar, y por este concepto considera el recurrente que se han infringido los artículos 310 del Código Judicial antiguo y los artículos 123 y 126 de la Ley 105 de 1890.

La Corte considera:

La sentencia de primera instancia se dictó el veintisiete de enero de mil novecientos treinta y dos, ya bajo la vigencia del nuevo estatuto judicial, y por consiguiente ha debido el Juez aplicar las disposiciones de esa Ley, como lo ordena el artículo 1228. La sentencia del Tribunal también ha debido aplicar las disposiciones de la Ley nueva, de suerte que el sentenciador no tenía porqué aplicar los artículos que cita el recurrente, que estaban virtualmente derogados cuando se dictó el fallo y por consiguiente ellos no pueden ser hoy acusados en casación, puesto que no regían cuando se decidió la controversia, ni el Tribunal en su sentencia los invocó para fundamentar su proveído.

La acusación ha debido hacerla el recurrente con citación de los artículos de la nueva Ley, que dispusieron que el no notificarse a la mujer casada una demanda

dirigida contra ella, cuando previamente se le ha notificado a su marido, su representante legal, y habiéndose éste apersonado en el juicio, induzca nulidad de lo actuado, para que pudiera prosperar la causal señalada por el recurrente.

Por estos motivos, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha veintitrés de mayo de mil novecientos treinta y dos.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio doce de mil novecientos treinta y tres.

Ante el Juzgado 2º del Circuito de Bogotá, Ricardo Rodríguez J. y María Rodríguez de Cabrales, esta última en su propio nombre y en el de los menores María Inés y Agustín Cabrales, iniciaron juicio ordinario contra Miguel Alberto Vargas Triana.

Demandantes y demandado apelaron de la sentencia de primera instancia, y por consiguiente la obligación de suministrar papel para la sentencia de segundo grado, es común a ambas partes, según lo dispuesto por el artículo 346 del Código Judicial. Ninguna de las dos partes suministró el papel sellado, y la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá tuvo que ser extendida en papel común, lo mismo que el edicto para notificarla. En esa sentencia, que lleva fecha cuatro de noviembre de mil novecientos treinta y dos, se resolvió el pleito así:

"1º Condénase a Miguel Alberto Vargas Triana a pagar a Ricardo Rodríguez J. la mitad del valor de las gestiones hechas por sus apoderados principal y sustituto, doctores Agustín Cabrales y Luis A. Rodríguez Rey, en el juicio ordinario que cursó en el Juzgado 6º de este Circuito, seguido por el nombrado Vargas Triana contra Eduardo Baquero y Eugenio Pardo. Su importe será fijado en la ejecución de esta sentencia, y en su fijación se tendrá en cuenta que tales honorarios deben ser proporcionados a los servicios prestados por los abogados doctores Agustín Cabrales y Luis A. Rodríguez Rey, según lo dicho en la parte motiva de este fallo, y a la cuota pactada en la adición hecha con fecha diez de mayo de mil novecientos diez y siete al documento que forma los folios 4 y 5 del cuaderno número 1 de este proceso.

"2º Se absuelve al mismo demandado Vargas Triana de los demás cargos formulados en la demanda principal.

"3º Declárase no probada la excepción perentoria de prescripción.

"4º Se absuelve a los demandados en la demanda de reconvención de todos los cargos formulados en ella; y

"5º No se hace condenación en costas ni en la primera ni en la segunda instancia.

"Queda en estos términos reformada la sentencia que se revisa.

"Se confirma el fallo de fecha siete de octubre de mil novecientos treinta, por medio del cual se adiciona la sentencia de primera instancia."

Demandantes y demandado interpusieron casación contra la sentencia del Tribunal, sin que hasta la fecha hayan suministrado las estampillas de timbre necesarias para habilitar las doce hojas de papel común en que se extendió la sentencia y se hizo su notificación por edicto.

Según el artículo 351 del Código Judicial, "si la parte obligada no suministra el papel que le corresponde, el Secretario lo suple con papel común. 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 emplearse, estampillas que se adhieren a los autos y se anulan por el Secretario."

Interpretando este artículo, la Sala de Casación, reunida en pleno, sentó la siguiente doctrina:

"De suerte que, con la mira de eludir estos inconvenientes y procurar la firmeza de la actuación, importa adoptar la primera interpretación respecto de que la verdadera fecha (la fecha procesal, pudiera decirse), de la petición que hace la parte remisa, se entiende ser aquella en que cumplió la revalidación con estampillas de las hojas de papel común con que se había suplido el sellado. La parte no puede formular ninguna petición o gestión hasta que se ponga a paz y salvo con las prescripciones legales atañaderas al papel sellado: tal es, en puridad, el sentido del artículo que se estudia."

Como en este caso los recurrentes dejaron pasar todo el término de los quince días que señala el artículo 521 del Código Judicial, sin suministrar las estampillas para habilitar el papel, ni lo han hecho aún, hay que considerar el recurso como no interpuesto en tiempo. Como consta en el juicio, se suministraron las estampillas requeridas legalmente para la sentencia, pero las partes no suministraron ni han suministrado hasta hoy las estampillas correspondientes al papel en que se extendió la sentencia y su notificación, piezas que se extendieron en papel común.

Por tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, declara inadmisible el recurso de casación interpuesto y ordena se devuelvan los autos al Tribunal de su origen.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la Gaceta Judicial.

JOSE MIGUEL ARANGO. José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veinte de junio de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Alberto Sierra A. demandó a la sucesión ilíquida de la señorita Aura María Sierra, representada por el señor José de Jesús Sierra, para que se hicieran estas declaraciones:

"a) Que se condene a la sucesión dicha a pagarle la cantidad de ocho mil pesos ($ 8,000) oro, que la señorita Aura María Sierra en la cláusula quinta de su testamento solemne declaró deberle al demandante con sus intereses legales desde la notificación de la demanda hasta el día del pago;

"b) Que se decrete el beneficio de separación de bienes del acervo hereditario, que deben destinarse y quedar afectos al pago de dicha acreencia;

"c) Que se condene en costas a la demandada."

El Juez falló de acuerdo con las peticiones de la demanda, y más tarde, a solicitud de la parte demandante, adicionó la sentencia en el sentido de condenar a la parte demandada al pago de una multa de treinta pesos ($ 30) por no haberse demostrado la falsedad del testamento. El Tribunal revocó la sentencia, menos en cuanto a la multa.

Se interpuso recurso de casación contra este proveído, que admitido por la Corte, se estudia en seguida.

Considera el recurrente en primer término, que el Tribunal violó el artículo 1228 de la Ley 105 de 1931 (Código Judicial vigente), por cuanto no declaró ejecutoriada la sentencia de primera instancia, dando aplicación al artículo 17 de la Ley 39 de 1931.

Esta acusación se refiere al auto de primero de abril de mil novecientos treinta y dos, dictado con anterioridad a la sentencia del Tribunal, por el cual esta entidad declaró no ejecutoriada la sentencia de primera instancia. Como se ve, la acusación no se refiere a la sentencia materia del recurso de casación sino a un auto anterior a ella, ya ejecutoriado, auto que escapa a la casación.

En segundo lugar se considera quebrantado el artículo 1191 del Código Civil, porque la deuda de los ocho mil pesos ($ 8,000), confesada en la cláusula quinta del testamento, no hay razón para estimarla como legado gratuito, una vez que esa confesión sí tiene un principio de prueba por escrito, como son las cartas que se acompañaron a la demanda, suscritas por la testadora. Esta violación es consecuencia de la mala apreciación de la prueba sobre la autenticidad de tales cartas.

El Tribunal apreció el dictamen pericial practicado con el objeto de demostrar la autenticidad de las cartas, y no lo aceptó por las razones que se exponen en la sentencia, y el recurrente no ha comprobado que al apreciar esa prueba hubiera el Tribunal errado de hecho o de derecho.

Respecto de las declaraciones de Lucrecia y Luis Felipe Espinosa, el Tribunal las aprecia, conceptuando respecto de la primera que es tan deficiente la razón que da de su dicho, que no trae el juzgador ninguna convicción sobre la verdad de los hechos sobre lo que declara, y en cuanto a la segunda, conceptúa el Tribunal que el testigo tan sólo expresa un concepto, pero no que afirme un hecho.

Respecto del otro testigo, también conceptúa el Tribunal que por ser único no hace plena prueba respecto de la primera carta a que se refiere su testimonio, y que respecto de las otras dos, el testigo apenas expresa un mero concepto.

No ha dicho el recurrente en qué consiste el error del Tribunal en la apreciación de estas pruebas, y por consiguiente es imposible en casación declarar que el Tribunal haya incurrido en algún error al apreciarlas.

No prosperando la acusación por error de hecho y de derecho acerca de la apreciación de las pruebas, es decir, quedando subsistente el hecho afirmado por el Tribunal de que la deuda confesada en el testamento no tiene un principio de prueba por escrito, la apreciación que hizo el Tribunal del artículo 1191 del Código Civil, es correcta.

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

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha doce de julio de mil novecientos treinta y dos.

Segundo. Se condena en las costas del recurso al demandante recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado 5º del Circuito de Bogotá, Vicente Prieto intentó juicio ordinario contra Ariosto Prieto, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que Ariosto Prieto le adeuda, de plazo vencido, desde el 23 de septiembre de 1921, la suma de cinco mil doscientos pesos oro acuñado colombiano y los intereses de esta suma, desde esa fecha, a la rata del uno y medio por ciento mensual.

"2ª Costas."

Como hechos fundamentales de la acción, expone los siguientes:

"1º Que el día 23 de marzo de 1921 celebré con Ariosto Prieto un contrato en virtud del cual yo le vendí las existencias del taller de joyería **El Arte**, consistente en joyería, platería, marmolería, herramientas y útiles, en general lo existente en el taller y que representaba mi capital aportado a dicha empresa, por la suma de ocho mil pesos.

"2º Que como parte del precio de los ocho mil pesos me quedó a deber Ariosto Prieto la suma de cinco mil doscientos pesos oro acuñado, lo que debía entregarme el día 23 de septiembre de 1921.

"3º Que se comprometió Ariosto Prieto a pagarme en la mora el interés del uno y medio por ciento mensual.

"4º Que el saldo de dos mil ochocientos pesos me los dio en unos créditos por $ 1,600 contra Carlos Bonitto y $ 1,200 en efectos y dinero.

"5º Que las condiciones y términos de dicho contrato se hicieron constar en documento privado de fecha 23 de marzo de 1921, documento que fue suscrito por los dos contratantes.

"6º (sic). Que desde el día del negocio en referencia, yo me separé del establecimiento de **El Arte**, negocio y establecimiento que ya manejaba Ariosto Prieto como socio administrador de la firma social **A. Prieto y Compañía**.

"6º Que desde el día 23 de marzo de 1921, Ariosto Prieto quedó en poder del establecimiento (sic) de **El Arte** con todos los elementos y mercancías que en esa fecha tenía.

"7º Que al separarme y al vender lo que yo tenía en el establecimiento de **El Arte**, el día 23 de marzo de 1921, yo no retiré ninguna mercancía.

"8º Que Ariosto Prieto no me ha pagado la suma de cinco mil doscientos pesos que me quedó a deber como parte del precio de la venta de lo que me correspondía en el establecimiento de **El Arte**."

El demandado contradijo las acciones y negó todos los hechos. Propuso, además, las excepciones de falta de causa, inexistencia de la obligación, nulidad del contrato que consta en el documento, petición antes de tiempo o de un modo indebido y compensación.

El Juez de la causa, en fallo de 15 de septiembre de 1925, declaró probada la excepción de petición antes de

tiempo o de un modo indebido y absolvió por este concepto al demandado, condenando en costas al demandante.

Por apelación de Vicente Prieto, el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de noviembre 21 de 1931, revocó la de primera instancia, y en su lugar dispuso:

"1ª Declárase que el señor Ariosto Prieto le adeuda al señor Vicente Prieto, de plazo vencido, desde el veintitrés de septiembre de mil novecientos veitiuno, la suma de cinco mil doscientos pesos ($ 5,200) oro acuñado colombiano, y los intereses de esa suma desde esa fecha, a la rata del uno y medio por ciento mensual, todo al tenor del documento privado base del juicio, de fecha veintitrés de marzo del año mencionado.

"2ª Declárase no probadas las excepciones perentorias propuestas por el demandado en la contestación de la demanda.

"3ª No hay costas ni en la primera ni en la segunda instancia."

El demandado interpuso casación. La Corte declaró admisible el recurso por auto de fecha 16 de junio de 1932. El recurrente alega la causal primera del artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

Como la Corte halla fundados los cargos relativos a la no entrega de las cosas vendidas, procede a estudiarlos.

"Error de derecho—dice el recurrente—en cuanto el Tribunal fallador estima que la falta de entrega de los libros de contabilidad de la compañía que da como existente no constituye en mora a don Vicente Prieto de cumplir sus deberes de vendedor "de su derecho en la compañía de la cual formaba parte.'

"Como en la última foja de la sentencia acusada el Tribunal estampa el concepto que constituye el presente motivo, cerrando así con broche de oro la defensa del demandante, yo, en defensa de la justicia y de la ley, lo califico de erróneo, en gracia de discusión, ya que no acepto la interpretación que el Tribunal le ha dado al contrato de compreventa tántas veces referido.

"La venta de una cosa corporal o incorporal implica la enajenación de todo lo que a esa cosa o derecho acceda, con excepción de ciertas calidades inherentes e inseparables por naturaleza de la persona misma del vendedor. Así que si se venden todos los derechos y acciones en una sociedad, hay obligación de entregar no sólo las existencias de los bienes que constituyen el haber de ella, sino también todos los libros de su contabilidad. Estos forman parte del haber de toda sociedad civil o comercial, y si una sociedad está formada por dos personas únicamente y en poder una de ellas, que vende sus derechos a la otra, están los libros, inventarios y papeles de la compañía, inmediatamente que esa persona ceda su calidad de socio le nace la obligación de entregar a la persona compradora esos libros, inventarios y papeles, sin que sea suficiente a excusar esa obligación la consideración de que la compañía ha quedado disuelta de hecho por la venta del derecho de un socio al otro, y que el comprador habrá de abrir nuevos libros al principar nuevas operaciones comerciales distintas a las anteriores. Por este aspecto no queda duda de que el Tribunal sentenciador dejó de aplicar al caso del pleito los artículos 542 y 543 del Código Judicial, 1608, 1609, 1880 y 1882 del Código Civil.

"Error de derecho por cuanto el Tribunal, habiendo estimado probados plenamente los hechos o circunstancias que clara y evidentemente demuestran la no entrega de las existencias que fueron vendidas por contrato que consta en el documento de 23 de marzo de 1921, no dio valor alguno a dichos hechos y los dio por desvirtuados con un indicio o circunstancia negativa, cual la de que el comprador por no haber reclamado ni contrademandado por dicha entrega, confiesa que si recibió las cosas materia de la compraventa.

"Después de extractar las declaraciones presentadas por la parte demandada, dice el Tribunal que con ellas queda establecido que el día de la venta don Vicente puso bajo llave algunas mercancías y se llevó las llaves, los libros y papeles que contenían las cuentas de la joyería; que don Vicente el día de la venta, y desde antes, mantenía en su casa de habitación joyas que en el documento vendió y que no entregó ni en el día de la venta o contrato ni en los días siguientes; y que don Ariosto reclamó de don Vicente, por medio de razones y de cartas, tanto las llaves como los libros y papeles. Estos hechos o circunstancias, y además el de los reclamos de don Ariosto se refieren también a las mercancías que le vendió don Vicente y que no le entregó nunca (puntos sobre los cuales declaran los testigos Arcadio Escobar, Alfredo García P., Ernesto Gutiérrez y Jorge Larrota) están plenamente probados en autos.

"Sin embargo, el Tribunal, contrariando la lógica jurídica y los principios legales, dio por acreditada la entrega de las mercancías y joyas, objeto del contrato celebrado entre Vicente y Ariosto Prieto, por la sola circunstancia de que en una carta escrita unos doce días después del 23 de marzo de 1921, fecha del contrato, y en una contrademanda escrita dentro del mes siguiente inmediatamente a dicha fecha, don Ariosto no hizo reclamo alguno sobre entrega de las mercancías y joyas. Buscó, pues, el Tribunal fallador en el vacío, en la inexistencia y en la misma falta de pruebas adecuadas que debiera haber presentado el demandante la comprobación plena e indudable de un hecho que real, efectiva y positivamente ha debido cumplir el demandante vendedor para poder en seguida exigir el pago de las cosas que ha debido entregar con tal carácter.

"Dejó de aplicar el Tribunal, por este aspecto, el artículo 607 del Código Judicial y el artículo 91 de la Ley 153 de 1887.

"Error de derecho por cuanto el Tribunal condena al demandado Ariosto Prieto al pago con intereses de la parte del precio de las existencias de mercancías y joyas que no le fueron entregadas inmediatamente después del contrato, ni se le han entregado todavía, y cuya entrega no ha sido probada en el pleito.

"Una de las obligaciones del vendedor es la de hacer entrega de lo que vende, inmediatamente después de celebrado el contrato. Mientras no haya hecho la entrega material de lo vendido no puede exigir el pago del precio porque el orden lógico de los actos que integran el fenómeno jurídico de la compraventa, exige que la cosa materia de la venta se entregue primero, y que en seguida el comprador pague el precio; y por lo mismo si esta entrega no se realiza oportunamente según la mente de la ley y la naturaleza de las cosas objeto de la enajenación, nace en el comprador inmediatamente también el derecho a exceptionar de no entrega cuando se trata de exigirle el precio de bienes de los cuales no se le ha puesto en posesión material. Y un fallo—como el que acuso—que condene al comprador que se encuentra en estas irregulares circunstancias, al pago no sólo del precio de lo que no se le ha entregado oportunamente, sino también

al pago de intereses moratorios, es violatorio de los artículos 754, 1603, 1609, 1880, 1882 y 1884 del Código Civil y 234 del Código de Comercio, y también de los artículos 542 y 543 del Código Judicial."

Se considera:

Con arreglo al artículo 1880 del Código Civil, "las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida."

"El vendedor—dice el inciso 1° del artículo 1882—es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él."

Conforme a las disposiciones transcritas, Vicente Prieto contrajo la obligación de entregar inmediatamente las cosas vendidas, puesto que en el contrato no se fijó tiempo para su entrega.

"En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos" (artículo 1609 del Código Civil).

En su condición de vendedor y de demandante, toca a Vicente Prieto probar la entrega de lo que vendió, inclusive los libros y llaves de caja correspondientes al negocio de joyería. Pero lejos de haber probado el demandante la entrega, existe en el juicio plena prueba de la no entrega de gran parte de las cosas vendidas.

Como lo dice la sentencia recurrida, "extractando las declaraciones de los testigos García, Gutiérrez y Larrotta, empleados de la joyería, resulta que éstos dan cuenta de lo siguiente: que por ser empleados de la joyería y estar al corriente de todos los negocios del taller, les consta que el día 23 de marzo de 1921 se hizo un documento de venta entre don Vicente y don Ariosto Prieto, en el cual se expresó que el primero vendía al segundo algunas existencias de dicho taller, existencias que el primero no entregó al segundo ni ese día ni después, pues algunas que estaban a la mano las reunió y guardó don Vicente en la caja de hierro, y en seguida se retiró, llevándose la llave de la caja en que las colocó; que por el conocimiento que tenían de los negocios y existencias del establecimiento de joyería El Arte, y por haberlas visto sacar algún tiempo antes de la venta del taller nombrado, les consta que Vicente el día de la venta tenía en su casa de habitación una parte de las existencias de mercancías que en el documento dijo vender a don Ariosto, y por haber permanecido en todas las horas hábiles del 23 de marzo y por algunos días y meses después en el recinto del taller, les consta que don Vicente no trajo ni entregó las mercancías que tenía en su casa; que por haberlo visto les consta que el día de la firma del documento, Vicente se llevó consigo todos los libros y papeles que contenían las cuentas del establecimiento, sin entregar a don Ariosto inventario ni copia alguna de dichas cuentas, por lo cual don Ariosto le estuvo reclamando a don Vicente verbalmente y por escrito la entrega de los libros y de las existencias del taller, lo mismo que la llave de la caja en que decía don Vicente tenía guardadas todas las mercancías objeto del contrato; que por haber visto los libros y haber presenciado y oído discusiones al respecto, les consta que durante el tiempo que duró la compañía no hubo utilidades, porque las parciales que llegó a haber, quedaron aniquiladas por pérdidas mayores, entre éstas un desfalco que apareció en la caja, y que ascendió a más de cinco mil pesos, y estas pérdidas no sólo anularon las utilidades parciales sino que también comprendieron el capital que Vicente había aportado según las escrituras de asociación, y por lo mismo las existencias de mercancías; que el día 23 de marzo de 1921, don Ariosto tenía en el taller de El Arte una gran cantidad de joyerías, platería, herramienta y muebles de su exclusiva propiedad, lo cual les consta por haber presenciado la compra de esas existencias a personas distintas de don Vicente, y porque desde varios años antes don Ariosto tenía sus negocios propios e independientes de los negocios de la compañía, dentro del mismo taller de El Arte; que por haberlo visto, presenciado y ser de notoriedad inequívoca entre los empleados del taller, les consta que don Francisco Prieto, hermano de don Vicente, tenía en su poder llaves tanto de la caja de hierro o de caudales, como de la puerta del taller, y esas llaves continuaron en poder de don Francisco y de don Vicente, quienes vivían juntos en la misma casa, por algún tiempo después del 23 de marzo de 1921; que unos seis días más o menos después del 23 de marzo, presenciaron que don Ariosto Prieto recomendó a un hombre llamado Manuel para que fuera a pedir las llaves de la caja de caudales y de la puerta del local a don Vicente, y también presenciaron que don Ariosto envió con Alfredo García una carta en el mismo sentido, y en ambas ocasiones con resultados negativos.

"Arcadio Escobar, empleado de Ariosto Prieto & Compañía, como cobrador de cuentas, manifiesta que unos días después del 23 de marzo de 1923, Vicente Prieto le dijo que necesitaba hacerse respaldar de Ariosto unos créditos que le había cedido, y que mientras lo obtenía no entregaría a don Ariosto las mercancías que le había vendido en el documento, ni los libros de cuentas que tenía en su poder, libros que luégo estuvo reclamando don Ariosto aun por medio de la Policía; que por estar al corriente de los negocios de la joyería le consta que don Vicente no le entregó a don Ariosto las mercancías ni el inventario de ellas; que tanto el señor Vicente Prieto como don Francisco su hermano, ayudaban personalmente a manejar las compras y ventas del taller y permanecían con mucha frecuencia dentro de las oficinas dedicados a atender el negocio, verificando operaciones, recibiendo y entregando dineros y joyas; que en una conferencia que presenció entre don Vicente y don Ariosto el día 8 de abril de 1921, les oyó decir que en la caja de la compañía se había efectuado un desfalco o pérdida de cinco mil pesos, que había acabado no sólo con el capital aportado por don Vicente, sino también con la mayor parte de las existencias de la compañía; que don Francisco, hermano de don Vicente, era quien también manejaba la llave del local donde estaba el taller hasta el día 23 de marzo de 1921. En todo lo demás la declaración de Escobar corrobora varios de los hechos declarados por los tres primeros testigos."

Hubo error manifiesto del Tribunal al desechar como pruebas las declaraciones de los testigos en mención, tan claras, tan convincentes, tan plenas de verdad. Hubo, asimismo, error evidente en declarar que Vicente Prieto no se ha constituido en mora por la no entrega de los libros. Por consiguiente, la sentencia recurrida infringió los artículos 1880, 1882 y 1609 del Código Civil y 607 del Código Judicial, ora porque el vendedor está obligado a entregar todas las cosas vendidas, inclusive los libros, ora porque la prueba testimonial no podía rechazarla para acoger en su reemplazo la prueba derivada de leves indicios, deducidos de meras omisiones.

La sentencia recurrida habrá de infirmarse. La sentencia de instancia la funda la Corte en lo expresado atrás, así como en las razones en que estriba el fallo de primera instancia.

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

1° Cásase la sentencia recurrida, dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha veintiuno de noviembre de mil novecientos treinta y uno.

2° Confírmase la sentencia de primera instancia.

3° Sin costas en el recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Germán B. Jiménez.

Con el respeto que merecen los conceptos de mis honorables e ilustrados colegas, tengo la pena de salvar mi voto en la sentencia que precede, pues estimo que no era el caso de casar la que fue materia de este recurso.

La mayoría de la Sala acoge, como motivos de casación, los que el recurrente señala en su alegato con los números 17, 18 y 21, a saber:

"Motivo 17. Error de derecho en cuanto el Tribunal estima que la falta de entrega de los libros de contabilidad de la compañía no constituye en mora a don Vicente Prieto de cumplir sus deberes de vendedor 'de su derecho en la compañía de la cual forma parte.'

"Motivo 18. Error de derecho por cuanto el Tribunal, habiendo estimado probados plenamente los hechos o circunstancias que clara y evidentemente demuestran la no entrega de las existencias que fueron vendidas por contrato que consta en el documento de 23 de marzo de 1921, no dio valor alguno a dichos hechos y los dio por desvirtuados con un indicio o circunstancia negativa, cual es la de que el comprador por no haber reclamado ni contrademandado por dicha entrega, confirma que sí recibió las cosas materia de la compraventa.

"Motivo 21. Error de derecho por cuanto el Tribunal condena al demandado Ariosto Prieto al pago con intereses de la parte del precio de las existencias de mercancías y joyas que no le fueron entregadas inmediatamente después del contrato, ni se le han entregado todavía y cuya entrega no ha sido probada en el pleito."

Estima la mayoría de la Sala que conforme a las disposiciones de los artículos 1880 y 1882, inciso 1°, Código Civil, "Vicente Prieto contrajo la obligación de entregar inmediatamente las cosas vendidas, puesto que en el contrato no se fijó tiempo para su entrega"; invoca el principio consagrado en el artículo 1609 del Código Civil, y agrega que "en su condición de vendedor y de demandante, toca a Vicente Prieto probar la entrega de lo que vendió, inclusive los libros y llaves de caja correspondientes al negocio de joyería"; pero que "lejos de haber probado el demandante la entrega, existe en el juicio plena prueba de la no entrega de gran parte de las cosas vendidas," pues de las declaraciones de los testigos García, Gutiérrez y Larrotta, empleados de la joyería, corroboradas por la de Arcadio Escobar, empleado de Ariosto Prieto & Compañía, como cobrador de cuentas, resulta que los tres primeros presenciaron el otorgamiento del documento de 23 de marzo de 1921, por el cual Vicente Prieto vendió a Ariosto Prieto algunas existencias del taller, "existencias—dicen—que el primero no entregó al segundo ni ese día ni después, pues algunas que estaban a la mano las reunió y guardó don Vicente en la caja de hierro, y en seguida se retiró llevándose la llave de la caja en que las colocó; que por el conocimiento que tenían de los negocios y existencias del establecimiento de joyería El Arte, y por haberlas visto sacar algún tiempo antes de la venta del taller nombrado, les consta que Vicente el día de la venta tenía en su casa de habitación una parte de las existencias de mercancías que en el documento dijo vender a don Ariosto, y por haber permanecido en todas las horas hábiles el 23 de marzo y por algunos días y meses después en el recinto del taller, les consta que don Vicente no trajo ni entregó las mercancías que tenía en su casa; que por halo (sic) visto les consta que el día de la firma del documento Vicente se llevó consigo todos los libros y papeles que contenían las cuentas del establecimiento sin entregar a don Ariosto inventario ni copia alguna de dichas cuentas, por lo cual don Ariosto le estuvo reclamando a don Vicente verbalmente y por escrito la entrega de los libros y de las existencias del taller, lo mismo que la llave de la caja en que decía don Vicente tenía guardadas todas las mercancías objeto del contrato."

Estima la mayoría de la Sala que "hubo error manifiesto del Tribunal al desechar como pruebas las declaraciones de los testigos en mención, tan claras, tan convincentes, tan plenas de verdad. Hubo, asimismo, error evidente en declarar que Vicente Prieto no se ha constituido en mora por la no entrega de los libros. Por consiguiente, la sentencia recurrida infringió los artículos 1880, 1882 y 1609 del Código Civil y 607 del Código Judicial, ora porque el vendedor está obligado a entregar todas las cosas vendidas, inclusive los libros, ora porque la prueba testimonial no podía rechazarla para acoger en su reemplazo la prueba derivada de leves indicios, deducidos de meras omisiones."

Estimo yo que aun suponiendo erróneos algunos de los conceptos que sustentan el fallo recurrido, éste no es casable, pues de autos resultan elementos probatorios que son suficientes para sostenerlo. En efecto: al proceso trájose como prueba, en la primera instancia del juicio, copia debidamente registrada de la escritura pública número 1332, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá, el 3 de mayo de 1920, en la cual Vicente Prieto y Ariosto Prieto, los actuales demandante y demandado, hicieron las siguientes declaraciones:

"Primera. Vicente Prieto P., de acuerdo con la liquidación llevada a cabo el treinta y uno de octubre de mil novecientos diez y nueve, se hizo cargo del activo y del pasivo de la compañía, representados por el valor total de las existencias, consistentes en joyería, platería, mármoles y planchas de cobre, herramientas y muebles tanto del local de la joyería y platería como del taller del dorado, y según el detalle que aparece en el inventario verificado el quince de enero de mil novecientos veinte, así como de las deudas que tiene dicha compañía, y que son las siguientes: a R. R. Fogel & Compañía, trescientos un pesos noventa centavos ($ 301-90).

"Segunda. Vicente y Ariosto Prieto han convenido en prorrogar el negocio de compañía por cinco años más,

para lo cual el primero de los nombrados aporta como capital, además de la suma de que trata la escritura de asociación número doscientos cincuenta y cinco, de diez y seis de marzo de mil novecientos diez y seis, otorgada en la Notaría cuarta de este Circuito, el valor total del inventario de quince de enero del corriente año.

"Tercera. Ariosto Prieto continúa en su carácter de socio industrial administrador, dando por recibidas personalmente las existencias de que trata el citado inventario a su entera satisfacción, para efectos de administración y cuidado.

"Cuarta. Las utilidades que arroje el negocio se repartirán por partes iguales entre el socio capitalista señor Vicente Prieto P. y el señor Ariosto Prieto, socio industrial, una vez deducidos los gastos que se ocasionen por motivos de trabajo, etc., etc., abonando a la cuenta de capital el valor que conforme al inventario le corresponda a todas y a cada una de las piezas vendidas.

"Quinta. Las compras de oro, plata, cobre, etc., se darán por cuenta de capital y se debitarán a tal cuenta, y los gastos de materias primas de la misma naturaleza para la confección de joyas, platería, etc., se darán por cuenta del capital y se acreditarán a tal cuenta.

"Sexta. Que la caja de la sociedad será manejada y estará a cargo del señor Francisco José Prieto, y que en el caso de que éste se retire, los comparecientes de común acuerdo harán el nombramiento de nuevo cajero."

No se trajo al juicio copia de la primera escritura social a que se hace referencia; pero de ésta, de que se acaba de hacer mérito, resulta plenamente comprobado que el 3 de mayo de 1920, Vicente y Ariosto Prieto celebraron un contrato en el cual estipularon poner un capital o algunos efectos en común con el objeto de repartirse las ganancias que resultaran de la especulación, esto es, que celebraron un contrato de sociedad o compañía (artículo 2079 del Código Civil). Pero el demandado al dar contestación a la demanda, alegó como fundamento de sus excepciones, entre otras cosas, lo siguiente:

"La sociedad o compañía existente entre Vicente Prieto P. y yo, es una sociedad de hecho únicamente, porque en su constitución y ampliación no se cumplieron las formalidades exigidas imperativamente por los artículos 469 y 470 del Código de Comercio."

Convengo en que ello es así, y sobre esa base cabe observar que la sociedad mercantil en cuya formación se ha omitido alguna de las formalidades requeridas por los artículos 469 y 470 del Código de Comercio, si bien carece de capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y para ser representada judicial y extrajudicialmente (esto es, en relación con terceros), no es una persona jurídica; ella, ante el derecho común, conserva entre los socios, todo su valor, como contrato, mientras éste no haya sido declarado nulo legalmente.

De consiguiente, si la sociedad no obstante la omisión de las citadas formalidades, vale como contrato, mientras no haya sido anulado, la autonomía del patrimonio social, elemento esencial de ese contrato, es en ella incuestionable, y asimismo puede decirse: que los aportes consistentes, como en el caso de autos, en cosas fungibles, en cosas que se deterioran por el uso, en cosas tasadas, en materiales de fabricación o en artículos de venta pertenecientes al negocio o giro de la sociedad, son de propiedad de ésta con la obligación de restituir al socio aportante su valor (artículo 2110 del Código Civil); que las facultades administrativas del socio a quien en el contrato de sociedad se le confió la administración de ésta forman parte de las condiciones esenciales de la sociedad (artículo 2097 del Código Civil); y que los demás socios quedaron, por ese solo hecho, inhibidos de toda ingerencia en la administración social (artículo 517 del Código de Comercio).

Por lo que dejo expuesto, conceptúo:

a) Que como en la escritura social otorgada por Vicente Prieto y Ariosto Prieto, bajo el número 1332, el 3 de mayo de 1920, consta que Vicente Prieto, hoy demandante, aportó a la sociedad las existencias tanto del taller de la joyería y platería como del taller de dorado, consistentes en joyería, platería, mármoles y planchas de cobre, herramientas y muebles, por el valor total que arrojaba el inventario de ellas, del 15 de enero de ese mismo año, habiéndose estipulado además, que Ariosto Prieto continuaba como socio industrial y administrador de la sociedad; y, habiendo declarado dicho socio administrador, en esa misma escritura, que daba por "recibidas personalmente las existencias de que trata el citado inventario a su entera satisfacción para efectos de administración y cuidado," esas existencias dejaron de pertenecer a Vicente Prieto, pues desde esa fecha, la propiedad de ellas perteneció a la Sociedad Ariosto Prieto & Compañía, con la obligación de restituir al socio aportante su valor.

b) Que como el 23 de marzo de 1921, fecha del documento de venta firmado por Vicente y Ariosto Prieto, el expresado contrato de sociedad estaba en todo su vigor, como acertadamente lo hizo constar el demandado cuando dijo, al dar contestación a la demanda: "La sociedad de hecho habida o formada entre Vicente Prieto P. y el suscrito no ha sido disuelta ni liquidada, y se encuentra vigente todavía," es claro que, consecuencialmente, las existencias del aporte hecho por Vicente Prieto continuaban siendo de propiedad de la sociedad, y continuaban legalmente en poder del administrador de ésta, señor Ariosto Prieto, toda vez que no consta que aquélla las hubiera enajenado, ni que éste hubiera dejado de ejercer dicho cargo (artículos 2097 a 2100 del Código Civil).

Por consiguiente, dedúcese:

1° Que al estipularse entre los consocios Vicente y Ariosto Prieto, en el documento de 23 de marzo de 1921, que "Vicente Prieto da en venta efectiva al señor Ariosto Prieto las existencias del taller de joyería El Arte, consistentes en joyería, platería, marmolería, herramientas y útiles, y en general lo existente en el taller y que representa su capital aportado en dicha empresa," no ha de suponerse que el primero entendió vender, y el otro comprar, cosas corporales sino el derecho o el interés que el vendedor tenía en el fondo social, por el valor de su aporte, que era a lo que él tenía derecho. Tal interpretación se ajusta a lo preceptuado en los artículos 2110, 1620, 1621 y 1622 del Código Civil.

2° Que la venta o cesión hecha por Vicente Prieto a favor de Ariosto Prieto de su interés en la sociedad que con éste tenía formada, quedó efectuada y perfecta con el otorgamiento del documento de 23 de mayo (sic) de 1921, por medio del cual se efectuó la tradición de ese derecho (artículos 701 del Código Civil y 33 de la Ley 57 de 1887).

3° Que si Vicente Prieto se sustrajo algunos de los objetos que hicieran parte de las existencias aportadas por él a la sociedad, se sustrajo cosas de la sociedad, y el

socio administrador tenía contra él las acciones correspondientes en interés de la sociedad; y

4ª Que, aun admitiendo el concepto de que lo vendido por medio del citado documento no fue un simple derecho personal, sino cosas corporales muebles, la confesión que antes había hecho Ariosto Prieto en la cláusula 3ª de la precitada escritura número 1332, de haber recibido personalmente a su entera satisfacción para su administración y cuidado, las existencias que Vicente Prieto aportó a la sociedad y después vendió al mismo Ariosto Prieto, hace presumir, por no haber prueba en contrario, que esos objetos continuaban en poder y bajo la responsabilidad de éste, y en tales circunstancias es por lo menos arriesgada la afirmación de que el vendedor Vicente Prieto no entregó al comprador Ariosto Prieto las referidas existencias cuando se las vendió.

Son éstas las razones que motivan mi desacuerdo con las que sustentan el fallo que precede y con la conclusión a que en él se llega, pues -repito- en mi concepto, no era el caso de casar la sentencia recurrida.

Bogotá, junio 27 de 1933.

Germán B. Jiménez

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintinueve de mayo de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Por medio de apoderado, el presbítero doctor Rafael D. Aguilera y C. estableció demanda ante el Juez del Circuito de Buga contra el señor Gonzalo Núñez para que, mediante la tramitación de un juicio ordinario, se hiciesen contra él las siguientes declaraciones:

"Que el expresado señor Gonzalo Núñez Saavedra, por virtud del contrato de compraventa de la hacienda de La Palma, solemnizado entre él y mi poderdante doctor Aguilera y C., por escritura pública número 83, otorgada ante el señor Notario público de Guacarí el día dos de junio de mil novecientos veinte, contrajo la obligación legal, expresa e ineludible, de pagar, por cuenta y a nombre del doctor Aguilera y C., al Hospital de San José de esta ciudad de Buga, la cantidad de ocho mil siete pesos ($ 8,007) oro, más los intereses de esta suma, a la rata del ocho por ciento (8 por 100) anual, por trimestres anticipados.

"Que el mismo señor Gonzalo Núñez Saavedra se obligó, conforme a la citada escritura número ochenta y tres (83), otorgada en Guacarí el dos de junio de mil novecientos veinte, a hacer ese pago al Hospital San José de esta ciudad, a nombre del doctor Aguilera y C., el catorce de octubre de mil novecientos veintidós, o sea dentro del plazo y términos fijados en la escritura número doscientos ochenta y tres (283), de fecha cuatro de diciembre de mil novecientos doce, otorgada en la Notaría de esta ciudad, por la cual el mismo doctor Aguilera y C. adquirió la propiedad de la mencionada hacienda de La Palma.

"Que el mismo señor Gonzalo Núñez Saavedra se obligó también, conforme a la citada escritura número 83, otorgada en Guacarí el dos de junio de mil novecientos veinte, a pagar al doctor Aguilera y C., un año y medio después de la fecha de la escritura, la cantidad de dos mil quinientos treinta pesos ($ 2,530) oro, según documento privado que suscribió.

"Que el mismo señor Gonzalo Núñez Saavedra se obligó, por escritura número 82, otorgada el mismo día dos de junio de mil novecientos veinte ante el señor Notario de Guacarí, a pagarle al doctor Aguilera y C. la cantidad de diez mil pesos ($ 10,000) oro, caso de que no pudiera, como no pudo, transferirle en propiedad la finca llamada La Cabaña.

"Que el mencionado señor Gonzalo Núñez Saavedra se obligó también, conforme a la escritura pública número 36, de fecha once de abril de mil novecientos veintitrés, que sustituyó a la número 82, de junio de mil novecientos veinte, a pagarle al doctor Aguilera y C. la cantidad de siete mil pesos ($ 7,000) oro, cinco años después de la fecha de esa escritura, y a pagar el interés mensual del medio por ciento, por trimestres vencidos.

"Que el expresado señor Gonzalo Núñez Saavedra no cumplió ni la obligación de pagar al Hospital San José, de esta ciudad, los ocho mil siete pesos ($ 8,007) oro y los respectivos intereses, que estaba obligado a pagar por cuenta y a nombre del doctor Aguilera y C., ni tampoco pagó a éste los dos mil quinientos treinta pesos ($ 2,530) del documento antes mencionado, ni los siete mil pesos ($ 7,000) e intereses, de que da fe la escritura número 36, de fecha once de abril de mil novecientos veintitrés.

"Que por no haber hecho esos pagos, el señor Gonzalo Núñez Saavedra se constituyó en mora para con el doctor Aguilera y C., en el cumplimiento de sus obligaciones; se constituyó también en mora para con el Hospital San José, de esta ciudad, e hizo incurrir en la misma mora para con el Hospital de San José al doctor Aguilera y C.

"Que en tal virtud, el señor Gonzalo Núñez Saavedra es directamente responsable, por causa de la mora en que incurrió para con el Hospital de San José de esta ciudad, del hecho de que esta entidad promoviera pleito al doctor Aguilera y C. y obtuviera la resolución del contrato de compraventa de la hacienda de La Palma, constatado en la escritura número 383, de fecha cuatro de diciembre de mil novecientos doce; y consecuencialmente, es responsable de todos los perjuicios que por tal causa ha sufrido el doctor Aguilera y C., pues que esa mora constituye responsable de culpa grave al demandado señor Gonzalo Núñez Saavedra.

"Que por razón de las anteriores declaraciones, el demandado señor Gonzalo Núñez Saavedra está obligado a pagar al demandante, doctor Aguilera y C., tres días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, la cantidad de veinticinco mil pesos ($ 25,000) oro, en que estima los perjuicios provenientes de la mora del demandado señor Núñez Saavedra, o la cantidad que pericialmente se fije en este juicio o en otro, como monto de dichos perjuicios.

"Que tales perjuicios comprenden no sólo el daño emergente que el doctor Aguilera y C. ha sufrido por no haber recibido hasta la fecha la cantidad de siete mil pesos ($ 7,000) oro, que el demandado quedó a deberle, conforme a la citada escritura número 36, de once de abril de mil novecientos veintitrés, sino también el lucro cesante, o sea el provecho que ha dejado de obtener y las pérdidas que le ha ocasionado la mora en que incurrió el señor Núñez Saavedra en el cumplimiento de las obligaciones que contrajo para con el Hospital de San José y para con el demandante doctor Aguilera y C.

"Que además de los apreciables y valiosos perjuicios pecuniarios, el doctor Aguilera y C. ha sufrido por culpa del demandado señor Gonzalo Núñez Saavedra, o sea por consecuencia de la mora en que éste incurrió en re-

lación con las obligaciones que contrajo para con el nombrado doctor Aguilera y C. y para con el Hospital de San José, mi poderdante ha sufrido grandísimos perjuicios de orden moral, que el demandado debe indemnizar, previa la apreciación pericial de ellos, pues para una persona constituída en tan alta dignidad, como la de que está investido el doctor Aguilera y C., es muy mortificante, depresivo y doloroso, a la vez que muy perjudicial bajo el punto de vista social, el verse demandado como deudor moroso en el cumplimiento de obligaciones, que sólo retardan o tratan de eludir quienes no tienen mediana noción del cumplimiento del deber, pero nunca personas del timbre y títulos del expresado doctor Aguilera y C.

"Que el demandado debe pagar las costas de este juicio."

Invocó en apoyo de esta demanda los artículos 63, 1494, 1602, 1603, 1604, 1608, 1613, 1614, 1615, 1616 del Código Civil, y los hechos que a continuación se transcriben:

a) Por escritura pública número trescientos ochenta y tres, otorgada el cuatro de diciembre de mil novecientos doce, en esta ciudad, el presbítero doctor Rafael D. Aguilera y C. compró a la Conferencia de San Vicente de Paúl, de esta ciudad, la hacienda llamada La Palma, y quedó a deber, con hipoteca sobre la misma finca, la cantidad de ocho mil siete pesos oro americano con trescientos ochenta y cuatro milésimos ($ 8,007-384), como parte del precio de venta, que se obligó a pagar el catorce de octubre de mil novecientos veintidós, con un interés progresivo hasta el ocho por ciento anual, pagadero por trimestres anticipados.

b) Durante el tiempo comprendido entre los años de mil novecientos doce y mil novecientos veinte, el doctor Aguilera y C. no solamente mejoró la expresada hacienda, sino que, puede decirse, que la hizo, invirtiendo en ello una considerable suma de dinero.

c) El dos de junio de mil novecientos veinte, y por escritura pública número ochenta y tres (83), otorgada en Guacarí, el doctor Aguilera y C. vendió al señor Gonzalo Núñez Saavedra la mencionada hacienda de La Palma, bajo la expresa condición allí estipulada de que el comprador señor Núñez Saavedra tomaba a su cargo la deuda hipotecaria del doctor Aguilera y C. para con el Hospital de San José, de esta ciudad, obligándose, en consecuencia, a cancelar ese crédito a nombre del doctor Aguilera y C., el mismo día en que éste estaba obligado a hacerlo, o sea el catorce de octubre de mil novecientos veintidós, y a pagar también, por trimestres anticipados, los intereses de esa suma, a la rata del ocho por ciento anual, conforme a las estipulaciones contenidas en la escritura número trescientos ochenta y tres (383), de cuatro de diciembre de mil novecientos doce.

d) Aunque en la escritura número ochenta y tres (83) se hizo constar que el doctor Aguilera y C. daba por recibidos diez y siete mil pesos a cuenta del precio de venta de la hacienda de La Palma, él, en realidad, no recibió tal cantidad de dinero, sino que, de conformidad con las voces de la escritura número ochenta y dos (82), de fecha dos de junio de mil novecientos veinte, otorgada también en Guacarí pocos momentos antes de la número ochenta y tres (83), Núñez Saavedra dio al doctor Aguilera y C., en venta, por $ 7,000, 86 plazas de terreno, y se obligó también a venderle por diez mil pesos una finca llamada La Cabaña, con la expresa condición de que si no pudiere efectuar esa venta, por hallarse tal finca en litigio, le devolvería al doctor Aguilera y C. los diez mil pesos que éste había dado por recibidos en la escritura número ochenta y tres (83) antes citada, al declarar que había recibido diez y siete mil pesos.

e) Por escritura número treinta y seis (36), de fecha once de abril de mil novecientos veintitrés, se sustituyó la de dos de junio de mil novecientos veinte, y allí declaró el señor Núñez Saavedra que debía al doctor Aguilera y C. la cantidad de diez mil pesos, y que deducido un abono de tres mil pesos oro, quedaba a deber siete mil pesos, que se obligó a pagar con plazo de cinco años, y a reconocer el interés mensual del uno y medio por ciento, por trimestres vencidos.

f) El señor Gonzalo Núñez Saavedra no le pagó al Hospital de San José, de esta ciudad, en la forma en que se obligó para con el doctor Aguilera y C., la expresada cantidad de ocho mil siete pesos ($ 8,007) oro americano, ni tampoco pagó los intereses estipulados, con lo cual se constituyó en mora para con su vendedor, doctor Aguilera y C.; e incurrió e hizo incurrir también al mismo doctor Aguilera y C. en mora para con el Hospital acreedor.

g) Tampoco le pagó el demandado señor Núñez Saavedra al doctor Aguilera y C. los siete mil pesos que le quedó a deber, conforme a la escritura número treinta y seis (36), de once de abril de mil novecientos veintitrés, ni los dos mil quinientos treinta pesos del documento que suscribió el dos de junio de mil novecientos veinte, de manera que por este concepto también se constituyó en mora el demandado para con el doctor Aguilera y C.

h) Por razón de la mora en que incurrió el señor Núñez Saavedra para con el doctor Aguilera y C., o sea por no haberle pagado al Hospital de San José, de esta ciudad, los ocho mil siete pesos oro americano que debía pagarle el catorce de octubre de mil novecientos veintidós, ni tampoco los intereses, el Hospital acreedor demandó al doctor Aguilera y C. para que se declarase resuelto el contrato de compraventa de La Palma, juicio que se surtió en el Juzgado 2º del Circuito de aquí, y que fue desatado con sentencia condenatoria para el doctor Aguilera y C., previa resolución de los contratos celebrados por escrituras números trescientos ochenta y tres (383) y ochenta y tres (83), ya mencionadas.

i) Por virtud de esas sentencias condenatorias, el doctor Aguilera y C. fue obligado a devolver la hacienda de La Palma, y a pagar perjuicios o frutos naturales y civiles.

j) El señor Gonzalo Núñez Saavedra recibió del doctor Aguilera y C. la expresada hacienda de La Palma en magnífico estado de producción, es decir, debidamente cercada, con potreros limpios y bien empastados, sin servidumbres que antes tenía, etc., y dicho señor Núñez Saavedra la dejó arruinar, hasta dejarla muy desmejorada.

k) El doctor Aguilera y C. se vio obligado por culpa del demandado Núñez a hacer gastos de consideración con motivo de la demanda que le inició el Hospital o Conferencia de San Vicente de Paúl, demanda que tuvo como única causa el incumplimiento del demandado Núñez Saavedra, desde luégo que si él hubiera cumplido sus obligaciones, no habría prosperado la acción.

l) El doctor Aguilera y C. ha sufrido, pues, no sólo grandes pérdidas de dinero, sino también ha sufrido el perjuicio moral de ser demandado y condenado, todo por culpa del expresado señor Gonzalo Núñez Saavedra.

ll) Finalmente, todos los perjuicios, pecuniarios y morales, que el doctor Aguilera y C. ha sufrido por la demanda que le estableció la Conferencia de San Vicente

de Paúl, de esta ciudad, tienen como única causa el incumplimiento del demandado señor Núñez Saavedra, o sea la mora en que voluntariamente incurrió en el pago de la deuda que se obligó a pagarle al Hospital de San José a nombre y por cuenta del doctor Aguilera y C., y el incumplimiento para con el propio doctor Aguilar y C., respecto de las obligaciones que para él contrajo, conforme a las escrituras números ochenta y tres (83), ochenta y dos (82), trescientos ochenta y tres (383) y treinta y seis (36), de las que se ha hecho mención.

m) Claro está, por lo que se deja expuesto, que si el mencionado señor Núñez Saavedra hubiera dado exacto cumplimiento a la obligación de pagar por el doctor Aguilera y C. al Hospital de San José, de esta ciudad, los ocho mil siete pesos que para tal fin dejó en su poder al venderle la hacienda de La Palma, o hubiera pagado siquiera los intereses en los dos años que faltaban para vencerse el plazo, no habría sido demandada la resolución del contrato constatado en la escritura número trescientos ochenta y tres (383), de cuatro de diciembre de mil novecientos doce, ni la del celebrado por escritura número ochenta y tres (83), de mil novecientos veinte, y entonces el doctor Aguilera y C., a la vez que se hubiera aprovechado del dinero que le quedó a deber el señor Núñez Saavedra, y que no le pagó, se habría evitado la mortificación y enormes perjuicios que le ocasionó la demanda y los que le ha causado la sentencia que lo condenó a devolver la mencionada hacienda y a pagar frutos naturales y civiles.

n) Luégo, como consecuencia ineludible, de hecho y de derecho, el demandado señor Núñez Saavedra debe pagarle al doctor Aguilera y C. todos los perjuicios que voluntariamente y culposamente le ha causado.

Contestó Núñez rechazando las pretensiones del actor, aceptando unos hechos y negando otros. Propuso, además, contra el doctor Aguilera demanda de reconvención, para que fuese condenado a restituir la suma de ocho mil novecientos ochenta pesos ($ 8,980) con sus intereses legales, desde la fecha de la sentencia hasta que se verifique el pago.

Se opuso el doctor Aguilera y C. a esta demanda, y sustanciadas ambas acciones bajo una misma cuerda, el Juez del conocimiento la falló así:

"Primero. Condénase al demandado, señor Gonzalo Núñez Saavedra, a pagarle al demandante, presbítero doctor Rafael D. Aguilera y C., junto con la indemnización de la mora, los perjuicios resultantes de la infracción del contrato a que se refiere la escritura pública número 83, de dos de junio de mil novecientos veinte, en armonía con las escrituras públicas números 383 y 36, de cuatro de diciembre de mil novecientos doce y once de abril de mil novecientos veintitrés, respectivamente.

"Segundo. Autorízase al doctor Aguilera y C. para la fijación del monto de tales perjuicios en juicio distinto, del modo que se expresa en la parte motiva, y con deducción de las cantidades que por capital e intereses ha recibido ya en pago.

"Tercero. Absuélvase al doctor Aguilera y C. de los cargos formulados contra él en la demanda de reconvención.

"Cuarto. Condénase en costas al demandado señor Núñez Saavedra (Código Judicial, artículo 864, ordinal 1º)."

El Tribunal Superior de Buga reformó la sentencia anterior en estos términos:

"Condena al demandado señor Gonzalo Núñez Saavedra a pagar al presbítero doctor Rafael Aguilera y C. la cantidad de siete mil pesos ($ 7,000) oro, y sus intereses, al medio por ciento mensual, a partir del once de abril de mil novecientos veintitrés. Queda a salvo el derecho del señor Núñez para oponer en compensación lo que haya pagado por concepto de intereses de esta suma.

"En lo relativo a los numerales 3º y 4º de la parte resolutiva de la sentencia apelada, se confirma."

Contra esta última sentencia, el señor Gonzalo Núñez interpuso recurso de casación, y como ha sido admitido, procede la Corte a resolverlo.

Alega el recurrente la primera causal de casación, y sostiene que el Tribunal incurrió en error de derecho al estimar probados los contratos de compraventa de la hacienda de La Palma, por medio de las confesiones hechas en la contestación de la demanda y en la demanda de reconvención, siendo así que tratándose de contratos en que la ley requiere la solemnidad del instrumento público, no puede probarse por otros medios diferentes de tal instrumento.

Dijo el Tribunal:

"La certeza o veracidad de la mayor parte de los hechos no demostrados, según la relación que acaba de hacerse, existe en las escrituras números 383, de cuatro de diciembre de mil novecientos doce, y 83, de dos de junio de mil novecientos veinte, las cuales, aunque aportadas al juicio, no tienen nota de registro, por lo cual no puede tenérseles en cuenta. Se anota sí que los hechos que requieren esa demostración son esenciales para estimar si existe o nó la responsabilidad del señor Núñez Saavedra por perjuicios, pues no es necesaria la determinación de tal situación jurídica para el caso, sino la prueba de que se ha dejado de cumplir una obligación y las consecuencias que la infracción haya acarreado."

Refiriéndose a este pasaje de la sentencia, expone el autor del recurso:

"En las escrituras que cita el Tribunal están consignados los contratos de compraventa del fundo de La Palma, celebrados, el primero, entre el Hospital y el presbítero Aguilera, y el segundo, entre el actor y el demandado. El mismo Tribunal reconoce que estas escrituras no tienen la nota de registro, y que, por consiguiente, no puede tenérseles en cuenta. Por tanto, incurrió el sentenciador en error de derecho al estimar como probados los hechos 1º, 3º, 4º, 7º y 8º del libelo inicial del juicio, con las declaraciones contenidas en la contestación de la demanda y en la demanda de reconvención, porque para que la confesión sea válida, de acuerdo con el artículo 605 del Código Judicial, se requiere que la ley no exija para el caso otro medio de prueba, y sabido es que los contratos solemnes, y las obligaciones que de ellos se desprenden, se comprueban con los instrumentos públicos que los contienen, presentados en copias notariales registradas.

"Como consecuencia del error de derecho en que incidió el Tribunal al apreciar las declaraciones contenidas en la contestación de la demanda y en la demanda de reconvención, violó, por no haberlos aplicado, siendo el caso, los artículos 1500, 1760, 1857, inciso 2º; 2677, 2637 y 2652 del Código Civil, y 605 del Código Judicial, que es de carácter sustantivo. El error de derecho consiste, pues, en haberle dado a la confesión en el caso del pleito un valor distinto del que la ley le asigna."

Considera la Corte que, en efecto, la base del pleito, o sea la compraventa de la hacienda de La Palma, celebra-

do entre el presbítero doctor Aguilera y C. y el señor Gonzalo Núñez, con las obligaciones y derechos consiguientes consignados en la escritura respectiva, que es la número 83, otorgada en Guacarí el dos de junio de mil novecientos veinte, no está demostrada, porque, como muy bien lo dice el Tribunal, la copia de ese instrumento fue traída al proceso sin la nota de registro respectiva, lo que hace que, conforme al artículo 2673 del Código Civil, no pueda hacer fe en juicio ni ante autoridad alguna.

Pero el sentenciador entiende que varias de las obligaciones que constan en esa escritura quedaron demostradas por la aceptación de algunos hechos de la demanda y por afirmaciones verificadas en la demanda de reconvención.

El hecho primero reza así:

"1º Por escritura pública número 383, de cuatro de diciembre de mil novecientos doce, otorgada en esta ciudad, el Padre Aguilera compró a la Conferencia de San Vicente de Paúl la hacienda denominada La Palma, quedando a deber $ 8,007-384, y un interés progresivo, garantizados con hipoteca sobre la misma finca, y pagaderos el catorce de octubre de mil novecientos veintidós."

Dice el Tribunal que la deuda contraída por el presbítero doctor Aguilera por la suma de $ 8,007-384, y un interés progresivo en favor de la Conferencia de San Vicente de Paúl, como parte del precio de la hacienda de La Palma, está demostrada con la aceptación en la contestación de la demanda.

El hecho tercero reza así:

"3º Por escritura número 83, de dos de junio de mil novecientos veinte, el Padre Aguilera vendió al señor Gonzalo Núñez Saavedra la mencionada hacienda de La Palma, obligándose el comprador a cumplir las obligaciones contraídas con la Conferencia de San Vicente de Paúl, es decir, a pagar los intereses y a cancelar el capital al vencerse el término estipulado en la escritura número 383 citada."

El Tribunal dice que la parte relacionada con este hecho está demostrada con la confesión del apoderado del señor Núñez Saavedra, al decir: "después vendió el nuevo fundo al señor Gonzalo Núñez con el aditamento de la deuda en forma de un crédito hipotecario a favor de la entidad mencionada, motivo por el cual dejó con imputación al precio de la venta el aludido crédito a cargo del comprador señor Núñez."

Estima la Corte que estos hechos que el Tribunal considera justificados por medio de la confesión, se refieren a las estipulaciones de contratos de compraventa de fincas raíces, celebrados por escritura pública, íntimamente ligadas a dichos contratos, pues que se trata de parte del precio de la finca materia de la compraventa. La deuda emana del contrato, y éste no está demostrado, como se vio atrás, por lo cual el sentenciador, al admitir que aquellos hechos están probados, violó el artículo 1760 del Código Civil, según el cual, 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 ejecutados ni celebrados. Ha quebrantado, además, el inciso 2º del artículo 1857 del mismo Código, que manda que sean extendidas en escritura pública las ventas de bienes raíces, so pena de no considerarlas sin ese requisito perfectas ante la ley. Y no se diga, como apunta el Tribunal, que en el caso de autos no es necesaria la prueba de los contratos de compraventa de la hacienda de La Palma, ya que para condenar al pago de perjuicios, que es lo demandado, basta la demostración de que el comprador Gonzalo Núñez dejó de cumplir una obligación, y la prueba de las consecuencias que la infracción haya acarreado, porque para establecer las obligaciones de un contrato y luégo la infracción de él, es preciso demostrar la existencia del contrato.

Y el sentenciador, a pesar de su declaración, de que para fallar el pleito sobre perjuicios no es preciso demostrar el contrato de compraventa de la hacienda de La Palma, no puede prescindir de dar por demostrada la existencia de esa convención, para deducir el cargo sobre perjuicios. Eso se ve en varios pasos del fallo, entre los cuales se destaca el siguiente:

"Es evidente que la omisión del señor Núñez Saavedra entraña un perjuicio para con los intereses del Padre Aguilera y C., quien de buena fe, y en virtud de un convenio legalmente celebrado, le hizo la cesión de la hacienda de La Palma, con la obligación contraída por el cesionario de cancelar al Hospital la deuda pendiente."

El criterio del Tribunal se informa para tasar los perjuicios, en la falta de pago del resto del precio de la hacienda de La Palma por parte de Gonzalo Núñez Saavedra, que era la suma de siete mil pesos ($ 7,000).

Probablemente los cálculos del Tribunal se basan en lo siguiente, de acuerdo con los datos que estimó probados.

El presbítero doctor Aguilera compró esa hacienda, según afirmaciones de la demanda, en $ 12,007-384, de los cuales pagó cuatro mil pesos ($ 4,000), y quedó a deber 8.007-384, con hipoteca sobre la misma finca. Después se la vendió al señor Gonzalo Núñez por treinta y un mil pesos ($ 31,000), de los cuales pagó siete mil pesos ($ 7,000) en forma de venta de ochenta y seis plazas de terreno, según se asevera en la escritura número 36, de once de abril de mil novecientos veintitrés.. .. .. $ 7,000 ..

Tres mil pesos en un crédito a cargo del señor Ramón Becerra..		3,000 ..
Tres mil cuatrocientos cincuenta pesos en un giro a cargo de Ciro Tascón..		3,450 ..
Dos mil quinientos treinta pesos en un pagaré suscrito por Núñez a favor del vendedor.		2,530 ..
Suma..	$	15,980 ..
A esto se agregan ocho mil siete pesos, valor de la hipoteca..		8,007 ..
Y los siete mil pesos que deduce el Tribunal como perjuicios..		7,000 ..
Suma total..	$	30,987 ..

Para el Tribunal, los perjuicios consisten en la falta de pago del último resto del precio de la hacienda de La Palma, obligación derivada del contrato de compraventa de esa hacienda y de las escrituras que lo complementan, contrato que, como se ha dicho, no se ha establecido legalmente.

Dice el Tribunal:

"Fuera de lo que se ha observado al hablar del impedimento creado contra el título de acreencia de siete mil pesos ($ 7,000), como parte del precio de La Palma, por hecho del mismo deudor, no se ve claramente determinado, ni aparece probado, otro perjuicio pecuniario, y menos el aludido en el párrafo anterior."

Es de advertir que como no se trajo copia de la sentencia de resolución del contrato de compraventa de La Palma, que, según se dice, fue instaurada contra el doctor Aguilera y C., se ignora si éste se reembolsó de los cuatro mil pesos que había dado como parte del precio de dicha hacienda, y a la cual tenía derecho, según el inciso 2° del artículo 1932 del Código Civil.

En resolución: la Corte no ha podido, por vedárselo ley expresa, dar por probados contratos de compraventa de fincas raíces a los cuales falta la certificación de haber sido inscritos, y debe casar la sentencia por las razones que se han expuesto en el curso de este fallo; pero hace la observación de que Núñez Saavedra pierde, por haberse ejecutoriado en esa parte la sentencia, la demanda de reconvención en que cobra sumas que había dado a cuenta del precio de la finca de La Palma; que, además, según se asevera en la escritura número 36, de once de abril de mil novecientos veintitrés, otorgada en Guacarí entre los señores doctor Aguilera y Núñez Saavedra, éste pagó a aquél siete mil pesos, valor de ochenta y seis plazas de terreno deslindado en la finca de Canangná, a cuenta del mismo precio; que el único desembolso pecuniario que hizo el doctor Aguilera y C., por razón del precio de la finca que le vendió a Núñez, le debió ser restituído, en razón a lo dispuesto en el artículo 1932 del Código Civil; que la condenación al pago de frutos de la finca reivindicada, hubo de recaer sobre Núñez Saavedra en su condición de poseedor.

No sobran las anteriores observaciones en este caso, en que por razones insalvables de derecho estricto, no pudieron apreciarse las escrituras en que se hicieron constar los contratos que fueran la base del litigio.

Como el doctor Aguilera y C. fue absuelto de la demanda de reconvención, y en esa parte quedó ejecutoriada la sentencia del Tribunal que confirmó la de primera instancia, dicha parte es intocable. No así la condenación en costas de la primera instancia, por ser esta sentencia absolutoria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia materia de este recurso, proferida por el Tribunal Superior de Buga el treinta de julio de mil novecientos treinta y dos, en la parte que condena al demandado señor Gonzalo Núñez Saavedra a pagar al presbítero doctor Rafael Aguilera y C. la cantidad de siete mil pesos ($ 7,000) en oro, y sus intereses; al medio por ciento mensual a partir del once de abril de mil novecientos veintitrés, y en cuanto confirma el ordinal 4° de la sentencia del inferior; revoca los ordinales 1°, 2° y 4° de la sentencia de primera instancia, y en su lugar absuelve al expresado señor Gonzalo Núñez Saavedra de los cargos de la demanda y de la condenación en costas.

Se confirma el ordinal 3° de la sentencia de primera instancia.

En estos términos queda reformada esta última sentencia.

Sin costas en el recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial esta sentencia y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, dos de junio de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Cruz García y Alejandrina Peña de García, por mediación de apoderado demandaron a Ana de Dios Carvajal y a Carmelita Alejandrina Peña o Carvajal, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"I. Que la menor impúber Carmelita Alejandrina, hija ilegítima y espuria de Ana de Dios Carvajal, bautizada en Chitagá el veintitrés de abril de mil novecientos diez y seis, no es hija legítima ni legitimada de Pedro Peña Gómez, y por consiguiente, no es llamada a la sucesión de éste por testamento ab intestato (sic), por haber sido concebida y nacida durante el legítimo matrimonio de dicho Pedro Peña Gómez con Lucía Villamizar, y por tener el carácter de hija de dañado y punible ayuntamiento. Que en tal virtud es nula la cláusula testamentaria que con el carácter de hija se le instituyó heredera universal de Pedro Peña Gómez, testamento a que se refiere el punto III de esta demanda.

"II. Que la única hija legítima y única legitimaria de Pedro Peña Gómez, es Alejandrina Peña Villamizar, habida durante el matrimonio legítimo de aquél con Lucía Villamizar, y esposa hoy del señor Cruz García, a quien represento.

"III. Que debe reformarse el testamento que Pedro Peña Gómez otorgó en Chitagá ante el Notario 1° de este Circuito, del treinta y uno de mayo de mil novecientos veintiuno, en la (sic) cual actuaron como testigos instrumentales los señores Bonifacio Parra, Paulino Rodríguez y Camilo Moreno, en el sentido de declarar judicialmente que la señora Alejandrina Peña V. de García, como hija legítima y única legitimaria del testador, es instituída por el testador heredera forzosa de éste, y que el silencio que se guardó en el testamento respecto de ella, debe considerarse como una institución de heredero en su legítimo.

"IV. Que es nula en absoluto la pretendida legitimación que Pedro Peña G. y Ana de Dios Carvajal concedieron a la menor Carmelita Alejandrina, reputada como su hija, por medio de la escritura número 720, de fecha quince de noviembre de mil novecientos veinte, suscrita en Chitagá por el Notario 1° de este Circuito y los testigos instrumentales señores Antonio Guerrero B. y José A. Camargo S., por tratarse de una hija adulterina o de dañado y punible ayuntamiento.

"V. Que es nula, por la misma causa, la cláusula tercera del testamento mencionado, en cuanto ratifica el testador Peña Gómez la consabida legitimación a favor de la menor adulterina Carmelita Alejandrina.

"VI. Que dicha Carmelita Alejandrina no es llamada a la sucesión de Pedro Peña Gómez por la ley ni por el testamento a que se refiere la parte III de esta demanda, por el vicio originario de su concepción, pues es hija adulterina.

"VII. Que la señora Ana de Dios Carvajal viuda de Pedro Peña Gómez, e instituída por éste su heredera universal testamentaria, sólo tiene derecho con este carácter a la cuarta parte de bienes de que el testador pudo disponer libremente, sin afectar la legítima efectiva de la única legitimaria, que lo es la señora Alejandrina Peña de García, demandante, y mediante el cómputo y acumulación de lo que pueda corresponderle por gananciales, por porción conyugal o por cualquier otro título.

"VIII. Que la señora Alejandrina Peña V. de García,

como hija legítima de Pedro Peña Gómez y Lucía Villamizar, tiene derecho a su legítima, a la cuarta parte de mejoras, de que el testador no podía disponer sino en favor de sus descendientes legítimos, y todo cuanto acrezca a la legítima de la herencia por cualquier título.

"IX. Que es nula, de nulidad relativa, la venta que Alejandrina Peña V. de García, con autorización de su esposo Cruz García hizo a Pedro Peña Gómez por la escritura número 297, de fecha diez y nueve de abril de mil novecientos veinte, otorgada ante el Notario 1º de este Circuito, por la cantidad de doscientos pesos, de los derechos hereditarios que a la demandante correspondían en la sucesión de su legítima madre Lucía Villamizar de Peña, por haberse celebrado ese contrato en contravención de lo que dispone el artículo 1810 del Código Civil, ya que allí en la misma escritura se dejó constancia de que los derechos vendidos no eran incorporales, sino que se hallan vinculados a bienes raíces ubicados en Chitagá, y los otorgantes expresamente dijeron que para la validez del contrato era necesaria la licencia judicial, por ser la vendedora mujer casada, ésta quedaba obligada a solicitar tal licencia cuando el comprador se lo exigiera.

"X. Que la sucesión de Pedro Peña Gómez, representada por la demandada, con el carácter de cónyuge supérstite y de albacea testamentario, debe restituir a la demandante Alejandrina Peña Villamizar de García los derechos a que se refiere el punto anterior, dentro del término de seis días a partir de la ejecutoria de la sentencia, con todos los frutos civiles y naturales, desde la notificación de esta demanda hasta que se haga la entrega, y no sólo los percibidos sino los que la demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad estando estos derechos en su poder.

"XI. Que se adjudiquen y entreguen a la demandante Alejandrina Peña de García, al verificarse la liquidación de la herencia de sus padres Pedro Peña Gómez y Lucía Villamizar, toda la porción de bienes que componga su legítima efectiva como única legítima y legitimaria de éstos."

Esta demanda fue corregida y adicionada oportunamente en la siguiente forma:

"a) La demanda la dirijo no sólo contra Ana de Dios Carvajal con el carácter dicho, menos como representante legal de la hija adulterina, sino también contra Carmelita Alejandrina, hija de aquélla en adulterio con el marido de Lucía Villamizar de Peña, en cuanto a los puntos petitorios marcados con los números I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, X y XI del libelo principal que con ambas personas se rozan, prescindiendo de tener a Ana de Dios Carvajal como representante en el juicio de su hija adulterina Carmelita Alejandrina, por aparecer que la madre contrajo matrimonio en segundas nupcias con Francisco Martínez, el veintinueve de diciembre último en Chitagá, por lo cual, aun tratándose de una hija legítima, la madre carecería de la representación legal de la hija. Por ello lo pido que provea a la menor impúber demandada de un curador **ad litem**, que la asista en la controversia, previo el discernimiento del cargo, de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 153 de 1887, que reconoce la patria potestad respecto de los hijos legítimos solamente, por lo que en el caso actual la menor no tiene representante legal que la asista en este juicio.

"b) El punto IX de las peticiones lo sustituyo en la forma siguiente, y lo dirijo contra ambas demandadas, por aparecer que las dos han sido instituídas herederas del difunto:

"IX. Que es nulo, o sin ningún valor ni efecto, el contrato de compraventa celebrado entre Alejandrina Peña de García, autorizada por su esposo Cruz García con Pedro Peña Gómez, por medio de la escritura número 297, de fecha diez y nueve de abril de mil novecientos veinte, otorgada ante el Notario 1º de este Circuito, por la cantidad de doscientos pesos ($ 200) oro, de los derechos y acciones que a la señora vendedora correspondía o pudieran corresponderle en la sucesión de su legítima madre Lucía Villamizar de Peña, por haberse celebrado tal contrato en contravención al artículo 1810 del Código Civil, ya que en el mismo instrumento se dijo que los derechos se hallaban vinculados sobre bienes raíces situados en Chitagá, y principalmente porque esa escritura no fue debidamente inscrita como venta de derechos y acciones hereditarios, y no tiene poder bastante para verificar la tradición de lo vendido, según los artículos 2641, 2653, 2655, 2673 y 756 del Código Civil.

"c) El punto X de la petición lo sustituyo así:

"X. Que como consecuencia de la anterior declaración, las cosas deben volver al estado que tenían antes del otorgamiento de la escritura número 297, de diez y nueve de abril de mil novecientos veinte, como si no se hubiera celebrado tal contrato entre el citado Peña Gómez y mi representada Alejandrina Peña de García.

"d) El punto XI lo sustituyo así:

"XI. Que, en consecuencia, se adjudiquen y entreguen a la demandante Alejandrina Peña de García, mediante liquidación de la herencia de Lucía Vilamizar y Pedro Peña Gómez y de la sociedad conyugal entre éstos, toda la porción de bienes que compongan la legítima efectiva de la demandante heredera de ambos padres, como única legitimaria y única hija legítima de los causantes.

"Queda en pie la parte petitoria de la demanda propuesta como acción subsidiaria sobre rescisión por lesión enorme en la venta de los derechos y acciones de la demandante en la sucesión de la madre Lucía Villamizar, petición subsidiaria que debe entenderse dirigida contra Ana de Dios Carvajal y Carmelita Alejandrina Carvajal o Peña, de quienes he hablado."

"Los fundamentos de la demanda los adiciono así:

"17. Como Carmelita Alejandrina, menor adulta e hija adulterina de Ana de Dios Carvajal con Pedro Peña Gómez, no puede ser representada por su madre, ni tiene guardador general o especial, por haber pasado la madre a otras nupcias, y por no ejercer ésta la patria potestad sobre aquélla, debe figurar en el juicio por medio de un curador especial, designado por el Juzgado.

"18. No teniendo la escritura número 297, de diez y nueve de abril de mil novecientos veinte el poder transferir el dominio y verificar la tradición, esa escritura y la venta que contiene son ineficaces ante la ley."

La demandada Ana de Dios Carvajal propuso demanda de reconvención para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que todos los derechos que Alejandrina Peña tenía en los bienes quedantes por muerte de Lucía Villamizar, pertenecen a la sucesión de Pedro Peña Gómez.

"Segunda. Que los bienes denominados Los Ranchos, junto con una cuadra y una casa que en seguida enu-

meraré y mencionaré, inventariados en el juicio de sucesión de Pedro Peña Gómez y reclamados por Cruz García como suyos, pertenecen a la sucesión de Pedro Peña Gómez. Estos bienes son: el predio denominado Los Ranchos, ubicado en la jurisdicción del Municipio de Chitagá, delimitado así: por el Norte, cercas al medio, con propiedades de Antonio Vera y Miguel Buitrago; por el Oriente, el río Chitagá; por el Sur, cercas de por medio, con propiedades de Inocencio Villamizar, y por el Occidente, camino de por medio, con la sucesión de Rudesindo Mogollón. Una casa de paredes, madera y teja, con su solar en la Calle Real de esta población, delimitada así: por el Norte, pared al medio, con propiedades de la sucesión de Pedro Peña Gómez y de Elvira Parra; por el Sur, calle pública al medio, con la sucesión de Isidra Villamizar y con Evangelista Villamizar, y por el Oriente, la calle pública. Una cuadra dividida en ocho solares, situada en la población de Chitagá, delimitada así: por el Norte, calle pública al medio, frente a solares de Marcelina Parra; por el Oriente, calle al medio, con solares de propiedad de Juan de Dios Maldonado y Hermógenes D. Calderón; por el Sur, calle al medio, frente a solares de Isabel Tarazona y en parte con Manuel Rodríguez, vuelve a la derecha hacia el Norte, hasta encontrar una pared; volviendo de para abajo, por cercas al medio, hasta ponerse frente al costado norte de la propiedad de Simón Rodríguez, lindando con Ana de Dios Carvajal; por el Occidente, calle al medio, con propiedad de Simón Rodríguez y de Antonio Mogollón.

"Tercera. Que el señor Cruz García está obligado a entregar, luégo que le sea notificada la sentencia definitiva, a la sucesión de Pedro Peña Gómez, los bienes enumerados en el punto anterior."

Los hechos fundamentales de la demanda principal están concebidos en los siguientes términos:

"1º Pedro Peña Gómez contrajo matrimonio canónico con Lucía Villamizar el veintiocho de febrero de mil ochocientos ochenta y uno, ante el Párroco de Chitagá.

"2º Durante este matrimonio fue concebida y nacida como hija legítima de tales consortes, la demandante Alejandrina Peña Villamizar, quien contrajo matrimonio, por el mismo rito, con el señor Cruz García, el veinticinco de noviembre de mil novecientos tres, en Chitagá.

"3º Peña Gómez y Lucía Villamizar no tuvieron ningún otro hijo durante su matrimonio, al menos sobreviviente, y por ello, la única heredera de tales padres lo es mi mandante Alejandrina Peña de García.

"4º Lucía Villamizar de Peña falleció en Chitagá el veinticinco de agosto de mil novecientos diez y nueve, fecha ésta en que quedó disuelto el vínculo matrimonial con Pedro Peña Gómez.

"5º Este contrajo segundas nupcias con Ana de Dios Carvajal el quince de mayo de mil novecientos veinte.

"6º El veintiséis de abril del año de mil novecientos diez y seis, subsistente aún el matrimonio de Pedro Peña Gómez con Lucía Villamizar, fue bautizada en Chitagá, ante el Párroco de allí, una niña, a quien se puso por nombre Carmelita Alejandrina, haciéndose constar erróneamente en la respectiva acta de estado civil, que era hija legítima de Pedro Peña Gómez y Ana de Dios Carvajal.

"7º Durante el matrimonio Peña-Villamizar, el señor Pedro Peña Gómez mantuvo dañado y punible ayuntamiento con Ana de Dios Carvajal, y en tal ayuntamiento procreó la mujer a la citada hija Carmelita Alejandrina, a quien más tarde se pretendió legitimar por los padres adúlteros.

"8º El quince de noviembre de mil novecientos veinte, Pedro Peña Gómez, y su segunda esposa Ana de Dios Carvajal, por medio de la escritura número 720, extendida ante el Notario 1º de este Circuito, declararon de consuno: que habiendo ellos tenido una hija natural, concebida—dicen—en momentos en que podían casarse entre sí, llamada Carmelita Alejandrina, le concedían el beneficio de legitimación.

"9º El mismo Pedro Peña Gómez otorgó testamento nuncupativo ante el Notario 1º de este Circuito, el día treinta y uno de mayo de mil novecientos veintiuno, por medio del instrumento número 231, y en tal acto el testador declaró que durante su matrimonio con Lucía Villamizar había tenido a su hija Alejandrina Peña, que está viva, y que antes del segundo matrimonio con Ana de Dios Carvajal, había tenido en ésta una hija natural, que también está viva, llamada Carmelita Alejandrina, a quien había legitimado por la escritura número 720, ya citada, y a quien en el testamento reconocía como tal hija legítima.

"10. En el mismo testamento Peña Gómez instituyó como sus únicos y universales herederos a su consorte Ana de Dios Carvajal y a la pretendida legitimada Carmelita Alejandrina, guardando silencio respecto de la verdadera heredera doña Alejandrina Peña de García. A la vez encargó como albacea, con tenencia de bienes, a la cónyuge mencionada.

"11. Pedro Peña Gómez falleció en Chitagá el tres de octubre del presente año (mil novecientos veintitrés), dejando todos sus bienes en poder de la albacea Ana de Dios Carvajal.

"12. Por el instrumento número 297, de diez y nueve de abril de mil novecientos veinte, extendido ante el Notario 1º de este Circuito, la señora Alejandrina Peña, con autorización expresa de su esposa Cruz García, vendió a Pedro Peña Gómez el derecho hereditario que le correspondía en la sucesión de su madre Lucía Villamizar, por la cantidad de doscientos pesos, haciéndose constar que esos derechos estaban representados en bienes raíces ubicados todos en Chitagá, y que si para la validez del contrato era necesaria la licencia judicial, la vendedora se obligaba a solicitarla cuando el comprador se lo exigiera.

"13. El precio de la venta a que se refiere el punto anterior, es inferior a la mitad del justo precio del derecho vendido, habiendo la vendedora sufrido lesión enorme.

"14. Para llevar a efecto dicha venta no se obtuvo previamente la licencia judicial, requerida por el artículo 1810 del Código Civil, ni se ha hecho la ratificación con las formalidades legales, de manera que el contrato está viciado de nulidad relativa, ya que es evidente que la vendedora estaba casada cuando celebró el contrato, y que ésta se refirió a bienes o derechos reales y no a derechos incorporales, como así consta del instrumento respectivo citado.

"15. La menor Carmelita Alejandrina, a quien se quiso legitimar por Pedro Peña Gómez y Ana de Dios Carvajal, después del matrimonio, fue concebida y nacida durante la existencia del legítimo matrimonio de Pedro Peña Gómez con Lucía Villamizar, y por consiguiente, es hija de dañado y punible ayuntamiento, esto es, hija espuria o adulterina de los que trataron de legitimarla indebidamente.

"16. La adquisición del derecho de herencia que mi mandante vendió al causante, tuvo lugar en el estado de viudez del comprador, de manera que ese derecho no en-

tró a formar parte de la sociedad conyugal Peña-Carvajal, sino que fue, aunque con el vicio de nulidad demandada ahora, del patrimonio del causante."

Los hechos fundamentales de la demanda de reconvención dicen así:

"Primero. Los bienes mencionados pertenecieron a la sociedad conyugal formada entre Pedro Peña Gómez y Lucía Villamizar.

"Segundo. A la muerte de Lucía Villamizar, la hija legítima de ésta, Alejandrina Peña, cedió a título de venta todos los derechos que, como heredera, tenía en esos bienes a Pedro Peña Gómez.

"Tercero. Pedro Peña Gómez contrajo luégo matrimonio con Ana de Dios Carvajal, aportando a este matrimonio los bienes mencionados, y que había comprado a Alejandrina Peña.

"Cuarto. Luégo murió Pedro Peña Gómez."

El Juez del conocimiento, que lo fue el 1° del Circuito de Pamplona, desató así la litis:

"1° Es nula la legitimación de Carmelita Alejandrina Peña o Carvajal, contenida en el instrumento número 720, de quince de noviembre de mil novecientos veinte, de la Notaría 1ª de este Circuito, hecha por Pedro Peña Gómez y Ana de Dios Carvajal, y, por consiguiente, nulas las cláusulas 3ª y 8ª, sobre ratificación de legitimación e institución de heredera de Carmelita Alejandrina, contenidas en el testamento nuncupativo otorgado por Pedro Peña Gómez en el instrumento número 231, de treinta y uno de mayo de mil novecientos veintiuno, y consecuencialmente, sin derecho a la sucesión de Pedro Peña Gómez a Carmelita Alejandrina Peña o Carvajal, por ser espuria.

"2° Declárase con derecho a la sucesión de Pedro Peña Gómez y Lucía Villamizar, en su carácter de hija legítima, a María Alejandrina Peña Villamizar de García y Ana de Dios Carvajal, a la sucesión dicha de Pedro Peña Gómez, como segunda cónyuge supérstite de éste, derechos que deben hacerse en participación, conforme a las leyes sustantivas.

"3° Declárase, por ser acciones distintas y de previo y especial pronunciamiento en juicio ordinario, aunque de competencia del Juez que conoce del juicio de sucesión, sin lugar a considerarlas (sic), las acciones sobre nulidad del contrato de compraventa entre Alejandrina Peña de García, con autorización de su esposo Cruz García y Pedro Peña Gómez, contenido en el instrumento número 297, de diez y nueve de abril de mil novecientos veinte, y la devolución de los bienes delimitados en el punto 2° de la demanda de reconvención, y consecuencialmente, las excepciones perentorias contra ellas interpuestas por demandado y demandante, respectivamente, dejando a salvo los derechos que dan lugar a ellas."

Apelada esta sentencia por ambas partes, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, donde fue fallado por sentencia de diez y nueve de octubre de mil novecientos treinta y uno, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"Primero. Carmelita Alejandrina Carvajal o Peña no es hija legítima ni legitimada de Pedro Peña Gómez, pero sí es llamada a la sucesión de éste por su testamento, en la forma en que se expresará adelante. No es nula la cláusula testamentaria en que el testador la instituyó heredera universal.

"Segundo. Alejandrina Peña Villamizar es hija legítima y legitimaria de Pedro Peña Gómez, por ser habida durante el legítimo matrimonio de éste con Lucía Villamizar.

"Tercero. Queda reformado el testamento que Pedro Peña Gómez otorgó en Chitagá, ante el Notario 1° de este Circuito, el treinta y uno de mayo de mil novecientos veintiuno, bajo el número 231, en el sentido de que Alejandrina Peña, como hija legítima del testador, es heredera forzosa de éste, y que el silencio que respecto de ella se guardó en el testamento, debe entenderse como institución de heredera en su legítima.

"Cuarto. Que es nula la legitimación que Pedro Peña Gómez y Ana de Dios Carvajal concedieron a la menor Carmelita Alejandrina por la escritura número 720, de quince de noviembre de mil novecientos veinte, pasada ante el Notario 1° principal de este Circuito, por tratarse de una hija de dañado y punible ayuntamiento.

"Quinto. Que por la misma causa es nula la cláusula 3ª del testamento, en que Peña Gómez ratifica la legitimación de que trata el punto anterior.

"Sexto. Carmelita Alejandrina no es llamada por la ley a la sucesión de Peña Gómez; pero la cláusula 8ª del testamento debe entenderse que la instituyó legataria en la cuarta parte de sus bienes de libre disposición, y que a ella tiene derecho.

"Séptimo. Ana de Dios Carvajal, en su carácter de cónyuge supérstite, no tiene derecho a la cuarta de libre disposición, sino que conserva los derechos a su porción conyugal y gananciales, en la forma que lo determina el capítulo 2°, Título V, libro 3°, del Código Civil.

"Octavo. Alejandrina Peña de García concurre a la sucesión de Pedro Peña Gómez con el derecho de percibir la legítima efectiva, compuesta de la rigurosa, de la cuarta de mejoras y de lo demás que acrezca a la herencia, con excepción de la cuarta de libre disposición.

"Noveno. No es nulo el contrato de compraventa celebrado entre Alejandrina Peña de García, autorizada por su esposo, y Pedro Peña Gómez, contenido en la escritura número 297, del diez y nueve de abril de mil novecientos veinte, otorgada ante el Notario 1° de este Circuito, por la que aquélla vendió a éste los derechos y acciones que le correspondían en la sucesión de su madre Lucía Villamizar.

"Décimo. No es el caso de que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la escritura número 297 mencionada en el punto anterior, como si no se hubiera celebrado tal contrato.

"Undécimo. Niégase la petición distinguida con el número XI, quedándole a salvo a la actora los derechos que se le reconocen en el punto octavo de este fallo.

"Duodécimo. No es el caso de declarar rescindido, por lesión enorme, el contrato contenido en la escritura número 297, del diez y nueve de abril de mil novecientos veinte, o sea la venta de derechos hereditarios hecha por Alejandrina Peña de García a favor de Pedro Peña Gómez, por estar probada la excepción de prescripción.

"Décimotercero. Con relación al punto primero de la contrademanda, se declara que todos los derechos y acciones de Alejandrina Peña de García en la sucesión de Lucía Villamizar, pertenecen a la sucesión de Pedro Peña Gómez.

"Décimocuarto. Absuélvese a Cruz García de los cargos que se le hicieron en las peticiones segunda y tercera de la contrademanda.

"Sin costas a cargo de ninguno de los apelantes."

Contra esta sentencia se interpuso en tiempo el recurso de casación por la parte de Cruz García y Alejandrina

Peña de García, recurso que se admitió, y que hoy se estudia.

Se acusó el fallo, en memorial dirigido al Tribunal, por la primera y la segunda causal.

Entre las muchas disposiciones sustantivas que se dicen violadas, la Sala anota las de los artículos 1008, 1155, 1237, 1156, 1857, 2652 y 2673 del Código Civil, por la cual, y dado que por este aspecto prospera la casación, no es el caso de considerar los otros aspectos de la acusación, ni atender a la causal segunda si la primera prospera, como pasa a demostrarse.

Al estudiar la 6ª petición de la demanda, el Tribunal discurrió así:

"Ahora bien: los preceptos sobre la sucesión testada suponen siempre el más absoluto respeto de la voluntad del causante, en cuanto esa voluntad no contrarie abiertamente los derechos consignados en ellos, en beneficio de ciertas personas. Dentro de la libertad limitada de que goza el testador, es preciso reconocerle la facultad de disponer de sus bienes en la forma que a bien tenga, sin pretender sustituir a su arbitrio la interpretación rígida de la ley. Por eso el juzgador debe armonizar las cláusulas de un acto testamentario, en forma de darles a todas el sentido que las haga producir algún efecto, siempre, como se dijo, sin cercenar los indiscutibles derechos de los llamados por la ley. Aplicados al caso estos principios, y haciendo mérito de la división legal de los bienes, el sentido de la cláusula en que se instituyó heredera a Carmelita Alejandrina, es reconocerla como asignataria en la cuarta de libre disposición de los bienes dejados por Pedro Peña Gómez. En tal forma se deja satisfecha la voluntad de éste, porque es de presumir que si su deseo fue darle el carácter de heredera universal, con mayor razón se hubiera sentido inclinado a darle un legado, como si se tratara de una persona extraña."

Con apoyo en lo que se deja transcrito, el sentenciador falló así la dicha 6ª petición:

"Carmelita Alejandrina no es llamada por la ley a la sucesión de Peña Gómez; pero la cláusula 8ª del testamento debe entenderse que la instituyó legataria en la cuarta parte de sus bienes de libre disposición, y que a ella tiene derecho."

En esta forma se violó el artículo 1008 del Código Civil, que distingue entre el título universal y el título singular para suceder a una persona difunta, violación que, como lo anota el recurrente, es directa, y procede de no haber hecho aplicación de ese artículo al caso del pleito en la interpretación de la cláusula 8ª del testamento de Pedro Peña Gómez.

Por esa cláusula el testador instituyó a Ana de Dios Carvajal y a Carmelita Alejandrina Peña o Carvajal como sus herederas universales, y no podía el Tribunal convertir a una heredera universal en simple legataria, sin violación de la disposición citada.

Por las mismas razones se violó el artículo 1155 del Código Civil, en el sentido indicado por el recurrente, por cuanto disponiendo dicho artículo que los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos, y representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, el sentenciador convirtió a la heredera universal en legataria, con todas las consecuencias de este cambio, entre las cuales podría citarse, por su trascendencia, la de que el heredero universal representa al testador en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (artículo 1155, Código Civil), en tanto que el legatario no representa al testador, ni tiene más derechos o cargas que los que expresamente se le confieran o impongan (artículo 1162, Código Civil).

Al estudiar la petición 7ª de la demanda, dijo el sentenciador:

"Pretende la demanda, en su petición distinguida con el número VII, que Ana de Dios Carvajal viuda de Peña Gómez, e instituída heredera universal, sólo tiene derecho en ese carácter a la cuarta de bienes de que el testador pudo disponer libremente, mediante el cómputo y acumulación de lo que pueda corresponderle por gananciales, bienes propios o porción conyugal. Mas ello es perfectamente injurídico, como se pasa a demostrar.

"Reconocida Alejandrina Peña como única legitimaria, en virtud de la reforma del testamento, es evidente que al cónyuge sobreviviente no le quedan otros derechos que los que le reconoce la ley. Ellos son los que versan sobre la asignación forzosa llamada porción conyugal, computada en relación con sus bienes propios y gananciales, según el ordinal 2º del artículo 1126 del Código Civil, y el capítulo II, Título V, libro 3º, de la misma obra, con las facultades que allí se le dan para escoger lo que mejor convenga a sus intereses. Quiere esto decir que el cónyuge sobreviviente tiene específica y claramente determinados los derechos que le corresponden en la sucesión del difunto, y asimismo el carácter con que interviene en ella. Y como, de otra parte, según el artículo 1242 del Código citado, la cuarta de libre disposición puede dejarla el testador a quien le plazca, a salvo siempre el derecho que la ley concede, es perfectamente arbitrario y violatorio de palmarios preceptos, el declarar que Ana de Dios Carvajal no está autorizada para reclamar sino la parte de bienes mencionada, como lo jurídico es que ella conserve su calidad de cónyuge, con los derechos que le son anexos, y que la cuarta referida de la masa hereditaria pase a quien las reglas al respecto indican. En tal forma se respeta la estructura legal hecha de las personas llamadas a la herencia y los derechos consiguientes.

"Resultado de lo hasta aquí expuesto, es que la señora Peña de García concurre a la sucesión de Peña Gómez, en condición de legataria, y que lleve el derecho de percibir la porción que es inherente a ese estado, más la cuarta de mejoras, pero no la de libre disposición, porque ésta pasa a Carmelita Alejandrina, según se dijo al analizar la petición distinguida con el número VI. En consecuencia, en armonía con lo que estatuyen los artículos 1241 y 1249, a la actora le toca su legítima efectiva, compuesta de la legítima rigurosa y la cuarta de mejoras, sin que el acrecimiento favorezca al cónyuge sobreviviente, en el caso del artículo 1236 del Código Civil."

Fundándose en lo transcrito, el Tribunal falló así la dicha 7ª petición:

"Ana de Dios Carvajal, en su carácter de cónyuge supérstite, no tiene derecho a la cuarta de libre disposición, sino que conserva los derechos a su porción conyugal y gananciales, en la forma en que lo determina el capítulo 2º, Título V, libro 3º, del Código Civil."

De esta manera el sentenciador violó el artículo 1237 del Código Civil, que autoriza al cónyuge sobreviviente para percibir en la sucesión del difunto, a título de he-

rencia, más de lo que le corresponde a título de porción conyugal.

Al decidir el sentenciador que el cónyuge sobreviviente conserva su derecho a la porción conyugal, ha fallado sobre cuestiones no sujetas a debate. En efecto: la porción conyugal es un derecho que está sujeto a las prescripciones de los artículos 1230 y siguientes del Código Civil. Este derecho depende de la situación pecuniaria del cónyuge sobreviviente, situación que solamente puede establecerse mediante el debate que supone el artículo 1278, cuando se trate de sucesión testada. Y si el sentenciador reconoció la existencia de ese derecho sin aquel previo debate, es claro que violó el citado artículo 1278, en una forma directa, que es la señalada por el recurrente.

Como las cuestiones que contemplan los numerales 6° y 7° de la parte resolutiva de la sentencia acusada, están íntimamente vinculadas, de aquí resulta que el fallo allí contenido sea violatorio del artículo 1156 del Código Civil, que establece en su última parte que si fueren muchos los herederos instituidos, sin designación de cuota, dividirán entre sí, por partes iguales, la herencia o la parte de ella que les toque.

Al decidir la sentencia en su parte sexta, que Carmelita Alejandrina lleva toda la cuarta de libre disposición, y al decidir en su parte séptima que la cónyuge sobreviviente nada lleva en esa cuarta, ha violado directamente el artículo supradicho, que señala las reglas para distribuir entre los herederos la herencia o la parte de ella que les toque, cuando no ha habido designación de cuota.

Al estudiar el punto noveno de las peticiones de la demanda, en la parte en que se solicita la declaración de que el contrato de compraventa celebrado entre Alejandrina Peña de García y Pedro Peña Gómez, por medio de la escritura número 297, de diez y nueve de abril de mil novecientos veinte, otorgada en la Notaría 1° del Circuito de Pamplona, no tiene valor ni efecto, por no haber sido debidamente registrada esa escritura, el Tribunal discurre así:

"Otro reparo que la demanda halla al contrato, es el de que se registró en el libro 1° de que habla el artículo 2641 del Código referido, cuando ha debido ser en el 2°, porque no se trataba de un título de los que trasladan, modifican, gravan o limitan el dominio. Dejando de lado la cuestión de si una escritura de esta clase debe registrarse en el libro 1° o en el 2°, basta analizar qué efectos tendría la objeción formulada a la otorgada por Alejandrina Peña. Para efectos del razonamiento, es oportuno anotar que un acto registrado en el libro que no le corresponde, es como si no lo hubiera sido. De manera que es correcto suponer que esto sucede con el que está en debate. Ahora bien: son nulos solamente los actos que el legislador ha considerado tales, mas no otros. En tratándose de la falta de registro, los efectos son los indicados en el artículo 2673 del Código Civil, que reza:

'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.'

"Aquí no se habla de nulidad, sino apenas de la carencia de fe ante los funcionarios, lo que significa que la conserva ante los contratantes, y que sus obligaciones son válidas mientras que por otra causa no se hayan declarado sin fuerza para obligarlos a cumplirlas. Y esto cobra más razón si se relaciona con el precepto siguiente, que afirma que los actos sujetos a registro no surten efecto legal respecto de terceros, sino desde la fecha de la inscripción, vale decir, que entre las partes sí lo surte, antes y después de registrados. La lógica conduce a esta deducción, porque las causales de nulidad son la incapacidad de los contratantes, el objeto o causa ilícitos, esto es, vicios internos del acto, que, al no existir, no le impide sus efectos. Esta es la doctrina de la Corte Suprema, como puede verse en los números 3344, 3347, 3358 y 3363 del tomo 3° de su Jurisprudencia. El número 3358 dice:

'Una escritura pública no es nula por el simple hecho de faltarle el registro. La omisión de esto sólo anula las escrituras de hipoteca.'

"Por todo esto no se puede acceder a la solicitud del demandante."

Con fundamento en los conceptos transcritos, se desata la cuestión bajo el numeral 9° de la parte resolutiva de la sentencia acusada, en la siguiente forma:

"No es nulo el contrato de compraventa celebrado entre Alejandrina Peña de García, autorizada por su esposo, y Pedro Peña Gómez, contenido en la escritura número 297, del diez y nueve de abril de mil novecientos veinte, otorgada ante el Notario 1° de este Circuito, por la que aquélla vendió a éste los derechos y acciones que le correspondían en la sucesión de su madre Lucía Villamizar."

Considera el recurrente que la sentencia violó los artículos 2641, numeral 2°; 1857, 735 del Código Civil, por cuanto no declaró ineficaz la escritura número 297, para transmitir el dominio de los derechos vendidos, ya que no estaba registrada en el libro número 2° sino en el 1°

Para la Corte es evidente la violación de esos artículos.

De manera terminante dice el artículo 1967, que el que ceda a título oneroso un derecho de herencia o legado, sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero o legatario.

No especificados los efectos de que se compone la herencia o legado, es peregrino entrar a estudiar si el derecho de herencia es mueble o inmueble, porque lo vendido en el caso del artículo 1967 no es cuerpo cierto ni incierto; el vendedor no contrae la obligación peculiar del vendedor, de entregar la cosa vendida y responder por la evicción o saneamiento, sino que sólo se hace responsable de su calidad de heredero, y no puede someterse a discusión si un contrato en el que el vendedor apenas responde de su calidad de heredero, es de aquellos cuyo título trasladan, modifican, gravan o limitan el dominio de los bienes inmuebles, para que haya de registrarse en el libro número 1°, que es donde ellos se registran, al tenor del artículo 2641, numeral 1°, porque el contrato no tiene por objeto bienes raíces, sino sólo responderle al comprador de la calidad de heredero.

Pero hay más: tampoco considera la ley el derecho de herencia como bien raíz, porque el artículo 1857, inciso 2°, ordena que la venta de una sucesión no se reputa perfecta mientras no se haya otorgado escritura pública, y si nuestro Código Civil considerara la venta de una sucesión como venta de bienes raíces, no hubiera expresamente dicho que la venta de la sucesión requiere escritura pública, porque ella, como bien raíz, quedaría comprendida en la primera parte del inciso, y si lo dijo, fue porque consideró la sucesión como una cosa distinta de un bien raíz.

De lo dicho se desprende que, no respondiéndose en la venta de un derecho de herencia, sino de la calidad

de heredero, ese contrato nada tiene qué ver con la mutación del dominio, y por consiguiente, su registro ha de hacerse en el libro 2°, o al menos en el de "causas mortuorias," y se dice esto último, porque la Corte ha considerado que el artículo 38 de la Ley 57 de 1887 trajo alguna confusión sobre el particular, y que esos títulos quedan bien registrados en uno de estos dos libros.

Al Congreso le pidió la Corte que legislara sobre la materia, para disipar la duda respecto de los libros número 2° y del de causas mortuorias, pero no se refirió al número 1°, porque allí no había duda qué resolver.

No es indiferente registrar esas ventas en cualquiera de esos libros, porque para algo señaló la ley esos libros, y para algo indicó qué títulos se inscribían en cada uno de ellos, y por eso en su artículo 759 dice que los títulos traslaticios de dominio que deben registrarse, lo serán en el libro respectivo, so pena de no transferir el dominio. Ahora: el hecho de que los Registradores no estén de acuerdo respecto de los libros en que esos títulos deben registrarse, no quiere decir que las disposiciones sean dudosas, pero de serlo, es la Corte la llamada a uniformar esa jurisprudencia, definiendo en qué libros deben hacerse esas inscripciones, y no ayudar a acrecer el caos, resolviendo que el registro queda bien hecho en cualquiera de los libros que lleva el Registrador.

No ha de perderse de vista que los derechos vendidos por la escritura número 297 no están especificados, pues no se determinan esos bienes, ni por sus nombres, ni por sus linderos, y "especificar," según el Diccionario de Legislación, "es explicar o declarar individualmente alguna cosa, o enumerar las circunstancias particulares de algún objeto, de modo de no equivocarse o confundirse con otro."

La escritura al respecto dice:

"Que transfiere a título de venta real y enajenación perpetua al señor Pedro Peña Gómez, varón, viudo, mayor de edad, vecino de este Municipio, a quien de igual manera conozco, es a saber: los derechos y acciones que tiene, le corresponden y puedan corresponderle en los bienes de la sucesión de su finada madre, señora Lucía Villamizar de Peña, como su hija y heredera legítima. Dichos derechos y acciones están representados en varias fincas raíces, ubicadas en jurisdicción de este Municipio."

Los puntos décimo y undécimo de la parte resolutiva de la sentencia acusada están íntimamente vinculados al anterior, y deben, por lo mismo, correr la misma suerte.

Y si la casación prospera por el aspecto indicado, no viene al caso referirse a la petición subsidiaria de lesión enorme, desatada bajo el numeral duodécimo de la parte resolutiva de la sentencia acusada, ni a lo que se impetra en el punto primero de la demanda de reconvención, resuelto bajo el numeral décimotercero de la parte resolutiva de esa sentencia, por la vinculación íntima que existe entre estas cuestiones y el numeral 9° indicado.

Casada en parte la sentencia por causa del quebrantamiento de las disposiciones citadas, se pasa a dictar la de instancia.

Con fundamento en las razones que se dejan expuestas al casar parcialmente la sentencia, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero. Mantiénese la sentencia dictada por el Tribunal de Pamplona, de fecha diez y nueve de octubre de mil novecientos treinta y uno, en la parte que no fue materia del recurso, que es la señalada con los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y octavo de la parte resolutiva de esa sentencia.

Segundo. Carmelita Alejandrina Peña o Carvajal no es llamada por la ley a la sucesión de Pedro Peña Gómez; pero por la cláusula octava del testamento está instituída heredera universal en la mitad de la cuarta de libre disposición.

Tercero. Ana de Dios Carvajal está instituída heredera universal en la mitad de la cuarta de libre disposición, según la cláusula octava del testamento.

Cuarto. No tiene valor ni efecto el contrato contenido en la escritura número 297, de diez y nueve de abril de mil novecientos veinte, y en consecuencia, las cosas vuelven al estado que tenían antes del otorgamiento de esa escritura.

Quinto. Déjanse a salvo los derechos de la sucesión de Pedro Peña Gómez, para repetir lo pagado en virtud del contrato a que se refiere el numeral anterior.

Sexto. Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

—

SALVAMENTO DE VOTO

del doctor José Joaquín Hernández.

He sostenido y persisto en sostener que el derecho de herencia es inmueble cuando hay bienes raíces en el patrimonio del de cujus. Esta tesis la apoya doctamente el doctor Champeau, según consta en la conferencia que dictó en Medellín en 1909, publicada en la entrega 17 de la Revista Jurídica.

Consta en el juicio que en la sucesión de Lucía Villamizar existen inmuebles. En el contrato de cesión del derecho hereditario de Alejandrina Peña de García en la sucesión de su madre, se hizo esta declaración:

"Dichos derechos y acciones están representados en varias fincas raíces ubicadas en jurisdicción de este Municipio."

Es consecuencia jurídica de la naturaleza inmueble del derecho cedido por Alejandrina Peña de García, que la escritura respectiva debe registrarse en el Libro 1°, cual se hizo.

No estoy, por ende, de acuerdo con la sentencia en la parte en que declara ineficaz el registro de la escritura en mención por haberse hecho en el Libro 1°

Pero hay más. En sentencia de diez y ocho de febrero de mil novecientos treinta y uno, la otra Sala de Casación declaró eficaz el registro de la escritura de venta de un derecho hereditario, hecho en el Libro 1° Como el caso jurídicamente es igual, en seguida se copia el pasaje respectivo.

"Ahora se trata de una inscripción verificada en el Libro número 1°, hecha por el Registrador de Vélez, sobre la base de que recayendo los derechos hereditarios vendidos sobre un acervo hereditario cuyo componente principal era una propiedad raíz, se estaba en el caso de la mutación de dominio de ella. Como se ve, continúa la confusión entre los Registradores debido a la oscuridad de la ley respecto del libro en que deben registrarse las

ventas de derechos hereditarios, y la Corte, mientras el punto no se aclare por medio de una ley que ha solicitado del Congreso, no puede desconocer la eficacia de los títulos de enajenación de derechos hereditarios por defecto de registro en el libro respectivo, ya que ese punto ofrece dudas a los Registradores, dudas que no pueden ir contra los derechos de los asociados."

Bogotá, junio 2 de 1933.

José Joaquín Hernández

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintisiete de junio de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Ante el Juez del Circuito de San Juan de Córdoba, los señores Guillermo A. Torres y Luis Carlos González, en representación de la Sociedad colectiva denominada García & Compañía, demandaron al señor Adolfo Charris C. para que mediante la tramitación de un juicio ordinario se declarase por sentencia definitiva:

1ª Que se da por resuelto el contrato celebrado por García & Compañía y el señor Adolfo Charris, y que consta en la escritura pública número 303, de fecha treinta de septiembre de mil novecientos veinticinco, otorgada en la Notaría primera de este segundo Circuito Notarial de San Juan de Córdoba.

2ª Que se condene al expresado señor Adolfo Charris C. a pagar a García & Compañía los perjuicios, esto es, a indemnizar a García & Compañía, por los perjuicios que le ha causado u ocasionado por el incumplimiento (o por el cumplimiento imperfecto o incompleto) de las obligaciones contraídas por dicho señor Charris mediante el contrato o convenciones que se hicieron constar en la escritura número 303, mencionada en el punto anterior, fijándose dichos perjuicios en la suma de nueve mil cuatrocientos seis pesos oro americano con noventa centavos de la misma moneda, más lo que por razón de intereses corresponda; o en la suma que en el curso del juicio se establezca corresponder por razón de los perjuicios en cuestión.

3ª Que se condene, asimismo, al señor Adolfo Charris C. a pagar a García & Compañía la suma de dinero que por conceptos distintos de la indemnización de perjuicios a que se refiere el punto anterior debe pagar el demandado al demandante en virtud de las cláusulas de la escritura número 303 en cita y según las negociaciones que de conformidad con dicha escritura han celebrado García & Compañía y Adolfo Charris, todo de acuerdo con lo que en el curso del juicio se establezca.

4ª Que se condene en costas al demandado.

Subsidiariamente pedimos se declare (si no se accediere a la demanda principal, enunciada anteriormente):

1ª Que es el caso de arreglar y liquidar definitivamente las cuentas, operaciones o negocios existentes entre García & Compañía y Adolfo Charris, a que se refiere la escritura número 303 ya mencionada en este escrito.

2ª Que el saldo debido por Adolfo Charris, esto es, el saldo que resulta a cargo de Adolfo Charris a favor de García & Compañía es, hasta el 31 de marzo de 1927, la suma de nueve mil cuatrocientos seis pesos oro americano, con noventa centavos de la misma moneda, o la suma que en el curso del juicio se establezca corresponder y que, en consecuencia, se condene a Adolfo Charris a pagar a García & Compañía dicho saldo o suma, más lo que a partir de la fecha expresada corresponda, o bien, que se establezca el saldo correspondiente resultante contra Adolfo Charris, o a cargo de éste hasta la fecha que, en la ley, corresponda, y se condene al mismo señor al pago de dicho saldo.

3ª Que si no fuere el caso de acceder a las dos peticiones o en las peticiones contenidas en los dos números o puntos anteriores, se condene en todo caso, a Adolfo Charris a pagar a García & Compañía la suma de nueve mil cuatrocientos seis pesos oro americano, con noventa centavos de la misma moneda, más lo que corresponda por intereses, a partir del 1º de abril de 1927, al 15 por 100 anual, según la escritura número 303, en mención, todo previa declaración, si ella fuere necesaria, de estar en mora el demandado.

Invocaron en apoyo de esta demanda los artículos 1546, 1608, 1609, 2231, 2235, 1618 a 1624 del Código Civil; 182, 730, 928 del Código de Comercio, y los hechos siguientes:

1º La Sociedad García & Compañía es una sociedad colectiva legalmente constituida, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones.

2º Mediante la escritura número 303 en mención, García & Compañía y Adolfo Charris celebraron contratos que los ligan entre sí jurídicamente.

3º Por la cláusula primera de la escritura citada, se reconoce Charris deudor de García & Compañía por la suma de $ 7,797-84 oro americano, que se comprometió a pagar con sus respectivos intereses al 15 por 100 anual, liquidados trimestralmente y en forma recíproca.

4º Por la cláusula segunda de la misma escritura, Charris se obligó a entregar a García & Compañía, para la amortización de su deuda e intereses, y hasta el 31 de diciembre de 1925, el 75 por 100 que le quedaba libre del valor o producto total de sus cultivos de bananos de la región de La Aguja, en jurisdicción de este Distrito, para lo cual se obligó el señor Charris a entregar a García & Compañía los recibos de **banana checks** que expidiera a favor de Charris la Compañía compradora de sus productos.

5º Por la cláusula tercera de la misma escritura citada, Charris se obligó a entregar a García & Compañía, desde el 1º de enero de 1926, el 30 por 100 del valor de todo el banano que le produjeran sus cultivos existentes y de los que para esa fecha hubiera fomentado, para lo cual Charris debía seguir entregando a García & Compañía todos sus recibos o **banana checks**, a fin de que García & Compañía pudieran percibir los valores de dichos recibos y devolver a Charris el excedente, teniendo en cuenta el 25 por 100 que se descuenta y paga a la United Fruit Company al liquidar las **bananas checks**.

6º Por la cláusula cuarta de la escritura en cita, García & Compañía se obligaron a suministrar a Charris hasta el 31 de diciembre de 1925, la cantidad de ciento veinticinco pesos oro americano quincenalmente, esto es, dos veces cada mes.

7º García & Compañía han cumplido con las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la escritura en cita, pues entregaron oportunamente a Charris las sumas de ciento veinticinco pesos quincenales a que se obligaron, según la cláusula cuarta de la escritura número 303 en mención.

8º Además, García & Compañía cumplieron con la obligación de devolver a Adolfo Charris el excedente del valor de las **bananas checks**, previa percepción del 30 por 100

de que trata la cláusula tercera de la escritura de que se viene haciendo mención, siempre que Charris le entregara tales bananas checks o recibos.

9ª Adolfo Charris no cumple con la obligación que le impone la cláusula tercera de la escritura número 303 en mención, pues desde el 3 de febrero de 1927 no ha seguido entregando a García & Compañía sus recibos o bananas checks, ni el 30 por 100 del valor del producto de sus fincas en forma alguna, esto sin haber cancelado en la fecha expresada ni haber cancelado todavía en ninguna forma la deuda contraída y confesada por él para con García & Compañía.

10. El monto de la deuda que en 31 de marzo de 1927 pesaba sobre Charris a favor de García & Compañía, era por capital e intereses, la suma de $ 9,406-90 oro americano.

11. Tanto la suma expresada en el punto anterior como todo lo que según la escritura número 303 en cita, se comprometió a pagar Adolfo Charris, debe efectivamente pagarlo el demandado a la entidad demandante, sea que tales sumas se consideren como el saldo de una cuenta o como dinero dado en préstamo o como indemnización (daño emergente) de los perjuicios sufridos por García & Compañía por el incumplimiento de Charris.

12. Por no haber pagado Charris a García & Compañía el 30 por 100 en las épocas en que recibió las bananas checks a que se refiere la cláusula tercera de la escritura número 303 en cita, García & Compañía se perjudicaron (lucro cesante) por no haber tenido ese dinero desde las respectivas épocas en que se les debieron entregar las distintas partidas, y ni haber por lo tanto, podido invertir dicho dinero en los negocios de provecho que acostumbran hacer.

13. A partir del 13 de febrero de 1927 (lo mismo antes de esa fecha) hasta el presente, Charris ha seguido recibiendo los bananas checks o recibos de la Compañía compradora de los productos de sus cultivos.

14. Los recibos o bananas checks mencionados en el punto anterior son representativos de dinero o convertibles en sumas de dinero en las oficinas de la Compañía compradora de los productos de Charris (la United Fruit Company).

15. Aunque no era menester, García & Compañía pidieron a Charris desde hace más de treinta días el pago de su deuda, o lo reconvino judicialmente.

Contestó el señor Charris oponiéndose a las pretensiones de la demanda, menos al arreglo de las cuentas para que en dicho arreglo se computara a su favor la suma de cinco mil pesos oro americano ($ 5,000), valor de un documento que reposa en su poder, cancelado por la Compañía demandante.

Sobre ese punto respondió así a los hechos:

Al 1º: "Es cierto que la Sociedad García & Compañía es una sociedad colectiva, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones."

El 2º lo contestó así: "Es cierto que por la escritura número 303 se pactaron entre García & Compañía y el suscrito, obligaciones recíprocas, pero también lo es que dicha escritura se hizo en la forma en que se encuentra, porque me creía deudor de la Sociedad García & Compañía, que no lo era, desde luégo que en mi poder existe un documento cancelado por dicha Sociedad por valor de $ 5,000 oro americano, que no está incluso en la cuenta corriente que llevaba con la Sociedad mencionada."

El 3º lo contestó así: "Por atenerme a la honorabilidad de la Sociedad demandante, firmé la escritura mencionada, pero como tengo en mi poder el documento de que he hablado en el punto anterior, niego ser deudor de la Sociedad mencionada, y hasta tanto no sea arreglada judicialmente la cuenta corriente, no podrá saberse quién es deudor y quién es acreedor."

El 4º lo contestó así: "Me creí deudor de la Sociedad demandante, pero es el caso de que no habiéndose arreglado la cuenta corriente de que he hablado, mal podría yo entregar lo que me comprometí, según la cláusula 2ª de dicha escritura número 303."

El 5º lo contestó así: "Como antes he dicho, la escritura número 303 fue firmada por mí, porque me creí deudor de la Sociedad García & Compañía, pero teniendo a la vista el documento de que he hablado, y que conocen los honorables representantes de la Sociedad García & Compañía, niego ser deudor de la suma determinada."

El 6º lo contestó así: "Es cierto, mal podría yo decir que no recibí esas sumas; lo que honradamente declaro es que la Sociedad García & Compañía no es acreedora mía por suma determinada, desde luégo que no se ha arreglado judicialmente la cuenta corriente que llevábamos."

El 7º lo contestó así: "Es cierto y le doy mi asentimiento."

El 8º lo contestó así: "Es cierto y le doy mi asentimiento."

El 9º lo contestó así: "He dicho repetidas veces que por suponerme deudor de la Sociedad demandante contraje obligaciones, pero el documento tántas veces mencionado me releva de seguir cumpliendo con obligaciones que creo no tener; el arreglo judicial de la cuenta corriente dirá si soy deudor, y entonces, como hombre honrado, cumpliré la obligación que me resulte y cancelaré lo que no he cancelado, según el decir de los honorables representantes de la Sociedad García & Compañía."

El 10 lo contestó así: "No es cierto que el 31 de marzo de 1927 pesara sobre mí la suma de $ 9,406-90 oro americano, porque no se había liquidado la cuenta corriente que llevábamos, la que no se ha liquidado hasta hoy, y siendo esto así, ¿cómo voy a ser deudor de dicha suma?"

El 11 lo contestó así: "Pagaré a la entidad demandante lo que resulte del arreglo judicial de la cuenta corriente que llevábamos, siempre que se incluya en dicha cuenta la partida de $ 5,000 oro americano, que reza el documento cancelado por dicha Sociedad, que reposa en mi poder."

El 12 lo contestó así: "El perjudicado ha sido el suscrito; por no haberle incluído la partida de $ 5,000 oro americano, en cuenta, de que trata el documento aludido, está apareciendo como deudor de García & Compañía."

El 13 lo contestó así: "Siendo como eran míos hasta la fecha en que los vendí, bien podía recibirlos, y no podía en ningún caso obligarme a entregarlos a una entidad que de manera rotunda se ha negado a incluir en las cuentas un documento por valor de $ 5,000 oro americano, cancelado a mi favor por dicha entidad."

El 14 lo contestó así: "No otra cosa que valores pueden representar las bananas checks en la oficina compradora de frutas."

El 15 lo contestó así: "Que García & Compañía me reconvinieran judicialmente, no quiere decir que lo hicieran conforme a derecho, porque para que la reconvención

fuera legítima, habría sido necesario que con anterioridad se hubiera hecho el arreglo de la cuenta corriente, como lo dispone el artículo 745 del Código de Comercio."

El Juez de la instancia falló así la controversia:

"1ª Absuélvese al demandado de los cargos de la demanda.

"2ª Declárase terminado, previa la liquidación definitiva y total, el contrato de cuenta corriente existente entre el demandante y el demandado desde el día primero de enero de mil novecientos veinte hasta la fecha.

"Parágrafo. El Secretario, dentro del término de seis días, contados desde hoy, procederá a hacer la liquidación definitiva de la expresada cuenta, debiendo incluir en esa liquidación la suma de cinco mil pesos oro americano ($ 5.000) y los intereses de esta suma al tanto por ciento o rata que se observaron para liquidar las partidas en los primeros diez días de abril de mil novecientos veintiuno (1921), en la forma y término empleados en dicha cuenta corriente, debiendo incluírse y sentarse la anterior cantidad con fecha cinco de abril del mismo año de mil novecientos veintiuno, como promedio aritmético de los primeros diez días de ese mes y año. Para la liquidación se tendrá en cuenta como fecha inicial el día primero de enero de mil novecientos veinte (1920), que comenzó la cuenta corriente hasta hoy, y teniendo como norma el extracto o copias presentadas por el demandado, procurando corregir, al mismo tiempo, los errores aritméticos y de cálculo que anotaron los peritos señores Benjamín Restrepo R., F. Laurens Hormeche y Luis C. Castillo Cotes, según dictamen del dos (2) de octubre de mil novecientos veintiocho (1928), visible al folio veintisiete (27) del cuaderno de pruebas del demandante.

"3ª Declárase probada la omisión en la cuenta corriente llevada desde el primero de enero del mencionado año de mil novecientos veinte, de la partida o remesa por valor de cinco mil pesos oro americano que abonó el demandado con motivo al documento privado de fecha tres de abril de ese mismo año, por cuya razón se ha dispuesto su inclusión, como los intereses respectivos, en la forma y términos indicados en el ordinal anterior.

"4ª No es el caso de hacer las declaraciones pedidas en los ordinales primero (1), segundo (2º) y tercero (3º) de la acción principal que se menciona en el libelo de demanda ni tampoco se accede a hacer las declaraciones que precisan los ordinales segundo (2º) y tercero (3º) de la acción subsidiaria propuesta en el mismo libelo.

"5ª Aprobada que fuere la liquidación por el Juez, la parte a quien resulte saldo en su contra debe pagar éste al otro contratante dentro de tres días, contados desde que se notifique el auto contentivo de esta aprobación; y

"6ª Se levanta el embargo y secuestro preventivos que fueron decretados, a petición del demandante respecto de unos bienes del demandado, por el Tribunal Superior de Santa Marta, según auto de fecha diez y nueve de abril de mil novecientos veintiocho (1928), lo que se resuelve como consecuencia de este fallo y para dar cumplimiento a lo que dispone el ordinal 2º del artículo 32 de la Ley 40 de 1907. Los bienes cuyo embargo preventivo se levanta son los siguientes (aquí ellos)."

Por apelación del apoderado de la Compañía demandante subió el asunto al Tribunal de Santa Marta, quien reformó así la sentencia del inferior:

"Ordena liquidar o arreglar definitivamente la cuenta corriente entre el demandado y el demandante, sin incluír en la liquidación la partida de cinco mil pesos oro americano que el primero pretende se reconozca a su favor. Condénese a la parte que resultare deudora, en virtud de la expresada liquidación, al pago del saldo correspondiente. Infírmanse las demás declaraciones de dicha sentencia."

De este fallo pidió aclaración el apoderado de la parte demandante, para que se fijara el saldo definitivo de la cuenta o se dijera, por lo menos, quién debía hacer la liquidación ordenada.

El Tribunal negó la aclaración solicitada y concedió el recurso de casación que ambas partes interpusieron contra la sentencia.

Admitido tal recurso, procede la Corte a resolverlo.

Ambos recurrentes acusan la sentencia por la segunda causal de casación.

El recurrente demandante sostiene que habiéndose pedido en la demanda subsidiaria, única que quedó en pie, la liquidación de las cuentas existentes entre la Compañía que representa y el señor Adolfo Charris y la condenación al pago del saldo definitivo que resultara de esa liquidación, el Tribunal debió fallar sobre ese punto y no remitir a las partes a una liquidación posterior, saliéndose así de los términos de la demanda y del objeto del juicio de cuentas, que según la jurisprudencia tiende a establecer, quién debía a quién y cuánto. De manera que dejó de resolver sobre lo principal del pleito.

Conceptúa además que habiéndose pedido la liquidación de las cuentas partiendo de la fecha de la escritura número 303, otorgada en la Notaría de San Juan de Córdoba el 30 de septiembre de 1925, en que Charris confiesa deber como saldo en esa fecha la suma de $ 7,797-84, no era el caso de considerar la alegación de éste consistente en que no se le había abonado en las cuentas anteriores al otorgamiento de esa escritura, la suma de cinco mil pesos ($ 5,000). De modo que al abordar y decidir el Tribunal este punto, indebidamente introducido al debate, falló sobre una pretensión no deducida oportunamente por los litigantes y adolece por lo mismo del vicio de incongruencia que la hace casable por la causal 2ª

A su turno el recurrente demandado alega la segunda causal de casación, por cuanto el debate de segunda instancia, según afirmación de las partes en sus alegatos y según lo reconoció el mismo sentenciador, quedó circunscrito a declarar si era o nó el caso de incluir al liquidarse la cuenta corriente que han llevado entre sí las partes, la partida de cinco mil pesos en oro americano a que se refiere el documento de fecha 3 de abril de 1920, suscrito por el señor Adolfo Charris a favor de García & Compañía y que aparece debidamente cancelado por ésta.

"e) Y a pesar de no ser más explícito el certificado de la apelación ante el Tribunal, según las declaraciones de los litigantes y del propio sentenciador, éste infirmó las demás declaraciones de la sentencia de primer grado que no fueron materia del recurso, y que tienen y tendrán, entre las partes del juicio, el sello de la cosa juzgada. Al efecto, el Tribunal al final de la parte resolutiva de su fallo dijo: 'Infírmanse las demás declaraciones de dicha sentencia.'

"f) Esa infirmación va contra las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes y contra el propio criterio del Tribunal, expuesto en la parte motiva de su proveído, según ya se ha visto y se ha demostrado; y

"g) El Tribunal no pecó por haber fallado sobre puntos no sometidos a su estudio, según afirma el señor apode-

rado de la parte demandante ante la Corte, sino que pecó por defecto, o sea por no haber ordenado incluir en la liquidación de la cuenta los cinco mil pesos debatidos y los respectivos intereses. No falló sobre puntos no solicitados en la demanda, puesto que el apelante ante dicho Tribunal aceptó sin reservas aquella parte de la sentencia de primer grado en que dispuso hacer la liquidación de las cuentas entre las partes del juicio desde el día 1º de enero de 1920 hasta la fecha de esa sentencia."

Considera la Corte que por la naturaleza del juicio de cuentas y por las peticiones de la demanda, así como por las manifestaciones del demandado en la contestación de la demanda, el objeto de la controversia versó sobre la liquidación definitiva de la cuenta corriente llevada entre la Casa comercial de García & Compañía y el señor Adolfo Charris y la deducción del saldo resultante de esa liquidación, de manera que el Tribunal al limitarse a ordenar en su fallo la liquidación o arreglo definitivo de la cuenta corriente entre el demandante y el demandado, y al ordenar a la parte que resultare deudora en virtud de la expresada liquidación al pago del saldo correspondiente, dejó de fallar lo principal de la acción subsidiaria, que fue la que prosperó, desde luégo que remite a otro juicio lo que debió decidirse en el presente, o sea la liquidación de la cuenta corriente y la deducción del saldo, que fue lo que demandó la parte actora y lo que consintió la demandada.

Este defecto en la sentencia que no resolvió sobre lo principal del pleito, implica la infirmación de todo el fallo, con excepción del punto relativo a la partida de cinco mil pesos en oro americano ($ 5,000), que fue materia de la controversia como elemento de la liquidación, pues si en la demanda se pidió la declaración de que era el caso de arreglar o liquidar definitivamente las cuentas, operaciones o negocios existentes entre García & Compañía y Adolfo Charris, a que se refiere la escritura número 303 mencionada, Charris accedió a que tal arreglo se hiciera teniendo en cuenta la contrapartida de cinco mil pesos ($ 5,000) que debía abonársele al liquidar las cuentas, y ese reparo fue ampliamente debatido por las partes en ambas instancias. Habrá pues de entrarse en el estudio de la acusación que con referencia a esta parte del fallo hace el recurrente demandado.

El señor Charris, al contestar el hecho segundo de la demanda, expuso ser cierto que por la escritura número 303, de 30 de septiembre de 1925, otorgada en la Notaría de Ciénaga, se pactaron entre él y García & Compañía obligaciones recíprocas, y que si en tal instrumento confesó que era deudor de dicha Compañía, fue porque había olvidado que en su poder existía un documento cancelado por ella, de valor de cinco mil pesos oro americano ($ 5,000), suma que no se había incluído en la cuenta corriente.

En la escritura susodicha que, como se ha dicho, fue extendida el 30 de septiembre de 1925, el señor Charris confesó que debía a la Sociedad comercial de García & Compañía la suma de siete mil setecientos noventa y siete pesos ochenta y cuatro centavos ($ 7,797-84) oro americano, que le resulta a su cargo en la cuenta corriente que por negocios particulares ha llevado con la Sociedad nombrada.

De acuerdo con la contestación de la demanda, presentó Charris el documento a que alude, según el cual el 3 de abril de 1920, esto es cinco años antes de su declaración hecha en la escritura, se constituyó deudor de la suma de cinco mil pesos en oro americano a favor de la Sociedad García & Compañía, por haberla recibido de ella en préstamo a interés, por el término de seis meses.

Ese documento aparece cancelado por la Compañía, pero sin expresar la fecha de la cancelación. Charris sostiene que esa suma de cinco mil pesos que él entregó como lo acredita la cancelación del documento, debe descargarse en la cuenta corriente cuya liquidación va a hacerse, y la Compañía se opone a sus pretensiones.

El Tribunal ordenó la liquidación de la cuenta corriente, sin incluir la partida de cinco mil pesos ($ 5,000) en oro americano, que Charris pretende se reconozca a su favor.

Contra este punto de la sentencia, que como se ha dicho, no queda incluido en la causal 2ª, pues que sí se decidió por el Tribunal, el recurrente alega las causales 1ª y 3ª Respecto de ésta, dice:

"En este capítulo se exponen las razones fundamentales de la tercera causal alegada, a saber:

"a) La sentencia en su parte resolutiva está en contradicción manifiesta con las conclusiones a que llega en su parte motiva, puesto que el Tribunal reconoce, por las pruebas que aparecen en el proceso, que la cancelación del documento de fecha 3 de abril de 1920 equivale a haber pagado el demandado Charris a la Sociedad demandante la suma expresada en dicho documento, y que este documento es expresivo de un contrato distinto al que representa en sí, o sea que solamente representa una garantía o fianza para respaldar aquellas sumas que periódica y paulatinamente fueron entregando los señores García & Compañía a Charris, hasta la concurrencia de cinco mil pesos oro americano, y no obstante ese reconocimiento dispone la parte resolutiva del fallo acusado, no incluir el valor del susodicho documento. Esto es contradictorio. Si el documento se canceló fue porque Charris cumplió con la obligación inherente a la garantía que representa tal prueba. Consecuencialmente debió ordenarse incluir al haber de Charris el valor reconocido."

Observa la Corte que esta causal no puede prosperar, porque la parte que representa el recurrente no pidió aclaración de la sentencia, y porque la contradicción que alega no se refiere a la parte resolutiva, sino a la inconformidad entre los motivos y las conclusiones del fallo, y es bien clara la disposición que ambos requisitos exige y que dice:

"Artículo 520..... 3º Contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias, que subsistan a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración de ella."

1ª causal:

El señor Charris combate por la primera causal en el escrito de casación dirigido al Tribunal, la decisión de éste, respecto a la no inclusión de los referidos cinco mil pesos en oro americano en la cuenta corriente cuya liquidación se ha pedido.

"El Tribunal violó por omisión, por no haberlo aplicado al caso del pleito, siendo de hacerlo, el artículo 730 del Código de Comercio Terrestre, en el sentido de no haber ordenado acreditar en el haber de mi cuenta, el abono de los $ 5,000 que como abonante o remitente, hice a la entidad demandante—mi contratante—en la cuenta corriente expresada. Esa violación proviene del error de hecho en que incurrió el Tribunal, al no tener en cuenta que en los libros de la entidad demandante no aparece

centada la partida o abono de los expresados $ 5,000, como aparece comprobado por la inspección ocular practicada en dichos libros. (Véase cuaderno de pruebas del demandado).

"Hay asimismo error de hecho, que aparece de modo manifiesto en los autos por apreciación errónea del honorable Tribunal de la prueba de indicios, por medio de la cual se estableció con lo siguiente el testimonio del señor Alberto González Galindo, quien se expresa así:

'Que en los primeros días del mes de abril de 1921, encontrándome en la oficina de García & Compañía, después de haberlo exigido de manera apremiante la cancelación del documento, me dijo el señor Rafael García, quien lleva la razón social de García & Compañía y podía representarla en todos sus actos públicos y privados, estas o semejantes palabras:

"El señor Charris me ha cancelado religiosamente este documento en dinero efectivo y se lo ha cobrado con urgencia por la mala situación de la casa," y ese documento registrado así me fue entregado por el mismo señor García para que se lo entregara al señor Charris; y que el documento que se encuentra adjunto al memorial de pruebas es el mismo que recibí de manos del señor García y de que he hablado anteriormente.'

"Como se ve, este testimonio constituye un indicio para destruir la presunción de que la cancelación del documento se efectuara en la fecha de su vencimiento. Otro indicio que contribuye a destruir esta presunción se desprende de la inspección ocular practicada en los libros de la Sociedad, consistente en que para la fecha del vencimiento del susodicho documento, no existía a cargo de Charris, un saldo que alcanzara siquiera a la mitad de la suma que el documento respaldaba y que, según convenio, debía alcanzar a la susodicha cantidad para hacer exigible el documento. Esta apreciación errónea del Tribunal, consistente en admitir como un hecho cierto que el documento fue cancelado a la fecha de su vencimiento, desatendiéndose de la prueba emanada de los indicios expresados, lo llevó a violar por omisión el artículo 741 del Código de Comercio Terrestre, siendo aplicable al caso del pleito por cuanto al resolver el Tribunal que el abono de $ 5,000, efectuado por mí no se incluyera en la liquidación, impide efectuar debidamente la compensación legal ordenada por el citado artículo, ya que por esa omisión el íntegro monto del débito y crédito de la cuenta corriente, viene a quedar afectada con la cantidad de la suma abonada y omitida. Y consecuencialmente violó el honorable Tribunal el artículo 210 de la misma obra, por omisión, siendo aplicable al caso del pleito, en el sentido de que la nota de cancelación—que equivale al recibo de la suma de $ 5,000 -implica la liberación de la deuda o saldo a mi cargo hasta esa cantidad. El recibo prueba la liberación de la deuda- dice el citado artículo—y esa liberación no podrá efectuarse por la interpretación errónea dada por el Tribunal a las pruebas anotadas y la consiguiente falta de aplicación del artículo citado al asunto materia del litigio."

Considera la Corte que el Tribunal admite que el documento cancelado por la Compañía fue una obligación contraída por Charris para garantizar el saldo que en su contra resultara de la cuenta corriente que llevaba éste con la expresada Compañía, y sobre esa base expuso que si esto era así, según los peritos y según la sana crítica, el monto del documento de garantía no podía ni puede cargarse ni descargarse de la cuenta, porque haría variar necesariamente el saldo de ésta. De modo que en concepto del Tribunal la cancelación se hizo cuando la cuenta corriente estuvo suficientemente descargada en virtud de los abonos parciales hechos por Charris.

Los peritos a que alude el Tribunal expusieron:

"Que la cancelación del documento debe entenderse como la consecuencia de que en el momento de la cancelación, el otorgante del documento no tenía partidas a su cargo o saldo a su cargo de qué responder, si el valor de tal documento es igual o mayor al saldo de la cuenta corriente; pero si el saldo de la cuenta corriente en el momento de la cancelación es mayor que el valor del documento, necesariamente queda, por la diferencia de valores, un saldo a cargo del otorgante de qué responder. La cancelación del documento significa que ya no era garantía del saldo de la cuenta corriente, por haberse abonado su valor a dicha cuenta. El valor de este documento no podía en ningún caso haberse cargado a la cuenta corriente en el momento de su otorgamiento; y si se hubiera abonado en el momento de su otorgamiento o en el de su cancelación, hubiera rebajado el saldo de la cuenta corriente, toda vez que el citado documento fue otorgado para garantizar o asegurar partidas o sumas de dinero recibidas por el otorgante en cuenta corriente."

El recurrente aduce contra este razonamiento, según se deja dicho, la mala apreciación de la prueba indicial, consistente en el testimonio del señor Alberto González Galindo, quien declara que el señor Rafael García, representante de la Sociedad García & Compañía, le había dicho estas o semejantes palabras en los primeros días del mes de abril de 1921:

"El señor Charris me ha cancelado religiosamente este documento (el otorgado por cinco mil pesos en oro americano) en dinero efectivo y se le ha cobrado con urgencia por la mala situación de la casa, y ese documento así registrado me fue entregado por el mismo señor García para que se lo entregara al señor Charris, y que el documento que se encuentra adjunto al memorial de pruebas es el mismo que recibí de manos del señor García, y de que he hablado anteriormente."

Este testimonio, dice el recurrente, constituye un indicio para destruir la presunción de que la cancelación del documento se efectuara en la fecha de su vencimiento. Otro indicio mal apreciado según el recurrente, y que contribuye a destruir esta presunción, se desprende de la inspección ocular practicada en los libros de la Sociedad, consistente en que para la fecha del vencimiento del susodicho documento no existía a cargo de Charris un saldo que alcanzara siquiera a la mitad de la suma que el documento respaldara y que según convenio debía alcanzar a la susodicha cantidad para hacer exigible el documento.

Considérase:

Es doctrina constante de esta Corte que la apreciación de la prueba de indicios en lo tocante al grado de fuerza y a la relación más o menos estrecha con el hecho que se trata de demostrar, es materia de una apreciación inductiva del juzgador, que escapa a la casación, desde luego que no puede caber error de hecho evidente en un trabajo de discernimiento puramente psicológico, en que entra como elemento esencial la conciencia del Juez. Véase Casación de 31 de agosto de 1920, tomo XVIII de la Gaceta Judicial, página 166, y de 30 de noviembre del mismo año, tomo XXVIII, página 267).

No habiendo pues error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, cae por su base la acusación consecuencial de las disposiciones legales que el recurrente cita.

Aparte de esto el Tribunal había estimado de muy poca fuerza los indicios que ahora se consideran como mal apreciados por las razones que se exponen en la sentencia y que no se reproducen por no alargar demasiado este fallo, a lo cual puede agregarse que no se concibe cómo el señor Charris confesara por escritura pública en 1925, ser deudor de siete mil setecientos noventa y siete pesos con ochenta y cuatro centavos oro americano ($ 7,797-84) por concepto de saldo a su cargo en la cuenta corriente que llevaba con la Sociedad García & Compañía, si como ahora alega había abonado a esa cuenta con anterioridad la considerable suma de cinco mil pesos en oro americano que en su concepto elimina el saldo confesado.

El apoderado del demandado ante la Corte se funda también en la causal primera de casación, alegando la violación por aplicación indebida del artículo 741 del Código de Comercio, por cuanto debido al error de hecho manifiesto en que incurrió el sentenciador no se le hizo a Charris en la cuenta corriente la debida compensación de la suma de cinco mil pesos en oro americano que él abonó según lo comprueba la cancelación del documento de garantía por esa suma.

Enumera luégo así la prueba mal apreciada de la sentencia:

"c) El error de hecho queda demostrado con la falsa apreciación de la prueba que se desprende de la cancelación del documento que sirvió de garantía o respaldo a las sumas que paulatinamente fue entregando en cuenta corriente García & Compañía a Adolfo Charris C.

"d) Esa cancelación equivale al recibo por pago efectivo. Es la extinción de la obligación expresada en el documento hasta concurrencia de dicha cantidad, por uno de los medios que cita el artículo 1625, numeral 1°, del Código Civil, en concordancia con el artículo 182 del Código de Comercio Terrestre.

"e) El Tribunal pasó por alto las pruebas que el demandado adujo en segunda instancia; tales pruebas confirman las ya aducidas en primera instancia y vienen a destruir totalmente la errónea apreciación del Tribunal sobre la fecha de la cancelación del documento, o sea de que la suma de cinco mil pesos mencionada puede corresponder a la otra partida, por igual suma que en la cuenta corriente figura al haber de Charris, por valor de un cheque sin número, anotada el día 27 de agosto de 1920 y como pagado el día 28 de julio de ese mismo año (véase el cuaderno de pruebas del demandado, folio 6 vuelto). Entre esas pruebas está la confesión del señor Guillermo Torres, hecha en presencia de los peritos señores Benjamín Restrepo, Luis Castillo Cotes y José Vicente Sánchez; confesión que confirma el hecho de que el pago de los cinco mil pesos citados en el pagaré de 3 de abril de 1920 fue hecho en forma distinta a la de la suma a que se refiere el citado cheque, y que el abono de los cinco mil pesos del mismo pagaré no se hizo figurar en los libros de la Sociedad demandante. Nótese que el mismo Torres es quien figura como iniciador del juicio en asocio del otro coadministrador, señor Luis Carlos González Cotes.

"f) También faltó el Tribunal no apreciando los testimonios de los señores José María Leiva, Manuel A. Valencia, Gerentes, respectivamente, de las Sucursales de los Bancos de Colombia y de la República en Santa Marta, sobre los efectos de toda cancelación de un documento que se firma como simple garantía de las sumas que se van entregando en cuenta corriente; estos testimonios, no obstante las repreguntas del apoderado de los demandantes, están acordes en lo referente a que la cancelación de un documento firmado como simple garantía de una suma que se recibe en cuenta corriente, mejor dicho, que se suscribe para respaldar esa suma, equivale a que hay que abonar en dicha cuenta el valor del documento una vez cancelado éste.

"Las pruebas mencionadas en los dos puntos anteriores figuran en el cuaderno que ha llegado con una portada errada y que lleva el título: 'Embargo preventivo. García & Compañía contra Adolfo Charris, cuando debe rezar otra cosa: 'Pruebas del demandado en segunda instancia.'

"g) Con la falta de calificación que hizo el Tribunal de las pruebas antes referidas se violaron los artículos 836 y 837 del Código Judicial que regía en la fecha del pronunciamiento y también los idénticos a éstos consagrados hoy en el nuevo Código de Procedimiento Civil, o sean los artículos 471 y 472 (Ley 105 de 1931)."

Se considera:

En las cuentas presentadas por Charris (folio 6 vuelto del cuaderno 4°), hay un abono hecho por éste de $ 5,000, verificado el 28 de julio de 1920, lo que consta también en los libros de García & Compañía.

Los testigos que cita el recurrente exponen que le oyeron decir al señor Guillermo Torres, representante de la Sociedad expresada, que la partida de cinco mil pesos ($ 5,000) que aparecía en los libros de García & Compañía abonada a la cuenta del señor Adolfo Charris C., correspondiente a un cheque sin anotación de la fecha y sin expresar el girador, el girado y el beneficiario en el asiento de 28 de julio de 1920, no es la de que trata el documento de fecha 3 de abril de 1920, y que al exigirle el señor Charris que dejara constancia de sus palabras, en el acta que se iba a firmar, manifestó Guillermo Torres particularmente decirlo, pero que no podía permitir que se escribiera en el acta, porque eso sería perjudicar sus intereses. Pero a esto se observa que el argumento capital del Tribunal es el de que un documento de garantía no podrá ni puede cargarse ni descargarse de la cuenta, porque haría variar necesariamente el saldo de ésta. En lo tocante a la partida de cinco mil pesos ($ 5,000) que aparece abonada a Charris, el Tribunal apenas conjetura que pudo coincidir el abono de esa partida con la cancelación del documento. Dice así el sentenciador:

"Este razonamiento conduce a la conclusión de que hay duda respecto a la fecha en que se hizo el abono, o sea la en que se canceló el pagaré, duda que sube de punto si se atiende a que en la cuenta aparece un abono de cinco mil pesos oro americano (la misma moneda del pagaré) de fecha posterior al otorgamiento de la garantía. ¿Porqué no suponer fue entonces cuando se hizo la cancelación?"

Como se ve, aun suponiendo que el hecho estuviera probado plenamente, que no lo está, puesto que la confesión extrajudicial es una prueba deficiente, tal hecho, el dicho de Guillermo Torres, no alcanzará a herir la sentencia que se apoya en otros fundamentos.

Cuanto al concepto de los señores José María Leiva y Manuel A. Valencia, Gerentes, respectivamente, de las Sucursales de los Bancos de Colombia y de la República en Santa Marta, rendidos en forma testimonial, se ob-

serva que no es pertinente para establecer un peritazgo, pues esta última prueba está sujeta a la ritualidad que señala el Código para garantizar los derechos de las partes.

De otro lado los testigos están en el fondo de acuerdo con los peritos de la primera instancia, los cuales conceptuaron que la cancelación del documento significa que ya no era garantía del saldo de la cuenta corriente por haberse abonado su valor a dicha cuenta.

El valor de ese documento no podía en ningún caso haberse cargado en la cuenta corriente en el momento de su otorgamiento, y si se hubiera abonado en el momento de su otorgamiento o en el de la cancelación, hubiera rebajado el saldo de la cuenta corriente una vez que el citado documento fue otorgado para garantizar o asegurar partidas o sumas recibidas de dinero por el otorgante en cuenta corriente.

No son, pues, suficientes para casar la sentencia en el punto que es materia de este estudio, los indicios que señala el recurrente como mal apreciados por el Tribunal, tanto por tratarse de prueba indicial como por las razones que se dejaron expuestas, y, por lo mismo, no existe la violación de la ley, como consecuencia de los errores de apreciación de las pruebas.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que debe infirmarse la sentencia acusada por la causal segunda, con excepción de la parte en que se ordena que al liquidar la cuenta corriente entre el demandado y el demandante, no se incluya en la liquidación la partida de cinco mil pesos oro americano ($ 5,000) que el primero pretende que se reconozca a su favor.

No hay pues fallo del Tribunal en lo referente a lo principal del pleito, o sea la liquidación de la cuenta corriente y la deducción del saldo, y sin embargo, la Corte debe dictarlo, pretermitiendo la segunda instancia por mandato del artículo 539 del Código Judicial.

No puede limitarse la liquidación de la cuenta corriente partiendo del saldo reconocido en la escritura número 303, de 30 de septiembre de 1925, otorgada en Ciénaga, porque el punto de la sentencia no casada ordena la liquidación de la cuenta corriente de acuerdo con la decisión de primera instancia desde el 1° de enero de 1920, en que comenzó la cuenta corriente, sin más diferencia que la inclusión o no inclusión en esa cuenta de la partida de cinco mil pesos ($ 5,000), único punto en que discreparon las partes, según puede verse en los respectivos alegatos de segunda instancia. Además, se entiende que habiéndose aceptado la controversia respecto de esa partida como punto capital del litigio, y siendo partida anterior en mucho a la fecha de la escritura número 303, no puede prescindirse de la revisión de toda la cuenta.

Pero antes de resolver en definitiva, la Corte, en virtud de la facultad que le otorga el artículo 539 del Código Judicial, habrá de dictar un auto para mejor proveer a fin de que peritos contabilistas nombrados por las partes estudien las cuentas y deduzcan el saldo definitivo.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa por la segunda causal la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta el veinticinco de noviembre de mil novecientos treinta y uno, con excepción de la parte en que se ordena liquidar o arreglar definitivamente la cuenta corriente entre el demandado y el demandante, sin incluír en la liquidación la partida de cinco mil pesos en oro americano ($ 5,000) que el primero pretende se reconozca en su favor, conforme a la nota de cancelación del documento de 3 de abril de 1920.

Para mejor proveer, se dispone:

Que por medio de peritos contabilistas, los cuales tendrán a la vista los datos que arroja el expediente, como cortes de cuentas presentadas por las partes, inspecciones oculares, posiciones, etc., y los libros de la Casa García & Compañía, se haga la liquidación de la cuenta corriente que han llevado la Compañía demandante y el demandado señor Adolfo Charris, desde el primero de enero de mil novecientos veinte hasta la fecha de la liquidación definitiva, sin incluir en dicha liquidación la suma de cinco mil pesos ($ 5,000) que pretende el señor Charris sea abonada a su favor, de acuerdo con la nota de cancelación del documento del 3 de abril de 1920. Los peritos deducirán el saldo definitivo.

Comisiónase al Tribunal Superior de Santa Marta para que haga practicar la prueba pericial que por esta sentencia se ordena, con todas las facultades del caso para llenar debidamente la comisión según lo expone el artículo 714 del Código Judicial.

Además, con el objeto indicado de la liquidación de la cuenta, practíquese una inspección ocular, con asistencia de los peritos nombrados, en los libros de la Compañía García & Compañía, pudiendo delegar esta comisión en el Juez del Circuito en donde la Compañía tiene el asiento de sus negocios.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese esta sentencia en la Gaceta Judicial y cúmplase. Remítase el expediente al Tribunal Superior de Santa Marta.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti— Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio veintiséis de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

En escrito o libelo de demanda presentado al Juzgado primero del Circuito de Ubaté el once de noviembre de mil novecientos veintiséis, Luis María y Rafael Montero T., hablando en su propio nombre y en el de su hermano legítimo José Vicente Montero T., e Ignacio Plata, en representación de sus poderdantes Gustavo A. y Francisco José Montero T., expusieron entre otros los siguientes hechos:

"Primero. El Reverendo Padre fray Gregorio Pinilla vendió a Inocencio Vanegas y Eusebio Tocanchón, en común y proindiviso y por iguales partes, el terreno materia de la división.

"Segundo. Eusebio Tocanchón vendió a Vicente Montero G. la mitad del dicho terreno.

"Tercero. Vicente Montero vendió a Luis María, Rafael, Gustavo, Alfonso, Francisco José y José Vicente Montero T., por iguales partes, la misma mitad del terreno denominado Buenavista, que compró a Eusebio Tocanchón.

"Cuarto. En virtud de todos estos contratos de compraventa existe hoy día una comunidad en el terreno llamado Buenavista, siendo comuneros el demandado Inocencio Vanegas, dueño de la mitad, y la familia Montero T., demandante, dueña de la otra mitad."

Para comprobar estos hechos, presentaron varios documentos y dijeron:

"Fundados en estos documentos, por medio del presente memorial, demandamos al señor don Inocencio Vanegas, mayor y vecino de Ubaté, para que, con su citación y audiencia, previo el trámite de un juicio especial de bienes comunes, se decrete la división de un terreno denominado Buenavista, con el chircal y enramadas que existen dentro de él, ubicado en el sitio del mismo nombre y demarcado así: por el Oriente, río de por medio, con terreno de Inocencio Vanegas; por el Norte, con terreno de Antonio María Robayo y de las señoras Contreras; por el Sur, con terreno de Cristóbal Rodríguez y Eusebio Tocanchón; y por el Occidente, con terreno de Manuel Vanegas.

"El terreno se dividirá en dos lotes de igual valor y se adjudicará, uno, para el señor Inocencio Vanegas, y el otro común y proindiviso, y por iguales partes, para la familia Montero, demandante.

"Las personas entre quienes ha de tener lugar la división son: el señor Inocencio Vanegas, domiciliado en Ubaté, a quien corresponde la mitad, y la otra mitad corresponde en partes iguales a los siguientes señores: Gustavo A. Montero T., Francisco José Montero T., domiciliados en Bogotá; Luis María Montero T., Rafael Montero T., domiciliados en Ubaté, y José Vicente Montero T., domiciliado en Ubaté, pero de residencia actual desconocida."

El demandado Inocencio Vanegas contestó esa demanda diciendo:

"Todo el terreno de Buenavista comprendido dentro de los linderos especificados en la demanda, es de mi exclusiva propiedad, inclusive la parte denominada El Chircal, que poseen hoy los demandantes. Por lo expuesto me opongo a la división demandada, por no reconocerles a los actores ningún derecho al terreno a que hacen alusión en su demanda."

Terminó su contestación proponiendo la excepción perentoria de prescripción, tanto ordinaria como extraordinaria.

El 18 de abril de 1928, el Juzgado profirió la sentencia de primera instancia, cuya parte resolutiva dice:

"Primero. Decrétase la división del terreno denominado Buenavista, con el chircal y enramadas que existen dentro de él, ubicado en el sitio del mismo nombre, en la vereda de El Volcán, jurisdicción del Municipio de Ubaté, y demarcado así: 'por el Oriente, río de por medio, con terreno de Inocencio Vanegas; por el Norte, con terrenos de Antonio María Robayo y de las señoras Contreras; por el Sur, con terreno de Cristóbal Rodríguez y de Eusebio Tocanchón; y por el Occidente, con terreno de Manuel Vanegas, Luis María Montero T., Rafael Montero T., Gustavo Alfonso Montero T., Francisco J. Montero T. y José Vicente montero T.

"Nombren los interesados un partidor agrimensor dentro del tercer día de notificado este auto (artículo 1297 del Código Judicial); y

"Segundo. Declárense infundadas e improcedentes las excepciones perentorias propuestas por el demandado Inocencio Vanegas.

"No se hace condenación en costas."

Ambas partes apelaron de esa sentencia, y el 13 de noviembre de 1930, el Tribunal Superior de Bogotá dictó el fallo de segunda instancia, por el cual "revoca la sentencia apelada y en su lugar reconoce la excepción perentoria de petición de un modo indebido, y niega en consecuencia la división pedida."

La parte demandante interpuso el recurso de casación y el Tribunal, previo avalúo de la acción, se lo concedió, remitiendo en consecuencia los autos a esta Superioridad.

Observa la parte opositora que del dictamen de los peritos sobre el valor de la acción no se dio traslado a las partes, y que, por tanto, no se puede aceptar ese avalúo, por faltarle una formalidad indispensable.

"El legislador ha querido—agrega—dar toda clase de garantías a los litigantes, para que no sean sacrificados por actuaciones incompletas, sin culpa de ellos. Es, pues, el caso de desestimar la prueba pericial para que no prospere el recurso."

Se considera:

Interpuesto el recurso de casación, el Tribunal dispuso que se fijara por peritos el valor de la acción. Estimaron éstos en $ 1,955 moneda corriente el valor de la finca materia de la litis, y el Tribunal, en auto de 11 de julio de 1931, mandó poner en noticia de las partes ese avalúo. Pedido por el apoderado de los demandantes la ampliación del dictamen en el sentido de fijar el precio que la citada finca tuviera a la época de la demanda, así lo dispuso el Tribunal. Los peritos, en cumplimiento de esa orden señalaron, como valor de la finca dicha, la suma de $ 2,500 oro legal. El Tribunal aprobó esa ampliación del dictamen pericial sin haberla puesto en conocimiento de las partes, y, ejecutoriado ese auto, dictó el de 6 de septiembre de 1931, concediendo el recurso de casación.

No es, pues, exacto—como lo afirma el opositor—que no se diera a las partes traslado del dictamen pericial, porque esta formalidad sí se llenó, como queda dicho. Lo que se omitió fue el traslado del dictamen ampliado; pero ese nuevo traslado—no prescrito por la ley—no autoriza para desestimar la prueba pericial. El recurso es, por tanto, admisible, y, para fallarlo, se considera:

La parte recurrente, en el escrito en que interpuso el recurso, dijo: "invoco como causales la 1ª y 2ª de que trata el artículo 2º de la Ley 169 de 1896"; pero al fundarlo ante la Corte, ha limitado su acusación a la causal primera.

Primer cargo. Dice el recurrente:

"La sentencia viola directamente el artículo 1506 del Código Civil, porque no lo aplicó siendo el caso de hacerlo.

"Fue causa de dicha infracción la mala apreciación de derecho que hizo el Tribunal de las escrituras números 1228 y 1229, de 9 de diciembre de 1929, otorgadas en la Notaría de Ubaté, y del memorial de ratificación presentado por mi parte con fecha 14 de diciembre de 1929.

"Es el caso que el Tribunal negó la división pedida, porque en su concepto faltaba la intervención de uno de los interesados, ya que, en su sentir, no podía considerarse como condueño a José Vicente Montero, por no aparecer oportunamente su aceptación a la compra que para él hicieron Luis María y Rafael Montero, por medio de la escritura número 670 de 1925.

"Por el momento—dice luego—basta apuntar que, cualquiera que sea la tesis que se adopte sobre el modo de operar la estipulación para otro, es lo cierto y evidente que, según el citado artículo 1506, la aceptación del tercero beneficiario tiene como consecuencia inmediata la de hacer irrevocable el contrato en su nombre.

"En segundo lugar—agrega—la ratificación de lo actuado, al tenor del artículo 134 de la Ley 105 de 1890, es cuestión que podía tener lugar en cualquier tiempo antes de la expedición de la sentencia. Como en este caso la ratificación se surtió antes de que se dictara el fallo de

segunda instancia, no cabe dudar de que el Tribunal erró en derecho al desconocer los efectos de esa ratificación.

"En tercer lugar, el Tribunal erró una vez más en derecho infringiendo el artículo 28 de la Ley 169 de 1896 y sus concordantes, al pasar por encima de su propio auto de fecha 29 de enero de 1930 (cuaderno número 4, folio 29 vuelto), auto que fue consentido por las partes, pues que no fue reclamado y es, por tanto, ley del proceso, y en cuya parte resolutiva, 'acepta la ratificación de lo actuado en este juicio en lo referente al demandante José Vicente Montero, de acuerdo con la manifestación que hace su apoderado.' Ahora, es claro que el Tribunal no podía tener como parte a José Vicente Montero sino en calidad de comunero, pues que sólo en esta condición podía él intervenir en el presente juicio, y no de otra manera.

"Todas las consideraciones anteriores demuestran —dice—al terminar, que es ilegal la desestimación de los citados documentos hecha por el Tribunal. Este procedimiento lo condujo a tener como no probado el que en cabeza de José Vicente Montero se hubiera consolidado el derecho nacido de la estipulación. Con semejante conclusión se violó el artículo 1506 del Código Civil, siendo esto motivo suficiente para que se case la sentencia, como respetuosamente lo pido."

Los conceptos del Tribunal que motivan este cargo y que constituyen todo el fundamento del fallo, se resumen en los siguientes párrafos de la sentencia recurrida:

Después de transcribir el texto del artículo 1295 del Código Judicial, dice la sentencia:

"Según lo preceptuado en este artículo, quien pretende la división de una cosa común debe demandar o hacer parte en el juicio a todos los comuneros, porque en un juicio de esta naturaleza deben intervenir todas las personas que tengan derecho a la cosa común, entre quienes ha de hacerse tal división, pues tratándose de señalarle a cada comunero la cuota que le corresponde en la comunidad, tienen interés en intervenir en el juicio, y para que hagan valer ese interés, es preciso que tengan conocimiento del juicio. De otra suerte la división se decretaría sin oír a uno o algunos de los comuneros, y por lo mismo, la comunidad no se extinguiría.

"Como los actores han invocado como fundamento de su derecho la compra que éstos aparece hicieron a Vicente Montero G. y Ester T. de Montero en la escritura pública número 670, de 2 de julio de 1925, y en la celebración de ese contrato Luis María y Rafael Montero aceptaron para sí y para sus hermanos Gustavo Alfonso, Francisco José y José Vicente Montero T. la compra de las fincas a que la misma escritura se refiere, entre las cuales se encuentra la mitad del predio objeto de este litigio, es preciso ver si las personas a cuyo favor estipularon Rafael y Luis María Montero T. han adquirido el derecho de dominio sobre la mitad de la finca denominada **Buenavista**."

Respecto de los dos primeros no hay duda alguna, dice el Tribunal; pero agrega "no pasa lo mismo respecto de José Vicente, porque aun cuando en la misma escritura los expresados Gustavo A. y Francisco manifestaron que aceptaban la estipulación que en la escritura número 670 hicieron Luis María y Rafael Antonio Montero T. en favor de aquél, sin embargo, como éstos obraron sin poder alguno de José Vicente, será necesario estudiar el alcance de tal manifestación para saber si ella tuvo virtualidad suficiente para hacer fijar el derecho en el patrimonio de éste."

Tres son las cuestiones que deben analizarse—dice la sentencia—para saber si el demandante José Vicente Montero tenía la acción que ejercita, a saber:

"a) Si la estipulación hecha por Rafael Antonio Montero y Luis María Montero a favor de José Vicente Montero T. fue suficiente para que éste adquiriera el derecho de dominio en la cuota parte a que cree tener derecho en la finca de **Buenavista**.

"En relación con la primera cuestión—dice luégo—el apoderado de los demandantes en esta segunda instancia afirma que el derecho nació y se radicó en el patrimonio de José Vicente desde el momento en que se celebró la estipulación entre José Vicente Montero T., Ester T. de Montero de un lado, y del otro Rafael Antonio y Luis María Montero T. ...."

No acepta el Tribunal esa tesis, porque en su sentir el derecho no lo adquiere el tercero por la sola estipulación, la cual sólo lo faculta para aceptar o rechazar el beneficio qué de ella pueda recibir; pero en manera alguna puede sostenerse—dice—que el derecho en concreto pase al patrimonio del tercero por la sola estipulación, porque es inaceptable que el patrimonio de una persona se aumente o disminuya por la sola voluntad del promitente o estipulante.

"Si el derecho nace para el tercero—continúa la sentencia—y se radica en su patrimonio por la sola estipulación, como de acuerdo con el artículo 1506 del Código Civil, el promitente y el estipulante conservan la facultad de revocar el contrato celebrado entre ellos, que cede en provecho del tercero, antes de que éste haya aceptado la estipulación, sería inobjetable que el patrimonio del tercero aumenta por el hecho de extraños y disminuye de la misma manera; porque si el promitente y el estipulante revocan el contrato, necesariamente esa revocación produce el efecto de sacar del patrimonio del tercero el derecho ya adquirido por éste por la sola estipulación.

"Por donde se comprende que la relación jurídica proveniente de la estipulación celebrada entre el promitente y estipulante, no liga al tercero, sino en virtud de la aceptación de éste, y esto porque en tratándose de un vínculo contractual sólo puede comprometerlo cuando haya mediado su voluntad."

Se observa:

Obra en autos copia de la escritura pública otorgada por José Vicente Montero T. en Calamo, República de Chile, el 15 de julio de 1929, y protocolizada en la Notaría del Circuito de Ubaté, por la cual el expresado Montero T. le confiere poder general al doctor Gustavo A. Montero T. para que, entre otras cosas, lo "represente activamente como demandante, o pasivamente, como demandado, ante cualquiera autoridad judicial, administrativa o de cualquiera otra naturaleza colombiana o de cualquiera otra nacionalidad, y para que acepte y ratifique cualquiera acción sustentada en su nombre o en el que se le represente pasivamente. Esta facultad de ratificación muy especialmente la otorga en el juicio divisorio, hoy ordinario, que sus hermanos presentaron contra el señor Inocencio Vanegas de la finca de **El Chircal** y **Buenavista**, jurisdicción de Ubaté, y que actualmente se halla en apelación de la sentencia definitiva ante el Tribunal Superior de Cundinamarca, para transigir, desistir, recibir y sustituir este poder en todo o en parte."

El doctor Gustavo A. Montero T. sustituyó ese poder al doctor Gustavo Fajardo Pinzón, pero únicamente para la representación especial de José Vicente Montero T.

en el pleito de que se viene hablando, y el doctor Fajardo Pinzón, por memorial presentado en este juicio, en el curso de la segunda instancia, dijo:

"Usando del poder que se ha sustituido y del derecho que confiere el artículo 134 de la Ley 105 de 1890, ratifico y confirmo por lo que hace a los derechos e intereses de mi representado señor José Vicente Montero T., toda la actuación que para él y en su provecho se haya surtido o podido surtir en el presente juicio a que me vengo refiriendo."

Con ese motivo el Tribunal dictó el auto que en este proceso lleva fecha 29 de enero de 1930, que dice:

"El doctor Gustavo Fajardo Pinzón manifiesta en el anterior memorial que ratifica lo actuado en este juicio en relación con el demandante José Vicente Montero T., y por cuanto en su nombre comparecieron sin poder sus hermanos Luis María y Rafael Montero T.

"Por lo expuesto, el Tribunal.... acepta la ratificación de lo actuado en este juicio en lo referente al demandante José Vicente Montero T., de acuerdo con la manifestación que hace su apoderado."

Es obvio que el poder conferido por José Vicente Montero T., especialmente para la ratificación de lo actuado en este juicio, con referencia a él, es una aceptación tácita de las estipulaciones que a su favor hicieron sus hermanos Luis María y Rafael Montero T. por medio de la escritura número 670, de 2 de julio de 1925, de las cuales le resulta el derecho que hace valer al parecer en este juicio haciendo esa ratificación; y es contradictorio que el Tribunal, por una parte, "acepta la ratificación de lo actuado en este juicio en relación con el demandante José Vicente Montero T.," reconociéndole así, implícitamente, su personería sustantiva, o sea el derecho a demandar la división del terreno de que se trata en su condición de comunero, y luégo, en la sentencia declara que la acción no puede prosperar porque se ha pedido la división del terreno llamado Buenavista, de un modo indebido, en relación con la existencia de la comunidad alegada por los actores, por cuanto no resulta de autos que José Vicente Montero T. tenga el derecho de comunero.

De todo lo dicho resulta que son justificados los cargos formulados por el recurrente en este primer motivo, y como ello da lugar a invalidar todo el fallo, no hay necesidad de tomar en consideración los otros motivos alegados.

En tal virtud, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el trece de noviembre de mil novecientos treinta, y, en su lugar, resuelve:

1° Confírmase la sentencia dictada por el Juzgado primero del Circuito de Ubaté el diez y ocho de abril de mil novecientos veintiocho.

2° No hay costas en las instancias ni en el recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Germán B. Jiménez.

Aunque como ponente redacté la sentencia que precede, no acepté la solución acordada por mis distinguidos colegas para resolver la cuestión previa, planteada por la parte opositora en relación con la fe que merezca el dictamen pericial sobre el avalúo de la acción, pues si bien es cierto que de ese dictamen el Tribunal dio a las partes el traslado de rigor, omitió poner en conocimiento de ellas la ampliación que de dicho dictamen pidió el apoderado de la parte actora.

El punto a que he hecho referencia, sobre cuya decisión disiento de la mayoría de la Sala, y acerca del cual me veo—muy a mi pesar en el caso de salvar mi voto, lo expone así el opositor:

"La base de este recurso—dice—es la cuantía de la acción estimada por peritos; de manera que, si ese dictamen reúne todas las condiciones para su validez, el recurso puede prosperar, de lo contrario es ineficaz y no sirve para fundar acción. Del avalúo dado por peritos debe darse traslado a las partes, conforme al procedimiento civil, lo que no se hizo con el presentado por los peritos Posada y Echeverría, y por lo mismo no se puede aceptar por faltarle una formalidad indispensable.

"El legislador—agrega—ha querido dar toda clase de garantías a los litigantes, para que no sean sacrificados por actuaciones incompletas, sin culpa de ellos. Es, pues, el caso de desestimar la prueba pericial para que no prospere el recurso."

A esa observación del opositor responde la sentencia:

"No es, pues, exacto—como lo afirma el opositor—que no se diera a las partes traslado del dictamen pericial, porque esta formalidad sí se llenó, como queda dicho. Lo que se omitió fue el traslado del dictamen ampliado; pero ese nuevo traslado—no prescrito por la ley—no autoriza para desestimar la prueba pericial. El recurso es, por tanto, admisible...."

En mi concepto, aunque la ley no prescriba de modo expreso que cuando se amplía el dictamen pericial se dé a las partes traslado de la ampliación, esa formalidad sí debe llenarse para que la prueba se repute completa y perfecta, porque si una vez que el dictamen se amplía, se aprueba, sin más trámite—como ocurre en el caso de autos—se le niega a la parte que pidió la ampliación, el derecho de hacerle los reparos que estime convenientes, quedando sin efecto alguno la facultad que ella tiene para pedir la explicación necesaria o la ampliación debida, en el caso de oscuridad o insuficiencia en el dictamen, según el artículo 77 de la Ley 105 de 1890. Además, siendo la ampliación, no un nuevo dictamen, sino un complemento del que ya practicó, el traslado de esa ampliación puede considerarse como una facultad implícita en la ley (artículo 668 del Código Judicial antiguo), que ordena se dé a las partes traslado del dictamen pericial. Ahora bien, mientras el dictamen, cuya ampliación se pide no se practica, no hay propiamente dictamen. Practicada la ampliación, el dictamen es completo, y puede decirse que el traslado de esa ampliación es lo que verdaderamente constituye un traslado eficaz, y lo que satisface la letra y el espíritu del citado artículo 668.

La Sala de Negocios Generales, en sentencia de 16 de octubre de 1920 (Gaceta Judicial, XXVIII, 224, 1°), sentó, sobre el punto que es materia de este salvamento, la siguiente doctrina, que considero acertada:

"El dictamen pericial—dice—que se ordena fundar, ampliar o explicar, no es un dictamen todavía. Es algo que debe completarse, y es claro que mientras no se complete no pueden aducirse en contra suya las tachas que la ley permite proponer."

En armonía con estos conceptos, la Corte, en casación de 12 de junio de 1920, dijo que "al señalar el artículo 541 del Código Judicial como prueba legal las declaraciones de los peritos, lo hace con la condición implícita de que en la diligencia pericial se observen las formalidades prescritas por la ley. Aquí es aplicable el principio jurídico general de que son nulos los actos que no tengan los requisitos señalados por la ley para su validez." (Gaceta Judicial, XXVIII, 76, 1ª).

Conceptúo, como la mayoría de la Sala, que el recurso, interpuesto bajo la vigencia del antiguo Código Judicial y fallado de acuerdo con sus disposiciones, es admisible, pero por razón muy distinta a la expuesta en la sentencia, pues en el proyecto se daba la siguiente:

"La informalidad apuntada en la tramitación del incidente sobre concesión del recurso debió haberse hecho valer a su debido tiempo, dentro del mismo incidente, porque una vez ejecutoriado el auto de 19 de agosto de 1931, por el cual se aprobó el avalúo, y luégo el de 16 de septiembre del mismo año, por el cual se concedió el recurso de casación, sin objeción de ninguna de las partes, ya no es posible suscitar esa cuestión ante la Corte."

Bogotá, junio 28 de 1933.

Germán B. Jiménez

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, treinta y uno de enero de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, con fecha junio diez y siete del año próximo pasado, confirmó la sentencia condenatoria pronunciada por el Juez 1º Superior de ese Distrito Judicial, en la que se condenó a Ciro A. Ortiz y Pedro Silva O., como responsables de homicidio (asesinato), cometido en la persona de Francisco Patiño, en desarrollo del veredicto pronunciado por el respectivo Jurado de calificación, a la pena principal de veinte años de presidio y a las accesorias correspondientes.

Contra el mencionado fallo del Tribunal interpusieron recurso de casación los condenados, invocando como causal la tercera de las consignadas en la Ley 118 de 1931. Ante la Corte designaron como apoderado al doctor Jorge Eliecer Gaitán para que sostuviera el recurso, quien llenó su cometido, invocando como causales la primera y la cuarta, si bien es cierto que su alegato fue presentado fuera del término legal, según el informe de la Secretaría. Mas como el señor Procurador acoge los razonamientos expuestos en ese alegato, y fundado en ellos y en otros que por su cuenta alega, coadyuva y solicita al igual que aquél, la infirmación del fallo. Se estudiarán unas y otras alegaciones.

En orden lógico se examinará primero la causal tercera, o sea ser la sentencia violatoria de la ley por error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, pues si ella estuviere justificada, como sí lo está, según lo que adelante se verá, es innecesario el estudio de las otras que se invocan.

Tanto en el alegato que se presentó al intentar el recurso, como en el presentado por el doctor Gaitán, y en la vista del señor Procurador, se sostiene que no se ha comprobado cuál hubiera sido la causa de la muerte de Francisco Patiño. ¿Fue asesinado?, se pregunta, o, por el contrario, ¿murió accidentalmente? Nada en concreto se sabe, todo ha quedado en el plano de las conjeturas.

Que Francisco Patiño murió—se agrega—es un hecho que no se discute, y que murió en el punto denominado El Peñón, jurisdicción de Barichara, donde se encontró su cadáver destrozado en el fondo de un abismo, hasta donde debió rodar el cuerpo desde el camino que pasa por aquel punto, que conduce de Barichara a Jordán, es cuestión que aparece perfectamente comprobada en los autos. Saber, añade el Procurador, si Patiño murió por consecuencia de las heridas recibidas al rodar por el precipicio, habiendo sido lanzado a él por una mano criminal, si fue muerto por esa mano en el camino y lanzado luégo el cadáver hacia el abismo, o si la muerte acaeció por causa de un accidente casual, es lo que importa, para determinar claramente si hubo homicidio o no lo hubo.

El doctor Gaitán analiza uno a uno los indicios que se tuvieron en cuenta tanto respecto del cuerpo del delito como de la responsabilidad, así:

Primer indicio.

"A unos pasos del sitio por donde rodó el señor Patiño (cinco metros de distancia), se encontraron rastros de unas gotas de sangre. No se verificó acerca de ese punto examen técnico alguno. Se trata, según puede verse al folio 1º del cuaderno 1º, 'de que unos arrieros pudieron ver esas gotas de sangre, y de que más tarde se enviaron a dos individuos a que hicieran un reconocimiento. Este reconocimiento fue practicado veinte días después de los acontecimientos, y como demostración probatoria, no va más allá de lo que dicen los arrieros. Y porque las huellas de sangre que aparecen, o se dice que aparecen en las piedras, tal cosa se toma como indicio de que fue allí, y no más adelante, donde pudo caer el señor Patiño. Y este indicio, que no es indicio sino una simple conjetura, porque es fruto apenas de un razonamiento, se toma como prueba de otro indicio, es decir, que no fue posible que Patiño rodara al abismo sin causa criminal. Se tienen, pues, así los indicios, probados con indicios, y las suposiciones tomadas para probar suposiciones, y éstas reunidas para fundamentar una condena, que no es una suposición, sino la grave realidad de veinte años de presidio.

"El segundo indicio a que se refiere la sentencia que vengo analizando—continúa el apoderado—se enuncia así:

'La sangre a que se alude anteriormente, pone de manifiesto que Patiño debió ser asaltado en ese punto, y arrojado por sus victimarios, muerto ya o apenas agonizante.....'

"Esto es apenas el razonamiento sobre lo anterior, o sea sobre las huellas de sangre. Este no es un indicio, no es un hecho; tenemos un indicio probado con otro indicio—en el caso de que reuniera las condiciones de indicio, que no las llena—y luégo un razonamiento tomado como indicio. Es absurdo.

"Y después de esto, porque no hay más, se dice textualmente:

'Y queda evidenciado así el cuerpo del delito de homicidio en la persona del tántas veces mencionado Patiño.'

"A través de todo el expediente, de los alegatos de la Fiscalía, no hay palabra más, ni argumento mayor, ni hecho ninguno distinto del de las gotas de sangre para probar el cuerpo del delito. ¿Es posible? Por eso decía, señor Magistrado, que este es un caso muy curioso. Dos condenados por un delito del cual no se ha probado el cuerpo de él, ni se ha logrado averiguar si la muerte fue fortuita o delictuosa. Como he dicho, esas gotas de sangre

ni siquiera tienen el valor de indicio, porque no está establecida la relación indispensable entre ellas y su procedencia.

"De modo que están cumplidas las dos causales alegadas, o sea la violación de la ley por error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, y, además, violación de la misma por indebida aplicación de la ley penal, cuando ésta habla de los elementos que son indispensables para establecer la responsabilidad, y específicamente cuando define qué cosa es homicidio, según en esta segunda parte pasamos a examinarlo."

El señor Procurador, después de estudiar lo que debe entenderse por indicio necesario y por indicio vehemente, y después de poner de presente que el proceso sólo ofrece simples suposiciones, concreta su pensamiento así:

"¿Qué es lo que queda de la pretendida prueba del cuerpo del delito, hecho este minucioso análisis de ella? Todo se desvanece, y sólo queda en pie la posibilidad de un accidente. Yo no niego, señores Magistrados, la posibilidad de que Patiño haya sido muerto por una mano criminal. Pero ante la carencia de elementos probatorios convincentes, de que esto último ocurrió, pongo en conflicto el pensamiento entre esas dos posibilidades, y de él surge espontánea la conclusión de que no existe la prueba del cuerpo del delito de homicidio en la persona de Patiño.

"Si esto es así, aparece evidente que el Juez de instancia sufrió un error al calificar el informativo y dar por existente esa prueba. Lo que quiere decir que hubo error en la apreciación de ella, y que ese error condujo al en que incurrió el Jurado al declarar la responsabilidad de los acusados, y condujo al error también en cuanto a la apreciación de la prueba del cuerpo del delito en la sentencia condenatoria.

"Es así como queda demostrada la concurrencia de la causal que invocaron los reos cuando interpusieron el recurso."

Tanto el señor Procurador como el apoderado doctor Gaitán, y los mismos condenados, al interponer el recurso, estudian lo referente a la responsabilidad, que tampoco encuentran comprobada.

Se considera:

El auto de proceder contiene la siguiente relación de los hechos, que es conveniente reproducir:

"Como a las seis de la mañana del viernes veinte de marzo del año de mil novecientos treinta y uno, Francisco Patiño emprendió viaje de Barichara hacia Rionegro (S.), con el fin de recibir en esta última población la cantidad de diez mil pesos que Pablo Lizarazo debía entregarle a buena cuenta de una suma considerable que le adeudaba. Iba caballero en una yegua que le dio a flete Marco Aurelio Prada, y llevaba sombrero de calle, negro; espejuelos de vidrios blancos, montados en oro; saco de gabardina de color habano, claro; camisa crema, de cuello vuelto; zapatos negros con medias suelas y cordones nuevos, y unos veinte pesos en dinero, 'colocados en un libro de apuntes.' (Declaración de María de Jesús Silva. Folio 35 vuelto).

"Patiño debía pasar por el el sitio denominado El Peñón, entre Barichara y Jordán, de recorrido peligroso para jinetes, porque su piso, cubierto de piedras planas, da en partes sobre un abismo de aterradora profundidad.

"El mismo día, Evangelista Gómez (folio 87 vuelto), regresaba de Piedecuesta, y al llegar, ya por la tarde, a la casa situada en la parte alta de El Peñón, vio allí una yegua blanquiza ensillada, que según manifestó la mujer de Jerónimo Castro, había llegado 'como de Jordán, a eso de la una de la tarde, 'Gómez prosiguió su marcha, y vino a pernoctar en casa de Florentino Osorio, donde oyó referir que unos arrieros habían encontrado en El Peñón un sombrero y un saco o chaqueta, y que habían visto una bestia ensillada que venía o subía por tal camino. Esto, unido a la circunstancia de haber contado un muchacho que a las ocho y media de la mañana vio pasar un señor cuyas señas coincidieron con las de Francisco Patiño, a quien conocía el testigo en referencia, le hizo sospechar a éste 'que se trataba de una desgracia ocurrida a dicho señor,' y por eso al día siguiente, al encontrarse en Barichara con Pedro José Silva, cuñado de la presunta víctima, lo puso al corriente de 'todo lo que había visto y oído decir en la tarde y noche anteriores.'

"Tal fue la primera noticia que se tuvo del fin lamentable de Patiño, hombre acaudalado, que marchó hacia la muerte, tan desprevenido para toda asechanza que, a pesar de la advertencia de su esposa, no quiso llevar revólver, por considerarse incapaz de hacer uso de él.

"Como desde un principio se creyó que Patiño había rodado a la sima de El Peñón, bien por accidente casual, bien por obra de manos criminales, el Secretario de la Alcaldía de Jordán, por estar ausente el jefe de la oficina, dispuso que algunas personas salieran hasta aquel sitio en busca del cadáver.

"Secundino Alvarez (folio 4), y Celedonio Carrillo (folio 17), fueron el veintiuno de marzo al trágico despeñadero, y encontraron allí el cuerpo de un hombre 'clavado de cabeza,' horriblemente desfigurado, y que 'ya comenzaba a heder,' según expresión del primero de estos declarantes. Carrillo, en forma ruda, pero asombrosamente realista, dice que el cráneo estaba despedazado; que la piel del rostro, arrancada, 'caía sobre el pecho, mostrando esa parte de la cara una desolladura que dejaba ver los huecos de los ojos y la boca'; que en el pecho y en la espalda 'tenía raspones, que eran otras tantas desolladuras, que dejaban ver en algunas partes los huesos de las costillas'; que la camisa y el saco estaban arrollados hacia arriba y los pantalones corridos hacia las rodillas, dejando al descubierto las nalgas y las piernas, completamente raspadas, y que los huesos de los brazos y las piernas 'estaban fracturados, pues por cualquier parte se doblaban.' Y agrega que, en su concepto, todos esos maltratos y destrozos fueron causados por la caída, pues en esa parte tiene El Peñón como cien metros de altura, más o menos, y que no puede decir 'si aquel cuerpo recibiera heridas con arma, porque los raspones no permitían distinguir, aunque las hubiera habido.'

"A doce metros de distancia del cadáver estaban los botines, y cerca de éstos los tubos de equitación.

"Alvarez y Carrillo no pudieron levantar aquellos despojos, y dejaron para el día siguiente esa faena, que relata así José Aníbal Celis (folio 30 vuelto):

"El domingo, que contábamos veintidós de marzo del año en curso (1931), a eso de las siete de la mañana, me vine de mi casa para esta población (Jordán), y en el camino me encontré con una partida de individuos, entre los cuales iba mi padre Silvestre Celis, los cuales conducían un ataúd, y me manifestó Celedonio Carrillo que estaba autorizado por un señor Pedro Silva para que me buscara a que le fuera a ayudar a la sacada de un cadáver, que estaba rodado atrás de Los Aposentos. Yo ac-

cedí a la solicitud, y seguí con ellos, y llegados al punto de Los Aposentos, un poco más allá, en una zanja, estaba el cadáver que íbamos a llevar. Se encontraba con la cabeza de para abajo, y la falda de la camisa tapándole la cabeza, el demás cuerpo de para arriba, con los pantalones arrollados entre las rodillas y los pies, sirviéndoles de manea; este cadáver estaba ya en estado de descomposición y desfigurado. Como ese punto era muy feo, y se dificultaba la entrada del ataúd y demás gente, se amarró con lazos, y se sacó con cuidado al punto en donde se pudo colocar en el ataúd, donde después de tapado y atado con lazos, fue conducido en hombros a esta población, a eso de las tres de la tarde. Nos demorámos un momento en la capilla del Hospital, y en seguida se recibió orden de conducirlo al cementerio, en donde fue sepultado.....'

"Pedro Martínez (folio 25), y Jesús María Romero (folio 26), corroboran no solamente la narración transcrita, sino también lo dicho por Carrillo, sobre las lesiones constatadas por él.

"Pero ninguno de los testigos pudo identificar el cadáver, ya por lo desfigurado que estaba, ya por no haber conocido en vida al desgraciado Patiño."

En seguida explica ese mismo auto porqué hubo necesidad de apelar a la prueba por indicios, como medio de establecer el cuerpo del delito, en los siguientes términos:

"El artículo 157 de la Ley 40 de 1907, dice que el cuerpo del delito puede establecerse, entre otros medios, con indicios necesarios o vehementes, que produzcan el pleno convencimiento de la perpetración del hecho punible. Y en el caso presente es necesario acudir a esa prueba indirecta, pues por incuria de los funcionarios investigadores no se practicó el reconocimiento pericial."

El cuerpo del delito, se dijo en fallo de fecha noviembre veinticuatro de mil novecientos treinta y uno, en la casación de Juan Bautista Corrales, 'constituye el fundamento de todo juicio criminal; de suerte que ese elemento tiene que establecerse plenamente en el informativo para que pueda dictarse auto de proceder; constituye ese elemento hasta cierto punto una cuestión de derecho, y en algunos casos tiene un carácter técnico, sobre el cual, por lo mismo, no decide propiamente el Jurado, cuya misión se reduce al examen de los hechos, o sea de la responsabilidad. En estas condiciones, la Corte, en fallos repetidos, ha entrado en el estudio de fondo, no obstante el veredicto condenatorio del Jurado, por tratarse de un elemento cuyo estudio corresponde al Juez de derecho, pues si no existe prueba acerca de él, en la forma exigida por la ley, el juicio queda sin fundamento, y no resultando éste al imponer la pena, se viola la respectiva disposición penal que se haya tenido en cuenta."

Si entonces era pertinente en casación estudiar lo relativo al cuerpo del delito, con mayor razón hoy, en que por virtud de la Ley 118 de 1931 se establece como causal la de ser la sentencia violatoria de la ley, por error en la apreciación de la prueba de ese elemento.

Lo indicado, como cuestión elemental y necesaria en la investigación, en caso de homicidio, es examinar detenidamente, como lo indica el artículo 1516 del Código Judicial, el cadáver, las heridas, contusiones y demás señales de violencia que tenga, debiendo los peritos manifestar si éstas han sido por su naturaleza mortales, y con qué armas o instrumentos se han ejecutado. En el mismo caso de homicidio, agrega el artículo siguiente de la misma obra, no se inhumará el cadáver sin haberse practicado el correspondiente reconocimiento; y si la inhumación hubiere ya tenido lugar sin aquel requisito previo, se exhumará el cadáver.

Es muy clara la importancia de esas disposiciones, porque es el dictamen pericial el que viene a establecer las verdaderas causas de la muerte, que no pueden ser deducidas sino por los que posean los necesarios conocimientos técnicos, pues se trata de un hecho complejo, cuya penetración y análisis científico escapan a los profanos. Tales reconocimientos o dictámenes periciales no se practicaron en forma alguna en este proceso, como lo declaran los mismos Jueces de instancia en la siguiente frase ya transcrita:

"Por incuria de los funcionarios investigadores no se practicó el reconocimiento pericial."

Aceptando que en ciertos casos el cuerpo del delito de homicidio pueda comprobarse con indicios necesarios o vehementes, es necesario examinar ahora si los que se han tenido en cuenta en este proceso tienen en realidad ese carácter y producen el pleno convencimiento de la perpetración de ese delito, como lo exige el artículo 157 de la Ley 40 de 1907.

El Juez encontró demostrado el cuerpo del delito, basándose en las siguientes razones:

"Primera. El punto por donde Patiño fue arrojado al abismo queda a poca distancia de Los Aposentos, y en esa parte el camino se desarrolla en una serie de revueltas en forma de ese, todas iguales, va por el lomo de una cuchilla pendiente, que mira al precipicio, tiene una anchura de 3 metros con 60 centímetros, y está resguardado por una manga de piedra de 70 centímetros de altura. Al terminar una vuelta hay un boquete de 60 centímetros de altura en la referida manga, y a cinco metros de allí se encontraron rastros de sangre sobre una piedra..... (inspección ocular, folio 28). Es claro que bajando Patiño a pie, precisamente para hacerlo en condiciones de mayor seguridad, es inverosímil creer que rodara accidentalmente a la sima; pues como lo dicen los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular, 'no es posible que un peatón, al caer donde se ve la sangre, por fuerte que fuera el golpe o traspié, rodara hasta el portillo, y pasando por él cayera al abismo, sin primero dar contra la manga, en donde indefectiblemente hubiera quedado trancado'; y

"Segunda. La sangre a que se alude anteriormente pone de manifiesto que Patiño debió ser asaltado en ese punto y arrojado por sus victimarios, muerto ya o apenas agonizante, tal vez, al fondo del abismo, con el objeto de dar a su crimen las apariencias de un accidente casual.

"Y queda evidenciado así el cuerpo del delito de homicidio en la persona del tántas veces mencionado Patiño."

Todo lo anterior gira principalmente, como puede observarse alrededor de unas manchas de sangre, y por tal motivo es necesario precisar lo que sobre el particular esté comprobado o resulte del proceso.

En el auto que se llama "cabeza del proceso," el funcionario de instrucción dejó constancia, entre otras cosas, de que por varios arrieros se había sabido "de que en el punto de Los Aposentos, sobre una laja ancha, había unas gotas de sangre." Quince días después, el ocho de abril siguiente, se practicó una inspección ocular en el sitio donde se creyó había sido asesinado el señor Patiño, en la que los peritos dijeron en relación con la cuestión que se viene examinando, lo siguiente:

"Hay, al terminar la vuelta que se forma, un boquete en la manga de sesenta centímetros de ancho, y de este boquete a donde se observan unos rastros de sangre sobre una piedra, una distancia de cinco metros."

No es lo mismo afirmar que en tal sitio existen manchas de sangre, que "observar rastros de sangre"; tratándose de un lugar descubierto, como una piedra en un camino público, expuesta a la lluvia, al sol, al viento y a ser pisada por las personas y animales que por allí transitan, el concepto de que aún se observan rastros de sangre en ella, resulta muy vago y equívoco, pues tales rastros pueden tener un origen distinto.

Mas aun admitiendo que tales rastros hubieran sido de sangre, como lo deducen los peritos, su existencia por sí sola no sirve para deducir necesariamente que proviniera del cuerpo de Francisco Patiño, y que la hubiera arrojado por consecuencia de golpes y violencias. Bien podría ser esa sangre de un animal cualquiera, o de otra persona, o del mismo Patiño por obra de un accidente casual, y aun por obra de propia voluntad.

Con mucha razón se observa en la demanda primitiva de casación presentada por los condenados:

"¿Sólo el desgraciado Patiño podía tener sangre? Y si este señor no fue reconocido (su cadáver), ¿cómo establecer relación entre las pretendidas manchas de sangre y las heridas de un cadáver que no se examinó? Y si no se sabe si el cadáver tenía heridas, ¿cómo aceptar que la sangre que se dice se halló sobre una piedra, sea de Patiño, o siquiera sea sangre humana?"

El hallazgo de la sangre en aquel lugar, dice acerca de esta cuestión el señor Procurador, es un hecho inconexo, perfectamente aislado, que lo mismo puede servir para suponer que era sangre de Patiño o que no lo era; que provino de una hemorragia espontánea o de heridas causadas en la persona de Patiño o en la de otro individuo; y en el caso de heridas, que éstas fueron causadas a Patiño o a otra persona, que las causó una mano extraña o las causó la misma mano del herido. Y ante esta serie de suposiciones que pueden hacerse, el hallazgo de sangre en aquel sitio queda reducido a un mero hecho, base de conjeturas indeterminadas."

En esas condiciones, sostener como lo hacen los Jueces de instancia, que la sangre "pone de manifiesto que Patiño debió ser asaltado en ese punto y arrojado por sus victimarios, muerto ya o apenas agonizante, tal vez, al fondo del abismo, con el objeto de dar a su crimen las apariencias de un accidente casual," es acoger una hipótesis dándole valor de indicio, sin tener en cuenta todas las que en ese sentido distinto se presentan, y sin que en esas condiciones el pretendido indicio pueda tener valor jurídico alguno, comoquiera que no es completamente cierto, ni está demostrado el hecho en que se funda. Se entiende por indicio, según el artículo 1702 del Código Judicial, un hecho que indica la existencia de otro hecho. No está comprobado que la sangre fuera del cuerpo de Francisco Patiño, luego de lo que no está demostrado nada se puede inferir o deducir, es decir, no hay lugar a establecer relación o dependencia entre dos hechos o circunstancias, en forma que se puede deducir racional, fundada y lógicamente del hecho conocido uno desconocido.

De la existencia de unas gotas de sangre en el camino, dice acertadamente el señor Procurador, no se puede ir directamente a encadenar la posibilidad de que la sangre fuera de Patiño con la posibilidad de que éste no hubiera rodado por causa de un accidente sin culpa de persona extraña, y mucho menos llegar por saltos de acrobacia a la conclusión de que murió a manos de un criminal. Porque si existe la posibilidad de que la sangre fuera de Patiño, no existe la imposibilidad de que fuera de otro, y si existe la posibilidad de que no hubiera rodado por causa de accidente, no existe la imposibilidad de que no haya rodado por esa causa. Estas dos imposibilidades sería necesario establecerlas para poder convertir aquellas posibilidades en hechos ciertos, y darle al razonamiento bases sólidas de relación, y a sus argumentos fuerza de indicios, aunque no sean de gran vehemencia.

Con base en las mismas manchas de sangre, y olvidando que sólo deben considerarse como tales, entre el número de indicios, aquellos que se apoyen en circunstancias distintas e independientes, se ha tenido, según se ha visto, como un segundo indicio de comprobación del cuerpo del delito, el siguiente:

"El punto por donde Patiño fue arrojado al abismo queda a poca distancia de Los Aposentos, y en esa parte el camino se desarrolla en una serie de vueltas en forma de ese, todas iguales, va por el lomo de una cuchilla pendiente que mira al precipicio, tiene una anchura de tres metros con ochenta centímetros, y está resguardado por una manga de piedra de setenta centímetros de altura. Al terminar una vuelta hay un boquete de sesenta centímetros de anchura en la referida manga, y a cinco metros de allí se encontraron manchas de sangre sobre una piedra. (Inspección ocular, folio 28). Es claro que bajando Patiño a pie, precisamente para hacerlo en condiciones de mayor seguridad, es inverosímil creer que rodara accidentalmente a la sima; pues como lo dicen los peritos que intervinieron en la inspección ocular, 'no es posible que un peatón, al caer donde se ve la sangre, por fuerte que fuera el golpe o traspié, rodara hasta el portillo, y pasando por él, cayera al abismo, sin primero dar con la manga, en donde indefectiblemente hubiera quedado trancado.'"

Si constituye una suposición el afirmar que las manchas de sangre encontradas en la piedra pertenecían al cuerpo de Patiño, y que tal cosa se había producido por una fuerza extraña y criminal, dudosas e inseguras son las conclusiones que de tal suposición se sacan.

La brecha o boquete de que hablan los peritos, aunque sin especificar, lo que habría tenido alguna importancia, si era o no de antigua data, se formó con motivo del roce del cuerpo de Patiño con la "manga de piedra," ¿estaba ya abierto con anterioridad, o fueron manos criminales las que tal cercadura rompieron? En todo caso, lo único que no aparece es la prueba que produzca la seguridad de que Patiño rodó al abismo por obra de mano extraña.

Al contrario, observa juiciosamente el señor Procurador, existe la prueba de que la valla tiene en aquel punto una brecha abierta, y de suficiente amplitud para que el cuerpo de un hombre pueda pasar por ella y rodar por el despeñadero. ¿Es posible también que hubiera vuelto a cabalgar allí donde el camino le ofrecía la seguridad de la valla, y que la bestia le haya dado una caída, y al caer se haya herido, y en la lucha por levantarse en un espacio de cinco metros haya ido a dar su cuerpo en la brecha, para rodar inconsciente? ¿No es posible que si no había vuelto a cabalgar, la misma bestia le haya dado un golpe y arrojádolo a la brecha? ¿No es posible que un hombre que anda con zapatos calzados por un terreno peñascoso resbale, caiga, se hiera y ruede al bor-

de de un precipicio y por allí se despeñe? Todas estas posibilidades, agrega el señor Procurador, se destacan solemnes frente a las posibilidades contrarias, para apartar hasta la más leve sombra de imposibilidad que pudiera darles a éstas una base siquiera de certeza. Y en estas condiciones queda en pie, todavía más nítida y elocuente, la hipótesis del accidente.

"Es claro que bajando Patiño a pie, se dice por los Jueces de instancia, precisamente para hacerlo en condiciones de mayor seguridad, es inverosímil creer que rodara accidentalmente.....": iba a pie Patiño en los momentos en que se encontró con la testigo Eumelina Castro, y en los momentos en que fue visto por otras personas, pero como lo perdieron pronto de vista, precisamente por la forma del camino que en esa parte, según la inspección ocular, se desarrolla en una serie de vueltas en forma de ese, todas iguales, ¿quién puede afirmar que inmediatamente después no hubiera vuelto a montar? De lo único que no hay prueba es de que en el sitio en donde su cuerpo rodó al abismo, continuara todavía en pie, y si no existe prueba sobre ese hecho, tanto vale una conjetura como la que se haga en sentido contrario.

Si por regla general, el cuerpo del delito de homicidio, como el de heridas, falsificación de monedas, etc., se comprueba o debe comprobarse en forma técnica con el "prolijo examen que se haga por los facultativos o peritos," cuando haya de apelarse, por las excepcionales circunstancias en que tales hechos delictuosos se hayan cometido, a la prueba indicial, ésta no puede ser de cualquier clase, sino que es menester que tenga el carácter de plena, comoquiera que la existencia del cuerpo del delito constituye el fundamento de todo juicio criminal. De ahí que nuestro Código Judicial, siguiendo en esto las normas universalmente admitidas, al referirse a esa prueba indiciaria, como medio de establecer a veces el cuerpo del delito, exija la concurrencia de indicios necesarios o vehementes, "que produzcan el pleno convencimiento," con el fin de evitar errores y equivocaciones en cuestiones de tanta gravedad y trascendencia.

Y ya, en virtud de lo que se ha dejado expuesto, las circunstancias tenidas en cuenta, con los más elevados y respetables propósitos, se entiende, por los Jueces de instancia, no merecen el nombre de prueba, no tienen valor de indicios, se trata de simples conjeturas, que no pueden servir en ningún caso para comprobar un elemento tan complejo y delicado como es el cuerpo del delito.

Lo anterior sería suficiente para casar el fallo recurrido y absolver a los procesados, por encontrarse justificada la causal tercera de casación.

Mas como pudiera creerse que por lo especial del caso, la prueba que se tuvo en cuenta para deducir la responsabilidad, sirve para confirmar la relativa al cuerpo del delito, es conveniente analizar esa prueba, como lo hicieron tanto el apoderado como el señor Procurador

Los sindicados Ciro A. Ortiz y Pedro Silva O., se dice en el auto de proceder, y se reproduce después en los fallos definitivos de primera y segunda instancia, "han negado insistentemente su responsabilidad, pero existen en el proceso graves indicios, que los comprometen en forma bastante para llamarlos a juicio."

"En primer lugar, Eumelina Castro vio bajar por El Peñón 'a un señor con una bestia blanca por delante,' en traje de camino, con tubas y anteojos blancos, señor que, sin duda, y de acuerdo con lo expresado atrás, era Francisco Patiño; observó también que dos sujetos, que momentos antes estaban escondidos en el monte, en punto donde podían espiar sin ser vistos, a quienes transitaban por aquella pendiente, salieron al camino cuando el viajero casi llegaba a donde ellos estaban, y siguieron hacia abajo y un poco adelante de él. Tales sujetos eran Ciro A. Ortiz y Pedro Silva O., reconocidos más tarde por la testigo, en rueda de presos (folio 54 vuelto). Habiendo sido muerto Patiño en aquellos lugares, es indudable que la presencia de los sindicados en el lugar del delito, es para ellos una circunstancia acusadora en extremo."

Aun prescindiendo de las muy fundadas tachas que se presentan en los alegatos de casación contra esa declaración, por la forma sospechosa en que se llevaron a cabo los reconocimientos en rueda de presos; por la forma rara como esa testigo expone los hechos en sus diversas declaraciones, es lo cierto que a lo sumo se presenta como simplemente sospechosa la actitud de Ortiz y Silva O., en los momentos en que bajaba Patiño la cuesta o camino en el viaje que llevaba.

Nada especial ni directo observó esa testigo, de ataque por parte de aquéllos contra Patiño. Un hombre que aparece muerto en el fondo de un abismo, observa acerca de este punto el señor Procurador; una valla en el camino que impide incompletamente que ese hombre haya rodado por causa de accidente; unas gotas de sangre cerca a la brecha de la valla, y dos hombres a quienes se les ve en aquel lugar, poco antes del momento en que se supone ocurrió la muerte de Patiño, y más aún: se les ve en actitud, que un testigo conceptúa por su cuenta, sospechosa, no prueba que estos hombres hayan matado al que luégo apareció muerto en el fondo del abismo. ¿Cuál es la relación que existe entre esos hechos, para que pueda establecerse una conexión tan íntima como es necesaria en los indicios, para que éstos sean vehementes y produzcan el pleno convencimiento de que se cometió un delito? Ninguna; al menos yo no la encuentro, agrega ese funcionario, precisamente porque faltan muchos eslabones en la cadena.

El segundo indicio de responsabilidad, es el siguiente:

"Milita en segundo término el testimonio de Jenaro Ortiz, que también vio bajar a Patiño delante de dos individuos, que son sin duda los mismos a que alude la Castro, y que dejaron que su víctima les tomara la delantera. Al llegar al sitio de El Guásimo, Ortiz encontró ya sola la bestia de Patiño, luego se impone la conclusión de que pereció a manos de las dos personas que lo asecharon primero, y lo siguieron cautelosamente después hasta el punto propicio en donde le dieron muerte. Es extraño que Jenaro Ortiz, que marchaba a poca distancia de los actores de este drama sombrío, no viera o notara algo que le hiciera por lo menos sospechar la consumación del crimen; mas la justicia tiene que contentarse con su testimonio reticente, aunque no sin advertir que es probable que sólo contenga una parte de la verdad."

El testimonio de Jenaro Ortiz apenas quiere decir que vio bajar a Patiño delante de dos individuos, sin que de ahí se deduzca, como se sostiene en la parte transcrita, que sean los mismos a que se refiere la Castro, puesto que no hay dato alguno que sirva para hacer semejante aseveración. Y, precisamente, el testimonio de Jenaro Ortiz, lejos de constituir un indicio de responsabilidad en contra de los recurrentes, viene a debilitar el valor de las sospechas que pudieran surgir del testimonio de la Castro, puesto que si pocos momentos después del en-

cuentro de ésta con aquéllos fue cuando ocurrió la muerte de Patiño, y si a dos cuadras de ese encuentro, e inmediatamente detrás iba Jenaro Ortiz, no hay duda que éste habría tenido que presenciar el ataque que hubiera podido verificarse contra la persona de Patiño. Es posible que este testigo hubiera querido ocultar la verdad de lo que hubiera presenciado, es posible que hubiera sido reticente en sus exposiciones ante la autoridad; pero de esas posibilidades no puede afirmarse, ni deducirse, como se ha hecho por los Jueces de instancia, que en realidad hubiéra faltado a la verdad, dándole así a su declaración un alcance en contra de los procesados, que en realidad no tiene.

Y se presenta, en relación con la presencia de Jenaro Ortiz por aquellos lugares, una importante consideración, que hace el señor Procurador en los siguientes términos:

"Y observad una cosa singular: también fue visto en aquel lugar un arriero que iba por el mismo camino, detrás de Patiño, y a corta distancia de éste. ¿Porqué ha de tomarse como indicio de un asesinato en la persona de Patiño la presencia de los dos procesados en aquel sitio, y no se toma como indicio de ese asesinato la presencia del arriero en el mismo lugar? ¿Hay acaso antecedentes y concomitantes que hagan más posible el hecho de haber sido aquellos dos hombres quienes dieron muerte a Patiño? A la verdad no existen tales antecedentes y concomitantes. ¿Y si no existen ellos, y por consiguiente esos hombres y el arriero se encuentran en iguales condiciones, porqué la presencia de los primeros y no la del segundo ha de servir como indicio aprovechable para acreditar la existencia del cuerpo del delito? Hé aquí cómo ese tal indicio se resiste a concurrir a la formación de la prueba del homicidio en la persona del infortunado Patiño."

Otro indicio de responsabilidad es el siguiente:

"Por otra parte: Francisco Patiño pensó primero hacer su viaje el trece de marzo, lo que no pudo hacer, porque a última hora no le entregaron la cabalgadura que tenía contratada (declaraciones de Domingo González, folio 88 vuelto; Antonio Patiño, folio 89; José María Delgado, folio 90; Pedro Agustín Díaz, folio 91, y Pablo Antonio Patiño, folio 91 vuelto). Y, precisamente, el trece de marzo los sindicados, según su propia confesión, estuvieron en cacería, y llegaron hasta la casa de El Peñón. Hecho circunstancial de suma importancia y extremadamente sugestivo, pues significa que los acusados vigilaban a Patiño, y esperaban ultimarlo en aquel sitio cuando efectuara su viaje."

El hecho anterior tiene apenas, como allí se expresa, un carácter sugestivo, en concepto de los Jueces de instancia, y lo que es simplmente sugestivo ni siquiera alcanza a tener el valor de una sospecha, mucho menos el de un indicio, y si se analiza esa circunstancia por todos sus aspectos, puede significar también que los acusados acostumbraban andar en cacería por esos lugares, y que precisamente, en el día en que viajaba Patiño, y que fueron vistos por allí, se encontraban en esa clase de actividades.

Como último indicio se menciona el de que "ninguna de las personas citadas por Silva y Ortiz en sus indagatorias, para comprobar que habían estado en Barichara el día del delito, confirmó la cita. Circunstancia muy significativa en contra de los acusados, pues siendo ellos personas que en aquella población no pertenecen al montón anónimo, no se explica que su presencia allí pasara tan inadvertida, que ni siquiera un testigo la corrobore. Y debe anotarse, además, que los acusados no demostraron interés alguno en probar esa coartada, y que fue el Juzgado el que decretó la recepción de aquellos testimonios durante el término de prueba."

Puede desprenderse otra sospecha de la anterior circunstancia, pero que no alcanza a tener la categoría de un indicio; pues como lo anota el señor apoderado, bien pudieron los procesados haber estado por allí, y tratar después de negar su presencia, al saber la noticia de que se había cometido un delito, y que a ellos se les sindicaba como a sus autores; pues no es este un caso nuevo en la psicología humana, dentro de las distintas hipótesis o explicaciones que en un caso como este pueden presentarse, no es rara, sino, al contrario, muy lógica la conclusión anterior.

No está por demás advertir que no hay la menor constancia de que entre los procesados y Patiño hubiera habido el menor antecedente de enemistad, lo que llevó a los Jueces de instancia, desde sus puntos de vista, a estampar la siguiente frase:

"¿Queda oculto el móvil del delito, robo, venganza o cualquiera otra pasión? Nadie lo sabe."

Así, pues, lo que se tuvo como base de la responsabilidad, está tocado de la misma incertidumbre que rodea lo que se llamó el cuerpo del delito.

El cumplimiento de las garantías constitucionales y legales en materia del juzgamiento, y la importancia de la misión penal, excluyen aquella necesidad—observa un distinguido tratadista—que en diversas circunstancias de la vida se presentan, y en virtud de lo cual hay que contentarse con las simples probabilidades.

"De aquí que la bondad de las leyes y de las sanciones penales, antes de aumentar disminuiría, si se pudiera castigar a los ciudadanos en vista de meras sospechas; en realidad debe preferirse la impunidad del reo al castigo del inocente."

Es posible que Patiño hubiera sido víctima de un atentado criminal; es posible que los autores de ese atentado le hubieran sido Ciro A. Ortiz y Pedro Silva O., pero esa sola posibilidad no autoriza a la justicia criminal para afirmar, como se ha hecho, que tales procesados son responsables de haber cometido ese delito de homicidio. Si se cometió en realidad el delito, y si tales individuos fueron los autores de él, que sobre sus conciencias siga pesando el cruel remordimiento y honda pesadumbre, hasta el final de sus vidas, no sólo de haberlo cometido, sino de haber engañado muy hábilmente las pesquisas judiciales con el fin de asegurar su impunidad, y la ley de las compensaciones, inflexible y segura, hoy o mañana, seguramente se encargará de hacerles expiar su atroz delito, si en realidad lo cometieron, en forma que quizá más severa y más implacable que si la autoridad hubiera logrado reunir todos los elementos de prueba para lograr una condenación y el cumplimiento de unos años de presidio.

Pero faltando, como faltan, en los platillos de la balanza de la justicia, los medios probatorios necesarios y convincentes que pongan de presente, de una manera nítida y clara, exenta de todo peligro de error, que Francisco Patiño murió por obra de una mano extraña y criminal, y que esa mano fue precisamente la de los sindicados Ortiz y Silva O., lo aconsejado, lo ordenado por las leyes y por la justicia, es el de abstenerse de condenarlos, principalmente por la falta de comprobación del cuerpo del delito.

La infirmación del fallo recurrido, conveniente es también advertirlo, no implica censura alguna para los Jueces de instancia ni para los agentes del Ministerio Público que han intervenido en este proceso; con espíritu muy elevado e imparcial sostuvieron sus puntos de vista que, si no son compartidos por la Corte, tal cosa no disminuye en forma alguna el respeto que su conducta de funcionarios honorables y distinguidos merece.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa en su totalidad el fallo recurrido, y en su lugar absuelve a los procesados de los cargos por que fueron llamados a juicio.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Ignacio González Torres**—**Parmenio Cárdenas**—**Maximiliano Galvis R.**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, treinta y uno de enero de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

Vistos:

Por sentencia de veintitrés de julio de mil novecientos treinta y uno, el Juzgado 3° en lo Criminal del Circuito de Bogotá, condenó a Juan de Jesús Carranza a la pena de siete años y medio de presidio y sus accesorias, como responsable en tercer grado del delito de heridas en su hermana Margarita Carranza, con aplicación de los artículos 645, inciso 1°, y 653 del Código Penal.

El procesado y su defensor apelaron del fallo, y el Tribunal Superior, en sentencia que lleva fecha veintiséis de septiembre último, revocó la apelada para absolver en su lugar al acusado.

Dentro de la oportunidad legal, el Agente del Ministerio Público, Fiscal 1° del Tribunal Superior de Bogotá, interpuso recurso de casación, invocando las causales primera y cuarta de la Ley 118 de 1931; recurso que se le negó en proveído del tres de noviembre último.

Con copia de lo conducente, y dentro de los términos legales, debido a la negativa apuntada, el señor Fiscal se presenta de hecho ante la Corte, e invocando las razones que expuso ante el Tribunal, solicita que la casación le sea concedida.

En relación a la admisibilidad de tal recurso, dijo entonces el señor Fiscal:

"El artículo 1° de la Ley 78 de 1923, dice que el recurso de casación se establece contra las sentencias definitivas que pronuncien en última instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, y de las cuales resulte al reo la imposición de una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión. El legislador, al establecer este recurso extraordinario, quiso limitarlo a los delitos que revistan cierta gravedad, por la pena que llevan aparejada, conforme a la ley. Esta es, pues, la norma suprema que se debe tener en cuenta para impetrar el recurso, pues no sería jurídico que debiendo aplicarse por los Tribunales una pena corporal de seis o más años, no pudiera interponerse la casación, porque la sentencia, indebidamente, absuelva al acusado. Por esto, entre las causales de casación colocó el legislador la de violación de la ley penal por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma, naturalmente dentro de los límites fijados para el recurso."

Para negarlo, tuvo en cuenta el Tribunal el artículo 1° de la Ley 78 de 1923, donde se lee:

"Establécese el recurso de casación en asuntos criminales contra las sentencias definitivas que pronuncien en última instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, y de las cuales resulte al reo la imposición de una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión."

Si el texto legal pudiera interpretarse con independencia de los que en conjunto dan unidad y armonía al sistema de la Ley 78 de 1923, ampliado por la 118 de 1931, bien pudiera creerse que no hay lugar al recurso de casación cuando, en casos como el presente, la sentencia de segunda instancia es absolutoria. Pero para sostener tesis semejante, sería preciso que el intérprete usara de un criterio unilateral, inspirado nada más que en los intereses del reo, en menoscabo de los permanentes y muy altos en que se encarna la defensa social en la lucha contra la delincuencia.

Si la voz del Ministerio Público hubiera de apagarse con motivo de absolución en segunda instancia por delito que trajera aparejada pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión, según los preceptos punitivos, sería preciso reconocer que el recurso de casación inclinaría en forma irritante la balanza en favor del acusado, contribuyendo en esa forma a estimular de modo indirecto la criminalidad, propósito éste que nunca pudo abrigar el legislador al expedir aquellas normas.

Si con la casación se procura dar al acusado una garantía más para su juzgamiento, ello no significa que la sociedad abandone los intereses que le son propios. De allí que el Agente del Ministerio Público tenga la facultad de introducir aquel recurso, según lo dispuesto por el ordinal a) del artículo 4°, Ley 78 citada, facultad que, hablando en general, puede corresponder a un deber.

Y claro está que si esa facultad para interponer el recurso se limitara a aquellos casos en que el acusado recibe alguna sanción, ya bastante considerable, según el fallo, y en que el interés público reclama una pena todavía más severa, saltaría a la vista cómo la sabiduría del legislador habría olvidado o no previsto la hipótesis más grave, o sea la de una absolución por delitos a que corresponden penas de la cuantía indicada por la ley que estableció el recurso, a pesar de existir motivos que en concepto del representante de la sociedad pueden dar lugar a infirmar esa misma absolución. Si el recurso es admisible, ello se debe a la necesidad de proteger debidamente los intereses colectivos, sin agravio alguno a los legítimos intereses de los acusados, cuidadosamente protegidos por las leyes sobre casación, que le asignan al Ministerio Público papel muy trascendental, por cierto, en favor de los ciudadanos que deben responder ante la justicia penal.

Por consiguiente, si el delito que se juzga trae aparejada pena de la cuantía que señala el artículo 1° de la Ley 78 de 1923, está dentro del espíritu del legislador conceder la casación del Ministerio Público, aunque la sentencia sea absolutoria. Lo contrario, conduciría al absurdo de fomentar la impunidad, y por ello es preciso al intérprete y al Juez rechazar esa conclusión.

Todas las consideraciones precedentes, por lo mismo que versan sobre el problema de saber si el recurso es o nó admisible, no miran en manera alguna al fondo de

la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá, y ni remotamente pueden tenerse como razonamientos, que pudieran desdecir en lo más mínimo de la rectitud de intención del sentenciador en segunda instancia, al absolver y al negar la casación. Y si la Corte encuentra procedente este recurso, lo hace por vía de doctrina: interpreta la ley, y nada más. Concedida la casación, juzgará llenando previamente la plenitud de las formas legales

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara procedente el recurso en referencia, y dispone, en consecuencia, que se pida al Tribunal el expediente en cuestión para someterlo a repartimiento.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y cúmplase.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—Parmenio Cárdenas. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, catorce de febrero de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

El señor Natalio Arango P. se constituyó acusador particular contra los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, doctores Luis Eduardo Robledo, Vicente de los Ríos y Marco A. Echeverri, "por prevaricato colectivo, con todas las características de maldad, que para serlo, exige el artículo 481 del Código Penal, consistente en haber procedido contra leyes expresas y terminantes, condenando a Eduardo Arango Mejía, que no lo merece, incurriendo en ese delito, presionados por el interés, afecto o desafecto y a sabiendas, para salvar del castigo a los verdaderos criminales, hecho que tuvo lugar en la ciudad de Manizales, preparado de antemano (con premeditación), el once de julio de mil novecientos treinta y uno, cuyo castigo pido se aplique con todo rigor, con las consecuencias inherentes del artículo 539 del Código Penal, sin salidas de interpretación oleiforme."

Señaló como cómplices y auxiliadores a los ex-Magistrados de ese mismo Tribunal, señores Víctor M. Urrea y Guillermo Hoyos Villa, quienes, agrega el señor Arango, "con Guillermo Alzate Trujillo, que aún desempeña el mismo puesto, prepararon, corrompiendo al Juez de la causa, señor Simón María Gutiérrez, para que esbozara y transmitiera a los de última instancia su delito, basados en sofismas y embustes inconfesables, en falsedades y ataques al derecho de gentes."

Del pasaje transcrito del memorial de acusación, y de algunos otros que están concebidos en el mismo sentido, dedujo el Magistrado sustanciador que el señor Arango hacía a los funcionarios expresados dos cargos: el de violación de la ley y el de prevaricato, por lo cual, en auto de fecha ocho de julio último, se dijo que con respecto al primer cargo, y para efectos de abrir la investigación, estaba llenada la formalidad prescrita en el artículo 359 de la Ley 105 de 1890; y que no sucedía lo mismo en lo relacionado con el segundo cargo, pues acerca de él no se había presentado la prueba sumaria de que trata la disposición mencionada, y en consecuencia, se dispuso en ese auto lo siguiente:

"Por lo que hace al primer cargo, o sea el de violación de la ley, se dispone continuar la actuación, y por lo que hace al segundo, o sea el de prevaricación, debe ella permanecer en suspenso."

La razón del proveído anterior es muy clara:

"El que establece alguna queja o dé algún denuncio de la clase a que se refiere la sección única del Título X, libro II, del Código, dice el mencionado artículo 359 de la Ley 105 de 1890, deberá acompañar la prueba siquiera sumaria de su relato. En caso contrario, o si tal prueba no constare por otro medio cualquiera, la investigación quedará en suspenso."

El prevaricato constituye el cargo más grave y delicado que puede hacerse a un Juez o Magistrado, y así, la sola afirmación que haga un denunciante o acusador, de que determinado Juez o Magistrado ha cometido ese delito, no es, no puede ser suficiente para que un funcionario de instrucción pueda dar cabida a una investigación que a la postre, y aun cuando se pronuncie sobreseimiento, puede esgrimirse como arma en contra de la reputación del Juez o Magistrado acusado. Con el fin de evitar esos perjuicios y falsas interpretaciones, la disposición que se ha transcrito establece un requisito previo, el de la prueba, siquiera sumaria, para que se pueda dar cabida a la investigación; el cumplimiento de ese requisito constituye una salvaguardia, aunque no completa, contra los perjuicios que puedan derivarse de un denuncio o de una acusación temeraria.

Al memorial de acusación, en el presente caso, no se agregó nada que pudiera estimarse como una prueba sumaria del cargo de prevaricato; de tal suerte que, aun exponiéndose, como se expuso el Magistrado sustanciador a los ataques del señor Arango, tenía forzosamente que declarar, como lo hizo, que el requisito para abrir la investigación por prevaricato no se había cumplido. Al referirse a este punto, dice el señor Arango en el memorial en que formalizó la acusación:

"En el caso contemplado, voy a probar que el cargo de violación de las leyes es inseparable del de prevaricato. Para el primer cargo, basta citar el artículo 539 del Código Penal, que castiga al Magistrado o Juez que dicte en juicio civil y criminal sentencia definitiva contra ley expresa y terminante, sin las exigencias del 485 ibidem, el cual también define como delincuentes a los violadores de la ley, siempre que concurran el interés personal, afecto o desafecto.

"Analizando jurídicamente estos preceptos entre sí, se descubre el propósito firme del doctor Cárdenas para salvar del todo a los delincuentes, al dividir en dos la acción y darle valor negativo a la más grave. En primer lugar, un auto tan importante como el del ocho de julio, no se me notificó en forma alguna, y lo dejó ejecutoriar por ministerio de la ley, y en cambio, otros simples sí se me han notificado. En segundo (sic), ese juego de malabares consiste en que, descartada la acción por prevaricato, todo queda arreglado, porque la sanción del 539 del Código Penal se resuelve por sí sola, diciéndome la Corte, en cuatro líneas, que no tiene aplicación, por cuanto que me queda libre, si me conviene, el recurso de revisión, para ejercitar sobre la invalidación del fallo acusado; pero como es seguro que el doctor Cárdenas y sus compañeros ya han sido informados, aun por los mismos acusados, especialmente por Alzate Trujillo, su compañero y amigo en la Asamblea del Tolima y otros lugares, de que estamos incapacitados para la erogación previa de los doscientos pesos que, como depósito, exige el ar-

tículo 544 de la Ley 105 de 1931, todo habrá acabado; los negros cuervos del honor burlarán la acción de la justicia ultrajada, y encontrarán asilo en la penumbrosa caverna del proxenetismo, denominada espíritu de corporación."

No está por demás advertir, ante todo, que el artículo 544 de la Ley 105 de 1931, se refiere es a la revisión en materia civil; la revisión en lo penal no exige consignación alguna en dinero.

Todos los funcionarios que por algún motivo han intervenido en el proceso que se le siguió al hijo del señor Arango, y de que se hablará más adelante, y que en cumplimiento de lo que ellos estimaron como un deber legal, hicieron declaraciones adversas a los deseos o pretensiones de aquél, han sido víctimas de los mayores ultrajes y vituperios de su parte; mas esa forma de ataque contra todo y contra todos, le ha quitado, afortunadamente, toda importancia, y la sociedad tiene que pronunciarse y se pronuncia contra quien, como lo anota el señor Procurador, considera que "todos los Jueces y Magistrados que han intervenido en el proceso contra su hijo son una horda de forajidos."

La ligereza y extravío de los conceptos del acusador, pueden deducirse, en lo que al Magistrado sustanciador de esta Sala de la corporación se refiere, del párrafo de su alegato final que se transcribió anteriormente, en donde se asegura, entre otras cosas, que "como es seguro que el doctor Cárdenas y sus compañeros hayan sido informados, aun por los mismos acusados, especialmente por Alzate Trujillo, su compañero y amigo en la Asamblea del Tolima y otros lugares ....," pues el Magistrado Cárdenas, que siempre ha vivido en Cundinamarca, donde nació, jamás ha tenido qué ver con el Departamento del Tolima, ni ha tenido el honor de formar parte de su Asamblea, ni siquiera recuerda conocer personalmente al doctor Alzate Trujillo, como no recuerda conocer a ninguno de los otros Magistrados y ex-Magistrados del Tribunal de Manizales, que figuran como sindicados.

"Si, el doctor Cárdenas—dice el señor Arango al final de su alegato—encontrare frase alguna que le cause la impresión de ser un irrespeto, le pido por anticipado mil perdones, y que la considere como no escrita, pues no he pretendido ofenderlo, así como tampoco al señor Procurador ni a la honorable Corte; sólo he atenido a la verdad, que siempre es erguida, y se produce amargamente; pero si logra no encontrar esa sublime diosa presidiendo estos actos que aquí expongo; lo autorizo para que obre contra mí, y me castigue inmisericorde."

Aun cuando el señor Arango no hubiera consignado la rectificación anterior, no caería sobre él el castigo que teme, porque las suspicacias que lanza al través de algunos de sus conceptos, en nada menoscaban la integridad de los falladores en este caso, ni producen la menor alteración en la serenidad necesaria que tan delicada tarea demanda. Por otra parte, dejando a un lado los vituperios y encarnizados ultrajes que en distintas formas ha lanzado contra los funcionarios judiciales que tomaron parte en las providencias que se dictaron contra el señor Eduardo Arango, hijo del acusador, y aun cuando, como más adelante se verá, no hay lugar a deducir responsabilidad alguna con ese motivo, sin embargo, el afán y la lucha emprendidos y desarrollados para hacer ver la inocencia de su hijo, constituyen sentimientos muy naturales y legítimos, a lo cual se agrega la conducta, muy loable y digna, rara vez imitada, consistente en haberse apresurado a consignar, venciendo los mayores sacrificios, la suma que, según se le informó, había sido tomada indebidamente por su hijo, en su calidad de empleado (Portero) de la Administración de Rentas de Manizales, sin esperarse a la comprobación legal, defiriendo a los que podían no tener la imparcialidad suficiente, y con la esperanza que todo quedaría terminado, lo que desgraciadamente no se cumplió.

Es conveniente observar, que por no haberse notificado oportunamente, ni siquiera por edicto, el auto en que se mandó permanecer en suspenso la acusación, en cuanto al delito de prevaricato de que en ella se hacía mención, por no haberse acompañado la prueba sumaria, y según lo ya expuesto, se dispuso que ese auto se notificara personalmente, lo que así se hizo. Al llevarse a cabo esa notificación, el señor Arango apeló de él para ante el resto de la Sala, y ésta lo confirmó en providencia de fecha enero treinta y uno del presente año.

Esa notificación, como todas las demás de la actuación, bien había podido hacerse por edicto, pues no exige la ley que debiera hacerse personalmente; sin embargo, se llevó a cabo en esta última forma para mayor amplitud y garantía en el procedimiento, y no obstante la demora consiguiente.

Puede darse el caso de que exista sólo violación de la ley sin prevaricación; el caso está previsto en el artículo 539 del Código Penal, cuando dice:

"El Magistrado o Juez que dictare, en juicio o negocio civil o criminal, sentencia definitiva contra ley expresa y terminante....."

Si, como atrás se dijo, no se presentó la prueba sumaria para abrir la investigación por prevaricato, es necesario examinar ahora si se ha incurrido en la responsabilidad de que trata la última disposición citada. Mas antes conviene advertir que, tratándose de denuncio, queja, o acusación por simple violación de la ley, la Corte ha estimado que la prueba sumaria puede consistir en la presentación de las respectivas sentencias; exigir una prueba distinta en esos casos, sería cerrarle completamente las puertas a la investigación, comoquiera que se trata de una cuestión hasta cierto punto de derecho. Además, en esos casos, el que se crea ofendido tiene que someterse a las exigencias de la acusación particular, en la cual puede el sindicado solicitar la garantía de la fianza de costas para el caso de que la acusación resulte ser falsa y temeraria.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, representado por la Sala de los Magistrados Víctor M. Urrea, Guillermo Alzate Trujillo y Guillermo Hoyos Villa, con fecha treinta de noviembre de mil novecientos veintiocho, abrió causa criminal contra el señor Eduardo Arango M., "por delitos contra la Hacienda Pública, que define y castiga el Código Penal, en el libro II, Título IX, capítulos I, II, III y IV, consistente en haberse apropiado, en su carácter de Portero-Escribiente, con funciones de manejo en la Gerencia de Rentas Departamentales, la suma de nueve mil ciento cincuenta y cuatro pesos con cincuenta y dos centavos, pertenecientes a los haberes departamentales, y especialmente a la renta de licores y degüello, hecho delictuoso comprendido entre el primero de agosto de mil novecientos veinticinco al mes de noviembre de mil novecientos veintiséis, inclusive."

Más tarde, después de adelantada la respectiva causa, el mismo Tribunal, representado por los Magistrados Luis Eduardo Robledo, Vicente de los Ríos y Marco A. Eche-

verri, con fecha julio once de mil novecientos treinta y uno, pronunciaron sentencia, en la cual, reformando la de primera instancia, condenaron al señor Eduardo Arango a diez meses de arresto, inhabilitación por un año para obtener cualquier empleo público, a pagar al Tesoro Nacional un multa por valor de mil ciento cuarenta y cuatro pesos con treinta y un centavos oro, y a una multa de veinte pesos a favor del mismo Tesoro, en armonía con lo dispuesto por el artículo 77 del Código Penal.

Los Magistrados que dictaron el enjuiciamiento y los que posteriormente pronunciaron sentencia condenatoria, violaron "ley expresa y terminante," expresión que emplea el citado artículo 539 del Código Penal.

El acusador sostiene que todos esos Magistrados se hicieron responsables penalmente por haber procedido contra su hijo Eduardo, siendo inocente del hecho que se le imputó; que los verdaderos responsables eran otros; que los juzgadores admitieron "documentos de una misma clase, contradictorios entre sí, que debieron desestimarse"; que rehusaron o evadieron "el análisis de las principales pruebas, guardando silencio criminal para no tratarlas, sin hacer relación de las que en favor del reo militaban."

Para llegar a esas principales conclusiones, el acusador hace un minucioso, largo y detenido análisis de las distintas piezas y documentos que figuran en el proceso que se le siguió a su hijo, dándoles la interpretación y alcance que creyó necesarios y convenientes para sostener sus puntos de vista.

Tanto el auto de proceder, como la sentencia condenatoria de que se ha hecho mención, no son piezas desprovistas de fundamento, ni de examen prolijo de los distintos elementos probatorios, los cuales estudió uno a uno el Tribunal, quien le dio a esos elementos una interpretación y alcance diversos a los presentados por la defensa y ahora por el acusador.

La violación de ley con la responsabilidad consiguiente, exige la concurrencia de estos dos elementos: la aplicación de una determinada disposición en vez de otra que existe, expresa y terminante para el caso, y la voluntad y malicia, es decir, el dolo con que se haya procedido. Para que se cometa ese delito no basta el primer elemento, porque si así fuera, todas las veces en que un superior, dentro del recurso de apelación, por ejemplo, o dentro del recurso de casación en el cual existe una causal que se llama "ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma," tuviera necesidad de revocar, de invalidar o casar un fallo por tal motivo, existiría responsabilidad por parte del inferior, lo cual es sencillamente un absurdo, ya que todo puede depender del distinto criterio de interpretación.

Para que exista el delito que se viene examinando, es necesario que concurra el otro y principal elemento, o sea el dolo, es decir, la voluntad perversa, la conciencia por parte del agente de conculcar el derecho, dejando de aplicar maliciosamente una determinada norma jurídica para tener en cuenta otra muy distinta, con el propósito de perjudicar.

El acusador una y mil veces sostiene el dolo con que procedieron esos funcionarios judiciales al dictar las providencias mencionadas; y ese dolo lo deduce del valor que les dieron a las probanzas para condenar, en vez de haberlos llevado a una solución distinta, o sea la de haber absuelto. Como se ve, de esa sola apreciación que hace el acusador, no puede darse por establecido propósito oscuro y maligno por parte de los juzgadores; simplemente desempeñaron una función impuesta por la ley, dándoles a las distintas piezas del proceso el valor jurídico que ellos estimaron del caso, sin que por parte alguna aparezca la menor sospecha o sombra de haber procedido llevados por motivos distintos a lo que ellos estimaron el cumplimiento del deber, no obstante la campaña de infamia con que en distintas formas se pretendió agredirlos. En frases de muy justa y encendida protesta se refirieron a esa situación tales Magistrados, cuando dijeron en el auto de proceder:

"En este proceso se han puesto en juego permanente la amenaza, la injuria y el chantaje. Se ha querido prostituir el verdadero concepto de la justicia, que en todo caso carece de amor, temor u odio. A cada instante ha sido preciso colocar un antemural a la literatura agresiva y panfletaria del proceso, devolviendo, por irrespetuosos, múltiples memoriales. El insulto y la calumnia han querido elevarse a la categoría de elementos defensivos, y el anónimo infame y amenazante ha venido a ribetear este cuadro, donde por fortuna surgirá la justicia libre de toda mácula. A los Magistrados no se les amenaza, porque los que juramos cumplir con un deber sacrosanto, también prometimos sacrificarlo todo en aras de la justicia. Magistrado temeroso es Magistrado prevaricador. La vida tiene un valor relativo, y es un simple accidente: la justicia tiene un valor absoluto, y ella es la esencia de todo lo que vive y alienta en el universo. Precisa que la ciudadanía sepa de una vez que el Poder Judicial en Colombia es la única fortaleza que todavía no ha sido minada por la intriga política, ni por la oferta sobornaria, ni por el temor a las multitudes o a los individuos, y que siempre ha cumplido su misión vigorosamente, atalayada por una honorabilidad libre de toda sospecha. Y sea esta la oportunidad para que los suscritos reten a la ciudadanía para que se insinúe el más mínimo cargo contra la limpia probidad de sus fallos; que se denuncie un solo acto de prevaricato, una sola flaqueza de corazón, un sola liviandad judicial que postergue la severidad de sus fallos. Nuestra flaca naturaleza puede tener muchas máculas, pero estamos plenamente facultados para declarar sin eufemismos, que en el altar de la justicia hemos sabido oficiar dentro de las rígidas y severas normas de la ley y ajustados a la más estricta conciencia, sin temor, sin amor, sin odio, sin claudicaciones."

Si, por consiguiente, no se descubre propósito ni intención dañada en el obrar de los señores Magistrados acusados, resulta inútil, innecesario e inoportuno el análisis de las diversas y muy extensas piezas que contiene el proceso que se le siguió al señor Eduardo Arango para deducir las respectivas consecuencias jurídicas, porque eso sería tanto como darle a ese juicio una tercera instancia, sin resultado práctico alguno, porque ni aun en el supuesto caso en que se dedujera responsabilidad a los Magistrados, las providencias por ellos dictadas no podrían anularse, enmendarse, ni reformarse, ni suspender sus efectos, como lo determina el artículo 1826 del Código Judicial.

Y lo que es más importante en orden a demostrar lo innecesario e inútil de ese estudio, es la consideración de que, aun admitiendo, en gracia de discusión, que los Magistrados acusados hubieran errado en sus apreciaciones, ese solo motivo no sería suficiente, según lo que atrás se ha visto, para deducir que han incurrido en responsabilidad penal.

A la Corte, se repite una vez más, por ser esta cuestión de la mayor importancia, no le corresponde decidir, al resolver de la presente acusación, si el fallo o los fallos pronunciados por los Magistrados del Tribunal de Manizales constituyen o no un acierto jurídico, si cometieron o no un error al condenar a quien podía no ser responsable, porque tal estudio, que es de fondo, quedaría bien dentro del recurso de revisión, de que ahora no se trata; le basta anotar como expresión fiel de la verdad, que en la conducta de los falladores, y según lo que se ha dejado expuesto, no hubo procedimiento malicioso, ni medió propósito distinto del de administrar con la mayor pulcritud lo que ellos estimaron la justicia.

Por su parte, el señor Procurador, al referirse en su último concepto a este asunto, dice lo siguiente:

"Bien sabía yo que ni el más alto Tribunal de Justicia de la República iba a escapar a la manía persecutoria del señor Natalio Arango P. Ya en su memorial último entra agresivamente, no a presumir que no se le va a hacer justicia, sino a afirmar que la Corte va a ejercer el más escandaloso proxenetismo respecto de los señores Magistrados del Tribunal Superior de Manizales, a quienes él ha acusado por prevaricato y por violación de ley en una sentencia. Y todo porque el señor Magistrado doctor Cárdenas, apoyado en claros principios legales, no le admitió la acusación en cuanto a lo primero, por falta de la prueba que la ley exige.

"¿Pero qué hacer con este enfermo, cuyas manifestaciones revelan una constitución afectada por la sicosis de interpretación y reivindicación, caracterizadas en el delirio de persecución? Por más que os esforcéis no lograréis convencerlo de que no tiene razón en lo que reclama, porque el lesionado por aquella sicosis siempre tiene la razón, y todo lo que le resulte adverso es obra de la incomprensión, de la ignorancia o de la mala fe de los demás; supone obstáculos y hostilidades que en su contra ha creado cuanto lo rodea, y se da a la tarea de buscar una reparación; tropieza entonces con ingentes dificultades que él atribuye a la perversidad de aquellos ante quienes demanda justicia, y, como dice un moderno psiquiatra, 'acaba siendo víctima de un estado pasional frecuentemente episódico, pero a veces de larguísima duración, caracterizado por una exaltación quejosa y pleitista, que le lleva a suscribir memoriales injuriosos, libelos, cartas de amenazas y a enzarzarse en actos violentos y aun en atentados. En realidad, al delirio de reivindicación contribuye cierta excitación hipomaníaca.'

Me parece, por lo tanto, que debéis ahora limitaros a resolver lo que sea legal en este negocio, sin preocuparos de lo que se ha dicho, ni de lo que pueda decir de vuestro fallo el señor acusador.

"Por mi parte, como no encuentro en estos autos otra cosa que una nueva entrega del tratado de insultos que está escribiendo el señor Arango contra los encargados de administrar justicia, reproduzco mi concepto del veintitrés de julio último (folios 18 y 19 del cuaderno 3º), y torno a pediros que sobreseáis en favor de los acusados, por el hecho que mandásteis investigar."

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, sobresee definitivamente en favor de los Magistrados del Tribunal de Manizales, doctores Luis Eduardo Robledo, Vicente de los Ríos y Marco A. Echeverri, y de los ex-Magistrados del mismo Tribunal, doctores Víctor M. Urrea, Guillermo Hoyos Villa y Guillermo Alzate Trujillo, por el cargo de violación de ley por que fueron acusados, y de que se trata en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y archívese el expediente.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO -Ignacio González Torres—Parmenio Cárdenas—Maximiliano Galvis R., Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, febrero diez y ocho de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Conoce la Corte de las presentes diligencias informativas, a virtud de apelación interpuesta por el acusado, contra el auto de proceder que, para calificarlas, profirió el Tribunal Superior de Pasto con fecha 22 de julio último.

Surtida la tramitación propia de la segunda instancia, se pasa a resolver lo que fuere legal, considerando lo que a continuación se expresa:

El Auditor Seccional del Departamento de Nariño, el Inspector Postal y Telegráfico de la 12ª Zona, y el Contador de la misma Auditoría, practicaron una visita extraordinaria en la Administración de Correos de la ciudad de Pasto, y hallaron un desfalco por la cantidad de $ 3,423-24, que se descompone así: $ 2,410-25 en el movimiento de las cuentas relativas a giros postales, y $ 1,012-99, en el movimiento de las estampillas de correos a cargo de la misma oficina.

La Auditoría, fundándose en lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 36 de 1928, dictó la Resolución número 38, de 24 de septiembre de 1931, por medio de la cual suspendió al Administrador de Correos, señor Sergio Antonio Jurado, en el ejercicio de sus funciones, y dispuso el embargo de bienes tanto del jefe de la oficina, como los de Manuel Antonio Santacruz y Peregrino Barrera, encargado el primero de la venta de especies postales, y el segundo, Cartero Ayudante del Administrador en la Sección de Giros, quien a la vez colaboraba en formular las respectivas cuentas mensuales de la oficina y en otros menesteres a que parece estaba anexa la confianza en él depositada por el señor Jurado.

Según constancias emanadas de la Auditoría, agregadas en copia autenticada al expediente, las cuentas de la Administración Principal de Correos habían venido funcionando hasta el mes de junio de 1931, sin observación alguna a cargo del responsable señor Jurado. Por eso comenzó la visita a partir de la cuenta del mismo mes de junio, y como en ella aparecieran incorporados giros librados en el mes de mayo anterior, hubo de volver el examen sobre esta última cuenta, y entonces se encontró que no se había cargado el valor de diez y ocho giros, que ascendían a la suma de $ 508-86, por valor de los derechos correspondientes. Como explicación dijo el jefe de la oficina que, debido al recargo de trabajo, había puesto en manos de Peregrino Barrera el cuidado de la emisión y pago de giros desde mucho tiempo atrás, pues Barrera era persona de toda su confianza, que había hecho la cuenta, recomendando para ello a un tercero, a cuya impericia se debió el error, por lo cual hubo de corregirse —dice— en la cuenta del mes siguiente, esto es la de junio.

Al verificarse la cuenta de este mes, relativa al movimiento de giros, fue solicitado el talonario respectivo, del

cual no supo dar razón el Administrador, al tiempo en que Barrera aparecía muy conturbado. Este sujeto emprendió la fuga precipitadamente momentos después, saliendo de la ciudad de Pasto en vía del Ecuador, a donde alcanzó a llegar sin que las autoridades de policía lograran detenerlo. Posteriormente, transcurridos algunos días, el mismo Barrera regresó del Ecuador, e hizo presente que por su propia voluntad se presentaba ante el funcionario instructor para sacar bien su decoro y honra personales.

A pesar de la falta de talonario, los Visitadores procuraron subsanarla haciendo el cotejo de los diversos elementos existentes en la Administración, y tomando el dato en las varias oficinas que pagaron los respectivos giros no incorporados en las cuentas, pudo llegar a conocerse el alcance y el procedimiento doloso consistente en repetir la numeración de muchos giros, para ocultar el fraude. El desfalco a este respecto se precisó en la visita en la cantidad de $ 2,410-25, suma que posteriormente la Contraloría General de la República, con mejor acopio de datos y perfeccionando el estudio, hizo ascender a la cantidad de $ 5,280-72.

Esta oficina, en sus comunicaciones del 23 de octubre de 1931 y del 1° de marzo del presente año, concretó muy bien el alcance y adjuntó originales los giros fraudulentos, suscritos por el señor Jurado (folios 425 a 428; 456 a 461). Ese alcance líquido se descompone así:

Año de 1930. Giros postales.

Mes de julio	$ 2,291 70
Mes de agosto	2,730 10
Mes de septiembre	208 92
Suma	$ 5,280 72

El Administrador Jurado no se allanó a rendir las cuentas correspondientes a los meses de agosto y septiembre, a pesar de haber sido conminado bajo multa por la Contraloría General de la República, según puede verse al folio 456.

En el movimiento de especies postales dentro del lapso transcurrido entre el 1° de septiembre de 1928 y el 10 de septiembre de 1931, se produjo también un alcance de $ 2,005-09, correspondiente a sumas recibidas por ventas de estampillas, que no se habían cargado en las cuentas. Pero como se alegara que esa suma fue invertida en útiles de escritorio, en avances de sueldos, y en gastos ocasionados con motivo del cambio de local para la oficina, los Visitadores dejaron constancia de que la partida correspondiente a útiles había sido pagada por la Administración de Hacienda hasta el último día de 1930, y que en el de 1931 hasta junio tenía asignada la cantidad de $ 25 mensuales, que no habían sido cobrados, y de junio en adelante $ 15 para los mismos gastos. En lo relativo a avances de sueldos se encontró inaceptable el descargo, puesto que la Administración de Hacienda había hecho los pagos correspondientes sobre las respectivas nóminas; e igualmente inadmisible resultó el descargo por gastos de trasteo, por no haber autorización alguna al respecto.

En los primeros días de septiembre se vendieron especies postales por la cantidad de $ 584-16, suma que fue entregada; y como el Administrador de Correos depositará en el Banco de Colombia la cantidad de $ 992-70 para que sean imputados—dijo—a la cuenta de expendio de especies postales, como parte de la suma que "él puede ser responsable por lo gastado en útiles de escritorio," circunstancia ésta que consta en el acta de la visita (folio 17); y como en realidad debían descargarse legítimamente por gastos de escritorio $ 195, el alcance líquido en lo que respecta a movimiento de especies postales, quedó reducido a $ 817-99.

Es indispensable anotar que el señor Jurado mantuvo abierta su cuenta, con carácter particular, desde el 2 de octubre de 1924 hasta el 14 de septiembre de 1931, cuyo extracto aparece a folios 334 y siguientes del informativo, cuenta que cerró para trasladar íntegramente el saldo a una cuenta nueva que dispuso abrir con el nombre oficial de "Administrador de Correos de Pasto—Giros Postales," y que empezó a moverse con un haber de $ 1,850-71.

Esto demuestra que el Administrador de Correos movió en su cuenta particular los dineros públicos puestos a su cuidado, sin distinguirlos de los personales suyos, cosa que vino a hacer apenas en los días en que la visita se le estaba practicando, pues entonces abrió la cuenta nueva llevando todo el saldo de la que figuraba como cuenta particular.

Que los desfalcos fueron debidos a procederes y maniobras fraudulentos, es algo que resalta sin lugar a duda del examen practicado por los funcionarios fiscalizadores. Eso de repetir el número de los giros para ocultar el dolo; aquello de extender varios de ellos, emitiéndolos en favor del mismo empleado ayudante en las tareas relativas a esa Sección; la huida del mismo empleado cuando la visita fue practicada; el no presentar los talonarios respectivos para permitir el control; la no rendición de las cuentas en los meses de agosto y septiembre, a pesar de los apremios de la Contraloría; el abrir Peregrino Barrera el día 11 de septiembre de 1931 una cuenta corriente particular en el Banco de Colombia, con consignación inicial de $ 573-66, hecha por Jurado en favor de quien le servía de ayudante en la Sección de Giros, todas estas cosas están pregonando el dolo con que se causó el desfalco.

Para descargar su responsabilidad penal, el Administrador Sergio Antonio Jurado ha traído varias declaraciones de testigos, subalternos suyos en la oficina, según las cuales durante dos años poco más o menos el jefe de la oficina depositó toda su confianza en el Cartero Peregrino Barrera, autorizándolo ampliamente para mover la Sección de Giros, hasta el punto de ponerle numerosas firmas en blanco en los esqueletos destinados a los giros; y dejando que ese mismo empleado percibiera los ingresos y manejara los fondos con toda libertad, disponiendo de las llaves de la oficina y de la respectiva Sección, con lo que tiende a mostrar como verdadero responsable de los hechos al dicho señor Peregrino Barrera, Cartero de la oficina.

Pero es lo cierto que aun cuando el acusado haya presentado las declaraciones en referencia, ellas no desvirtúan la responsabilidad que se estudia, comoquiera que la que pueda corresponder a Barrera por los mismos hechos, es materia de otra investigación, que no está a la consideración de la Corte. No precisa definir y demarcar, como pretende el defensor del procesado, cada una de las dos responsabilidades, es decir, la de Jurado y la de Barrera, pues que en lo tocante a la primera de éstos, basta que existan comprobados, como ya se ha visto, que existen los elementos exigidos por la ley para proveer un llamamiento a juicio, para que se pueda y deba proceder de conformidad. Cualquiera otra manera de considerar y apreciar los hechos acaso si conduciría a confusiones que se deben evitar, pues, se repite, aquí no se contempla sino

la responsabilidad de Jurado como empleado de manejo y por razón del puesto que ocupaba, comoquiera que la de Barrera—que de paso sea dicho no aparece que ocupara oficialmente ningún puesto de manejo—es cuestión que se investiga separadamente y sería allí, por lo mismo, donde cabrían de modo más adecuado las alegaciones del defensor de Jurado.

Por lo que hace a la cuantía del hecho delictuoso imputado al acusado, bien claro se patentiza ella en las apreciaciones que al respecto aparecen en el auto del juzgador de primera instancia y en las consignadas al principio de esta providencia.

Si el desfalco, en la forma en que se le ha deducido al señor Jurado, aparece de autos, es porque en el movimiento de las cuentas no hay causa o motivo alguno claramente demostrado que justifique la inversión o simple destinación, si se quiere, de los dineros a que tal desfalco monta, es decir, hay indicio suficiente para considerar que los fondos recaudados o manejados por el respectivo empleado, no se invirtieron debidamente, conclusión a que autoriza llegar la presunción legal existente para estos casos. Al responsable toca demostrar que ello no es así; pero mientras tal demostración no se presente, indudablemente tiene de afirmarse que las inversiones o destinaciones hechas sin causa justificativa constituyen un hecho delictuoso netamente definido en las leyes penales y del cual debe, por lo mismo, responderse penalmente.

Si en el caso que se estudia se admitiera que tanto el expendedor de estampillas como el Cartero se apropiaron indebidamente en todo o en parte de los dineros que han sido objeto del alcance deducido, ello significaría, a lo sumo, que tales sujetos, que intervinieron en la comisión del delito, deben responder también criminalmente de sus actuaciones, pero nó en ningún caso que por ese hecho el Administrador, principal empleado de manejo, esté exento de responsabilidad. Se trata de responsabilidades distintas que la ley no autoriza para investigar en conjunto sino separadamente, como se está haciendo. Por lo demás, y en relación con las alegaciones del defensor del procesado, hasta insinuar cómo es inconcebible que el señor Jurado, individuo que tenía indudablemente que darse exacta cuenta del puesto que desempeñaba, confundiera los dineros públicos con los patrimoniales cuando movía en el Banco de Colombia su cuenta particular acrecentándola con los recaudos provenientes de giros postales, sin que sea dable suponer que lo hiciera en forma ingenua y candorosa, puesto que al tiempo de la visita que se le practicó dispuso abrir la cuenta oficial respectiva pasando a ella íntegramente el saldo de su cuenta particular.

De otro lado, no se encuentra razón explicativa ni menos aún justificativa para que el acusado abriera cuenta bancaria a su dependiente Barrera en el Banco de Colombia, por la mencionada suma de $ 573-66, en los días precisamente de fiscalización de la oficina, como tampoco se encuentra motivo al hecho de entregar la cantidad de $ 992-70 a la orden de los Visitadores, en un depósito en el expresado Banco, como parte de la suma de que él pudiera ser responsable por los gastos en útiles de escritorio.

Y ¿cómo se explica, igualmente, que Jurado cobrase la nómina de sueldos en la Administración de Hacienda, sin abonar los anticipos ya hechos en la oficina de correos, tomando para ello los dineros provenientes de la venta de estampillas?

Todos estos hechos y todas estas circunstancias, comprometen claramente la responsabilidad del acusado, en forma suficiente para un enjuiciamiento, como lo ha formulado el Tribunal. De suerte que no se puede decir que sea prematura la calificación del sumario por hallarse éste imperfecto, pues todo lo expuesto anteriormente si está diciendo sin lugar a dudas que hay base más que suficiente para el auto de vocación a juicio, el cual debe ser confirmado. Tiempo y espacio quedarán durante el término de prueba del propio juicio, para desvanecer cualesquiera hechos y para pedir la práctica de cualesquiera diligencias tendientes al esclarecimiento de las acusaciones. Por ahora, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 104 de 1922, lo procedente es obrar como se ha obrado.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, acorde con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma el auto de proceder que ha sido materia de la apelación.

Y como el enjuiciado se ha dirigido a este Despacho nombrando como su defensor en esta segunda instancia al doctor Gonzalo Benavides Guerrero, abogado inscrito en la Secretaría de la Sala, reconócese, con tal carácter, al mencionado doctor, en los términos y para los efectos indicados en el telegrama respectivo.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Parmenio Cárdenas. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO
del Magistrado doctor Trujillo Arroyo.

Al estudiar las presentes diligencias informativas, consideró el suscrito que no era la oportunidad todavía de calificarlas por auto de fondo; y por eso, en el proyecto que le correspondió formular como sustanciador, se llegaba a la conclusión de revocar el auto de enjuiciamiento para ampliar el informativo.

Estimo que en la parte motiva del auto de proceder, en conformidad con doctrina de esta Sala, invariables y constantes, han de ser concretados específicamente los cargos de que debe responder en juicio el acusado. Esto es, que si se trata, como en el caso presente, de malversación de fondos públicos, no puede considerarse perfecto el sumario si las pruebas levantadas no permiten individualizar el cargo investigado. Y comoquiera que tal delito en nuestro derecho punitivo admite varias categorías, según que se haya cometido dolosamente, o por simple culpa en el manejo de los fondos públicos, considero, apartándome respetuosamente de la opinión de mis ilustrados colegas que integraron la mayoría, que al presente sumario en el estado en que se halla no puede ser aplicable el artículo 25, Ley 104 de 1922.

"Apareciendo en el sumario la comprobación del cuerpo del delito y de la responsabilidad del autor de él, con las pruebas que señala la ley, el Juez dictará el correspondiente auto de proceder sin dar lugar a más ampliaciones, las que podrán verificarse en el término de prueba."

Así dice el artículo 25 citado, y se refiere a la comprobación del cuerpo del delito, indudablemente sin olvidar el legislador lo que acababa de establecer en el artículo 24 de la misma Ley 104 de 1922, donde se lee:

"Los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito."

Cor consiguiente, no puede estimarse suficientemente comprobado el cuerpo del delito para los efectos del artículo 25, si los elementos señalados en la respectiva disposición penal varían según se trate de dolo o culpa en el manejo de los fondos públicos que dio lugar al desfalco. No otra cosa dice para el caso el artículo 24.

Por eso se leía en el proyecto:

"A la simple vista del expediente, y sin tocar el fondo del asunto, observa la Sala que faltan por llevar a la práctica varias diligencias conducentes al debido perfeccionamiento del sumario, pues se omitió evacuar las citas que hace Peregrino Barrera en sus indagatorias, y principalmente la de Segundo García (folio 283 vuelto, capítulo 1°), a quien debió interrogársele para que manifieste cuál fue la causa para que el expresado Barrera le endosara los giros postales números 385, 386 y 387 (folios 383 y siguientes, cuaderno 1°), por la cantidad de sesenta pesos cada uno, librados todos ellos con fecha 3 de julio de 1931 por la Administración de Correos de Pasto a favor de Peregrino Barrera B. y en contra de la Administración de Correos de Túquerres, giros en los cuales aparece la respectiva nota de endoso y la constancia de haber sido pagados.

"Se observa igualmente que debe ampliarse la indagatoria del sindicado Sergio Antonio Jurado, para que explique cuál fue la causa de que extendiera en favor de Barrera los cinco giros postales por valor de sesenta pesos cada uno, agregados a los folios 381 y siguientes del cuaderno 1°; y si Barrera hizo en la Administración de Correos de Pasto la consignación correspondiente, y en qué forma.

"Igualmente se le debe indagar a Jurado por qué motivo el 11 de septiembre de 1931, cuando se estaba practicando la diligencia de visita en la oficina a su cargo, abrió cuenta corriente en el Banco de Colombia con la consignación de $ 573-66, hecha por Jurado en persona, y de dónde procedían los fondos que así empleaba. También debe preguntársele, poniéndole de presente el extracto de la cuenta que Jurado llevaba en la misma institución bancaria, cuáles de esas sumas correspondían a su propio peculio, y cuáles otras pertenecían a la Hacienda Pública...."

Entre otras cosas, creyó necesario el suscrito que se practicara un careo entre Jurado y Barrera para aclarar algunas cuestiones relativas a la naturaleza del cargo investigado.

Con el estudio de las comprobaciones que obran en autos no pudo el suscrito formar concepto acerca de si el delito se debió a culpa o si fue producto de dolo en el responsable del manejo de los fondos públicos, y consideró prematura la calificación del informativo por auto de fondo, por versar las deficiencias de prueba sobre los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal: son unos cuando la malversación es dolosa, y otros cuando ella es culposa. Y trátese del uno o del otro, el cargo debe estar específicamente concretado en la parte motiva del enjuiciamiento.

Consideré por todo ello que el sumario debía ampliarse.

Bogotá, 20 de febrero de 1933.

Juan C. Trujillo Arroyo—Maximiliano Galvis R., Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá veintiuno de febrero de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

Al Jurado de calificación, convocado para decidir acerca de la responsabilidad de Salomón Caicedo, por el delito de homicidio cometido en la persona de Luis Rengifo, le sometió el Juez 2° Superior de Buga, el siguiente cuestionario que se transcribe con su contestación:

"¿El acusado Salomón Caicedo es responsable, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte voluntariamente a Luis Rengifo en un acto primo, generado por un altercado, causándole con un garabato de cargar leña una contusión en la cabeza, que le fracturó en varios pedazos los huesos frontal, occipital y parietales, a consecuencia de lo cual murió el ofendido al día siguiente del suceso; hecho que tuvo lugar el dos de agosto de mil novecientos treinta y uno, en el sitio de La Aurora, en el Municipio de Andalucía, comprensión de este Distrito Judicial?"

"El Jurado contestó: 'Sí, en un acto primo, sin intención de darle muerte.'"

El Juez, en desarrollo de ese veredicto, dando aplicación al artículo 610 del Código Penal, y después de calificar la responsabilidad en el tercer grado, condenó al acusado a la pena principal de siete años de presidio, fuera de las accesorias correspondientes, sentencia que fue confirmada por el Tribunal de ese Distrito Judicial, con fecha veintidós de septiembre último.

Contra el fallo del Tribunal interpuso casación el defensor del condenado, alegando las siguientes causales: estar la sentencia recurrida en desacuerdo con el veredicto del Jurado, y haberse dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Para sustentar la primera causal, pues sostiene que habiendo dicho el veredicto: "Sí, en un acto primo, sin intención de darle muerte," no es posible aplicar al caso el artículo 610 del Código Penal, porque éste no contempla el caso de homicidio involuntario cometido en un acto primo; el homicidio, en estas circunstancias, o sea el arrebato súbito e impensado de una pasión, está especialmente definido por el ordinal 6° del artículo 587 del Código Penal, y, por consiguiente, era ésta a lo sumo la disposición aplicable, y agrega: "luego se le aplicó a mi defendido una pena mayor por la sentencia recurrida, si el homicidio fue en acto primo, como lo dijo el Jurado, y entonces es claro que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado, que es la primera causal que alego, para ser procedente el recurso que propongo."

Se considera:

Es cierto que el Código Penal, al referirse a los homicidios involuntarios, no habla de los que puedan cometerse en un acto primo, y sí habla de esta circunstancia al referirse a los homicidios simplemente voluntarios; mas analizando concretamente los hechos, es más humano y más lógico que en los casos de que tratan los artículos 610, 611 y 612 de esa obra, o sea cuando se pretende causar un mal distinto del de la muerte, y sin embargo resulte ésta, el responsable obre en un momento de ofuscación, sin alcanzar a medir todas las consecuencias de su acto.

Al que mata con intención homicida, en el acto primo que contempla el ordinal 6° del artículo 587 del Código Penal, quizá no puede considerársele con toda propiedad como que ha obrado con suficiente voluntad, porque ese

acto primo significa que ha mediado una turbación de sus facultades mentales, que le impide estimar y apreciar el desarrollo y el alcance de su acción delictuosa.

De ahí que el señor Procurador observe con toda razón que "no hay imposibilidad moral ni mucho menos legal de que el autor involuntario del homicidio, que no se ha propuesto causar la muerte, obre en el acto impulsado por un acto primo, como lo es un arrebato de cólera o de celos. Por el contrario, es más humano y más conforme con la lógica de los hechos, pensar que, quien no tenía la intención de matar, matara al herir a otro, obre bajo el influjo de una pasión que estalla al cometer el himicidio."

De suerte que los Jueces de instancia habrían cometido un desacierto si hubieran aplicado el artículo 600 del Código Penal, en armonía con el ordinal 6º del 587.

Para sustentar la segunda causal invocada, o sea el desacuerdo de la sentencia con el veredicto, se dice:

"Es evidentemente contradictorio que un individuo sea responsable al mismo tiempo y por un mismo hecho criminoso y punible, de haber ejecutado un homicidio de manera voluntaria e involuntaria. Al decir el Jurado que Salomón Caicedo mató a Luis Rengifo en acto primo, hizo responsable a mi patrocinado de un homicidio esencialmente voluntario, conforme al ordinal 6º del artículo 587 del Código Penal. Al agregarle el mismo Jurado al veredicto que el hecho se ejecutó involuntariamente, se contradice con ello el Juez de hecho de manera evidente, puesto que los términos voluntario e involuntario, tanto en el léxico de nuestro idioma—que es la expresiva, clara y armoniosa lengua castellana—como el de los demás de los pueblos civilizados, estos términos se excluyen, es decir, no pueden coexistir, porque el uno afirma y el otro niega la idea que expresa, formando proposiciones contradictorias."

Se considera:

El recurrente, ofuscado por la idea de que el veredicto declaró la responsabilidad en un homicidio voluntario, encuentra una contradicción que en realidad no existe. El Jurado no declaró que el acusado era responsable de un homicidio voluntario, y al mismo tiempo que tenía carácter de involuntario. Al decir en contestación al cuestionario que se le sometió: **"Si, en un acto primo, sin intención de darle muerte,"** afirmó simplemente una responsabilidad en su primera parte, y en la segunda, explicó el alcance de esa responsabilidad. Tal contestación equivale a ésta: *si* es responsable, pero en un acto primo, y sin intención de causarle muerte. Podría encontrarse alguna contradicción en ese veredicto, si la segunda parte de él no entrañara responsabilidad alguna, es decir, porque el homicidio involuntario no tuviera en ningún caso pena alguna, pero como sí la tiene, las dos partes del veredicto se armonizan perfectamente.

De los términos del memorial en que se interpuso el recurso, y que se han dejado analizados, la casación no puede prosperar.

Mas el señor Procurador, en uso de atribuciones legales, presenta la siguiente tacha a la sentencia recurrida:

"Lo que sí resulta evindentemente ilógico es que el autor de un homicidio voluntario, es decir, cometido con intención de causar la muerte, en el caso del ordinal 6º, venga a tener una pena menor que la que se impone por un homicidio involuntario, cuando el heridor, impulsado por el arrebato de una pasión súbita, no se ha propuesto causar la muerte.

"En otros términos: si el Jurado que juzgó a Caicedo hubiera contestado simplemente: 'sí, en un acto primo,' el señor Juez lo habría condenado como homicida voluntario, a la pena de seis años de presidio. Pero el Jurado quiso atenuar la responsabilidad del reo, y no quiso dar esa contestación, sino que negó la voluntariedad del homicidio, y dijo: 'Sí, en un acto primo, y sin intención de darle muerte.' Y en ese caso, contra toda lógica, se le aplica un año más y se le condena a siete años de presidio.

"No puede ser esa la interpretación justa del veredicto. Lo que sucede es que en el proceso no hay un solo dato que revele cuál fue la verdadera intención que tuvo el reo al herir a Luis Rengifo, es decir, si quiso causarle un mal grave o simplemente mediano.

"Y si no existe el menor dato para juzgar cuál era esa verdadera intención, los principios de interpretación benigna aconsejan la aplicación del artículo 611 del Código Penal, que dice:

'Si hubiere motivo para creer que el mal que se quería causar era mediano, **o si no se pudiere conocer la intención,** la pena será de cuatro a ocho años de presidio, y si mediaren circunstancias de asesinato, de cinco a diez.'

"No hay fundamento para atribuir circunstancias de asesinato al homicidio cometido por Caicedo, toda vez que al Jurado no se le interrogó sobre ese punto, y el Juez no podía por cuenta (sic) darlas por establecidas.

"Creo que esa es la interpretación, justa y correcta, del veredicto dado por el Jurado en esta causa, para evitar la aplicación de una pena superior a la que informa el espíritu y la letra de ese veredicto.

"Por lo tanto, opino que debéis casar la sentencia recurrida, y condenar a Salomón Caicedo por violación del artículo 611 del Código Penal a la pena de cuatro años de presidio y sus accesorias.

Se considera:

La circunstancia de haber cometido Salomón Caicedo la acción delictuosa en un acto primo, como lo declaró el Jurado, es muy importante para fijar o individualizar su responsabilidad. Si el acto primo, como trata de definirlo, aunque no muy exactamente el ordinal 6º del artículo 587 del Código Penal, es el arrebato súbito e impensado de una pasión (mejor hubiera sido emplear la palabra emoción u otra semejante), es indudable que Caicedo no alcanzó a medir ni a darse cuenta, ni a dirigir su intención en el sentido de causar un mal grave a Rengifo; su acción se desarrolló dentro de lo que se llama un huracán psicológico y en esas condiciones, no se puede deducir con toda seguridad y precisión que Caicedo, al darle el garrotazo a Rengifo, hubiera tenido la peor y más grave de las intenciones, o sea la de causarle un daño grave, en forma que le correspondiera, dentro de los absurdos que contiene el Código Penal, una pena mayor, que si hubiera tenido la intención, clara y definida, de causar el mayor mal, o sea el de la muerte.

La interpretación benigna se impone en este caso, con base en el mismo veredicto del Jurado, tal como lo solicita el señor Procurador, o sea que debe darse aplicación a lo que dispone el artículo 611 del Código Penal.

La anterior conclusión encuentra respaldo en los autos, dada la historia de los acontecimientos. En efecto: entre Caicedo y Rengifo se suscitó un altercado por consecuencia de un negocio de bestias que habían celebrado; Caicedo pretendía llevarse una yegua que había dado a Rengifo en cambio de un caballo que éste le había en-

tregado; Rengifo se opuso, desenvainando una peinilla, y en esos momentos, Calcedo, para lograr su intento, le descargó un golpe con el primer palo que se le presentó a la mano.

Se advierte que la calificación de la responsabilidad se mantiene en el tercer grado, porque así fue apreciada por los Jueces de instancia, y sobre ella no ha versado en forma alguna la casación.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente el fallo recurrido, y en su lugar resuelve:

Condénase a Salomón Calcedo, como responsable de homicidio involuntario en la persona de Luis Rengifo, calificada la responsabilidad en el tercer grado, dando aplicación al artículo 611 del Código Penal, y en armonía con el veredicto del Jurado, a la pena de cuatro años de presidio, que cumplirá en la penitenciaría que designe el Gobierno. En lo demás, o sea en cuanto a las condenaciones accesorias, queda en pie la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Parmenio Cárdenas. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintiuno de febrero de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

El Jurado reunido para decidir de la presente causa criminal, profirió su veredicto así:

"¿El acusado Vicente Alberto Castellanos es responsable del hecho de haber dado muerte a José Martínez Quiñones por medio de una herida que le causó con instrumento cortante y punzante en la región precordial, que atravesando la pared del tórax, interesó el pericardio y el corazón, acontecimiento consumado voluntariamente, con intención de matar, y en concurso recíproco de otro individuo, en la tarde del catorce de mayo de mil novecientos treinta y uno, en la calle de la población de Barichara?"

"Sí es."

"¿El acusado Pedro Pablo Castellanos es responsable de la muerte dada a José Martínez Quiñones, por medio de dos heridas causadas con instrumentos cortante y punzante, prestando para ello espontáneamente, y a sabiendas, su concurso formal y material, a Vicente Alberto Castellanos, acontecimiento consumado en la tarde del catorce de mayo de mil novecientos treinta y uno, en la calle de la población de Barichara?"

"Sí."

En acatamiento a la decisión de los Jueces de hecho, el Juzgado 1º Superior de San Gil condenó a cada uno de los procesados a la pena de nueve años de presidio y sus accesorias, como responsables en segundo grado de homicidio voluntario, con aplicación del artículo 600 del Código Penal; fallo proferido el veintitrés de junio último, y confirmado por el Tribunal en el suyo, de fecha cinco de septiembre siguiente.

Dentro de la oportunidad legal, los sentenciados interpusieron recurso de casación, invocando las causales primera y tercera de la Ley 78 de 1923, esto es, la de ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta, o por haber aplicado una disposición distinta de la que correspondía aplicar; y no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

En sustentación de la primera, alegan que se les condenó como autores de homicidio en concurso recíproco, sin existir premeditación, la que estiman indispensable para que tal concurso exista. Y citan alguna frase aislada del fallo proferido por la Corte, con fecha tres de octubre de mil novecientos veintinueve, en la causa contra Sigifredo Posada y otros, a saber:

"El concurso recíproco significa un acuerdo previo de voluntades, algo como una especie de premeditación...."

Dicen, asimismo, que del conjunto de testimonios recogidos en el proceso, no aparece que hubieran obrado en virtud de previo acuerdo, sino que el suceso se desarrolló en una forma ocasional, en los precisos momentos en que José Martínez Quiñones le asestaba unos puñetazos a Pedro Pablo Castellanos, motivo por el cual Vicente Alberto le dio un golpe de muerte al agresor, en defensa de su hermano.

Sacan de allí que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 22 del Código Penal, por la carencia de elementos constitutivos de concurso recíproco, y porque la herida inferida a la víctima por Pedro Pablo Castellanos no fue de naturaleza mortal.

Se considera:

De acuerdo con las pruebas producidas, el Tribunal narra los hechos como se transcribe:

"..... se desarrollaron en el expendio de licores fermentados de Joaquín Rueda, situado en la población de Barichara, la tarde del catorce de mayo de mil novecientos treinta y uno, así:

"En el precitado lugar se encontraban aquella tarde, entre otros, Marcelino Ruiz, y Pedro Pablo Castellanos, quien se dirigió al interior de la tienda después de charlar un rato con sus compañeros, precisamente en momentos en que se presentó allí Florinda Remolina, quien les manifestó a Ruiz y demás circunstantes, que Pedro Pablo Castellanos había pretendido pegarle, después de insultarla. En seguida volvió Castellanos, y refirió que la Remolina lo estaba difamando. Al contestarle Ruiz que eso no era cierto, y que no se dejara creer de cuentos, se suscitó una disputa entre los dos, y luego se agarraron, siendo separados a continuación por Francisco Quiñones, quien los sacó a la calle, advirtiéndoles que su casa tenían que respetarla. Fuera de la casa los dos individuos citados, reanudaron la molestia, y entonces acudió como mediador José Martínez Quiñones; pero como Pedro Pablo sacara un cuchillo de entre la pretina de los pantalones, José pretendió desarmarlo, cosa que no consiguió, porque Castellanos empezó a caminar de para atrás, blandiendo el arma. Esto no fue óbice para que Martínez Quiñones cesara en su empeño. Pero cuando inerme, y en actitud pacificadora seguía en pos de Pedro Pablo con el fin de realizar su propósito de aprehenderlo y desarmarlo, se presentó de improviso Vicente Alberto Castellanos, hermano de Pedro Pablo, y le asestó a Martínez Quiñones un puñalada al lado izquierdo del pecho. Este dio media vuelta, y cuando se ladeaba para caer al suelo herido de muerte, se lanzó sobre él Pedro Pablo Castellanos, y lo atacó también con el cuchillo que empuñaba, causándole una herida en el brazo, cerca del hombro."

La forma misma como se desarrollaron los hechos está señalando con toda claridad que los Castellanos coinci-

dieron en el elemento intencional relativo a privar de la vida a Martínez Quiñones. Vicente Alberto, infligiendo el golpe mortal en condiciones que no permitían ejercitar defensa a la víctima; y Pedro Pablo procurando asegurar el resultado con su intervención armada y efectiva, cuando se desplomaba el cuerpo del pacífico mediador. Hubo así un acuerdo implícito de voluntades, y concurso recíproco en la ejecución del hecho punible, aunque no fuese premeditado.

Tal es la responsabilidad que el veredicto declara en forma concluyente, a la que corresponde la aplicación del artículo 600 del Código Penal.

Y se observa que los argumentos de los recurrentes se basan nada más que en una errónea apreciación del fallo proferido el tres de octubre de mil novecientos veintinueve, atrás citado. No dijo entonces la Corte que la premeditación es requisito indispensable para la existencia del concurso recíproco; se refirió al acuerdo de voluntades en los agentes, comparable en cierta manera a la premeditación, pero sin confundir de ninguna manera esas dos figuras jurídicas.

Ese acuerdo de voluntades puede ser fruto de la deliberación, pero ello no implica que en ocasiones se presente en forma espontánea, como sucede en el caso que se examina, pues los coautores concurrieron a ejecutar los hechos, coincidiendo en el querer y el obrar, aun cuando no deliberaron de acuerdo para llevar avante su plan criminoso. Fuera por el parentesco cercano que los unía, o por analogía de sentimientos, o por cualquiera otro motivo, es lo cierto que los Castellanos obraron como si de común acuerdo hubiesen preparado el delito. Y es en todo caso innegable que concurrieron en la acción.

Por lo demás, corresponde al Jurado decidir en conciencia sobre la responsabilidad del acusado; y si los Jueces de hecho declaran existir el concurso recíproco en la ejecución del delito, al de derecho correspondía aplicar la pena señalada por la ley a los coautores, conclusión ésta que se halla de acuerdo con lo dicho por la Sala en el fallo a que hacen alusión los recurrentes. Allí se dijo:

"El concurso recíproco significa un acuerdo previo de voluntades, algo como una especie de premeditación; de suerte que el que toma parte en esa forma, necesariamente es autor, dada la calidad e importancia de su participación; es absurdo y contradictorio el admitir que quien comete un delito en concurso recíproco, le corresponda una responsabilidad accesoria."

Y agrega más adelante:

"Expuesta así la doctrina que inspira los términos de la disposición del artículo 22 que se comenta, y especialmente contenido en el ordinal 1º, y puesto que el Jurado, que tiene como misión primordial apreciar los hechos y la responsabilidad en los mismos, en este caso, de modo claro e indubitable, apreció como autores en concurso recíproco a todos los enjuiciados; y puesto que el Juez de derecho no puede aplicar la ley penal sino con sujeción a los hechos y a las responsabilidades determinados por el Jurado....."

Corresponde así el reparo a la sentencia a un error de apreciación de los recurrentes, y, por lo mismo, está sin fundamento.

La causal tercera viene apoyada en la misma base expuesta para la primera, y apenas pudiera ser considerada a manera de un corolario presentado por la demanda. Se dice que como en el auto de proceder no se dedujo contra los acusados la circunstancia calificativa de premeditación, siendo ésta indispensable al concurso recíproco, no era del caso condenar a los Castellanos como coautores, sino separar la responsabilidad correspondiente a cada uno de ellos, en atención a la naturaleza de las respectivas heridas.

Se observa que si en la sentencia se hubiese hecho la condenación por homicidio premeditado, sin que se formulara ese cargo en el enjuiciamiento, el reparo sería fundado. Pero comoquiera que la sentencia versa sobre homicidio simplemente voluntario, al tenor del llamamiento a juicio, no es posible encontrar incongruencia alguna en esos proveídos.

La responsabilidad penal, en tratándose de concurso recíproco, es solidaria, como lo anota el señor Procurador, de tal modo que si ella es la que declara el Jurado en su veredicto, ambos Castellanos deben llevar la sanción penal de coautores, máxime cuando uno y otro contribuyeron en forma esencial a la consumación del hecho.

"Si Pedro Pablo Castellanos—dice el señor Procurador—no hubiera iniciado la lucha que dio por resultado la muerte de Martínez, si ni siquiera lo hubiere herido, y se hubiera limitado a cogerlo o asegurarlo para que su hermano Vicente lo pudiera herir sin peligro, aun en ese supuesto, era responsable como coautor del homicidio."

Es, pues, infundada la acusación del fallo.

Y por ello, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, materia del presente recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Parmenio Cárdenas. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, febrero veintitrés de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Al Jurado de calificación convocado y reunido en legal forma para decidir acerca de la responsabilidad de Manuel Alvárez Bernal por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Pablo Emilio Pico, le propuso el señor Juez del conocimiento, primero Superior de San Gil, la siguiente cuestión única:

"¿El acusado Manuel Alvarez Bernal es responsable del hecho de haber dado muerte voluntariamente y con intención de matar a Pablo Emilio Pico, arrojándolo en una paila llena de agua hirviente y causándole así una extensa quemadura en la cabeza, en los brazos y en las regiones torácica y abdominal, hecho que ejecutó el acusado en la noche del ocho de mayo de mil novecientos treinta y uno, en el trapiche de la hacienda denominada **Venecia**, ubicada en el Corregimiento de **Riachuelo**, de la jurisdicción municipal de Charalá?"

El Jurado contestó:

"Es responsable, pero involuntariamente y sin ánimo de causar daño grave."

Sobre este veredicto, acatado en toda su integridad, el Juzgado, dando aplicación al artículo 611 del Código Penal en su primera parte, calificada la delincuencia del

procesado en segundo grado, lo condenó a la pena de seis años de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias.

Apelado el fallo del Juzgado para ante el Tribunal de San Gil, éste, en providencia de fecha treinta de agosto del año pasado, lo confirmó en todas sus partes.

Contra el fallo del juzgador de segunda instancia interpuso recurso de casación el sentenciado, el cual le fue concedido y enviados, en consecuencia, los autos a esta Sala para efectos de resolverlo.

A ello se procede en seguida, habida cuenta de que se halla agotada la tramitación legal en este despacho.

El recurrente, en memorial en que interpuso la casación, único que se tiene a la vista, pues en el traslado que aquí se le concedió no presenta ninguna alegación, manifiesta que, basándose en la causal 1ª del artículo 3º de la Ley 78 de 1923, por ser la sentencia violatoria de la Ley penal, a virtud de habérsele aplicado una disposición distinta a la que le correspondía, solicita la aplicación, para su caso, de los artículos 602 a 605 del Código Penal, pues dice que el hecho de no haber tenido intención de causar daño, hace que el delito quede colocado entre los enumerados (sic) en el numeral 7º del artículo 587 del Código, y por tanto se impone la aplicación de uno de los dos artículos invocados.

Basta enunciar simplemente lo expuesto por el recurrente para que se vea lo absurdo de su petición, pues las disposiciones que él enumera se refieren a casos de homicidio voluntario, en tanto que el cometido por él, según el veredicto del Jurado, aceptado por los juzgadores, ha sido considerado como homicidio involuntario, para el cual no cabe la aplicación, de acuerdo con el mismo veredicto, de ninguno de los artículos a que alude el recurrente. Carece, pues, de todo fundamento, lo alegado por éste.

Pero por su parte el señor Procurador conceptúa lo siguiente, acerca del recurso propuesto:

"Tiene perfecto apoyo en las constancias del proceso el veredicto que pronunció el Jurado de calificación convocado por el señor Juez 1º Superior de San Gil para determinar la responsabilidad de Manuel Alvarez Bernal por la muerte de Pablo E. Pico.

"Ese veredicto dice así: 'Es responsable, pero involuntariamente y sin ánimo de causar daño grave.'

"Según él, el homicidio quedó colocado en los de la primera clase a que se refiere el artículo 590 del Código Penal: haberse propuesto el homicida causar al agredido un mal diverso de la muerte. Esta clase de homicidios los sancionan los artículos 610 a 612, y en proporción de la gravedad del daño que se quiso causar gradúan la cuantía de la pena. El 610 se refiere al daño grave; el 611 al daño mediano, y comprende también los casos en que no se pueda conocer la intención; el 612 hace relación al daño pequeño.

"Como el veredicto negó que en el homicida hubiera mediado el ánimo de causar un daño grave y no explicó que ese ánimo fuera el de causar daño pequeño, el Juez, con muy buen acierto, en mi concepto, lo interpretó en el sentido de que el Jurado no dejó base para conocer la intención del homicida, y en tal virtud colocó el caso en el del artículo 611.

"Pero luégo, al hacer la calificación del grado de la delincuencia, resolvió deducirle al reo las circunstancias agravantes de mayor crueldad y de indefensión. Para esta calificación no tuvo en cuenta aquel funcionario estas dos razones importantes, que se oponen a que el delito sea colocado en el segundo grado: 1ª, que en favor de Alvarez concurre un crecido y abrumador número de atenuantes, a las cuales se refiere el mismo Juez en su sentencia, sin contar con la que resulta de la menor edad del reo; 2ª, que en el homicidio involuntario ni pueden concurrir la mayor crueldad ni la indefensión, porque estas circunstancias requieren el aprovechamiento que de ellas haga el homicida voluntariamente y con intención dolosa para cumplir el acto. Si en el homicidio voluntario es característica específica la no concurrencia de la voluntad, tampoco puede concurrir ésta en el agente para aprovechar aquellas circunstancias.

"Ni el Juez ni el Tribunal tuvieron en cuenta estas razones, y uno y otro fueron a la calificación en segundo grado para condenar en definitiva a Alvarez a la pena de seis años de presidio. Y como yo considero que lo jurídico es tenerlas en cuenta, encuentro que por el concepto de la calificación del grado del delito se violaron, por indebida aplicación, la última parte del artículo 123 y el inciso segundo del 124 del Código de las penas.

"El reo interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal y alega para sustentarlo varias que él cree son razones. Yo no estoy de acuerdo con éstas, porque me parecen absurdas. Pero en uso de la facultad que me concede el artículo 6º de la Ley 188 de 1931, invoco en su favor y sostengo la causal de ser la sentencia violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de ésta, de acuerdo con lo que dejo expuesto.

"Y por lo tanto os pido que la caséis y en su lugar condenéis al recurrente a la pena de cuatro años de presidio, que es la que le corresponde en armonía con el veredicto del Jurado y con el artículo 611 del Código Penal, calificado el delito en tercer grado."

Cuanto a la primera razón de las expuestas en la anterior Vista, es obvio que el hecho de que existan en favor del recurrente un crecido número de atenuantes, no autoriza para que la calificación de la delincuencia se haga en el menor grado, cuando de otra parte existen agravantes en su contra. El propio artículo 123 del Código Penal está dictando con toda nitidez qué se necesita para que la calificación se haga en segundo grado.

Respecto de la segunda razón expuesta por el señor Procurador con base en las consideraciones transcritas, podría ser atendible, si en todo caso de delito involuntario, las circunstancias de agravación formaran parte esencial del hecho delictuoso en sí mismo considerado. Pero precisamente ese es el error en que ahora se incurre. Porque puede existir, como en el caso presente, el homicidio involuntario sin que las circunstancias que agravan este delito tengan, por fuerza, que caracterizarse, dentro de la misma involuntariedad del hecho. Así, por ejemplo, un homicidio cometido voluntariamente por tres o más personas, no le quita, al delito, la circunstancia agravante contemplada por el numeral 5º del artículo 117 del Código Penal, porque el mayor número de individuos que concurren a la perpetración de un hecho, por más que éste sea involuntario, no destruyen las circunstancias agravantes existentes en contra de los acusados, circunstancias que no forman parte integrante del delito mismo, sino que apenas contribuyen a su agravación para efectos de la calificación de la delincuencia.

Resulta, pues, de lo anterior, que sí pueden existir las circunstancias agravantes, en un caso como el de que se trata, independientemente de la voluntariedad o invo-

luntariedad del hecho delictuoso, es decir, del carácter de éste; y como las circunstancias aquí deducidas, no han sido atacadas en sí mismas, sino por el aspecto de la involuntariedad del homicidio, ellas conservan toda su fuerza, ya que evidentemente existen en este caso, como se desprende del siguiente párrafo del juzgador de primera instancia, en que se hace resaltar la manera cruel y cobarde como el hecho se desarrolló. Dice así:

"La calificación de la delincuencia del reo debe situarse en el término medio, porque, aunque el proceso exhibe declaraciones de testigos que presentan al acusado como hombre honrado, enemigo de peleas, que siempre ha derivado su subsistencia del trabajo honrado, que jamás había atentado contra la vida o la integridad de ninguna persona, y también existe certificación sobre la ejemplar conducta observada por el enjuiciado durante su permanencia en la cárcel, las circunstancias que traen los ordinales 3° y 10 del artículo 117 del Código Penal, agravan de modo especial la culpabilidad de Alvarez, o sea la mayor crueldad empleada en la perpetración del hecho, sometiendo al ofendido a padecimientos del más alto rigor, como son los dolores que produce una quemadura, máxime de las condiciones de extensión y en las regiones del cuerpo en que la sufrió Pico; y la indefensión y conflicto en que colocó a Pablo Emilio, haciéndolo andar de para atrás, impeliéndolo por la fuerza hasta la falca de la paila, en cuya posición, perdido por completo el equilibrio y privado por tanto de toda facultad para poder reaccionar, privó a su víctima de todo medio de defensa y la puso en un angustioso conflicto, sin recurso ninguno para contrarrestar la violencia de que era objeto en el preciso momento en que su cuerpo debió balancear sobre el vórtice hirviente. Estas circunstancias, previstas por la ley penal entre las que empeoran la condición del reo, no pueden desecharse en el presente caso, por más que se haya declarado que el homicidio fue involuntario. Cabe, pues, la aplicación del segundo grado y, como consecuencia, el segundo grado del castigo corporal señalado por el mentado artículo 611."

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—Parmenio Cárdenas. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, tres de marzo de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Parmenio Cárdenas).

En firme el auto de proceder dictado por el Juez Superior del Distrito Judicial de Cali contra José Miguel Lozano y Nepomuceno García, por el delito de homicidio (asesinato) cometido en la persona de Francisco de Paula Calad, y en curso el juicio, se estableció pericialmente que el último de los acusados se encontraba demente, lo que llevó al Juzgado a cesar contra él todo procedimiento, porque el caso, se dijo en el auto respectivo, "tiene analogía con el procedimiento para los reos ausentes, que si bien es cierto que García está presente de cuerpo, está ausente de mente. Esto sin perjuicio de que una vez que recobre sus facultades mentales se siga la causa con él."

Al conocer el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial de la sentencia proferida contra José Miguel Lozano, consignó lo siguiente:

"....advirtiendo previamente que en el procedimiento no se ha incurrido en ninguna causal de nulidad, pues, aun cuando el Juez suspendió el juicio respecto de Juan Nepomuceno García, por encontrarse loco, en lugar de nombrarle un curador ad litem para que lo asesorara en todas las diligencias en que él debiera intervenir, que habría sido lo más acertado, esa irregularidad, si es que así puede llamarse, no está erigida por la ley en causal o motivo de nulidad de los juicios criminales, y por lo mismo no hay razón para declararlo así."

La observación anterior dio margen para que el Juez del conocimiento resolviera adelantar la causa contra el mencionado García, nombrándole un curador ad litem. En esa causa se le sometió al Jurado el siguiente cuestionario, que se transcribe con su contestación:

"¿El acusado Juan Nepomuceno García es responsable de haber concertado con José Miguel Lozano, a quien ofreció pagarle en dinero, y a quien indujo a ello, la muerte de Francisco de Paula Calad, ocurrida la noche del trece (13) de abril de mil novecientos veintinueve (1929) en el indiviso de **El Tiple** o **El Cabuyal**, hecho ejecutado por Lozano voluntaria y premeditadamente, de acuerdo con las instrucciones de García, con previa asechanza, sorprendiendo descuidada y desapercibida a la víctima, y con disparo de escopeta que le produjo ocho heridas circulares pequeñas en el tórax, sobre la parte superior y media, de ellas siete penetrantes en la cavidad torácica, con abundante hemorragia de la cavidad de la pleura derecha; tres perforaciones en el pulmón derecho en el lóbulo superior; abundante hemorragia en el mediastino anterior por debajo del tejido celuloadiposo que rodea los vasos, y perforaciones en la vena cava superior, en el tronco venoso-braquio-cefálico, en el tronco arterial braquio-cefálico y en la columna vertebral, y una herida en la parte anterior y lateral del cuello, habiendo quedado algunas postas en diversas partes, hecho que ocasionó la muerte por la abundante hemorragia de las heridas del pulmón y de los vasos del mediastino anterior por herida penetrante de la cavidad torácica?

"Sí, pero el Jurado considera que el estado mental del acusado puede haber cambiado, y por consiguiente debe someterse a un tratamiento científico, con todos los cuidados indicados para su estado actual."

En desarrollo de ese veredicto, el Juzgado condenó a García a la pena principal de veinte años de presidio, junto con las accesorias correspondientes, lo cual fue confirmado por el Tribunal con fecha veinte de octubre último.

Contra este último fallo interpuso casación el curador ad litem, que se le nombró a Juan Nepomuceno García, quien invocó como única causal la consignada en el ordinal 6° del artículo 3° de la Ley 118 de 1931, o sea el haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio. Por su parte, el señor Procurador, en desarrollo de lo que dispone el artículo 6° de la mencionada Ley y año, invocó todas las causales menos las 2ª, 7ª y 8ª de dicha Ley.

Como en concepto de la Corte se encuentra justificada la 2ª, o sea ser la sentencia violatoria de la Ley proce-

dimental por haberse dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, el estudio y examen se concretará a ella, pues desde luégo es innecesario e inútil el de las otras causales que se presentan.

Sostiene el señor Procurador que habiéndose acreditado que García era un demente, no era posible continuar el juicio, y que al hacerlo, se le condenó sin llenar la plenitud de las formas requeridas, pues no se le notificó ni podía notificársele, aun a pesar de estar detenido, autos tan importantes como el que señala día para llevar a cabo el sorteo de Jurados. Cómo se va a condenar, exclama el señor Procurador, en esa forma a un sér inconsciente a quien ni siquiera se le ha oído en juicio; hizo bien, agrega el Juez Superior del Distrito Judicial de Cali, cuando en auto de veinte de noviembre de mil novecientos treinta y por aplicación analógica del artículo 1953 del Código Judicial, ordenó suspender el procedimiento respecto del reo García. Estaba algo más que ausente.

Se considera:

No puede someterse a duda que el procesado García es un demente; sobre el particular existen varios reconocimientos de los médicos legistas, los cuales están acordes en sostener que su capacidad de imputación es absolutamente nula. Basta hablar cinco minutos con él, dicen los médicos, para convencerse que su capacidad intelectual es tan escasa, que nunca será capaz de combinar algo en que muestre agudeza intelectual; es, pues, un sujeto que puede clasificarse entre los dementes y, por tanto, no existe para él capacidad de imputación.

El argumento de analogía que en un principio invocó el Juez de primera instancia para suspender el procedimiento, fue y es de la mayor importancia. Si tratándose del acusado ausente, a quien no se ha podido encontrar para notificarle el auto de proceder, ordena la ley esa suspensión, con mayor razón tiene que ésta verificarse aun cuando haya mediado esa notificación, y aunque con posterioridad a ella el acusado sea víctima de enajenación mental, porque entonces desaparece legal y moralmente una de las partes, la principal, el que debe responder de su acción delictuosa, y mal puede comparecer ante la justicia a responder de ella, quien está privado de la razón y del conocimiento. Eso es por lo menos lo que se desprende de lo que actualmente rige en nuestras leyes penales y de procedimiento.

Es cierto que no existe disposición expresa de carácter legal que ordene esa suspensión; y no existe porque los legisladores de entonces no pudieron conocer los postulados de la escuela positiva, según los cuales, aun cuando se trate de un delincuente loco, el procedimiento siempre se sigue no propiamente para imponerle pena, sino como medida de seguridad y en busca del tratamiento más adecuado y con criterio de defensa social. Mas la Constitución en el Título XII, que lleva por mote **De los derechos civiles y garantías sociales**, previene en el artículo 26 que nadie puede ser juzgado sino observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, y el juicio criminal exige, dentro de los principios que informan nuestra legislación, se repite, que el delincuente sea una persona normal, no sólo en el momento en que ejecuta el hecho criminal, sino durante todo el curso del procedimiento; de lo contrario, se le vence, y lo que es peor y más grave, se le condena, sin haber sido oído y vencido en juicio; acaso unos datos suministrados a su defensor para que los hubiera hecho valer en el término de prueba, una explicación directa y personal ante el Jurado, podrían haber inclinado a éste en un sentido favorable; y de todos esos recursos de defensa se halla privado el que no obstante estar sumido en la desgracia de su locura, se le considera como parte en un juicio en que no puede comparecer.

Está muy bien que se nombre curador ad litem para defender los intereses civiles de un demente, en los casos en que haya lugar a ello, pero jamás puede ser admisible que se haga igual nombramiento para que se le asista con el objeto de llenar una simple formalidad de tramitación que traiga por consecuencia una condenación y de qué clase, nada menos que la máxima de veinte años de presidio. Además, el curador ad litem que permite o autoriza nombrar la ley, según el artículo 46 del Código Penal, se refiere al acusado que es víctima de enajenación mental con posterioridad al pronunciamiento del fallo definitivo, y eso sólo para efectos de llevar a cabo el cumplimiento de las penas pecuniarias, o sea, en lo tocante a la indemnización de carácter puramente civil.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **invalida** el fallo recurrido y en su lugar declara nulo lo actuado a partir de la ejecutoria del auto de fecha noviembre veinte de mil novecientos treinta, pronunciado por el Juez de primera instancia y en el cual se dispuso suspender el procedimiento hasta cuando el acusado García recobre su sanidad mental.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—Parmenio Cárdenas. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, marzo diez y ocho de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Por virtud de apelación oportunamente interpuesta por ambas partes y legalmente concedida, ha subido a la Corte la sentencia de fecha diez de octubre de mil novecientos treinta y uno, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en el juicio ordinario que promovió el señor Carlos M. Simmonds, mediante apoderado, contra el Departamento del Cauca, representado por el Fiscal de la respectiva entidad, en un principio, y luégo por el doctor Camilo Muñoz Obando. Y como en la actualidad el negocio ha recibido en esta Sala los trámites correspondientes a la segunda instancia, con audiencia de los respectivos apoderados sustitutos, doctores Daniel Valencia V. y Alberto Sicard Melendro; por cuanto no se observa en la actuación ninguna causal de nulidad que la invalide y que oportunamente deba declararse, se procede a determinar la situación jurídica de las partes contendientes, en orden al derecho alegado y a las pruebas que lo sustentan.

Tal sentencia, en su contenido jurídico, dice:

"Vistos: Juan B. Negret, en ejercicio del poder especial que le fue conferido por Carlos M. Simmonds, se dirigió a esta Superioridad en escrito de veintiuno de julio de mil novecientos treinta, en el cual se produjo así:

"Haciendo uso del poder que acabo de mencionar, establezco demanda por la vía ordinaria, en nombre y repre-

sentación del señor Carlos M. Simmonds, mayor de edad y vecino de esta ciudad de Popayán, para que hagáis, en sentencia definitiva, una de las siguientes declaraciones:

"1ª El Departamento del Cauca está obligado a pagar, y le condenéis a pagar dentro del plazo que fije la sententencia, al señor Carlos M. Simmonds, a quien pasaron todos los derechos de la Sociedad Rodríguez & Compañía, domiciliada en esta ciudad, y ya extinguida y liquidada, la suma de cien mil pesos ($ 100,000) o la que determinen peritos nombrados en este juicio, más los intereses comerciales desde la contestación de la demanda hasta el día del pago, como indemnización de perjuicios por haber privado tal entidad a la Sociedad Rodríguez & Compañía, el primero de junio de mil novecientos veinte, del disfrute legal de las rentas departamentales de licores, tabaco y degüello.

"2ª En subsidio de la anterior os pido hagáis la siguiente declaración:

"El Departamento del Cauca está obligado a reintegrar, y le condenéis a pagar dentro del plazo que fije la sentencia, al señor Carlos M. Simmonds ,a quien pasaron los derechos de Rodríguez & Compañía, Sociedad domiciliada en esta ciudad y ya extinguida y liquidada, la suma de doscientos un mil ochocientos veinte pesos ($ 201,820) más los intereses legales desde las fechas de entregas al Departamento hasta el día de la contestación de la demanda y desde este día en adelante los intereses comerciales hasta el día del pago, suma que Rodríguez & Compañía pagaron al Departamento del Cauca por concepto de arrendamientos de las rentas departamentales del Cauca, de licores, tabaco y degüello, en los meses transcurridos desde agosto de mil novecientos diez y nueve, incluso, hasta mayo de mil novecientos veinte inclusive, como pago de lo no debido.

"Todo esto con citación y audiencia del representante del Departamento del Cauca, señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

"Fundo esta demanda en los siguientes hechos:

"1º El Departamento del Cauca, legalmente representado por su Secretario de Hacienda, doctor Germán Fernández, celebró con el señor Clodomiro Rodríguez, éste por medio de apoderado, un contrato de arrendamiento de las rentas departamentales de licores, tabaco y degüello por el término de cuatro años, comprendido entre el 1º de marzo de 1919 y el 28 de febrero de 1923. Este contrato consta en instrumento número 81, de 6 de febrero de 1919 ,otorgado en la Notaría Primera de este Circuito y aprobado por la Gobernación del Departamento el 13 del mismo febrero, según documento adjunto al instrumento citado. Tal contrato se hizo con el señor Rodríguez por habérsele adjudicado en licitación pública efectuada en los días 16, 17, 18, 25 y 27 de enero del mismo año de 1919; remate que fue aprobado por la Gobernación en Decreto número 25, de 27 del mismo enero. **Documentos A.**

"2º Rodríguez, como rematador de las rentas, celebró con los señores Carlos M. Simmonds y Julio Eraso Rosero, un contrato de sociedad para explotar ese negocio, como reza el documento privado de 22 de enero de 1919, que original acompaño. **Documentos B.**

"3º El señor Rodríguez celebró un contrato el 25 de enero con don Antonio Paredes para que éste administrara las rentas, y allí reconoció el señor Rodríguez como sus socios a Simmonds y Eraso Rosero. Formada la compañía entraron los tres individuos a administrar las rentas. **Documentos C.**

"4º El señor Clodomiro Rodríguez murió el 9 de junio de 1919, y fueron declaradas sus herederas únicas las señoras Isidra Peña viuda de Rengifo y Berta Paredes viuda de Rodríguez, su mujer legítima. **Documentos D.**

"5º La señora Isidra Peña viuda de Rengifo confirió poder a su yerno, señor Benjamín Jurado, para que enajenara los derechos que le correspondían en la sucesión de su hijo Clodomiro Rodríguez, según consta en la escritura número 16, otorgada en Guapi el 23 de junio de 1919. **Documentos E.**

"6º El señor Jurado sustituyó en los mismos términos ese poder al señor Ranulfo Rodríguez, por escritura pública número 18, firmada en Guapi el 1º de julio de 1919. **Documentos F.**

"7º La señora Berta Paredes viuda de Rodríguez confirió poder al mismo señor Ranulfo Rodríguez para enajenar los derechos hereditarios de aquélla, en la sucesión de su marido Clodomiro Rodríguez, según reza la escritura pública número 15, otorgada en la Notaría de Guapi el 18 de junio de 1919. **Documentos G.**

"8º El señor Ranulfo Rodríguez, como apoderado de los únicos herederos del señor Clodomiro Rodríguez, cedió y traspasó los derechos que aquéllos tenían en el arrendamiento de las rentas departamentales de licores, tabaco y degüello al señor Celso S. Rodríguez, según consta en la escritura número 514, otorgada en la Notaría primera del Circuito de Popayán el 30 de julio de 1919. **Documentos H.**

"9º Dueño de tales derechos, el señor Celso S. Rodríguez constituyó con los señores Carlos M. Simmonds y Julio Eraso Rosero la sociedad comercial colectiva denominada Rodríguez & Compañía, con domicilio en esta ciudad. A dicha sociedad traspasó los derechos adquiridos de los herederos del señor Clodomiro Rodríguez en el arrendamiento de las rentas departamentales. La Sociedad mencionada se constituyó con el fin de explotar el negocio de tales rentas, y nombró su administrador al señor Antonio Paredes, que dejó de ser mandatario del señor Clodomiro Rodríguez desde que éste murió. Escritura de 30 de junio de 1919, otorgada en la Notaría de este Circuito y certificado respectivo. **Documentos I.**

"10. El 12 de agosto de 1919 el señor Celso S. Rodríguez dirigió a la Junta General de Hacienda del Departamento un memorial en que le dio aviso de cómo había comprado a los herederos del señor Clodomiro Rodríguez los derechos que tenían en el arrendamiento de las rentas departamentales, y cómo él a su vez los había traspasado a la sociedad Rodríguez & Compañía, y que esta sociedad quedaba como arrendataria de tales rentas. **Documentos J.**

"11. Al aviso de que se ha hablado en el punto anterior contestó la Junta citada, que se había impuesto de todo lo hecho, pero que se abstenía de aprobar o improbar esos actos, porque deseaba conservar la hipoteca constituída por el señor Clodomiro Rodríguez, para garantizar el pago de los arrendamientos. **Documentos J.**

"12. En virtud de los hechos relatados anteriormente, Rodríguez & Compañía tomaron las rentas como rematadores, invirtiendo capital comprando enseres y demás utensilios (sic) para la administración de tales rentas, y gastaron su dinero en organizarlas.

"13. El Departamento reconoció a Rodríguez & Compañía como rematadores por el hecho de exigir y recibir de ellos la renta.

"14. El 7 de mayo de 1920 el Departamento del Cauca celebró con las señoras Isidra Peña viuda de Rengifo y

Berta Paredes viuda de Rodríguez un contrato en que declararon extinguido el de arrendamiento de las rentas departamentales, hecho con el señor Clodomiro Rodríguez, pagando el Departamento a las nombradas señoras la suma de setenta mil pesos oro. Este contrato consta en el documento número 451, otorgado en la Notaría de este Circuito en la fecha arriba citada.

"15. El 18 de mayo de 1920, la Asamblea Departamental del Cauca expidió la Ordenanza número 64, por la cual aprobó el contrato de que se habla en el punto anterior y dio unas facultades al Gobernador.

"16. La Gobernación del Departamento del Cauca dictó el 31 de mayo de 1920, el Decreto número 188, por el cual reasumió la administración de las rentas de licores, tabaco y degüello, y dictó medidas lesivas de los intereses de Rodríguez & Compañía. Tanto lo referido en este punto como en el anterior, consta en el número 907 del Registro Oficial, de 31 de mayo de 1920, que acompaño.

"17. El 1º de junio de 1920, el Departamento del Cauca asumió por las vías de hecho, por medio de sus Alcaldes y demás subalternos, la administración, uso y goce de las rentas departamentales de licores, tabaco y degüello, que estaban en poder de Rodríguez & Compañía, sin previa indemnización a estos señores por parte del Departamento. El mismo Decreto es fuerza mayor.

"18. El Departamento del Cauca fue el que cometió los actos lesivos de los derechos de Rodríguez & Compañía, que he enumerado, porque tal entidad estaba representada oficialmente por su Gobernador, por la Junta General de Hacienda y por la Asamblea Departamental, entidades todas que los ejecutaron en su carácter oficial.

"19. El Consejo de Estado, en sentencia de 16 de marzo de 1922, declaró nulo el artículo 7º de la Ordenanza 64, de mayo de 1920, en el cual disponía la Asamblea Departamental que la referida Ordenanza regiría desde su sanción. En consecuencia, la Ordenanza debió entrar en vigor treinta días después de su promulgación (artículo 109 de la Ley 4ª de 1913). Y como fue promulgada el 31 de mayo, sólo pudo entrar en vigor al fin de junio siguiente.

"20. El parágrafo del artículo 6º del Decreto 188 de 1920, dictado por la Gobernación, ordenó archivar el juicio lesionando a Rodríguez.

"21. El señor Antonio Paredes, como administrador de Rodríguez & Compañía, rindió cuentas a los socios Simmonds, Rodríguez y Eraso Rosero, quienes las aceptaron y dieron por terminado el mandato, como consta en la sentencia dictada por el Juzgado 1º del Circuito de Popayán el 3 de febrero de 1921, sentencia que quedó en firme, según la aprobación que consta en el auto del mismo Juzgado, de fecha 5 del mismo febrero. En consecuencia, terminó la ingerencia del señor Paredes en los negocios de Rodríguez & Compañía.

"22. La sociedad Rodríguez & Compañía se disolvió el 28 de febrero de 1923, de conformidad con lo estipulado en la escritura número 516, de 30 de julio de 1919, y lo estatuído en los artículos 532 del Código de Comercio y 2124 del Código Civil.

"23. En virtud de la disolución de la sociedad Rodríguez & Compañía, los derechos adquiridos por ésta pasaron a los señores Carlos M. Simmonds, Celso S. Rodríguez y Julio Eraso Rosero, únicos socios que la formaron.

"24. El señor Carlos M. Simmonds compró por la suma de $ 2,200 al señor Julio Eraso Rosero todos los derechos que éste tenía en la sociedad Rodríguez & Compañía, según escritura número 808, de 7 de octubre de 1922, otorgada en la Notaría Primera de Popayán. **Documentos K.**

"25. Los señores Celso S. Rodríguez y Carlos M. Simmonds, éste como socio primitivo de la sociedad Rodríguez & Compañía, y por haber subrogado al señor Julio Eraso Rosero en los derechos de la misma Sociedad, hicieron la liquidación de la Sociedad Rodríguez & Compañía, según consta en la escritura número 1108, otorgada ante el Notario 2º de este Circuito, el 4 de diciembre de 1929. **Documentos L.**

"26. Carlos M. Simmonds compró a Celso S. Rodríguez, por la suma de $ 2,200, los derechos que éste tuvo en la sociedad Rodríguez & Compañía. En consecuencia, el único dueño de los derechos de la sociedad citada es el señor Simmonds. Escritura número 1108, de 4 de diciembre de 1929, otorgada ante el Notario 2º de Popayán. **Documentos L.**

"Estos son los hechos que generan el derecho de Simmonds para ser indemnizado, o para que se le reintegre la suma que Rodríguez & Compañía pagó indebidamente al Departamento.

"Ahora veamos cómo de esos hechos y de las disposiciones aplicables de derecho resulta la existencia del derecho de mi poderdante.

"Clodomiro Rodríguez P., rematador de las rentas del Cauca, a quien le fueron adjudicadas en licitación pública, según se ha comprobado, celebró con los señores Carlos M. Simmonds y Julio Eraso Rosero un contrato de sociedad, para 'explotar el negocio que se desprende del remate de las rentas departamentales, adjudicado a Rodríguez & Compañía,' quien dividió el negocio en cien acciones, de las cuales se reservó cuarenta y tres, y de las restantes cedió treinta a Eraso Rosero y veintisiete a Simmonds, en cambio de que Rosero constituyera hipoteca sobre bienes raíces de que carecía Rodríguez P., y que Simmonds aportara sus conocimientos en las rentas para que las reorganizara, pues que estaban muy mal. Ambos socios de Rodríguez P. cumplieron con sus compromisos. De modo que a la muerte de Rodríguez P., sus herederos le sucedieron en las cuarenta y tres acciones que él poseía, mas no en las de las de los socios Eraso y Simmonds; y así lo reconoció expresamente la madre de Rodríguez P., señora Isidra Peña, quien al conferir el poder al señor Gualberto Barberán, para que entregara al Departamento las rentas, dice textualmente al final de la cláusula segunda: 'respetando los derechos que a virtud de contrato celebrado con mi hijo Clodomiro Rodríguez, tengan adquiridos los señores Carlos M. Simmonds y Julio Eraso Rosero,' según reza la escritura número 81, de 28 de enero de 1920, que presentaré oportunamente. Si, pues, el contrato de sociedad no se elevó a escritura pública, por la muerte de Rodríguez P., está constante el hecho de que fue aceptado por éste y también por la madre, su heredera, y nadie tiene derecho de impedirles dar por válido un contrato aunque no llene los requisitos legales: se pueden y deben reconocer las obligaciones por el deudor aunque no haya dado comprobantes. El traspaso de los derechos de Rodríguez P. a Celso S. Rodríguez es correcto, como pasa a verse: la señora Isidra Peña viuda de Rengifo confirió al señor Benjamín Jurado poder para subarrendar o ceder el arrendamiento de las rentas, como puede verse al final de la cláusula décimatercera de la escritura número 16, otorgada en Guapi (Micay) el 23 de junio de 1919, que a la letra dice:

"Y en general para que asuma la personería de la poderdante, siempre que lo estime conveniente, de manera que en ningún caso quede sin representación en negocios que interesen, ya se refieran a actos dispositivos o meramente administrativos.'

"Claramente, pues, está expresado que podía disponer del arrendamiento y demás bienes, como le pareciera al apoderado, y ella hace claramente la diferencia cuando agrega o 'meramente administrativos,' de modo que al anotar el contraste de unos y otros actos, se ve que su intención fue de facultar al apoderado para subarrendar, ceder, enajenar, en fin, actos dispositivos. A su vez, Jurado, por escritura número 18, de 1° de julio de 1919, ante el Notario de Guapi, facultó, como apoderado de la señora Peña, a Ranulfo Rodríguez para 'hacer traspasos' de las rentas. La señora Berta Paredes, viuda de Rodríguez P., confirió al mismo Ranulfo Rodríguez, poder 'para que enajene a título oneroso, los bienes de la poderdante, sean muebles o inmuebles,' en la cláusula octava de la escritura número 15, otorgada en Guapi el 18 de junio de 1919, y en la novena ibidem, 'para que haga donaciones entre vivos de bienes de la poderdante, muebles o inmuebles.' Pudo, pues, Ranulfo Rodríguez, en virtud de estos dos poderes, ceder al señor Celso S. Rodríguez los derechos y obligaciones correspondientes a los dos únicos herederos de Clodomiro Rodríguez P. en el remate de las rentas departamentales del Cauca, como lo verificó por escritura número 514, de 30 de julio de 1919, otorgada en la Notaría Primera de Popayán. El Departamento del Cauca tuvo conocimiento de este contrato entre Ranulfo y Celso R. Rodríguez, así como del constitutivo de Rodríguez & Compañía, por escritura número 516, de 30 de julio de 1919, a la cual traspasó Celso S. los derechos adquiridos como cesionario de los herederos de Rodríguez P. De suerte que al proceder el Departamento a celebrar posteriormente contrato con los herederos de Rodríguez P., como lo hizo por escritura número 451, de 7 de mayo de 1920, para recibir de tales personas las rentas que ya habían subarrendado de mala fe, con dolo, y por lo tanto, es responsable del daño emergente y del lucro cesante, en los treinta y tres meses que faltaban para terminar el contrato. El señor Celso S. Rodríguez, en memorial de 12 de agosto de 1919, comunicó a la Gobernación todo lo hecho por las herederas de Rodríguez P. y por sus apoderados, presentándole todos los poderes y sustituciones de éstos, así como las (sic) cesión de Ranulfo S. Rodríguez y la constitución de la sociedad Rodríguez & Compañía, que venía a sustituir a Clodomiro Rodríguez P. en el remate de las rentas. El Departamento confesó palmariamente el tener conocimiento de esos actos, según el documento que presento junto con esta demanda, y en parte dice así:

'Dígase al señor Celso S. Rodríguez, por conducto de su representante, y como respuesta a su memorial citado, que la Junta de Hacienda del Departamento se ha impuesto de todo lo hecho por las señoras Isidra Peña viuda de Rengifo y Berta Paredes viuda de Rodríguez, y por el señor Celso S. Rodríguez como cesionario de ellas, según los documentos adjuntos a dicho memorial, así como de la constitución de una sociedad colectiva para explotar el negocio de arrendamiento de las rentas del Departamento, celebrado entre éste y el señor Clodomiro Rodríguez P.; pero que la Junta se abstiene de aprobar o improbar esos actos por ser ellos enteramente extraños a los intereses de la entidad dueña de las rentas, entidad que considera como sucesores del rematador en sus derechos y obligaciones a los herederos del señor Clodomiro Rodríguez P.; y como persistente, en virtud del contrato respectivo, la hipoteca constituida en la respectiva escritura.'

"El anterior proyecto fue aprobado por la siguiente resolución:

'Junta General de Hacienda—Popayán, septiembre 23 de 1919.

'En sesión de esta fecha la Junta General de Hacienda aprobó el anterior proyecto de resolución, y dispuso que se comunicara íntegramente el informe al señor don Antonio Paredes como apoderado general del señor Celso S. Rodríguez. . . .'

"Tenemos, pues, el hecho capital de que el Departamento tuvo conocimiento de la cesión, por medio de apoderados, que las herederas del rematador hicieron a Celso S. Rodríguez, del remate de las rentas y de la cesión del último a Rodríguez & Compañía; y no importa que la Junta aprobara o nó la cesión, pues que según el contrato de arrendamiento celebrado entre el Gobierno y Rodríguez P. por medio de apoderado éste, podía el rematador subarrendar todo o parte, pues que la cláusula XXX de la escritura número 81, de 6 de febrero de 1919, dice literalmente:

'El Departamento reconoce al contratista la facultad de subarrendar las rentas o una o más de las que se le dan en arrendamiento en uno o más Distritos, sin más limitación que el aviso que del subarrendamiento debe dar al señor Gobernador.'

"Debe observarse que la facultad es general de subarrendar las rentas, esto es, todas y en toda su extensión, y que después de la palabra rentas siguen disyuntivos para el caso de que quisiera el rematador subarrendar una o más en uno o más Distritos. Estamos ante el hecho de que Rodríguez & Compañía no son detentadores del goce de las rentas del Cauca, que se han apoderado de ellas por la fuerza o de manera clandestina, sino en virtud de actos y contratos públicamente celebrados ante los Notarios de Popayán y Guapi, y de los cuales actos y contratos se ha dado conocimiento al dueño de la cosa arrendada, quien confesó tener conocimiento de todo ello y cobró y percibió de Rodríguez & Compañía el valor de la renta mensualmente.

"Rodríguez & Compañía administraron las rentas desde agosto de 1919 hasta mayo inclusive de 1920, y durante ese lapso de tiempo invirtieron sumas cuantiosas de dinero en proveer los estancos y estanquillos de útiles y enseres necesarios; en instalar nuevos estancos y estanquillos; en aprovisionar materiales como cargamentos de ants, y en fin, en comprar muchas cosas que sólo sirven para destilar aguardiente y que no tienen valor para otro objeto, ni otro comprador de ellas que el productor de aguardiente, que es uno solo. En estas condiciones Rodríguez & Compañía no podían legalmente ser privados de la cosa arrendada sin que se les hubiera pagado previamente la indemnización a que tenían derecho conforme a lo dispuesto en el artículo 1995 del Código Civil. Esto aun en el caso de ser ocupantes de hecho.

"El Departamento privó del disfrute legal de las rentas a Rodríguez & Compañía el 1° de junio de 1920, y para hacerlo se basó en el contrato de 7 de mayo de 1920, consignado en la escritura número 451, ante la Notaría Primera de Popayán, celebrado entre el Gobernador del Departamento y los señores Gualberto Barberán y doctor Antonio Caldas como apoderados de las señoras Isidra

Peña viuda de Rengifo y Berta Paredes viuda de Rodríguez, respectivamente, éstas como herederas únicas de Clodomiro Rodríguez P., por el cual los apoderados renunciaron a la explotación, recibo y cobro de las rentas, apartándose y quitándose del uso y goce de ellas; declararon extinguido el contrato de arrendamiento entre el Departamento y Rodríguez P., y por aquello recibieron $ 70.000. Se basó también en la Ordenanza número 64, de 18 de mayo de 1920, que en su artículo 7° dice:

'La presente Ordenanza regirá desde su sanción, y será promulgada cuando la Gobernación lo crea conveniente a los intereses del Departamento.'

"El mismo día diez y ocho fue sancionada por el Gobernador. Fue insertada—no diremos publicada—porque el periódico se dio al público el primero de junio, en el Registro Oficial de Popayán, que tiene por fecha 31 de mayo de 1920, número 907. Todo en la actuación oficial de este negociado tiene la misma corrección: el contrato celebrado ante el Notario de que se acaba de hablar, fue mantenido oculto, el señor Lorenzo Lemos rehusó mostrarlo a cuantos lo solicitaron, alegando que el Gobernador lo había ordenado así; la Asamblea ordena que la Ordenanza rija desde su sanción: esto es lógico; se trata de atropellar derechos ne particulares, es bueno también atropellar las leyes; pero el Consejo de Estado anuló tal artículo 7°, en sentencia de 15 de mayo de 1922. Así es que la Ordenanza fue promulgada el 31 de mayo de 1920; debió entrar a regir treinta días después, como lo dispone el artículo 109 de la Ley 4ª de 1913. Y después de que la Ordenanza entrara en vigor tenían los señores Rodríguez & Compañía un mes más después de notificados del desahucio; y como era un asunto controvertible ante la justicia, podían tener muchos años por delante; este hecho se debe tener en cuenta porque él puede determinar el lucro cesante al tazar los perjuicios. Por otra parte, el poder conferido al doctor Antonio Caldas por la señora Berta Paredes viuda de Rodríguez es un poder general para pleitos, pero no para actos de administración, de modo que carecía de esta facultad para contratar y esto lo sabía el Departamento; y en cuanto al de la señora Isidra Peña a Barberán, ella hizo la salvedad de los derechos de Simmonds y Rosero. Esto, por una parte, pues por otra está probado que ellas se habían apartado ya del arrendamiento, que cedieron a Rodríguez.

"Ya que se ha hablado de la corrección llevada a cabo en este asunto, es bueno hacer constar que la Ordenanza 64 de 1920, de que se ha hecho mérito, fue expedida en sesiones secretas y que mantuvieron en gran sigilo para que el público no supiera la marcha del asunto: se suponía que en ella se trataba algo de las rentas, pero nadie sabía hasta dónde iban a llegar los señores Diputados.

"Ahora bien, el artículo 1987 del Código Civil estatuye que si el arrendatario es turbado por el arrendador tendrá derecho a indemnización de perjuicios; y el 1995 del mismo Código consagra que 'en todos los casos en que se debe indemnización al arrendatario no podrá ser éste expedido o privado de la cosa arrendada, sin que previamente se le pague o se le asegure el importe por el arrendador.' Por lo expuesto se ve el derecho de Simmonds a que se le paguen los perjuicios que Rodríguez & Compañía sufrieron por los hechos ejecutados por el Departamento, pues que el Código Civil dice que el que causa un daño está obligado a repararlo. Las relaciones entre el Departamento y Rodríguez & Compañía eran las de arrendador y arrendatario.

"Pero si nada de esto hubo entre el Departamento y la sociedad dicha, si ninguna clase de relaciones jurídicas hubo entre uno y otra, entonces se impone la necesidad de hacer por el Tribunal la declaración subsidiaria, ya que Rodríguez & Compañía, si no tenían ninguna clase de vínculos con el Departamento no tenían porqué hacerle ningún pago, pues que nada le debían; debe el Departamento devolverle a Simmonds los $ 201,820 que le pagó indebidamente; y que el Departamento los cobre a quien deba habérselos pagado; pues que Rodríguez & Compañía los pagaron por su propia cuenta y no por cuenta de ninguna otra persona, sino por sí mismos, pues que se creían arrendatarios del Departamento y todavía creen haber tenido esa calidad.

"Son fundamentos de derecho de esta demanda las siguientes disposiciones:

"Ordinal 2° del artículo 7° de la Ley 169 de 1896, que asigna a vosotros el conocimiento de este asunto. Artículos 63, 667, 1603, 1612, 1613, 1614, 1615, 1616, 1974, 1982, 1987, 1995, 2134, 2313, 2341, 2342, 2356 del Código Civil, y 532 del Código de Comercio.

"Presento junto con esta demanda todos los documentos que he anotado con las letras desde la A hasta la L en los respectivos puntos, y además en el legajo marcado con la letra M, los siguientes: unas comunicaciones del Gerente de Rentas, que entró a raíz del despojo, sobre el producto de las rentas; unas cartas de las señoras Isidra Peña viuda de Rengifo y Berta Paredes viuda de Rodríguez; unas declaraciones pedidas por don Antonio Paredes, que prueban el perjuicio de Rodríguez & Compañía; y también adjuntos los siguientes números del Registro Oficial: 907, de 31 de mayo de 1920; allí están el Decreto 188 de 1920, expedido por la Gobernación del Cauca, y la Ordenanza 64 de 1920, de la Asamblea de este Departamento; 1512, de 25 de septiembre de 1928, en donde está el Decreto número 334 de 1928, en que dispone (artículo 3°) que el Director de la Imprenta del Departamento autentique el Registro Oficial; y número 1631 de 1930, en donde se publicó el certificado de la disolución de la sociedad Rodríguez & Compañía.

"Ya que el señor Simmonds me ha conferido un poder especial, lo presento también con esta demanda y os pido os sirváis bastantearlo.

"Admitida la demanda, el señor Fiscal número primero del Tribunal, en representación del Departamento del Cauca, evacuó el traslado que de ella se le dio en esta forma:

'En contestación de la demanda de veintiuno de julio de este año, que el señor Carlos M. Simmonds ha formulado, por medio de apoderado, contra el Departamento, para que sea éste condenado al pago de cien mil pesos por indemnización de perjuicios, en primer término, o, subsidiariamente, al pago de doscientos un mil ochocientos veinte pesos en vía de reintegro, "por concepto de arrendamientos de las rentas departamentales," digo a usted respetuosamente, en mi calidad de Fiscal de ese Tribunal:

'I. Me opongo abiertamente a que usted haga las dos declaraciones invocadas, por carecer de todo fundamento de justicia y de ley, esto es, por no tener respaldo ni en la verdad de los hechos, ni en derecho alguno.

'II. Los hechos los contesto así:

'1° Es cierto en lo sustancial, salvedad hecha de lo que anotaré a su tiempo.

'2° No es cierto, como lo explicaré oportunamente.

'3ª No es cierto, como lo explicaré oportunamente.

'4ª Es cierto, en lo sustancial.

'5ª No es cierto.

'6ª No es cierto.

'7ª No es cierto, como lo evidenciaré dentro del juicio.

'8ª Es cierto el otorgamiento de la escritura número 514, de 30 de julio de 1919, pero no acepto y contradigo la verdad y el efecto jurídico de las declaraciones contenidas en ella.

'9ª No es cierto. El instrumento en que tal cosa se diga no es verdadero en sus declaraciones, ni éstas pueden surtir efecto jurídico alguno.

'10. No es cierto, según las contestaciones anteriores, y porque las manifestaciones que se atribuyen al señor Celso Rodríguez no podían afectar intereses del Departamento.

'11. Niego este hecho, por la versión inexacta que se le ha dado a la respuesta de la Junta General de Hacienda, particularmente.

'12. No es cierto.

'13. No es cierto.

'14. Es cierto, pero es incompleto en lo que respecta al contenido de la escritura número 451, de 7 de mayo de 1920, de la Notaría entonces única de este Circuito.

'15. La Ordenanza número 64 de 1920 fue expedida el 15 de mayo y sancionada en 18 del mismo mes. En esta forma acepto el hecho.

'16. No es cierto que el referido Decreto contenga medidas lesivas contra persona alguna.

'17. No es cierto, y lo niego rotundamente. El Departamento volvió a tener la administración directa de las rentas, con pleno derecho, por lo que no debía entonces, ni debe ahora, indemnización a nadie.

'18. No es cierto.

'19. Es cierto en la primera parte. El concepto jurídico que contiene la segunda parte no es materia de esta respuesta.

'20. No es cierto.

'21. Este hecho es extraño al Departamento, mas cualquiera que sea su relación con el litigio, difiero al valor legal que tengan las pruebas que se aduzcan sobre el particular.

'22. No es cierto, y lo niego por lo dicho en las respuestas anteriores.

'23. No es cierto.

'24. Es cierto el otorgamiento de la escritura, pero no lo demás, ni la verdad, ni el efecto jurídico que se atribuyen a las declaraciones contenidas en ese instrumento.

'25. Es cierto el otorgamiento de la escritura referida, pero no lo demás, ni la verdad, ni el efecto jurídico que se atribuyen en las declaraciones contenidas en ese instrumento.

'26. No es cierto. El otorgamiento de una escritura pública y la verdad de las declaraciones en ella expresadas y el efecto jurídico de esas declaraciones respecto de terceros, son cosas enteramente distintas.

'III. Las razones dadas a continuación de los hechos son todas erradas, descaminadas e improcedentes. Carecen pues de todo fundamento y valor.

'Me reservo el derecho de tachar algunos de los documentos acompañados a la demanda, por falsedad, nulidad o ineficacia, de acuerdo con el artículo 708 del Código Judicial.

'Pido atentamente al Tribunal la condenación en costas por lo temerario de la demanda.

'Renuncio el resto del término del traslado, y ofrezco demostrar en el término de prueba la razón de todas y cada una de mis respuestas, por lo que pido al señor Magistrado sustanciador se sirva abrir el asunto a prueba.'

"El juicio se abrió a prueba por el término de treinta días, y con intervención del doctor Camilo Muñoz O., como apoderado especial del Departamento, siguió el curso de regla, y cumplido como está el trámite, se procede a dictar el fallo de primera instancia, previas las consideraciones necesarias.

"En la escritura pública número 81, otorgada ante el Notario de este Circuito el seis de febrero de mil novecientos diez y nueve, y debidamente registrada, que se presentó en copia fehaciente con la demanda, se lee:

'....ante mí, Lorenzo Lemos, Notario Público del Circuito de Popayán, y los testigos instrumentales que suscriben, señores Climaco Nates y Miguel Varona O., mayores de edad, de buen crédito y en quienes no concurre causal de impedimento, comparecieron los señores doctor Germán Fernández y don Antonio Paredes, ambos mayores de edad, hábiles para contratar y obligarse, vecinos de ésta ciudad, a quienes conozco personalmente, y dijeron: que el primero (Fernández) en ejercicio actual de las funciones de Secretario de Hacienda del Departamento del Cauca, de cuyo carácer oficial doy fe, parte que en adelante se llamará **el Departamento**, y el segundo (Paredes), en desempeño del mandato que le ha conferido el señor Clodomiro Rodríguez P., mayor de edad y vecino del Distrito de Guapi, mandato que consta en la escritura pública número 49, otorgada en esta Notaría el veintiocho de enero próximo pasado, parte que en adelante se llamará **el Contratista**, han convenido en formalizar por medio del presente instrumento público los contratos que se consignan en seguida:

'I. El Departamento, en virtud de la licitación que se efectuó en los días 16, 17, 18, 25 y 27 de enero último, ante la Junta General de Hacienda para el arrendamiento de las rentas departamentales de licores, tabaco y degüello por el tiempo comprendido entre el primero de marzo de mil novecientos diez y nueve y el veintiocho de febrero de mil novecientos veintitrés, y de la adjudicación que de modo definitivo se hizo de dicho remate en favor del señor Clodomiro Rodríguez P., la cual fue aprobada por el señor Gobernador en Decreto número 25, de 27 del mes próximo pasado, da en arrendamiento al señor Rodríguez P. las enunciadas rentas departamentales de licores, tabaco y degüello, así: por el término de cuatro años, esto es, del primero de marzo de mil novecientos diez y nueve al veintiocho de febrero de mil novecientos veintitrés, las correspondientes a todos los Distritos que integran las Provincias de Camilo Torres, Santander, Silvia, Popayán, Patía y Caldas; y por el término de cuarenta y dos meses, esto es, del primero de septiembre de mil novecientos diez y nueve al veintiocho de febrero de mil novecientos veintitrés, las correspondientes a los Distritos que forman la Provincia de Micay.

'II. El Departamento se obliga a poner al Contratista en posesión de las expresadas rentas, así: de las de las Provincias de Camilo Torres, Santander, Silvia, Popayán, Patía y Caldas, el primero de marzo próximo venidero, y de las de la Provincia de Micay, el primero de septiembre de este año, y a mantenerlo en esa posesión en los términos del artículo 216 de la Codificación Fiscal, siem-

pre que el rematante haya asegurado debidamente el valor del remate.

'III. El Contratista no tendrá derecho a indemnización alguna por la pérdida que sufra a virtud de accidentes y casos fortuitos que reduzcan los productos de las rentas.

'Los daños que sufra por hechos u omisiones de las autoridades o de los particulares le darán derecho a proceder contra ellos, pero no contra el Tesoro Departamental.

'Tampoco podrá exigirse indemnización alguna al Departamento, cuando el Gobernador de éste, sus Secretarios y demás autoridades administrativas, dentro de sus respectivas jurisdicciones y de acuerdo en todo caso con disposiciones vigentes, impidan la venta de licores destilados en todos los sitios de expendio o en parte de ellos, en los casos de trastorno accidental del orden público, elecciones populares y demás circunstancias en que lo juzguen absolutamente necesario para la tranquilidad pública.

'IV. El Contratista se obliga a pagar al Departamento, por el arrendamiento de las expresadas rentas, la cantidad de diez y ocho mil ochocientos veinte pesos ($ 18,820) hasta el treinta y uno (31) de agosto próximo venidero; y desde el primero de septiembre, fecha en que entran en el arrendamiento las rentas de licores, tabaco y degüello de la Provincia de Micay, hasta el veintinueve de febrero de mil novecientos veinte, veinte mil pesos mensuales ($ 20,000); durante el año comprendido entre el primero de marzo de mil novecientos veintiuno, veintiún mil pesos mensuales ($ 21,000); durante el año comprendido entre el primero de marzo de mil novecientos veintiuno y el veintiocho de febrero de mil novecientos veintidós, veintidós mil seiscientos ochenta pesos mensuales ($ 22,680), y durante el año comprendido entre el primero de marzo de mil novecientos veintidós y el veintiocho de febrero de mil novecientos veintitrés, veinticuatro mil novecientos cuarenta y ocho pesos mensuales ($ 24,948)....'

"El Gobernador del Departamento del Cauca aprobó en los términos siguientes el contrato contenido en la escritura a que se ha hecho referencia:

'Gobernación del Departamento—Popayán, trece de febrero de mil novecientos diez y nueve.

'Apruébase en todas sus partes el contrato celebrado por el señor Secretario de Hacienda del Departamento con el señor don Clodomiro Rodríguez P., por medio de su apoderado señor don Antonio Paredes, contrato del cual da fe la escritura pública número 81, otorgada ante el señor Notario Público del Circuito de Popayán el seis de febrero de mil novecientos diez y nueve y relacionado con el arrendamiento de las rentas departamentales de licores, tabaco y degüello, por cuatro años, comprendidos entre el primero de marzo próximo y el veintiocho de febrero de mil novecientos veintitrés.

'Comuníquese.

'Julio Caicedo y G.—El Secretario de Hacienda, Germán Fernández.'

"A la demanda se acompañó también un documento privado suscrito en Popayán el veintidós de enero de mil novecientos diez y nueve por los señores Clodomiro Rodríguez P., Julio Eraso Rosero y C. M. Simmonds, documento en el cual se lee:

'Conste por el presente documento, que nosotros, Clodomiro Rodríguez P., vecino de Guapi; Julio Eraso Rosero, vecino de La Unión (Departamento de Nariño) y Carlos M. Simmonds, vecino de Popayán, todos mayores de edad, nos obligamos a asociarnos por escritura pública con todas las solemnidades legales, con el fin de explotar el negocio que se desprende del remate de las rentas departamentales adjudicadas a Rodríguez P. en la licitación efectuada en los días 16, 17 y 18 de los corrientes. El contrato solemne se firmará sobre las siguientes bases:

'Primera. El negocio se considera dividido en cien acciones, de las que corresponden cuarenta y tres a Rodríguez P., treinta a Eraso Rosero y veintisiete a Simmonds.

'Segunda. Rodríguez P. aportará las cantidades que sean necesarias para las necesidades iniciales del negocio y para completar el valor de las mensualidades caso de que en los primeros meses no se alcanzare a cubrir el canon con lo que produzcan las rentas.

'Tercera. Eraso Rosero constituirá en los términos del pliego de condiciones y de acuerdo con las disposiciones vigentes, la fianza hipotecaria suficiente en favor del Departamento, para asegurar el remate adjudicado, sobre una o más fincas de su propiedad.

'Cuarta. Simmonds contribuirá únicamente con sus servicios personales y conocimientos que posee en el ramo por su larga actuación en él, sin obligación pecuniaria.

... ...

'Duodécima. El capital de la Compañía será el de cien pesos oro, que suministrará el socio Rodríguez P., y que puede ser aumentado durante la Sociedad. El aporte de Eraso y Rosero y el de Simmonds es el determinado en las cláusulas tercera y cuarta.

'Décimatercera. Las utilidades o pérdidas que diere el negocio se dividirán entre los socios en proporción de las acciones que a cada uno corresponden.

'Décimacuarta. La escritura pública respectiva se otorgará en esta ciudad en el mes de septiembre del año en curso; pero desde que Rodríguez entre en posesión del negocio, éste se regirá en un todo por las cláusulas aquí consignadas, como si ya estuviere legalmente constituida la Compañía. De modo que todos los socios tienen desde luégo los derechos y obligaciones aquí consignadas....'

"Asimismo se presentó con la demanda otro documento otorgado en Popayán por Clodomiro Rodríguez P. y Antonio Paredes el veinticinco de enero de mil novecientos diez y nueve, en que consta:

'El primero (Rodríguez P.), en su propio nombre y en su carácter de Rematador de las rentas departamentales de licores, tabaco y degüello, y también en representación de sus socios los señores don Julio Eraso Rosero, vecino de La Unión, en el Departamento de Nariño, y don Carlos M. Simmonds, vecino de Popayán, encarga a Paredes de la administración general en todo el Departamento del Cauca de las mencionadas rentas (con excepción de las de la Provincia de Micay, en los seis meses que transcurran desde el 1° de marzo al 1° de septiembre del presente año), y lo constituye, por medio del poder legal requerido en estos casos, su apoderado general para que lo represente ante la Gobernación del Departamento, ante las autoridades y funcionarios públicos y para con los particulares en todo aquello que se relacione con el aseguro y con todos los detalles del contrato celebrado con el Departamento sobre arrendamiento de dichas rentas, y para que tenga la personería necesaria en todo lo

referente a la administración y organización del negocio y en todas las gestiones y reclamaciones a que haya lugar....'

"Copia fehaciente (que se presentó con la demanda) de una actuación seguida ante el Juez del Circuito de Guapi acredita plenamente que dicho funcionario en proveído de veintidós de agosto de mil novecientos diez y nueve, declaró que por muerte de Clodomiro Rodriguez P., ocurrida el nueve de junio del mismo año, estaba abierta por ministerio de la ley la sucesión intestada del mentado señor Rodriguez P., y reconoció como heredera de éste, en el carácter de madre natural, a la señora Isidra Peña viuda de Rengifo, y por auto de veintidós de septiembre del propio año, también como heredera de Rodríguez P., a la señora Berta P. viuda de Rodríguez, como cónyuge sobreviviente del causante.

"Por escritura pública número diez y seis, pasada ante el Notario Público del Circuito de Guapi (presentada en copia auténtica con la demanda) el veintitrés de junio de mil novecientos diez y nueve, doña Isidra Peña viuda de Rengifo confirió poder a Benjamín Jurado A., y lo facultó:

'Segundo. Para que administre los bienes que correspondan a la poderdante, recaude sus productos y celebre con relación a ellos toda clase de contratos relativos a su administración.

'Séptimo. Para desistir de común acuerdo con todos los otros herederos del remate de las rentas departamentales en todo el Departamento, arreglar y transigir sin menoscabo de mis intereses con el Gobierno del Departamento del Cauca y el fiador del arrendamiento de las rentas.

'Duodécimo. Para que sustituya total o parcialmente este poder y revoque sustituciones.

'Décimotercero. Y en general para que asuma la personería de la poderdante siempre que lo estime conveniente, de manera que en ningún caso quede sin representación en negocios que le interesen, ya se refiera a actos dispositivos o meramente administrativos.'

"Benjamín Jurado, a su vez, por escritura pública número diez y ocho (que se presentó en copia con la demanda) otorgada ante el Notario del Circuito de Guapi el primero de julio de mil novecientos diez y nueve, expresó:

'En mi calidad de apoderado legal de la señora Isidra Peña viuda de Rengifo, para representar su persona, derechos y acciones en la sucesión intestada de su extinto hijo Clodomiro Rodriguez P., poder general conferido ante usted, según instrumento número diez y seis, doy poder especial al señor Ranulfo Rodriguez, de esta vecindad:

'Primero. Para que pueda gestionar ante la Junta General de Hacienda del Departamento el desistimiento del remate de las rentas departamentales de licores, degüello y tabaco, adjudicadas al mencionado señor Clodomiro Rodriguez P., en virtud de licitación que se efectuó en los días diez y seis, diez y siete, diez y ocho, veinticinco y veintisiete de enero último, según contratos formalizados por escritura pública celebrada el seis de febrero del corriente año, entre los señores Secretario de Hacienda y Antonio Paredes, mandatario legal del señor Rodriguez Peña.

. . . . . .

'Cuarto. Para en caso de no haber desistimiento del contrato con el Gobierno Departamental, hacer traspasos, exigir rendimiento de cuentas, aprobarlas o improbarlas, y por último arreglar de la manera más conveniente a los intereses de mi poderdante y a las más que pudieran favorecerme o me pertenezcan por ser esposo legal de la señora Clementina R. de Jurado, hermana del extinto Clodomiro Rodríguez P., todo asunto que se relacione con el contrato sobre las rentas ya mencionadas.'

"La señora Berta Paredes viuda de Rodriguez confirió poder general por escritura pública número quince (cuya copia se presentó con la demanda) otorgada ante el Notario del Circuito de Guapi el diez y ocho de junio de mil novecientos diez y nueve a Ranulfo Rodriguez. En ese instrumento, entre otras cláusulas, se consignaron éstas:

'Primero. Que confiere poder general al señor Ranulfo Rodriguez, mayor de edad, vecino de este lugar, para que administre los bienes de la poderdante, recaude sus productos y celebre con relación a ellos toda clase de contratos relativos a su administración.

'Octavo. Para que enajene a título oneroso los bienes de la poderdante, sean muebles o inmuebles, y que ésta tenga ya adquiridos o por los que adquiera en lo sucesivo (o tales concretando el caso, y si son bienes raíces especificando sus linderos y situación y declarando a título de qué).

'Vigésimosegundo. Para que represente a la poderdante ante cualesquiera corporaciones, funcionarios o empleados del orden judicial o del administrativo, en cualesquiera juicios, actuaciones, actos, diligencias o gestiones en que la poderdante tenga que intervenir directa o indirectamente, ya en representación propia o como cónyuge supérstite de Clodomiro Rodríguez, sea como demandante, o como demandada, o como coadyuvante de cualesquiera de las partes; sea para iniciar o seguir tales juicios, actuaciones, actos, diligencias o gestiones, que se rocen con el Gobierno o nó en juicios de sucesión o en los que por derecho de representación hayan lugar.'

"En escritura pública número quinientos catorce (cuya copia se acompañó a la demanda) pasada ante el Notario del Circuito de Popayán, el treinta y uno de julio de mil novecientos diez y nueve, Ranulfo Rodríguez dijo:

'En escritura número quince, otorgada en Guapi ante el Notario Público de ese Circuito, el diez y ocho (18) de junio próximo pasado, escritura que debidamente registrada ha tenido a la vista el suscrito Notario y que se agrega a este instrumento, la señora Berta P. viuda de Rodriguez me confirió poder amplio y bastante para representarla en todos sus negocios, y allí me dio facultad para enajenar cualesquiera bienes muebles o inmuebles que le pertenezcan. También en escritura pública número diez y ocho (18), otorgada ante el mismo Notario de Guapi el primero de julio del corriente año (1919), el señor Benjamín Jurado A. me sustituyó el poder general que le había conferido la señora Isidra P. viuda de Rengifo, y entre otras, me confirió la facultad de hacer traspasos de los derechos de mi finado hermano don Clodomiro Rodríguez P. en las rentas que remató en este Departamento, que son las de licores, tabaco y degüello. Tal escritura también la ha tenido a la vista el suscrito Notario. En ejercicio de estos poderes declaro por la presente escritura que cedo al señor Celso S. Rodriguez todos cuantos derechos y obligaciones correspondan a mis poderdantes, como herederos del señor Clodomiro Rodríguez P., y a cualquier otro título en el remate de las rentas de licores, tabaco y degüello, rentas que arrendó mi dicho hermano señor don Clodomiro Rodríguez P., en la licitación que se verificó aquí, en los días diez y seis (16), diez y siete (17) y diez y ocho (18), veinticinco (25) y veintisiete (27) de enero último. En consecuencia, todos

los derechos y obligaciones de mi referido hermano, adquiridos como constan en las escrituras públicas números ochenta y uno (81) y doscientos noventa y seis (296), de seis de febrero y siete de mayo del corriente año, respectivamente, pasan a ser del señor Celso S. Rodríguez, quien en consecuencia sustituye en un todo los compromisos y acciones que de ese contrato se originan al señor Clodomiro Rodríguez P.....

'Esta cesión la hago por la suma de quinientos pesos ($ 500), que confieso recibidos del señor Celso S. Rodríguez, a mi entera satisfacción, y debe entenderse desde el día nueve (9) del mes de junio próximo pasado....'

"Celso S. Rodríguez aceptó la enunciada escritura en todas sus partes.

"El treinta y uno de julio de mil novecientos diez y nueve se otorgó ante el Notario Público del Circuito de Popayán la escritura número quinientos diez y seis (que se acompañó a la demanda), escritura en la cual, entre otras cosas, consta:

'.....comparecieron los señores Celso S. Rodríguez, mayor de edad y vecino del Distrito de Guapi, en ejercicio de derechos propios, y Carlos M. Simmonds, también mayor de edad y vecino del Distrito de Popayán, en ejercicio de derechos propios y como apoderado del señor Julio Eraso Rosero, mayor de edad y vecino del Distrito de San José, en el Departamento de Nariño, poder que consta en la escritura pública número 484, otorgada en esta misma Notaría el quince (15) del presente mes, que se agrega a este instrumento, con el fin de perfeccionar los contratos que se consignan en las siguientes cláusulas:

'Primera. Rodríguez, Eraso Rosero y Simmonds, constituyen por el presente instrumento público una sociedad colectiva de comercio, cuya denominación es **Rodríguez & Compañía**, y cuyo domicilio es esta ciudad de Popayán.

'Segunda. La Sociedad tiene por objeto administrar directamente y por medio de mandatarios y explotar el contrato de arrendamiento de las rentas departamentales de licores, tabaco y degüello, celebrado por escrituras públicas pasadas en esta Notaría bajo los números 81 y 296, de seis (6) de febrero y siete (7) de mayo de este año (1919), respectivamente, entre el señor Secretario de Hacienda en nombre del Departamento del Cauca, y el señor don Antonio Paredes, apoderado del señor don Clodomiro Rodríguez P., y la de uno o más Distritos de los Departamentos vecinos, si fuere dado adquirirlos.

"Tercera. Con el fin indicado en el punto anterior, Rodríguez cede a la Sociedad Rodríguez & Compañía, de Popayán, y ésta acepta para sí los derechos que por los contratos mencionados adquirió el señor Clodomiro Rodríguez P. Tal cesión la efectúa Rodríguez en virtud de ser hoy dueño de dichos derechos, por haberle sido traspasados por el señor Ranulfo Rodríguez, apoderado de la señora Berta P. viuda de Rodríguez y de la señora Isidra P. viuda de Rengifo, herederas del señor Clodomiro Rodríguez P., según aparece de la escritura pública número 514, suscrita por el señor Ranulfo Rodríguez el 31 de julio en curso, ante el señor Notario del Circuito de Popayán.

'Cuarta. La cesión que hace Rodríguez a la Sociedad Rodríguez & Compañía, de Popayán, de los contratos de arrendamiento predichos, se refiere al tiempo comprendido entre el primero de agosto próximo venidero y el veintiocho de febrero de mil novecientos veintitrés, y la vacante, si la hubiere, exclusión hecha de lo que se relaciona con las rentas de licores, tabaco y degüello, correspondientes a la Provincia de Micay, las cuales se reserva para sí Rodríguez, por el mismo precio o canon que se les fijó para darlas en arriendo....

'Quinta. La Sociedad Rodríguez & Compañía, de Popayán, se subroga solidariamente con todos sus socios y con cada uno de ellos en particular, en las obligaciones que contrajo a favor del Departamento del Cauca el señor Clodomiro Rodríguez P., en razón de los contratos escriturarios de seis de febrero y siete de mayo de este año, ya nombrados, correspondientes a los derechos que cede Rodríguez a dicha Compañía. Estas subrogaciones se harán constar ante el Departamento en el tiempo necesario subsiguiente a la aprobación de la cesión que hoy hace Rodríguez....

'Séptima. De común acuerdo los socios han designado como administrador de la Sociedad Rodríguez & Compañía, con todas las facultades legales, al señor don Antonio Paredes, por todo el tiempo que dure la Compañía....

'Décima. La Sociedad principiará el primero de agosto próximo venidero y terminará el veintiocho de febrero de mil novecientos veintitrés, debiendo prorrogarse por el tiempo que dure la vacante, si la hubiere....'

"El extracto de la escritura a que se refiere el punto anterior fue registrado ante el Juez segundo del Circuito de Popayán el cinco de agosto de mil novecientos diez y nueve.

"Celso S. Rodríguez dirigió al Gobernador del Departamento, a su vez Presidente de la Junta General de Hacienda, el doce de agosto de mil novecientos diez y nueve, un memorial en que relató los contratos antes mencionados, memorial a que acompañó, en copia debidamente registrada, las escrituras públicas números quinientos catorce y quinientos diez y seis, de treinta y uno de julio de mil novecientos diez y nueve, y en el cual pidió a la mentada Junta General de Hacienda, 'tomara nota e impartiera su aprobación a todo lo hecho en representación de los sucesores del señor don Clodomiro Rodríguez P., quienes, según solución aprobada por la misma honorable Junta, con fecha doce de julio de este año, tienen la obligación de seguir cumpliendo el contrato celebrado con el Departamento sobre arrendamiento de las expresadas rentas, por todo el tiempo a que dicho contrato se refiere.' En el mismo escrito se lee:

'No está por demás manifestar a la honorable Junta que la hipoteca constituida sobre la hacienda de **La Comodidad**, por su dueño señor don Julio Eraso Rosero, seguirá sirviendo de caución en favor del Departamento, como se expresa en la cláusula sexta de la escritura social ya citada.'

"Con motivo de la solicitud de Rodríguez, la Junta General de Hacienda del Departamento del Cauca, el veinte (20) de septiembre de mil novecientos diez y nueve, adoptó la siguiente resolución:

'Dígase al señor Celso S. Rodríguez, por conducto de su representante, y como respuesta a su memorial citado, que la Junta de Hacienda del Departamento se ha impuesto de todo lo hecho por las señoras Isidra P. viuda de Rengifo y Berta Paredes viuda de Rodríguez, y por el señor Celso S. Rodríguez, como cesionario de ellas, según los documentos adjuntos a dicho memorial, así como de la constitución de una Sociedad colectiva para explotar el negocio de arrendamiento de las rentas del Departamento, celebrado entre éste y el señor Clodomiro Rodríguez; pero que la Junta se abstiene de aprobar o impro-

bar esos actos por ser ellos enteramente extraños a los intereses de la entidad dueña de las rentas, entidad que considera como sucesores del rematador en sus derechos y obligaciones a los herederos del señor Clodomiro Rodríguez P., y como persistente, en virtud del contrato respectivo, la hipoteca constituida en la respectiva escritura.

'Devuélvanse los documentos y publíquese esta resolución.'

"En el número 907 del **Registro Oficial** del Departamento, de 31 de mayo de 1920, corre publicada la Ordenanza 64, expedida por la Asamblea del Cauca de tales mes y año, y sancionada por el Gobernador el diez y ocho del mencionado mayo. Ordenanza por cuyo artículo 1° se aprueba el contrato celebrado entre el Gobernador del Departamento, en nombre de éste, y los señores Gualberto Barberán y doctor Antonio Caldas, en representación de las señoras Isidra Peña viuda de Rengifo y Berta Paredes viuda de Rodríguez, respectivamente; contrato (dice el artículo que se copia, consignado en la escritura pública número 451, de 7 del presente mes, otorgada en la Notaría de Popayán), por la cual las herederas de Rodríguez P. declaran terminado el que se ajustó con éste y restituyen al Departamento el goce de las rentas de licores, tabaco y degüello.

"A la misma Ordenanza pertenecen estas disposiciones:

'Artículo 5° Los condenados y procesados por fraude a las rentas departamentales, cometido desde el primero de marzo de mil novecientos diez y nueve, hasta la fecha de esta Ordenanza, quedan indultados de toda pena corporal desde el momento en que el Departamento éntre en la explotación directa y efectiva de dichas rentas.

'Artículo 7° La presente Ordenanza regirá desde su sanción y será promulgada cuando la Gobernación lo crea conveniente a los intereses del Departamento.'

"El Gobernador del Departamento del Cauca dictó el treinta y uno de mayo de mil novecientos veinte el Decreto número 183, en el cual se lee (**Registro Oficial** número 907):

'Artículo 1° Desde el 1° del entrante mes de junio, el Departamento asume la administración de las rentas de licores, degüello y tabaco, en todo el territorio de su jurisdicción.

'Parágrafo. En consecuencia, ninguna persona distinta del nuevo contratista podrá producir licores de los comprendidos en este monopolio, y ninguna persona distinta de los Administradores nombrados por la Gobernación podrá introducir ni vender dichos licores, ni percibir impuesto alguno por las rentas de tabaco y degüello.

'Artículo 3° Al siguiente día de la fecha de este Decreto, serán entregados por quienes los tengan o manejen, a los Alcaldes respectivos o a las personas a quienes se comisione al efecto, los edificios, aparatos, útiles y enseres de propiedad del Departamento, que por razón del contrato celebrado por el señor Clodomiro Rodríguez P., pasaron a manos de éste en su calidad de rematador.

'Artículo 6° Para los efectos del indulto concedido por el artículo 5° de la Ordenanza número 64 del presente año, serán puestas en libertad inmediatamente, por las respectivas autoridades, las personas que se hallen detenidas o cumpliendo pena por fraude a las rentas, cometido antes de la expedición de dicha Ordenanza.

'Artículo 7° El presente Decreto se publicará por bando en las cabeceras de los Distritos, y rige en la capital desde el 1° de julio y en los Distritos tan luégo como sea publicado.

"El Consejo de Estado, en sentencia de diez y seis de marzo de mil novecientos veintidós (cuya copia auténtica se trajo en el término de prueba), por la cual revisó la del Tribunal Administrativo de Popayán, de quince de marzo de mil novecientos veintiuno, sentencia proferida con motivo de una demanda propuesta por los señores 'Celso S. Rodríguez, Julio Eraso Rosero, Carlos M. Simmonds y Antonio Paredes, los tres primeros como miembros únicos de la Sociedad Rodríguez & Compañía y el último como administrador de la misma entidad, sobre nulidad de la Ordenanza número 64 y el Decreto número 188 de mil novecientos veinte, resolvió:

'Primero. No hay lugar a decidir sobre la nulidad del artículo primero de la Ordenanza 64, expedida por la Asamblea del Departamento del Cauca, en sus sesiones de mil novecientos veinte.

'Segundo. No son nulos los artículos 2°, 3° y 5° de la misma Ordenanza.

'Tercero. Decláranse nulos los artículos 4° y 6°, en cuanto autorizan al Gobernador para ejercer la facultad de los artículos 4° y 7°, en cuanto dispone que la Ordenanza rija desde su sanción.

'Cuarto. Es nulo el parágrafo del artículo 6° del Decreto número 183, de 31 de mayo de 1920, dictado por el Gobernador del Departamento; y

'Quinto. No hay lugar a decidir acerca de la nulidad de las demás disposiciones del citado Decreto.'

"El señor Antonio Paredes, como administrador de Rodríguez & Compañía, rindió las cuentas de su administración ante el Juez primero del Circuito de Popayán, cuentas que fueron aprobadas en sentencia de cinco de febrero de mil novecientos veintiuno, según consta de copias fehacientes.

"Por ministerio de la ley, la Sociedad Rodríguez & Compañía quedó disuelta el veintiocho de febrero de mil novecientos veintitrés, fecha en que expiró el término por el cual fue constituída, y los derechos y obligaciones de aquélla pasaron a Carlos M. Simmonds, Celso S. Rodríguez y Julio Eraso Rosero, quienes la acordaron y llevaron a efecto.

"La copia de la escritura pública número 808, pasada ante el Notario del Circuito de Popayán el siete de octubre de mil novecientos veintidós, hace constar que Julio Eraso Rosero cedió por dos mil doscientos pesos a Carlos M. Simmonds, 'todos los bienes, derechos, acciones, saldos activos y compensas (sic) que en la liquidación definitiva de la mencionada Sociedad (Rodríguez & Compañía) le corresponden o puedan corresponderle por cualquier otro título, que en algún modo se deriven del indicado contrato de sociedad.'

"Por medio de la escritura pública número mil ciento ocho, también pasada ante el Notario del Circuito de Popayán el cuatro de diciembre de mil novecientos diez y nueve, Carlos M. Simmonds y Celso S. Rodríguez, el primero en ejercicio de derechos propios y como cesionario de Julio Eraso Rosero, declararon que de común acuerdo habían verificado la liquidación de la Sociedad Rodríguez & Compañía y que el activo y el pasivo de Rodríguez & Compañía quedaba a cargo de Simmonds, a quien Rodríguez cedió los derechos y acciones que tenía en la misma Sociedad.

"Está, pues, demostrado, que el Departamento del Cauca, por medio de los funcionarios y entidades que lo representan, celebró con el señor Clodomiro Ramírez P. un contrato de arrendamiento de las rentas de licores,

tabaco y degüello, que fijó el tiempo que debía durar y determinó las obligaciones y derechos que surgían para las partes interesadas.

"A su vez, Clodomiro Rodríguez P., Julio Eraso Rosero y Carlos M. Simmonds se obligaron en documento privado de veintidós de enero de mil novecientos diez y nueve a asociarse por escritura pública para explotar el negocio que se desprendía del predicho contrato, escritura que debía otorgarse en la ciudad de Popayán en el mes de septiembre de mil novecientos diez y nueve.

"Don Antonio Paredes fue reconocido como apoderado de Rodríguez P. por la otra parte contratante, y Paredes cumplió las obligaciones de su poderdante en todo lo referente al enunciado contrato.

"La muerte de Rodríguez P., ocurrida el nueve de junio de mil novecientos diez y nueve, según se deduce de actuaciones judiciales antes vistas, transmitió a sus herederos, por ministerio del artículo 1008 del Código Civil, los derechos y obligaciones que se desprenden del predicho contrato de arrendamiento.

"Igualmente probado está que como herederas ab intestato de Rodríguez P. fueron reconocidas Isidra Peña viuda de Rengifo y Berta Paredes, la primera como madre natural y la segunda como cónyuge sobreviviente del causante.

"Ranulfo Rodríguez en ejercicio del poder general que le confirió Berta Paredes viuda de Rodríguez y del especial que recibió de Benjamín Jurado A., mandatario general de Isidra Peña viuda de Rengifo, cedió a Celso S. Rodríguez los derechos y obligaciones que por muerte de éste se transmitieron a su madre y a su cónyuge sobreviviente, por razón del arrendamiento de las rentas de licores, tabaco y degüello.

"Celso S. Rodríguez, como aparece antes, constituyó con Julio Eraso Rosero y Carlos M. Simmonds una Sociedad colectiva de comercio, a la cual cedió el contrato de arrendamiento de las rentas de licores, tabaco y degüello, exclusión hecha de lo relativo a la Provincia de Micay. Administrador de la Compañía fue designado don Antonio Paredes; como fecha inicial de la misma se señaló el primero de agosto de mil novecientos diez y nueve, y como día para su terminación el veintiocho de febrero de mil novecientos veintitrés.

"De la cesión efectuada en favor de Celso S. Rodríguez, y de la que éste verificó a Rodríguez & Compañía, se dio aviso a la Junta General de Hacienda, entidad que preside el Gobernador del Departamento y que se abstuvo de aprobar o improbar tales cesiones por ser enteramente extraña a los intereses del Departamento, y manifestó que consideraba como sucesores del rematante en los derechos y obligaciones de éste a sus herederos y como persistente la hipoteca constituída en la respectiva escritura.

"Así las cosas, el Gobernador del Departamento del Cauca celebró el siete de mayo de mil novecientos veinte un contrato con Isidra Peña viuda de Rengifo y Berta Paredes viuda de Rodríguez, representadas por mandatarios, con el fin de declarar extinguido el de arrendamiento de las rentas departamentales, ajustado con Clodomiro Rodríguez P., y restituir éstas al arrendador, para lo cual la Asamblea expidió el diez y siete de mayo de mil novecientos veinte la Ordenanza número 64 (que aprobó el contrato), que dio algunas facultades al Gobernador; y de este modo, según lo reconoce el Consejo de Estado, vinieron a formar un solo todo, porque se cumplió la condición a la formalidad que se había estipulado para su validez. En otros términos, el contrato es parte integrante de la Ordenanza, porque aquél no tuvo valor en derecho sino en cuanto fue aprobado por la Asamblea.

"El Consejo de Estado, en sentencia de que antes se hizo mención, expresó:

'El artículo 7º, que establece que la Ordenanza rige desde su sanción, contraviene, de modo manifiesto, a lo preceptuado en el artículo 109 de la Ley 4ª de 1913, que preceptúa que las ordenanzas no pueden entrar a regir mientras no sean promulgadas. En consecuencia, esa disposición es nula.'

"Y en efecto, la parte resolutiva de la sentencia anuló el tal artículo 7º en cuanto dispuso que la Ordenanza rigiera desde su sanción.

"Así, pues, la Ordenanza tántas veces citada no pudo entrar en vigor en el Departamento del Cauca sino treinta días después de su publicación en el periódico oficial, y como ésta se hizo en el número novecientos siete del **Registro Oficial**, correspondiente al treinta y uno de mayo de mil novecientos veinte, aquélla no tuvo fuerza legal sino desde el primero de julio del mismo año.

"Sentadas las premisas anteriores, se deduce con inflexibilidad lógica que, aunque el Consejo de Estado no ha tenido facultad para invalidar el contrato que aprobó la Asamblea del Departamento por medio de la Ordenanza número 64, aquél no ligó a las partes contratantes sino a partir del primero de julio de mil novecientos veinte.

"Plenamente se ha comprobado que sin que las herederas de Clodomiro Rodríguez P. hubiesen restituído el goce de las rentas departamentales de licores, tabaco y degüello concedido a aquél, puesto que estaban en firme las cesiones efectuadas por sus apoderados, que habían pasado su goce a Celso S. Rodríguez y éste a Rodríguez & Compañía, el Departamento del Cauca por medio de los agentes del Gobernador y sobre todo valiéndose de la autoridad de los Alcaldes, las tomó el primero de junio de mil novecientos veinte, lo cual no habría podido ocurrir, como ocurrió, por las vías de hecho, si el Jefe de la Administración Pública en el Cauca no hubiese estado investido de autoridad, como lo estaban sus subalternos inmediatos.

"Y para que no quede duda sobre este hecho, conviene anotar que el Secretario de Hacienda ha certificado que el ocho de junio de mil novecientos veinte habían comenzado a tener cumplimiento en el Cauca la Ordenanza número 64 y el Decreto 188 de ese año.

"Se alega en defensa del Departamento que Ranulfo Rodríguez como apoderado de Berta Paredes viuda de Rodríguez y sustituto de Benjamín Jurado, apoderado de Isidra Peña viuda de Rengifo, traspasó los límites del mandato que se le había conferido y que, de consiguiente, quedó afectada de nulidad la cesión que efectuó en favor de Celso S. Rodríguez de los derechos adquiridos por Clodomiro Rodríguez P. mediante el contrato que celebró con el Departamento, tántas veces mencionado; que tal cesión fue nula, porque el arrendatario podía subarrendar, pero no ceder el arrendamiento, y que la cesión de Celso S. Rodríguez a Rodríguez & Compañía quedó asimismo afectada de aquella nulidad inicial, o mejor dicho, que Rodríguez & Compañía nada adquirieron, porque el cedente no tenía nada qué ceder.

"Pero a todo esto observa el Tribunal: que la declaración de nulidad de un contrato en que el mandatario

extralimita las atribuciones que se le han conferido es acción que sólo prospera ante el poder de los Jueces ordinarios cuando la instaura el mandante o quien legalmente lo representa; que el Departamento, en la persona del Gobernador y en la de los miembros de la Junta General de Hacienda, conoció plenamente la situación de hecho de Rodríguez & Compañía en orden al goce de las rentas de licores, tabaco y degüello, situación de hecho que no rechazó. Si no la hubiese aceptado o tolerado, por lo menos, lo natural habría sido que así lo hubiera manifestado claramente.

"Y nótese también que si los derechos nacidos del contrato ajustado con Rodríguez P. se habían transmitido a sus herederos, a éstos debió exigirles el Departamento la devolución de las rentas cuyo goce había concedido a aquél; y entonces no se habría podido proceder de hecho contra Rodríguez & Compañía, porque esta entidad habría encontrado protección en las leyes civiles y de policía contra las violencias materialmente posibles.

"Dentro de la validez del contrato que las herederas de Rodríguez P. convinieron con el Departamento, la readquisición del goce de las mentadas rentas por parte del último no podía verificarse antes del primero de julio de mil novecientos veinte, porque hasta ese día no existía vínculo alguno que ligara a tales herederas con el Departamento, y antes bien estaban vigentes los que las habían ligado con Celso S. Rodríguez y a éste con Rodríguez & Compañía.

"Y nada vale a este respecto alegar que Clodomiro Rodríguez P. se hubiese manifestado conocedor de las disposiciones fiscales del Departamento, porque con ello no se justifica el procedimiento que se adoptó.

"A la indemnización del daño proveniente de haber privado el Departamento a Rodríguez & Compañía el primero de junio de mil novecientos veinte del disfrute de las rentas de licores, tabaco y degüello, ha limitado con claridad sus pretensiones el actor en la parte de súplica de la demanda que formula con el carácter de principal, lo que confirma de modo indirecto la propuesta como acción subsidiaria y su memorial de pruebas de veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta.

"Incumbe, pues, al Tribunal, el estudio del problema dentro de los términos en que se ha planteado y evitar que la solución comprenda extremos que han quedado fuera del debate, como el perjuicio consiguiente a la pérdida o deterioro de materias primas para la producción de licores, menosprecio de enseres, etc., etc., esto es, aquello que es extraño a lo exigido precisa y perentoriamente.

"En armonía con la sentencia del Consejo de Estado, mencionada antes, la Ordenanza número 64 de 1920 no pudo entrar a regir sino el primero de julio del predicho año; de modo que (a juicio de esa entidad), si bien es cierto que subsistió el contrato que aprobó el artículo primero de aquélla, sus efectos no podían surtirse sino desde esa fecha; porque, como lo expresó claramente, la Ordenanza y el contrato formaron un solo todo, ya que el contrato no podía tener vida sino por imperio de la Ordenanza.

"Para el Tribunal no pueden jurídicamente confundirse los actos que celebra la Asamblea como entidad de derecho público y los que ejecuta como persona de derecho privado (en su carácter representativo del Departamento); y por más que dichos actos aparezcan accidentalmente confundidos en una sola ordenanza, los primeros se rigen por los preceptos del derecho administrativo, y los otros por el derecho privado económico. Había bastado, en consecuencia, que la Asamblea por una simple resolución aprobara el contrato celebrado **ad referendum** entre el Gobierno del Cauca y las señoras Isidra Peña viuda de Rengifo y Berta Paredes viuda de Rodríguez, en armonía con lo que expresamente distinguió el legislador por el artículo 99 de la Ley 4ª de 1913, que dice:

'Los actos de las Asambleas Departamentales destinados a dictar disposiciones para el arreglo de alguno de los asuntos que son de su incumbencia, se denominarán ordenanzas; los que tengan por objeto la ejecución de un hecho especial, como un nombramiento, o la decisión de un punto determinado, que no imponen obligaciones ni crean derechos a los asociados, se denominarán en general **resoluciones**. Las primeras se ajustarán a las prescripciones del capítulo siguiente, y las segundas basta que sean aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros presentes en la sesión.'

"Conforme a tal precepto, pudo igualmente el Consejo de Estado hacer las distinciones del caso para calificar jurídicamente el acto privado de la aprobación contractual (**consensus**) que no imponían de suyo la observancia de las formalidades requeridas para entrar en vigor dicha Ordenanza. Pero como este punto quedó definitivamente apreciado y calificado por la corporación a quien constitucionalmente corresponde hacerlo, el Tribunal en esta controversia está por fuerza circunscrito a partir de tal apreciación como un postulado inamovible, sobre el cual se razona:

"Enseña el artículo 2343 del Código Civil que está obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos, y sobre este deber sienta la Corte Suprema de Justicia:

'Las leyes exigen que en todos los actos se proceda con la prudencia, la previsión y la diligencia necesarias, a fin de no causar daño a nadie, y estatuyen, en obsequio del bien general, que si se causa daño se presta la culpa civil, es decir, que se está en la obligación de reparar ese daño, indemnizando los perjuicios producidos.' (Casación de 15 de julio de 1912).

'Las entidades de derecho público y las personas jurídicas no son capaces de cometer los delitos o culpas que caen bajo la sanción del Código Penal; pero sí lo son de cometer culpas civiles, no ellas, sino sus agentes o representantes legales, y por lo tanto son responsables de los perjuicios que causen a las personas contra quienes se cometan.' (Sentencia de 19 de julio de 1916); y

'Las entidades de derecho público, a saber: la Nación, los Departamentos y los Municipios, son civilmente responsables de los actos que ejecutan sus agentes autorizados, en detrimento de los derechos civiles de terceros. Esta doctrina, que ha sido constante en la Corte, se apoya en los artículos 2341 y 2347 del Código Civil.' (Sentencia de 28 de abril de 1925).

"En términos vulgares—dice el profesor Ficher (los daños civiles y su reparación)—'llámase daño a todo detrimento o lesión que una persona experimenta en el alma, cuerpo o bienes, quienquiera que sea su causante y cualquiera que la causa sea, aunque se lo infiera el propio lesionado o acontezca sin intervención alguna del hombre'; pero en sentido legal el concepto del daño incluye sólo los perjuicios que el individuo sujeto de derecho sufre en su persona y bienes jurídicos, con excepción de los que se irrogue el propio perjudicado, y agrega el

citado profesor que al derecho positivo interesa el daño únicamente como causa determinante de penas e indemnizaciones.

"De donde se colige que el daño genera el deber jurídico de la reparación por el detrimento o menoscabo que sufre una persona en su cuerpo, libertad, honor o patrimonio, y que aquél toma el nombre de daño moral o de daño patrimonial propiamente dicho. A esta última clase pertenece el que se invoca—así se deduce de la demanda—para que sea reparado por el Departamento.

"El patrimonio en sentido netamente jurídico es el conjunto de derechos estimables en dinero que pertenece a una persona.

"Sin lugar a duda aparece que a Rodríguez & Compañía se les privó durante el mes de junio de mil novecientos veinte del disfrute de las rentas departamentales del Cauca, relativas a licores, tabaco y degüello, excepción hecha de las correspondientes a la Provincia de Micay; y con ello se infirió un daño positivo a dicha Sociedad, consistente en la diferencia de lo que Rodríguez & Compañía debieron recaudar como producto de las rentas en el mentado mes y lo que debían consignar por arrendamiento a las cajas departamentales e invertir en administrar el negocio. Si así no hubiere sido, inexplicable sería el empeño de algunas autoridades del Cauca para llevar a término inmediatamente el contrato que aprobó la Asamblea en sus sesiones de mil novecientos veinte y las publicaciones posteriores que se hicieron por la prensa acerca de las ventajas pecuniarias que el contrato, no obstante implicar un desembolso de setenta mil pesos, traía para la vida fiscal del Departamento, y esto sin contar las gestiones de Rodríguez & Compañía, encaminadas a conservar su situación de hecho, mediante el pago de cuantiosa suma de dinero.

'En orden a la apreciación del daño, no es posible al Tribunal fijarlo en cuantía determinada porque, como en seguida se anota, el desacuerdo de los peritos es de tal índole, que no cabe tomar el medio aritmético (artículo 853 del Código Judicial). En efecto:

"a) Don Manuel D. Maya, apoyándose en datos que corren en el proceso, fija en quince mil pesos la utilidad de que se privó a Rodríguez & Compañía en el mes de junio de mil novecientos veinte por el despojo del goce de las rentas de licores, sin computar las rentas de tabaco y degüello.

"b) El General Nicolás Rojas expresa que la estimación de perjuicios no puede hacerse sino sobre datos precisos de los daños reales y concretos sufridos por quien demanda el pago, y que en el proceso no resultan esos datos, y después de otras consideraciones concluye que Rodríguez & Compañía no han sufrido ningún perjuicio.

"c) El doctor Carlos Villamil, como perito tercero, en un estudio atento y dilatado del asunto, dice acertadamente:

'Según esto, el Departamento reasumió la administración de sus rentas treinta días antes de que rigiera la Ordenanza y con ella el contrato al cual le dio existencia legal, contrato ya mencionado que se llevó a cabo con los herederos del rematador Rodríguez Peña, sobre extinción del arrendamiento celebrado con él, y devolución consiguiente de las rentas a la entidad departamental; es decir, treinta días antes de existir el contrato que le daba algún título para ello, toda vez que la Ordenanza y el contrato eran y son una misma cosa, de inconcebible separación, que sólo podían existir al propio tiempo.

'Siendo así—que sí es—el Departamento, al reasumir, como él dice, la administración de las rentas, privó a la Sociedad Rodríguez & Compañía del uso y goce de estas mismas rentas; y lo hizo sin el título de que lo revestía de facultades y derechos la Ordenanza 64 y el contrato aprobado por ella, que rigieron treinta días después del acto del Departamento, hecho con el cual—es claro—le causó perjuicios a dicha Compañía, siquiera fuesen, a lo menos, por el lucro cesante proveniente de las rentas que administraba como subarrendataria, y sobre este perjuicio declaran los testigos Jorge Iragorri I., Julián Arboleda y Jesús Fajardo.

'Planteada así la cuestión sobre los hechos anotados, resultantes de autos, el asunto pericial queda reducido a estimar el perjuicio que sufrió la Compañía por las utilidades de que se la privó, o el lucro cesante en el lapso expresado de treinta días, estimación para la cual basta calcular lo que pudieron producir las rentas en el mes de julio antes citado, al continuar en manos de la misma Compañía de Rodríguez, cálculo que debe basarse en el producto neto de las rentas en el trimestre anterior, excepción hecha de la Provincia de Micay, que no entró en la Sociedad, para saber el promedio en el mes de junio y deducir, de la suma que arroje, los gastos de producción y el pago del canon mensual al Departamento, que era el de veintiún mil pesos oro. El excedente, o sea la diferencia entre las dos cantidades, es el valor del perjuicio que por lucro cesante sufrió la Compañía en el lapso a que contraigo mi estimación pericial.

'En virtud, pues, de lo que dejo expuesto, en mi calidad de perito tercero en el asunto, estimo como perjuicio sufrido por la Sociedad de Rodríguez & Compañía la utilidad que dejó de percibir en el producto de las rentas departamentales, o sea el lucro cesante, en los treinta días del mes de junio de mil novecientos veinte, a que me he referido, cantidad que no puedo fijar por ahora, porque no obran en autos los datos de contabilidad de la Compañía mencionada. En vista de los libros y balances respectivos podría por consiguiente fijarla.'

"Procede, por tanto, pronunciar en abstracto la obligación de indemnizar el daño que causó el Departamento del Cauca a Rodríguez & Compañía, cuyos derechos han pasado a Carlos M. Simmonds, para que en otro juicio se fije su importe con aplicación del artículo 840 del Código Judicial; pero es entendido que la cantidad de dinero que monte el daño no devenga interés, porque si bien esta sentencia impone una obligación, no podrá cumplirse sino después de estar en firme su entidad cuantitativa.

"En lo que respecta a la acción subsidiaria, se prescinde de su estudio, porque se accede a la principal en lo que se cree justo.

"Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

"Primero. Condénase al Departamento del Cauca a indemnizar a la Sociedad Rodríguez & Compañía, que tuvo su domicilio en Popayán y está liquidada, el perjuicio consistente en haberla privado del goce de las rentas departamentales de licores, tabaco y degüello durante el mes de junio de mil novecientos veinte.

"Segundo. En juicio separado se fijará, en armonía con la parte considerativa de esta sentencia, la cantidad líquida que debe pagar el Departamento del Cauca por el daño que causó a Rodríguez & Compañía.

"Tercero. El pago que se ordena se hará al señor Carlos M. Simmonds, en quien legalmente radican hoy los derechos de la predicha Compañía.

"Cuarto. Absuélvese al Departamento del Cauca del pago de los intereses demandados.

"Quinto. No hay lugar a hacer pronunciamiento alguno sobre la acción subsidiaria.

"Notifíquese y cópiese.

"Germán Fernández—Genaro A. Muñoz O.—Francisco E. Diago—Por el Secretario, el Oficial Mayor, Teófilo M. Bejarano."

Sirviéndose de estos antecedentes que detallan todos los hechos y la mayor parte de las pruebas aducidas, la Corte entra en el análisis de los elementos jurídicos que sirvieron de base al Tribunal para dictar su fallo.

Es fundamento de las peticiones hechas por el actor la vinculación jurídica que cree existe entre la Sociedad Rodríguez & Compañía y el Departamento del Cauca. De consiguiente, como premisa indispensable se hace necesario averiguar y asentar si evidentemente tal vinculación es real.

Está probado que el contrato sobre arrendamiento de las rentas de que se habla fue celebrado entre el señor Clodomiro Rodríguez P., mediante su apoderado don Antonio Paredes, y el señor doctor don Germán Fernández, en su carácter de Secretario de Hacienda, debidamente autorizado y como representante legal del Departamento del Cauca.

Rodríguez P., cuando contrató, era persona individual distinta de la entidad colectiva que prometieron formar Rodríguez P., Eraso Rosero y Simmonds, según el documento privado de fecha veintidós de enero de mil novecientos diez y nueve; entidad que no tuvo existencia legal, según el actor lo reconoce, de acuerdo con los artículos 465, 472 y 473 del Código de Comercio, por haberse omitido la solemnidad de la escritura pública que estas disposiciones reclaman.

De lo expuesto, con fundamento en los hechos probados, lógicamente se concluye, como lo hace el Tribunal sentenciador, que muerto Rodríguez P., sus derechos y obligaciones, procedentes del contrato celebrado con el Departamento del Cauca, se transmitieron a sus herederos reconocidos y declarados, doña Isidra Peña viuda de Rengifo y doña Berta Paredes viuda de Rodríguez P., en sus respectivas calidades de madre natural y de cónyuge sobreviviente del causante Rodríguez P. Y recíprocamente: los derechos y obligaciones precedentes de aquel contrato, que radicaban en cabeza del Departamento, sólo podía éste hacerlos efectivos y cumplirlos mediante dichas herederas, como así lo expresó, por el órgano de la Junta General de Hacienda del Departamento, cuando solicitado su criterio sobre el particular, en relación con actos celebrados por los apoderados de tales herederas, actos que culminaron en la constitución de una sociedad colectiva para explotar el negocio, dijo:

"..... que el Departamento se ha impuesto de todo lo hecho.....; pero que la Junta se abstiene de aprobar o improbar esos actos por ser ellos extraños a los intereses de la entidad dueña de las rentas, entidad que considera como sucesores del rematador en sus derechos y obligaciones a los herederos del señor Clodomiro Rodríguez P., y como persistente, en virtud del contrato respectivo, la hipoteca constituída en la respectiva escritura pública."

Ahora bien: si el Tribunal sentenciador reconoce que los derechos y obligaciones procedentes del contrato de arrendamiento celebrado por Rodríguez P. con el Departamento del Cauca, se transmitieron a sus herederos, por virtud del artículo 1008 del Código Civil, y si dichos herederos celebraron luégo con el Gobernador del Departamento del Cauca, mediante sus respectivos apoderados expresamente reconocidos por el Departamento, el contrato de fecha siete de mayo de mil novecientos veinte, "con el fin de declarar extinguido el de arrendamiento de las rentas departamentales, ajustado con Clodomiro Rodríguez P., y restituír éstas al arrendador," no se alcanza a descubrir el nexo jurídico que pueda existir entre el Departamento demandado y el actor señor Simmonds, quien, según su acción, hace derivar sus derechos de la Sociedad Rodríguez & Compañía, que él formó con Celso S. Rodríguez y Julio Eraso Rosero, con base en la cesión que Ranulfo Rodríguez, en su carácter de apoderado de las herederas de Clodomiro Rodríguez P., hizo a Celso S. Rodríguez de los derechos del causante Clodomiro; cesión que no habiendo sido aprobada por el Departamento del Cauca, según se ha visto, no pudo modificar su condición jurídica, ni tampoco la de las herederas de Rodríguez P. en sus relaciones con el Departamento arrendador; desde luégo que si en el contrato se estipuló la facultad de subarrendar, ella no implica la de ceder el arrendamiento o enajenarlo; bien porque según el artículo 217 del Código Fiscal del Departamento del Cauca, la cesión reclamaba el consentimiento del arrendador, ya que, mediante ella, se operaba el cambio de deudor; o en otros términos: los derechos y obligaciones del arrendatario debían pasar al cesionario, desligándose de ellos el cedente; ora porque no existiendo, como en realidad no existe, la prueba de aquel consentimiento, las actuaciones de Ranulfo Rodríguez como apoderado de las herederas, y las de Celso S. Rodríguez como cesionario de Ranulfo y cedente a Rodríguez & Compañía, son extrañas al Departamento quien, por consiguiente, debe tenerse como tercero al respecto.

Y que esto así lo entendieron las dichas herederas; y que ellas estimaron que la falta de consentimiento por parte del Departamento arrendador dejó sin efectos la actuación de su apoderado y el traspaso de sus derechos y obligaciones a Rodríguez & Compañía, lo pregona el hecho de que estipularan luégo, mediante apoderados, la devolución de las rentas al Departamento "y, por consiguiente, el derecho de explotarlas y todos los demás que emanan del contrato" de arrendamiento celebrado por el Departamento con su causante Clodomiro Rodríguez P.; renunciando el beneficio de explotarlas, recibirlas y cobrarlas; apartándose del uso y goce de ellas, sin reserva alguna, y dejando libre al Departamento para disponer de las rentas referidas como a bien lo estime; todo desde la fecha de la aprobación del contrato así estipulado, aprobación que según la cláusula séptima, debía impartirla en último término la Asamblea Departamental, "sin la cual se considerará como no escrito ni celebrado."

Dados estos antecedentes, no es jurídico aceptar el concepto de "que siempre las herederas de Clodomiro Rodríguez P. hubiesen restituído el goce de las rentas departamentales de licores, tabaco y degüello concedido a aquél, puesto que estaban en firme las cesiones efectuadas por sus apoderados, que habían pasado su goce a Celso S. Rodríguez y éste a Rodríguez & Compañía, el

Departamento del Cauca, por medio de los agentes del Gobernador y sobre todo valiéndose de la autoridad de los Alcaldes, las tomó el primero de junio de mil novecientos veinte, lo cual no habría podido ocurrir, como ocurrió, por las vías de hecho, si el Jefe de la Administración Pública en el Cauca no hubiese estado investido de autoridad, como lo estaban sus subalternos inmediatos."

Y no es admisible esta conclusión, se repite, porque si las cesiones efectuadas estaban en firme, y si el obrar de los Agentes del Departamento del Cauca en la toma de las rentas el primero de junio de mil novecientos veinte, fue un verdadero allanado, ¿por qué el sentenciador de primera instancia no tuvo en cuenta esos hechos, que debieron producir como consecuencia la condenación total de esa entidad, según los términos de la petición principal del actor? Sin embargo, como puede verse, la sentencia no tuvo esta lógica conclusión.

Y no vale, para rechazar este extremo, que es definitivo, argüir "que la declaración de nulidad de un contrato en que el mandatario extralimita las atribuciones que se le han conferido, es acción que sólo prospera ante el poder de los Jueces ordinarios cuando la instaura el mandante o quien legalmente lo representa; que el Departamento, en la persona del Gobernador y en la de los miembros de la Junta General de Hacienda, conoció plenamente la situación de hecho de Rodríguez & Compañía en orden al goce de las rentas de licores, tabaco y degüello, situación de hecho que no rechazó. Si no la hubiese aceptado o tolerado, por lo menos, lo natural habría sido que así lo hubiese manifestado claramente."

Y nada valen estas observaciones, se repite, porque precisamente el Departamento era tercero, extraño a las actividades de Rodríguez & Compañía, cuya situación de hecho en manera alguna podía obligarlo; y precisamente, por ser de hecho, no tenía el Departamento porqué considerar las relaciones de mandantes y mandatarios, respecto de gestiones que él no había encomendado, y acerca de las cuales la entidad demandada ha sido tercero, sin duda. Y más si se aprecia que las relaciones nacidas del contrato de mandato no pueden ser materia de discusión entre el Departamento del Cauca y los herederos de Rodríguez P., y entre dicha entidad y Rodríguez & Compañía, porque, como el Tribunal lo reconoce, cuando el mandatario extralimita las atribuciones que se le han conferido, la acción que prospera es la que radica en el mandante perjudicado; y en este caso concreto, ni la controversia dice relación a la nulidad de las actividades de un mandatario, ni el Departamento está vinculado por contrato alguno de esta clase.

Además: si, como el Tribunal sentenciador lo estima, la situación de Rodríguez & Compañía "en orden al goce de las rentas" era de hecho, ¿cómo puede admitirse que el solo conocimiento de ese hecho pudiera generar obligaciones para el Departamento, si es bien sabido que las obligaciones nacen en los contratos o convenciones del concurso real de las voluntades de dos o más personas; y en el contrato de arrendamiento y en el de cesión del mismo, que equivale a la enajenación del goce de la cosa arrendada, las voluntades que deben intervenir en su formación son la del arrendador, que concede el goce, y la del arrendatario, que lo acepta mediante el canon, en el primer caso; o la del arrendatario cedente que, mediante el consentimiento del arrendador primitivo, traspasa sus derechos al cesionario?

Y no basta el conocimiento de un hecho para engendrar obligaciones en casos como éste, porque para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario, entre otros requisitos, según el artículo 1502 del Código Civil, "que consienta en dicho acto o declaración"; y la voluntad presunta y el consentimiento tácito que pudieran resultar, y que en este caso se aducen contra el Departamento, porque no rechazó aquella situación de hecho, y porque la toleró, según lo conceptúa el Tribunal sentenciador, para concluir que la aceptó, y de consiguiente, lo obligó para con Rodríguez & Compañía, no pueden estar mejor contradichos, ni más expresamente manifestada la voluntad opuesta y la negativa a consentir en esa situación de hecho, que con las voces de la entidad representante del Departamento, cuando noticiada de las actividades de los representantes de las herederas y de Rodríguez & Compañía, declaró "que la Junta se abstiene de aprobar o desaprobar esos actos, por ser ellos enteramente extraños a los intereses de la entidad dueña de las rentas, entidad que considera como sucesores del rematador en sus derechos y obligaciones a los herederos del señor Clodomiro Rodríguez P....."

Y téngase presente que esta respuesta fue dada al memorial que con fecha doce de agosto de mil novecientos diez y nueve dirigió el señor Celso S. Rodríguez a la Junta General de Hacienda, y en el cual pidió que la referida entidad "tomara nota e impartiera su aprobación a todo lo hecho en representación de los sucesores del señor Clodomiro Rodríguez P., quienes, según resolución aprobada por la misma honorable Junta, con fecha doce de julio de este año, tienen la obligación de seguir cumpliendo el contrato celebrado con el Departamento sobre arrendamiento de las expresadas rentas, por todo el tiempo a que dicho contrato se refiere."

Y no se olvide que esta petición de aprobación, no fue sino una consecuencia de la cláusula quinta del contrato social Rodríguez & Compañía, que dice:

"Quinta. La Sociedad Rodríguez & Compañía se subroga solidariamente con todos sus socios, y con cada uno de ellos en particular, en las obligaciones que contrajo a favor del Departamento del Cauca el señor Clodomiro Rodríguez P., en razón de los contratos escriturarios, de seis de febrero y siete de mayo de este año, ya nombrados, correspondientes a los derechos que cede Rodríguez a dicha Compañía. Estas subrogaciones se harán constar ante el Departamento en el tiempo necesario subsiguiente a la aprobación de la cesión que hoy hace Rodríguez." (Subraya la Corte).

Ahora bien: los términos así de la petición a la Junta como los de esta cláusula, ponen de manifiesto que los mismos interesados en la Sociedad Rodríguez & Compañía, cuyos derechos se pretenden hacer efectivos en este juicio, consideraron que lo que ellos llamaron subrogación en las obligaciones a favor del Departamento y a cargo del rematador, "debía hacerse constar ante el Departamento en el tiempo subsiguiente a la aprobación de la cesión que hoy hace Rodríguez"; o en otros términos: que para generar derechos a cargo del Departamento, era preciso que tal entidad aprobara la cesión y que admitiera o aceptara la llamada subrogación; de seguro para satisfacer las exigencias del artículo 1694 del Código Civil, que dice, tratando de la novación:

"La sustitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión,

se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca del tenor o espíritu del acto."

Todo lo cual obliga a concluir que, no obstante el concepto del Tribunal, los propios interesados en esta acción contra el Departamento, de antemano consideraron que no bastaba para generar derechos contra esa entidad la situación de hecho, ni el solo conocimiento de esa situación, ni tampoco la tolerancia de la misma, ni mucho menos la falta de protesta contra ella.

El Tribunal sentenciador insiste en su criterio cuando en el fallo que se revisa estampa estos conceptos:

"Y nótese también que si los derechos nacidos del contrato ajustado con Rodríguez P., se habían transmitido a sus herederos, a éstos debió exigirles el Departamento la devolución de las rentas cuyo goce había concedido a aquél; y entonces no se habría podido proceder de hecho contra Rodríguez & Compañía, porque esta entidad habría encontrado protección en las leyes civiles y de policía contra las violencias materiales probablemente posibles.

"Dentro de la validez del contrato que las herederas de Rodríguez P. convinieron con el Departamento, la readquisición del goce de las mentadas rentas por parte del último, no podía verificarse antes del primero de julio de mil novecientos veinte, porque hasta ese día no existía vínculo alguno que ligara a tales herederas con el Departamento, y antes bien, estaban vigentes los que las habían ligado con Celso S. Rodríguez y a éste con Rodríguez & Compañía."

En esta exposición se hace difícil desentrañar el verdadero pensamiento del sentenciador de primera instancia; pues si de un lado considera los derechos del causante Rodríguez P. en la cabeza de sus herederas, para atribuírles las obligaciones correspondientes, tales como la devolución de las rentas que el Departamento había concedido a aquél, de otro lado estima que dicha entidad no hubiera podido proceder de hecho contra Rodríguez & Compañía, "porque esta entidad hubiera encontrado protección en las leyes civiles y de policía contra las violencias materialmente posibles."

El criterio expuesto obliga a proponer esta cuestión: ¿si los derechos del causante Rodríguez P. radicaban en sus herederos, en virtud de qué disposiciones civiles o de policía pudo obtenerse para Rodríguez & Compañía protección contra las actividades del Departamento, que, según hemos visto, era un tercero respecto de los actos celebrados sin su voluntad, sin su consentimiento, por los apoderados de dichas herederas, de quienes cree el Tribunal derivan sus derechos Rodríguez & Compañía? ¿Y cómo puede hermanarse este criterio con la conclusión de que "dentro de la validez del contrato que las herederas de Rodríguez P. convinieron con el Departamento, la readquisición del goce de las mentadas rentas por parte del último no podía verificarse antes del primero de julio de mil novecientos veinte, porque hasta ese día no existía vínculo que ligara a tales herederas con el Departamento, y antes bien, estaban vigentes los que las habían ligado con Celso S. Rodríguez, y a éste con Rodríguez y Compañía?"

Parece que esta conclusión tuviera base en la falsa creencia de que los derechos de Rodríguez P. no se transmitieron a sus herederos por obra del artículo 1008 del Código Civil, que el Tribunal cita; así como también en el desconocimiento de que esos derechos se transmitieron a la vez con las obligaciones correlativas a Rodríguez P. en favor del Departamento arrendador. Parece que esa conclusión se fundara en el pensamiento de que la muerte de Rodríguez P. hubiera aniquilado su personalidad jurídica patrimonial; concepto éste contradictorio con las consecuencias que deriva luégo el sentenciador, quien aprecia derechos sacados del patrimonio de Rodríguez P., en favor de Rodríguez & Compañía, y que son los mismos que, según el Tribunal, se estiman vigentes hasta la fecha en que las herederas de Rodríguez P. convinieron con el Departamento en la readquisición de las mentadas rentas por parte del último.

Indudablemente existen contradicciones en el fallo que se revisa, y más si se tiene presente que el vínculo jurídico que ligó al Departamento con las herederas de Rodríguez P., fue el contrato celebrado por éste con aquél; vínculo que sólo pudo desaparecer, desatarse, por obra de las estipulaciones pasadas entre las mismas herederas y el Departamento arrendador, y en virtud de las cuales el Departamento recibió de ellas el goce de las rentas que Rodríguez P. les había transmitido; desvinculación ésta que destruyó los efectos del antiguo contrato, no dejando subsistentes sino las prestaciones últimamente convenidas, y desaparición que aniquiló las pretensiones de Rodríguez & Compañía contra el Departamento; pues si las herederas de Rodríguez P. dispusieron de lo que les pertenecía, para transmitirlo de nuevo al Departamento, ¿qué le quedó a Rodríguez & Compañía como derivado del mismo título transmitido de los mismos causantes, si la cesión a ellos hecha no produjo efecto alguno por no haber sido aceptada por el Departamento arrendador?

Hay un hecho que parece haber fomentado la confusión acerca de la persona en quien radican los derechos en el presente caso.

Ese hecho es la dualidad que asumió el Administrador de las rentas rematadas, señor Antonio Paredes, quien, sucesivamente, tuvo el carácter de representante y mandatario de Clodomiro Rodríguez P. y de sus hedereras, carácter que fue reconocido y aceptado por el Departamento, y luégo aparece como representante de Rodríguez & Compañía, condición jurídica ésta que no fue aceptada por el arrendador.

Ahora bien: según aparece en autos, muerto Rodríguez P., el Administrador, señor Paredes, consultó a la Junta General de Hacienda se le hiciera saber oficialmente si su situación en el desempeño del mandato recibido, y mientras se le sustituyera con otro, seguía siendo legal, y no ofrecía, por tanto, ningún peligro de nulidad, "así en lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones para con la entidad departamental, como por lo que hace relación a los particulares."

Y la Junta le contestó:

"Dígase a don Antonio Paredes, en respuesta a su memorial de hoy, que esta Junta estima que la muerte del rematador no ha afectado en nada la condición de las partes contratantes, ni en sus respectivos derechos y obligaciones, puesto que al señor Rodríguez le sucederán legalmente sus herederos, y ya que, además, la efectividad de las obligaciones del contratista rematador está garantizada con una hipoteca, que no caduca ni se acaba por la muerte del obligado. Y dígasele, además, que en concepto de esta Junta las funciones del apoderado del rematador no cesan tampoco, mientras los herederos del mandante no provean cosa diferente."

En vista de estas declaraciones, y por cuanto el carácter de administrador o representante de Rodríguez & Compañía no aparece fuera reconocido y aceptado por el Departamento, debe concluirse que, si después de la muerte de Rodríguez P., el Departamento arrendador continuó entendiéndose con el señor Paredes, como apoderado de las herederas del arrendatario, esta actuación no puede calificarse de tolerancia de actos que ejecutara Rodríguez & Compañía mediante su representante Paredes, dado que bien claro aparece así del obrar del señor Paredes como del Departamento, tal como lo patentizan las declaraciones arriba copiadas, ya que—se repite—el carácter de representante de Rodríguez & Compañía no fue reconocido por el Departamento arrendador.

El Tribunal sentenciador ha deducido de la primera o principal petición de la demanda, que el actor limita sus pretensiones "a la indemnización del daño proveniente de haber privado el Departamento a Rodríguez & Compañía, el primero de julio de mil novecientos veinte, del disfrute de las rentas"; y confirma su deducción con la petición formulada como subsidiaria.

Lo expuesto hasta aquí sería suficiente para determinar de modo preciso la condición jurídica de las partes en esta controversia; empero, como el sentenciador en la primera instancia, según su criterio, encontró base para condenar al Departamento, en parte, de lo pedido por el actor, es necesario dilucidar sobre este punto para reconocer la contextura jurídica de tal condenación.

Base de la misma es el comentario que en seguida se copia:

"En armonía con la sentencia del Consejo de Estado, mencionada antes, la Ordenanza número 54 de 1920 no pudo entrar a regir sino el primero de julio del predicho año; de modo que (a juicio de esa entidad), si bien es cierto que subsistió el contrato que aprobó el artículo 1º de aquélla, sus efectos no podían surtirse sino desde esa fecha; porque, como lo expresó claramente, la Ordenanza y el contrato formaron un solo todo, ya que el contrato no podía tener vida sino por imperio de la Ordenanza.

"Para el Tribunal no pueden, jurídicamente, confundirse los actos que celebra la Asamblea, como entidad de derecho público, y los que ejecuta como persona de derecho privado (en su carácter representativo del Departamento); y por más que dichos actos aparezcan accidentalmente confundidos en una sola ordenanza, las primeras se rigen por los preceptos del derecho administrativo, y los otros por el derecho privado económico. Habría bastado, en consecuencia, que la Asamblea, por una simple resolución, aprobara el contrato celebrado ad referendum entre el Gobierno del Cauca y las señoras Isidra Peña viuda de Rengifo y Berta Paredes viuda de Rodríguez, en armonía con lo que expresamente distinguió el legislador por el artículo 99 de la Ley 4ª de 1913, que dice:

'Los actos de las Asambleas Departamentales, destinados a dictar disposiciones para el arreglo de alguno de los asuntos que son de su incumbencia, se denominarán ordenanzas; los que tengan por objeto la ejecución de un hecho especial, como un nombramiento, o la decisión de un punto determinado, que no imponen obligaciones ni crean derechos a los asociados, se denominarán en general resoluciones. Las primeras se ajustarán a las prescripciones del capítulo siguiente, y las segundas, basta que sean aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros presentes en la sesión.'

"Conforme a tal precepto pudo igualmente el Consejo de Estado hacer las distinciones del caso para calificar jurídicamente el acto privado de la aprobación contractual (consensus), que no imponían de suyo la observancia de las formalidades requeridas para entrar en vigor dicha Ordenanza. Pero como este punto quedó definitivamente apreciado y calificado por la corporación a quien constitucionalmente corresponde hacerlo, el Tribunal en esta controversia está, por fuerza, circunscrito a partir de tal apreciación como un postulado inamovible, sobre el cual se razona:

"Enseña el artículo 2343 del Código Civil, que está obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos, y sobre este deber sienta la Corte Suprema de Justicia:

'Las leyes exigen que en todos los actos se proceda con la prudencia, la previsión y la diligencia necesarias, a fin de no causar daño a nadie, y estatuyen, en obsequio del bien general, que si se causa daño se presta la culpa, es decir, que se está en la obligación de reparar ese daño, indemnizando los perjuicios producidos.' (Casación de 15 de julio de 1912).

'Las entidades de derecho público y las personas jurídicas no son capaces de cometer los delitos o culpas que caen bajo la sanción del Código Penal; pero sí lo son de cometer culpas civiles, no ellas, sino sus agentes o representantes legales, y, por lo tanto, son responsables de los perjuicios que causen a las personas contra quienes se cometen. (Sentencia de 19 de julio de 1916).

'Las entidades de derecho público, a saber: la Nación, los Departamentos y los Municipios, son civilmente responsables de los actos que ejecutan sus agentes autorizados, en detrimento de los derechos civiles de terceros. Esta doctrina, que ha sido constante en la Corte, se apoya en los artículos 2341 y 2347 del Código Civil.' (Sentencia de 23 de abril de 1925).

"En términos vulgares—dice el Profesor Ficher (los daños civiles y su reparación)—'llámase daño a todo detrimento o lesión que una persona experimenta en el alma, cuerpo o bienes, quienquiera que sea su causante y cualquiera la causa que sea, aunque se lo infiera el propio lesionado, o acontezca sin intervención alguna del hombre; pero en sentido legal, el concepto del daño incluye sólo los perjuicios que el individuo, sujeto de derecho, sufre en su persona y bienes jurídicos, con excepción de los que se irrogue el propio perjudicado,' y agrega el citado Profesor, que al derecho positivo interesa el daño únicamente como causa determinante de penas e indemnizaciones.

"De donde se colige que el daño genera el deber jurídico de la reparación por el detrimento o menoscabo que sufre la persona en su cuerpo, libertad, honor o patrimonio, y que aquél toma el nombre de daño moral o de daño patrimonial, propiamente dicho. A esta última clase pertenece el que se invoca—así se deduce de la demanda—para que sea reparado por el Departamento.

"El patrimonio, en sentido netamente jurídico, es el conjunto de derechos estimables en dinero que pertenece a una persona.

"Sin lugar a duda aparece que a Rodríguez & Compañía se les privó durante el mes de junio de mil novecientos veinte, del disfrute de las rentas departamentales del Cauca, relativas a licores, tabaco y degüello, excepción hecha de las correspondientes a la Provincia de Micay; y con ello se infirió un daño positivo a dicha Sociedad, consistente en la diferencia de lo que Rodríguez & Com-

pañía debieron recaudar como producto de las rentas en el mentado mes, y lo que debían consignar por arrendamiento a las cajas departamentales e invertir en administrar el negocio. Si así no hubiera sido, inexplicable sería el empeño de algunas autoridades del Cauca para llevar a término inmediatamente el contrato que aprobó la Asamblea en su sesión de mil novecientos veinte, y las publicaciones posteriores que se hicieron por la prensa acerca de las ventajas pecuniarias que el contrato, no obstante implicar un desembolso de setenta mil pesos, traía para la vida fiscal del Departamento, y esto sin contar las gestiones de Rodríguez & Compañía, encaminadas a conservar su situación de hecho, mediante el pago de cuantiosa suma de dinero."

En esta exposición se admite que el Departamento es responsable de daño inferido a Rodríguez & Compañía, con base en que el contrato, en virtud del cual volvieron las rentas a poder del Departamento, no pudo tener efecto sino desde el primero de julio de mil novecientos veinte, y nó desde la promulgación de la Ordenanza que lo aprobó; porque la Ordenanza y el contrato formaron un solo todo, dado que el contrato no podía tener vida sino por imperio de la Ordenanza; porque el Consejo de Estado no hizo las distinciones del caso para calificar jurídicamente el acto privado de la aprobación contractual (consensus), que no imponía de suyo la observancia de las formalidades requeridas para que dicha Ordenanza entrara en vigor; y como aquella corporación, a pesar de no haber hecho esas distinciones, anuló el artículo 7º de esa ley departamental, artículo que determinó como fecha de su vigencia la de la sanción; con estos antecedentes, el Tribunal consideró "que el punto quedó definitivamente apreciado y calificado por la corporación a quien constitucionalmente corresponde hacerlo"; quedando el Tribunal "por fuerza circunscrito a partir de tal apreciación, con un postulado inamovible, sobre el cual se razona."

Fundamentos del fallo aludido del honorable Consejo de Estado, son éstos:

"La Ordenanza y Decreto en referencia son los actos que han sido acusados en este juicio, y de ellos pasa a ocuparse el Consejo, estudiándolos por su orden y examinando separadamente sus disposiciones, las cuales, según se observa, son de diversa índole y de distinto carácter.

"Constituye el artículo 1º de la Ordenanza, la aprobación de la Asamblea al contrato celebrado entre el Gobernador del Departamento, en nombre de éste, y los señores Gualberto Barberán y Antonio Caldas, en representación de los herederos del rematador de las rentas.

"La cuestión previa y fundamental que debe estudiarse al examinar este artículo, es la de si el Consejo es competente para su revisión.

"La competencia de un Juez para conocer de una causa depende de la naturaleza de ésta, dice el artículo 156 del Código de Organización Judicial; y el artículo 157 del mismo Código establece que la jurisdicción se determina en las disposiciones que señalan las atribuciones de los respectivos Tribunales.

"De modo que debe examinarse la naturaleza del artículo acusado, y estudiar las disposiciones que atribuyen su conocimiento, para poder resolver si el Consejo tiene o nó jurisdicción en el caso que se contempla.

"Como se ha visto y debe tenerse en cuenta, en el contrato que celebró el Gobernador en mayo de mil novecientos veinte, con los apoderados de las herederas del rematador de las rentas, se estipuló expresamente que para su validez era necesaria la aprobación de la Asamblea, sin la cual se consideraría ese pacto como no escrito ni celebrado.

"La aprobación, pues, contenida en el artículo 1º de la Ordenanza, es parte integrante del contrato, y, además, constituye su perfeccionamiento, toda vez que sin ese requisito lo pactado no tendría firmeza ni eficiencia.

"Sabido es que las entidades públicas, como la Nación, el Departamento y el Municipio, además de su carácter político, tienen el de personas jurídicas, con capacidad para contratar, adquirir derechos y contraer obligaciones, nivelándose, por ese aspecto, a las demás personas de derecho privado.

"Si, pues, cuando un Departamento contrata, o ejecuta cualquier acto de gestión, obra es con el carácter de persona jurídica, es claro que, siendo la aprobación dada al referido contrato elemento esencial de él, la Asamblea, al impartirla, procedió en representación del Departamento, considerado como persona jurídica, como parte contratante, y nó como entidad de derecho público.

"Como consecuencia lógica, y por tratarse de cuestiones regladas por el derecho civil, es doctrina reconocida y aceptada que las controversias que se susciten por razón de actos del Estado y demás entidades políticas, en los cuales predomina su carácter de personas jurídicas, deben ventilarse ante la justicia ordinaria.

"En armonía con esos principios, el Consejo, en sentencia proferida el veintidós de noviembre de mil novecientos veinticinco, dijo lo siguiente:

'Como las leyes civiles son las que reglamentan todo lo relativo a la validez o nulidad de los contratos celebrados con particulares por los Gobernadores de los Departamentos, considerados éstos como entidades de derecho civil, es la justicia ordinaria y nó los Tribunales administrativos, la llamada a decidir sobre la nulidad de un contrato de esta clase.'

"El señor Fiscal, en el escrito que presentó como resumen de sus alegaciones orales, conceptúa que el Consejo es competente para conocer la demanda de nulidad de todas las disposiciones acusadas, fundado en estas consideraciones:

'Tanto el Consejo de Estado, como el Tribunal Seccional de Popayán, son competentes para fallar el pleito, de acuerdo con las disposiciones consignadas en los artículos 1º, 19, ordinal a); 39, ordinal a), y 111 de la Ley 130 de 1913. Los únicos casos en que la autoridad contencioso-administrativa no es competente para revisar los actos administrativos, son aquellos que expresamente exceptuados por los artículos 18, ordinal i), y 38, ordinal g), de la Ley ya mencionada, es decir, cuando se acusan resoluciones de los Ministros o de los Gobernadores que, aunque pongan fin a una actuación administrativa, se originan las primeras en contratos celebrados en nombre del Estado, y las últimas en contratos otorgados en nombre de una entidad política distinta de aquél, y como aquí nó se trata de la nulidad de resoluciones ministeriales o gubernamentales, sino de una ordenanza departamental y de un decreto expedido por el señor Gobernador del Cauca, considero que es el caso de resolver sobre lo principal del pleito. Si de otro modo se procediera, vendrían a quedar comprendidos en la excepción actos distintos de los mencionados en ella, y sabido es que, cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, según lo prevenido en el artículo 27 del Código Civil.'

"Mas es preciso observar que no sólo están excluídos

del conocimiento de esta jurisdicción los asuntos expresamente exceptuados en los artículos 18 y 38, que el señor Fiscal cita e invoca, sino además aquellos que por su naturaleza e índole corresponden a la justicia común, tanto en virtud de principios fundamentales de derecho, como por disposición de la ley.

"Así, pues, siendo la aprobación contenida en el artículo 1°, la parte esencial del contrato que celebró el Gobernador con el apoderado de las herederas del rematador de las rentas, la controversia sobre la validez o nulidad del acto aprobatorio es de la competencia de la justicia ordinaria, tanto debido al carácter jurídico del acto acusado, como por estar atribuído su conocimiento al Poder Judicial por el ordinal 2° e inciso final del artículo 7° de la Ley 169 de 1896.

"No todos los actos emanados de los funcionarios o corporaciones son materia del recurso contencioso-administrativo, pues, como se ha visto, cuando esos actos son ejecutados en representación de una entidad pública, considerada como persona jurídica, sólo pueden conocer de ellos y resolver sobre su validez o nulidad los Tribunales civiles.

"Como muy bien lo dice Laferrière:

'Para que una cuestión contenciosa escape a la jurisdicción de la justicia ordinaria, no basta invocar un interés público para dar una forma administrativa a actos que, por su objeto, son propios del derecho común. Es preciso que el carácter administrativo del acto resulte de su naturaleza y no únicamente de la calidad de su autor.'

"Con respecto a la revisión del referido artículo 1°, hacen los demandantes en su libelo (folio 56 vuelto), esta manifestación:

'Nosotros no pedimos, ni pedir podríamos, que por vosotros se declare nulo el contrato a que el artículo transcrito alude, ya que sería incurrir en el mismo defecto que hemos criticado: pretermitir la vía judicial de un lado, y exigir que hagáis aquello para lo cual no tenéis facultad. Mas como sí podéis herir con la nulidad la Ordenanza, acusamos como violatorio de la Constitución y de la ley, y como lesivo de los derechos civiles, el artículo 1°'

"Si el Poder Judicial, como reconocen los demandantes de modo explícito e inequívoco, es el competente para decidir sobre la nulidad del contrato celebrado por el Departamento con las herederas del rematador, tiene que admitirse, como consecuencia lógica, que es al mismo Poder a quien le corresponde resolver sobre la nulidad del acto aprobatorio, toda vez que éste es parte integrante del pacto, constituye su perfeccionamiento, y a él le está subordinada su existencia, pues expresamente se estipuló que sin ese requisito se consideraría el contrato como no escrito ni celebrado.

"De lo anteriormente expuesto se colige que el Consejo carece de jurisdicción para revisar el artículo aprobatorio del contrato en referencia.

"Como las demás disposiciones de la Ordenanza acusada son de carácter administrativo, y, por tanto, están sometidas a esta jurisdicción, el Consejo pasa a examinarlas para resolver si es o nó el caso de declarar la nulidad."

Esta exposición pone de relieve, sin lugar a duda, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por incompetencia de jurisdicción, se abstuvo de fallar sobre lo relativo al contrato, distinguiendo en éste las estipulaciones de derecho privado relacionadas con el consentimiento de las partes, sobre derechos patrimoniales, y los mandatos o preceptos de gestión público-administrativa, atañederos a la comunidad.

Ahora bien: si la jurisdicción contencioso administrativa resolvió que la decisión sobre la validez o nulidad del contrato no era de su resorte, es claro que menos puede atribuírsele resolución alguna sobre su eficacia, temporal o perpetua; y si al declarar la nulidad del artículo 7° de la Ordenanza, relacionado con su vigencia, el honorable Consejo de Estado consideró esta disposición como de carácter administrativo o de gestión pública, hay que admitir que si se estableció diferencia entre las distintas disposiciones de la Ordenanza, para dejar a salvo las relacionadas con el interés privado de los contratantes, y herir o anular aquéllas que menoscaban el derecho público interno social o de la comunidad.

El artículo 7° anulado dice:

"La presente Ordenanza regirá desde su sanción, y será promulgada cuando la Gobernación lo crea conveniente a los intereses del Departamento."

El Tribunal sentenciador ha creído que la nulidad relativa a la vigencia de la Ordenanza desde su sanción, hizo que el contrato no tuviera efectos sino solamente después de treinta días de la promulgación de los mandatos de la corporación legislativa del Departamento del Cauca, sin observar que la disposición del artículo 7° se refiere a los derechos y obligaciones del Departamento nacidos o que pudieran nacer de los mandatos contenidos en la Ordenanza, como dictada por la entidad administrativa encargada de la gerencia de ese patrimonio cívico común; patrimonio que exige el conocimiento de su extensión, para que pueda gozarse ordenada y libremente, y exigencia que reclama la promulgación del precepto, para que obligue a los súbditos, según lo estatuye el artículo 106 de la Ley 4ª de 1913.

Empero, como el contrato, en su carácter de vinculación de derecho privado entre las partes, y sólo entre las partes que se estipularon, estableció en la cláusula séptima: "El presente contrato necesita para su validez de la aprobación de la Asamblea Departamental, sin la cual se considerará como no escrito ni celebrado," se hace preciso distinguir si tal aprobación la constituyó la vigencia de la Ordenanza, fundada en su publicación, o si el consentimiento de la corporación legislativa departamental quedó perfecto cuando ella declaró en el artículo 1° de la Ordenanza citada:

"Apruébase el contrato celebrado entre el señor Gobernador del Departamento, en nombre de éste, y los señores Gualberto Barberán y doctor Antonio Caldas, en representación de las señoras Isidra Peña viuda de Rengifo y Berta Paredes viuda de Rodríguez, respectivamente..."

Para la Corte es indudable que esta declaración perfeccionó el contrato, desde luégo que éste fue el requisito que las partes estimaron eficaz, así desde el punto de vista de las leyes fiscales vigentes, que debieron tenerse como incluídas en el contrato, como desde el punto de vista de la voluntad de las mismas partes. Y que esto es así, lo demuestra la distinción ya hecha, y que es preciso repetir: el artículo 1° de la Ordenanza no constituye un mandato administrativo que obligue a los súbditos; de consiguiente, ellos no necesitan conocerlo para atemperar a él sus actuaciones sociales; tal artículo es simplemente una formalidad esencial, que dice relación a las estipulaciones patrimoniales o de derecho privado

que ligan a las partes contratantes y sólo a ellas; de suerte que una vez cumplida, el contrato quedó perfecto y empezó a producir sus efectos. Y como dicha formalidad se satisfizo desde la fecha de la sanción de la Ordenanza, acto que se realizó el diez y ocho de mayo de mil novecientos veinte, hay que concluir que desde esta fecha el Departamento entró en el goce de los derechos que el contrato le confirió, y que la decisión del Tribunal, fundada en el criterio opuesto, de que el obrar del Departamento le causó perjuicios a Rodríguez & Compañía, siquieran fuesen a lo menos por el lucro cesante, por haberla privado del goce de las rentas durante el mes de junio de mil novecientos veinte, debe ser revocada, concluyendo que no está probada en los autos la vinculación jurídica que, como existente entre la Sociedad Rodríguez & Compañía y el Departamento del Cauca, ha sido alegada para demandar de éste la prestación principal a que se refiere la demanda, debiendo declararse en definitiva la absolución integral del demandado por este aspecto.

Con respecto a la petición subsidiaria fundada en que "si nada de esto hubo entre el Departamento y la Sociedad dicha, si ninguna clase de relaciones jurídicas hubo entre uno y otra, entonces se impone la necesidad de hacer por el Tribunal la declaración subsidiaria, ya que Rodríguez & Compañía, si no tenían ninguna clase de vínculo con el Departamento, no tenían porqué hacerle ningún pago, pues que nada le debían, debe el Departamento devolver a Simmonds los $ 201,820 que le pagó indebidamente; y que el Departamento los cobre a quien deba habérselos pagado; pues que Rodríguez & Compañía los pagaron por su propia cuenta, y no por cuenta de ninguna persona, sino por sí mismos, pues que se creían arrendatarios del Departamento; y todavía creen haber tenido esa calidad."

Acerca de este punto, la Corte observa: en los autos no aparece la prueba de que Rodríguez & Compañía hubieran pagado por su propia cuenta el canon de arrendamiento de las rentas, ni que la entidad arrendadora les hubiera recibido el pago con ese carácter; al contrario, como ya se ha visto, dicha entidad, a la pregunta formulada por el Administrador, ya reconocido, señor Paredes, sobre si se consideraba por el Departamento concluída su gestión como apoderado del señor Clodomiro Rodríguez P., y con motivo de la muerte de éste, el Departamento contestó que seguiría considerándolo en esta calidad hasta que los herederos hicieran uso de sus derechos. Y como el Departamento, según está demostrado, no aceptó el carácter de cesionario que pretendieron Rodríguez & Compañía, y como no consta que reconociera a Paredes como representante de Rodríguez & Compañía, hay que concluír que por este aspecto no existe vinculación entre Rodríguez & Compañía y el Departamento del Cauca, y que los pagos que el señor Paredes hizo al Departamento fueron aceptados por el Departamento en calidad de mandatario de Clodomiro Rodríguez P. o de sus herederos, según el reconocimiento hecho.

De suerte que la dualidad de carácter de Administrador que el señor Paredes pudo tener, no es obstáculo para que pudiera pagar, y el solo carácter de mandatario reconocido de Rodríguez P. o de sus herederos, es motivo para que se estime como bien hecho el pago, sin que esto sea obstáculo para que quien pagó pueda repetir contra el deudor cuya deuda solucionó; no siendo presumible siquiera que, derivando Rodríguez & Compañía sus derechos de Clodomiro Rodríguez P., pudiera estimar que en ellos se hubieran vinculado sin carga ninguna; o que siendo los herederos de aquél, obligados por él ante el Departamento y por virtud del arrendamiento, tuviera eficacia el contrato por virtud de la sucesión, sin las obligaciones, tales como pagar el canon que, según el mismo contrato, les corresponde. Todo esto obliga a concluir que la petición subsidiaria contra el Departamento del Cauca tampoco está probada en sus fundamentos de hecho y de derecho, y, de consiguiente, no puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Primero. Revócase la sentencia de que se ha hecho mérito, en sus declaraciones primera, segunda y tercera, en cuanto condena al Departamento del Cauca a indemnizar a la Sociedad Rodríguez & Compañía, de quien es causahabiente el actor Carlos M. Simmonds, el perjuicio en haberlo privado del goce de las rentas departamentales de licores, tabaco y degüello, durante el mes de junio de mil novecientos veinte, y también en cuanto dispone se fijen en juicio separado tales perjuicios y manda que el pago se haga al señor Carlos M. Simmonds.

Segundo. Confírmase la aludida sentencia, en cuanto absuelve al Departametno del Cauca del pago de los intereses demandados, y en cuanto declara que "no hay lugar a hacer pronunciamiento alguno sobre la acción subsidiaria."

Tercero. Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente devuélvanse las diligencias a la oficina de procedencia.

ENRIQUE A. BECERRA—Carlos Arturo Díaz—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, marzo treinta y uno de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

En tiempo hábil y dentro del juicio que con jurisdicción coactiva sigue el señor Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales, por suma de pesos, contra José María Ribón y sus fiadores Manuel María Valdivieso y Teresa Campuzano, el apoderado doctor José Manuel Cuéllar, fundándose en el artículo 1025 de la Ley 105 de 1931, en libelo de fecha veintiocho de enero de mil novecientos treinta y dos, propuso las excepciones siguientes: nulidad del documento ejecutivo, transacción, petición indebida o antes de tiempo, novación, incumplimiento por parte del Gobierno, y violación del contrato y dolo en su ejecución por el Gobierno.

Tramitado el incidente en forma legal con intervención del señor Procurador General de la Nación, y alegadas las que oportunamente se pidieron, es procedente el fallo que determine la situación jurídica de las partes.

Fundamentos de aquellas excepciones son los siguientes argumentos:

"1. Nulidad del documento ejecutivo.

"Fundo esta defensa en la circunstancia de no estar la Resolución que sirve de recaudo ejecutivo firmada por el señor Presidente de la República y su Ministro, que forman el Gobierno, de acuerdo con preceptos constitucionales, legales y de jurisprudencia administrativa, sino únicamente por el Ministro, por lo cual carece de valor, y en no haber sido notificada personalmente al respon-

sable ni a sus fiadores. La notificación por edicto, que autoriza la Ley 53 de 1909, no puede efectuarse sino después de que se hayan hecho las gestiones legales para la notificación personal, durante quince días, y no se haya logrado conseguirla, y en el expdiente no aparece la menor constancia al respecto.

"II. Transacción.

"El Gobierno, reconociendo expresamente que había violado el contrato celebrado con mi poderdante para la conducción de correos, y temeroso de la reclamación de perjuicios que a la Nación podía acarrear tal hecho, pactó con Ribón la terminación amigable de su contrato, y le reconoció una indemnización de $ 3,875 moneda legal, por medio de los convenios que fueron firmados el diez y nueve de septiembre de mil novecientos veintinueve, y que no han sido hasta hoy declarados nulos, ni judicial ni administrativamente, y son ley para los contratantes. En esos contratos consiste y se funda la excepción de transacción que propongo.

"III. Petición indebida o antes de tiempo.

"Estando vigentes, tanto el contrato para la conducción del correo del Pacífico, puesto que la Resolución que lo declaró caducado carece de valor y no se halla en firme, como los contratos de transacción y reconocimiento de perjuicios de que trato en punto anterior, la Nación no puede demandar a mi cliente por supuesto incumplimiento. Además, Ribón no se halla en mora, como sí lo está la Nación, para cumplir el contrato, toda vez que no pagó oportunamente el precio en las condiciones anotadas.

"IV. Novación.

"El contrato celebrado por Ribón se limitó a la conducción de correos por la línea del Pacífico, y como el Gobierno determinó conducir por esa línea el correo de la del Atlántico, y mi poderdante la efectuó durante varios meses, hubo modificación de parte esencial del convenio primitivo, el cual quedó novado legalmente.

"V. Incumplimiento por parte del Gobierno.

"Esta defensa se funda en el hecho de no haberse pagado cumplida y oportunamente a Ribón el valor de sus servicios como contratista de la conducción de correos de la línea del Pacífico.

"VI. Violación del contrato y dolo en su ejecución por el Gobierno.

Fundo esta defensa en los siguientes hechos:

"a) Mi poderdante contrató con el Gobierno la conducción del correo de la línea directa del Pacífico, y viceversa, de acuerdo con el itinerario fijado en la cláusula a) del artículo 1°, haciendo tal servicio por un precio enormemente inferior al que se venía acostumbrando y con grandes beneficios para el Fisco.

"b) En el contrato se estipuló que no habría limitación de peso, pero se determinó claramente que la conducción se circunscribía a la línea del Pacífico, pues las restantes se conducían por otros contratistas o directamente por el Gobierno.

"c) Con todo, el Gobierno determinó de manera intempestiva, y a sabiendas de que violaba el contrato con Ribón, introducir por la vía del Pacífico el correo que se venía introduciendo por la del Atlántico, sin modificar el contrato ni obtener previamente la aceptación del contratista-conductor del Pacífico.

"d) Durante varios meses (mientras tuvo recursos), Ribón resistió el recargo que le representaba en gastos, etc., el transporte del correo del Atlántico por su línea, en la esperanza de que se le reconociera un aumento equitativo, como se le ofreció.

"e) El Gobierno no reconoció el aumento pedido, y Ribón suspendió el servicio de acuerdo con el Gobierno, quien, en són de declarar caducado o terminado este contrato, celebró con el señor Pablo Holguín para la conducción del mismo correo, y en él le reconoció un aumento de dos mil pesos ($ 2,000) mensuales por el correo del Atlántico que condujera por la línea del Pacífico, demostrando, una vez más, la mala fe con que había procedido con Ribón y la violación clarísima del contrato de éste.

"f) Solamente, meses después, vino a declararse caducado el contrato Ribón por medio de la Resolución número 297 de 1930 (septiembre 8), violatoria de los anteriores pactos de transacción ya mencionados."

A esta Sala le basta examinar los hechos probados para determinar si está o nó demostrada alguna de las excepciones propuestas, y en caso afirmativo, al declararlo así, le será necesario el estudio de las demás excepciones.

De entre las pruebas aducidas por el excepcionante, se destaca el siguiente contrato, que en copia auténtica aparece aducido como prueba:

"Los suscritos, a saber: José Jesús García, Ministro de Correos y Telégrafos, en nombre y representación del Gobierno Nacional, por una parte, que en adelante se llamará el Gobierno, y José María Ribón, en su carácter de Contratista de la conducción de los correos nacionales de Buenaventura a Bogotá, línea directa del Pacífico, por la otra, que en lo sucesivo se denominará el Contratista, han celebrado el convenio siguiente:

"Primero. El Gobierno reconoce que el señor José María Ribón transportó en los meses de septiembre y octubre del presente año, en la línea directa de Buenaventura a Bogotá, vía del Pacífico, mil doscientos cincuenta (1,250) bultos de encomiendas postales, procedentes del Exterior, que antes venían por la línea del Atlántico, y cuyo peso fue de 16,920 kilogramos, o sean 16 toneladas con 290 kilos, y siendo de su cargo los acarreos en todas las estaciones de los ferrocarriles y la conducción en camiones de Armenia a Ibagué, sin que hasta la fecha se le haya reconocido y pagado suma alguna por tal servicio, aparte de las sumas ordenadas cubrir por cuenta del contrato de fecha veintisiete de febrero de mil novecientos veintiocho, publicado en el Diario Oficial número 21075.

"Segundo. El Gobierno reconoce asimismo, y a favor del señor José María Ribón, la suma de tres mil ochocientos setenta y cinco pesos ($ 3,875) moneda legal, o sea a razón de tres pesos diez centavos ($ 3-10) por el transporte de cada saco de Buenaventura a Bogotá, como valor de los servicios, y declara, en consecuencia, terminada cualquier reclamación que haya intentado o pretenda intentar para hacerse reconocer y pagar los servicios mencionados o cualesquiera otros que tengan relación con el transporte de los correos en la línea directa del Pacífico, a que se refiere el contrato de fecha veintisiete de febrero último, ya citado.

"Tercero. El pago se hará por la Habilitación de Correos de esta ciudad, de acuerdo con lo estipulado en el presente contrato, una vez aprobado por el Poder Ejecutivo y por el honorable Consejo de Estado, y que por la Contraloría General de la República se apropie la partida

correspondiente, al tenor del artículo 54 de la Ley 42 de 1923.

"En consecuencia se firma ante testigos, hoy diez y nueve de diciembre de mil novecientos veintinueve.

"El Ministro de Correos y Telégrafos (firmado), **José Jesús García**—El Contratista (firmado), **José María Ribón**—Testigo (firmado), **Martiniano Valbuena**—Testigo (firmado), **Rodolfo García Garcés.**

"Hay anuladas estampillas de timbre nacional por valor de $ 0-78, y de sanidad por valor de $ 0-04."

En el número 21409 del **Diario Oficial** figura también el contrato celebrado entre el señor Ministro de Correos y Telégrafos, con fecha veinte de diciembre de mil novecientos veintinueve, y el señor **Pablo Holguín**, cuyo último artículo (el décimo), dispone que principia a regir desde el día de su fecha, y contrato en el cual se estipula, con respecto a la conducción de los correos nacionales de la línea directa del Pacífico:

"Artículo primero. El Contratista se obliga:

"a) A conducir los correos nacionales de la línea directa del Pacífico, siendo de su cargo el suministro de las escoltas para la custodia de los correos, y por cuenta del Gobierno el servicio de los ferrocarriles nacionales existentes para el transporte de los correos, sus conductores y sus escoltas, efectuando los viajes redondos del servicio, sin limitación de peso, en la siguiente forma y precio:

"Línea directa del Pacífico: de Bogotá a Buenaventura, a Manizales y a Popayán, y viceversa, tocando en Facatativá, Zipacón, La Florida, Cachipay, El Ocaso, La Esperanza, El Hospicio, San Javier, San Joaquín, Anapoima, Apulo, Portillo, Tocaima, La Virginia, Girardot, Flandes, Espinal, Chicoral, Gualanday, Ibagué, San Miguel, Calarcá, Armenia, Caicedonia (estación), Sevilla (estación), Zarzal, Bugalagrande, Andalucía, Tuluá, Buga, Guacarí, Cerrito, Palmira, Cali, Yumbo, La Cumbre, Dagua y Cisneros, servicio diario de correspondencia y encomiendas; ramal de Zarzal a Manizales, tocando en Victoria, Obando, Zaragoza, Cartago, Pereira, Santa Rosa de Cabal y San Francisco, servicio diario de correspondencia y encomiendas; y ramal de Cali a Popayán, tocando en Jamundí, Guachinte, Timba, San Francisco, Suárez, Morales, Piendamó y Cajibío (estación), servicio diario de correspondencia y encomiendas, debiendo los conductores de estos dos ramales recibir y entregar directamente, tanto en Zarzal como en Cali, al conductor de la línea de Bogotá a Buenaventura.

"b) A conducir toda la correspondencia y encomiendas procedentes de la América del Norte, Centro América, Francia, Inglaterra, Italia y Alemania, en general, a transportar toda la correspondencia del Exterior que entre por el puerto de Buenaventura, y la que salga de Colombia por esa vía, sin limitación de peso, efectuando los viajes redondos de servicio diario en las mismas condiciones que se establecen en el parágrafo a) que precede.

"Parágrafo. El Gobierno se compromete a pagar al Contratista por el servicio mensual de la conducción de correos de las líneas mencionadas en el inciso a) de este artículo, la suma de cuatro mil doscientos pesos ($ 4,200) moneda legal; y por los servicios de la conducción de la correspondencia y encomiendas procedentes del Exterior, a que se refiere el inciso b) de este artículo, que antes se traían por la vía directa del Atlántico, la suma de dos mil pesos ($ 2,000) moneda legal, mensualmente, o sea un total de seis mil doscientos pesos ($ 6,200) moneda legal, por cada mes, que pagará el Gobierno al Contratista, mediante las respectivas cuentas de cobro, debidamente formuladas."

Comparadas estas estipulaciones con las que informan el contrato de fecha veintitrés de agosto de mil novecientos veintinueve, celebrado entre el Ministro de Correos y Telégrafos y el ejecutado señor Ribón, se observa, desde luégo, que el último no incluye expresamente los servicios "de la correspondencia y encomiendas procedentes de la América del Norte, Centro América, Francia, Inglaterra, Italia y Alemania," ni el transporte de "toda la correspondencia del Exterior que éntre por el puerto de Buenaventura"; ni tampoco se establece en el contrato con Ribón, y sí en el celebrado con Holguín, la diversidad de precios por los servicios "de la conducción de los correos mencionados en el inciso a)," y "por los servicios de la conducción de la correspondencia procedente del Exterior, a que se refiere el inciso b)." Se observa en el último contrato el reconocimiento de dos servicios, tan distintos, que implican el reconocimiento y pago de distintos precios por cada uno.

Ahora bien: si el Gobierno, por conducto del Ministro de Correos y Telégrafos, mediante el contrato sobre conducción de la correspondencia, celebrado el veinte de diciembre de mil novecientos veintinueve con el señor Holguín, reconoció la existencia de dos servicios distintos, que implicaron el pago de distintos precios; y si mediante la policitación contenida en el contrato de fecha diez y nueve de diciembre de mil novecientos veintinueve, manifestó su intento de pagar el recargo en el servicio contratado antes con Ribón, es de lógica rigurosa concluir que ese intento puso de manifiesto el hecho de haber agravado la obligación que Ribón debía cumplir; agravación que implica falta de cumplimiento de dicho contrato por parte del Gobierno, y falta de cumplimiento, que destruyó la facultad de declararlo caducado, por haberse colocado en las circunstancias opuestas a las previstas en el artículo 1546 del Código Civil, según el cual "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado....."

Y aunque se conteste que en el contrato existe la estipulación sobre la ilimitación en el peso de la correspondencia que Ribón se obligó a transportar, para concluir que no hay violación del contrato por parte del Gobierno, debe tenerse presente que es indudable que el contrato se celebró con base en las estadísticas de transporte normal, con limitación a la correspondencia de la línea del Pacífico y con referencia precisa a las poblaciones allí mencionadas, teniendo como término la ciudad de Cali. Y como de otro lado la buena fe debe ser el criterio que conduzca en la interpretación de los contratos, se hace preciso reconocer que está probada la excepción de inincumplimiento por parte del Gobierno que limita la responsabilidad de Ribón a las otras prestaciones que con motivo de la ejecución del contrato se le cobran, quedando libre de la multa que, con base en la declaratoria de caducidad, administrativamente declarada por el Gobierno por la falta de cumplimiento que se le atribuyó.

Además, y como un hecho positivo por parte del Gobierno que obligó a Ribón a hacer el transporte en mayor cantidad, debe tenerse presente, según el certificado que aparece en los autos, expedido por el Ministerio de Correos y Telégrafos, que "en los expedientes respecti-

vos obran largos y detallados memoriales (agosto treinta de mil novecientos ventinueve, octubre once de mil novecientos veintinueve, diciembre veinte de mil novecientos veintinueve, diciembre diez y seis de mil novecientos veintinueve), en los cuales el señor José María Ribón, por sí o por su apoderado doctor Francisco Bruno, reclamó y protestó ante este Ministerio por el aumento en el volumen de los correos transportables por la vía a su cargo, porque, según él, ello estaba fuera de las estipulaciones del contrato, de la intención de las partes contratantes, y entrañaba una extralimitación en la interpretación de las cláusulas del mismo, que no podían obligar al contratista a transportar correspondencia que había venido transportándose por la vía del Atlántico.

"A los anteriores memoriales, este Ministerio dio respuesta en las siguientes notas, que a la letra dicen:

'Número 5949—Departamento de Correos—Septiembre 27 de 1929.

'Señor doctor Francisco Bruno—En la ciudad.

'En el contrato celebrado con el señor José María Ribón a la conducción de los correos en la línea directa del Pacífico y sus transversales, que corre publicado en el número 21175 del Diario Oficial, y del cual tiene su poderdante un ejemplar, se halla la cláusula terminante, que efectuará los viajes redondos de servicio sin limitación de peso (el subrayado es del original), en la conducción de los correos nacionales de correspondencia y encomiendas, así como todos los acarreos indispensables para el correcto funcionamiento del servicio que contrató; por tanto, todo lo que venga o vaya por dichas líneas está en el deber de conducirlo, mas para mejor proveer, quise que el honorable Consejo de Ministros diera su dictamen sobre la solicitud a que se refiere su memorial de fecha veinticuatro de los corrientes, y la envié para aquella corporación, sin que esto me faculte para activar su pronto despacho. No creo que el señor Ribón sufra perjuicio alguno con el movimiento de los correos por estas líneas, desde luégo que el diez y nueve de agosto próximo pasado hizo propuesta al remate de la línea directa del Pacífico, que hoy sirve, y obtuvo su adjudicación, porque fue la propuesta más baja que se presentó en la licitación respectiva, e inferior al precio por el cual la sirve hoy.

'De usted atento y deferente servidor, por el Ministro, el Director del Departamento,

'(Firmado), D. Gómez Finzón'".

Lo expuesto es suficiente para que la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declare probada la excepción de incumplimiento del contrato por parte del Gobierno, reconociendo como en efecto reconoce, que no hay base jurídica para cobrar la suma de cuatro mil doscientos pesos, deducida contra el ejecutado como multa por incumplimiento del contrato a que se refiere la Resolución a que se ha hecho mérito. Por tanto, es el caso de disponer, como en efecto se dispone, que continúe la ejecución respecto de los demás créditos que se cobran, con exclusión del de que aquí se trata.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente devuélvanse las diligencias a la oficina de procedencia.

LUIS F. ROSALES—Enrique A. Becerra—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo quince de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Fundado en la disposición del artículo 458 del Código Judicial, pide el señor doctor Avelino Manotas se adicione el auto de fecha veintiocho de marzo de este año, en el sentido de condenar en las costas del proceso anulado, a los funcionarios responsables de la nulidad, "y disponer, consecuencialmente, la liquidación de dichas costas, en los términos del artículo 578 del Código Judicial citado, haciendo la debida separación de ellos, de manera que quede claramente determinado la parte que en las mismas le corresponde a cada uno de dichos funcionarios."

Según la disposición citada del artículo 458, "Siempre que se anule un proceso, se condena en las de la parte anulada al funcionario responsable.

"Cuando la culpa no sea enteramente del Juez, como en el caso de ilegitimidad de personería de la parte a quien admitió como tal, sin poder admitirla, o en cualquiera otro en que ha debido advertir la irregularidad en que incurría, el pago de las costas corresponde por mitad al funcionario y a la parte culpable."

Dados los términos de este artículo, y apreciados los motivos de la nulidad declarada, consistente en la incompetencia de jurisdicción del Tribunal de primera instancia, hay que reconocer que, debiendo la parte actora dirigirse al Juez competente cuando instauró su demanda, y debiendo también el Juez que de ella conoció, haber advertido de antemano su incompetencia para aceptarla, la culpa no es únicamente del funcionario, sino también de la parte, y en este caso la condenación a cargo de los funcionarios que intervinieron debe hacerse por la mitad de las costas correspondientes.

Y por lo expuesto, es del caso adicionar el auto mencionado, en el sentido de condenar, como en efecto se condena, a los Magistrados del Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá que intervinieron en la tramitación y decisión del negocio, al pago de la mitad de las costas, que se tasarán oportunamente. El Magistrado sustanciador responderá de la mitad de las causadas, hasta la citación para sentencia, y los demás Magistrados, conjuntamente con el sentenciador, de allí en adelante, por no haber cumplido con el deber que les imponía el artículo 455 del Código Judicial.

Cópiese y notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial.

ENRIQUE A. BECERRA—Julio Luzardo Fortoul—Carlos Arturo Díaz—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

AVISO

El Relator de la Corte se permite encarecer atentamente a los señores Presidentes de los Tribunales del país, se sirvan ordenar la remisión oportuna de sendos ejemplares de sus revistas u órganos de publicidad para todos y cada uno de los Magistrados, para la Relatoría y para el Relator.

Igual solicitud se permite hacer a los Directores de revistas de Derecho.

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XLI | Bogotá, junio 10 de 1935. | Número 1895

Director, JULIAN MOTTA SALAS,
Relator de la Corte.

CORTE PLENA

ACTA

de la sesión del 1º de mayo de 1935.

Con asistencia de los Magistrados doctores Cardoso Gaitán, Escallón, Gómez Naranjo, Hinestrosa Daza, Moreno Jaramillo, Mújica, Rocha, Rodríguez, Santander, Serna y Zuleta Angel, se abrió la sesión pública a las once y media, bajo la Presidencia del Magistrado doctor Cardoso Gaitán, a quien correspondió, por ser el primero en el orden alfabético de los apellidos.

El Presidente designó al suscrito Magistrado Mújica como Secretario ad hoc.

Se procedió a la elección del Presidente de la Corte; el Magistrado doctor Rocha anunció que el candidato acordado en la reunión preliminar, era el Magistrado doctor Hinestrosa Daza.

La votación dio el siguiente resultado:

Por el Magistrado doctor Hinestrosa Daza, 10 votos.

Por el Magistrado doctor Rocha, un voto, según lo anunciaron los escrutadores Rodríguez y Serna.

El Magistrado doctor Hinestrosa Daza, luégo de manifestar sus agradecimientos a la corporación por el honor que le había conferido, ocupó la Presidencia, y prestó el juramento legal.

Se procedió luego a la elección de Vicepresidente. El Magistrado doctor Escallón anunció que el candidato acordado en la reunión preliminar, era el doctor Moreno Jaramillo.

La votación dio el siguiente resultado:

Por el Magistrado doctor Moreno Jaramillo, 10 votos.

Por el Magistrado doctor Escallón, un voto, según lo anunciaron los escrutadores Rodríguez y Serna.

La Corte declaró legalmente electo su Vicepresidente al doctor Moreno Jaramillo, quien dio las gracias, y ocupo el cargo, previo el juramento legal.

En seguida manifestó el señor Presidente que la sesión continuaría privada, por cuyo motivo el público abandonó el local, y las puertas de éste se cerraron.

Por unanimidad, y en votación nominal, fueron elegidos los siguientes empleados:

Relator, doctor Julián Motta Salas.

Ayudante del Relator, señor Francisco Tafur.

Archivero, señor Agustín Alvarez.

Escribientes, señores Jorge Soto, Francisco Rey, Peregrino Ruiz, Luis Francisco Martínez y Mario Andrade V.

Portero, señor .....

A las trece menos cuarto se levantó al sesión.

El Presidente, RICARDO HINESTROSA DAZA—El Secretario ad hoc, **Juan Francisco Mújica.**

SALA DE CASACION CIVIL

ACUERDO NUMERO 1º

En Bogotá, a primero de mayo de mil novecientos treinta y cinco, siendo las once y treinta de la mañana se constituyó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Acuerdo, con asistencia de los señores Magistrados principales, doctores Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha y Eduardo Zuleta Angel. Actuó como Presidente, según el orden alfabético, el señor Magistrado doctor Liborio Escallón.

Se procedió a la elección de Presidente de la expresada Sala, la que dio el siguiente resultado:

Por el señor Magistrado doctor Eduardo Zuleta Angel, 5 votos, y uno por el señor Magistrado doctor Mújica.

Habiendo obtenido la mayoria absoluta el señor Magistrado doctor Eduardo Zuleta Angel, la Sala lo declaró legalmente electo Presidente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia para el presente período.

Para Secretario se obtuvo el siguiente resultado:

Por el doctor Pedro León Rincón, 6 votos.

Habiendo obtenido la unanimidad el doctor Pedro León Rincón, la Sala lo declaró legalmente electo Secretario en propiedad para el presente período.

En la elección para Oficial Mayor, en la misma Sala, fue aclamado el señor Emilio Prieto Hernández, a quien se declaró legalmente electo Oficial Mayor en propiedad y para el presente período.

Se ordenó comunicarles a los nombrados.

A las doce y veinte del día se levantó la sesión.

El Presidente, EDUARDO ZULETA ANGEL—**Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Miguel Moreno Jaramillo—Juan Francisco Mújica—Antonio Rocha.**

El Secretario ad hoc, **Juan Francisco Mújica**

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACUERDO NUMERO 1º

En Bogotá, a primero de mayo de mil novecientos treinta y cinco, reunidos en Sala de Acuerdo los señores Magistrados de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, doctores Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna y Pedro A. Gómez Naranjo, que la integran, procedieron a elegir dignatarios de la Sala para el período que principia en esta fecha, elección que dio el siguiente resultado:

Para Presidente, Magistrado doctor Pedro A. Gómez Naranjo.

En seguida se procedió a la elección de Secretario y Oficial Mayor de la Sala para el período en curso, en propiedad, y fueron elegidos los siguientes señores: Secretario, doctor Gustavo Gómez Hernández; Oficial Mayor, doctor Mario Cajiao.

El señor Presidente electo, doctor Gómez Naranjo, prestó el juramento legal al tomar posesión del cargo.

Actuó como Presidente el doctor Cardoso Gaitán, por corresponderle en el orden alfabético de apellidos.

Se dispuso comunicar la elección de Presidente de la Sala al señor Ministro de Gobierno, y los nombramientos a los empleados respectivos, a quienes se dará posesión de sus cargos.

En constancia se firma la presente acta como aparece.

El Presidente, ANIBAL CARDOSO GAITAN—El Magistrado, Pedro A. Gómez Naranjo—El Magistrado, Eleuterio Serna R.—El Secretario, Pedro Sanz Rivera.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

ACUERDO NUMERO 2°

En Bogotá, a dos de mayo de mil novecientos treinta y cinco, reunidos en Sala de Acuerdo los señores Magistrados de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, doctores Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R. y Aníbal Cardoso Gaitán, que la integran, procedieron a elegir Presidente de la Sala Civil de Unica Instancia, para el período en curso, elección que dio el siguiente resultado:

Para Presidente, señor Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán, quien prestó el juramento legal.

En constancia se extiende la presente acta.

El Presidente, PEDRO A. GOMEZ NARANJO—El Oficial Mayor, Mario Cajiao.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

ACUERDO NUMERO 8 DE 1935

En Bogotá, a las diez de la mañana del día seis de mayo de mil novecientos treinta y cinco, hallándose reunidos los Magistrados doctores Pedro Alejo Rodríguez, José Domingo Rojas y Francisco de P. Santander, que forman la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia, procedieron a elegir dignatarios y a nombrar el personal subalterno de la Sala. Presidió la sesión, por corresponderle en el orden alfabético de apellidos, el doctor Pedro Alejo Rodríguez.

Abierta la votación para elegir Presidente de la Sala, dio el siguiente resultado:

Por el doctor Pedro Alejo Rodríguez, dos votos.

Por el doctor Francisco de P. Santander, un voto.

En consecuencia, habiendo obtenido la mayoría el doctor Pedro Alejo Rodríguez, la Sala lo declaró electo su Presidente.

Se procedió en seguida a la elección de Secretario, y el resultado fue el de 3 votos por el doctor Alberto Malo Baños, por lo cual la Sala lo declaró así elegido.

A continuación se abrió la votación para Oficial Mayor, la que dio como resultado 3 votos por el señor Rafael Rovira Bolaño, a quien la Sala declaró electo.

Se hizo constar que esta reunión no se verificó antes, en espera de la presencia del doctor José Domingo Rojas, cuya posesión sólo se llevó a efecto el cuatro de los corrientes, y quien fue llamado a Popayán por el Ministerio de Gobierno, el treinta de abril último, para ocupar el cargo en su calidad de suplente, mientras dura la licencia concedida al doctor José Antonio Montalvo.

A las once de la mañana se levantó la sesión.

PEDRO ALEJO RODRIGUEZ José Domingo Rojas. Francisco de P. Santander—Julio E. Argüello, Secretario ad hoc.

ADVERTENCIA

En el próximo número empezarán a publicarse las sentencias de los actuales Magistrados de la Corte, sin omitir las de los anteriores, las cuales irán saliendo a la par de aquéllas.

SALA DE CASACION CIVIL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Roberto Ceballos, en escrito de dos de julio de mil novecientos veinticinco, repartido al Juzgado segundo del Circuito de Santa Marta, promovió demanda contra la Empresa **The Santa Marta Railway Company Limited**, y luégo, en escrito de 25 de enero de 1926, reprodujo su libelo, aclarado y corregido en esta forma:

"Demando a la Empresa The Santa Marta Railway Company Limited, sociedad anónima domiciliada en esta ciudad, representada en la persona de su Gerente, que lo es actualmente el señor don Francisco G. Maidment, varón, mayor de edad y de este vecindario, y pido que con asistencia de la entidad demandada, previos los trámites del juicio ordinario y por sentencia que dé tránsito a la autoridad de cosa juzgada, se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que The Santa Marta Railway Company Limited está en la obligación de pagarme, dentro del tercero día después de ejecutoriado el fallo, la suma de un mil cuatrocientos cincuenta pesos oro americano, por valor del automóvil de mi propiedad, marca **Dodge Brother**, de cinco puestos, que dañó por un atropello el tren que conducía la máquina número trece (13) de dicha Empresa el día trece de mayo del presente año; más la suma de un mil pesos legales, como lucro cesante por razón del daño ocasionado en el referido automóvil.

"Segunda. Que la Empresa demandada debe pagar las costas del juicio."

Se expresan en seguida los hechos en que se funda la demanda. Del escrito que la contiene se dio traslado a Thomas Bradshaw, apoderado general de la Empresa demandada, el cual la contestó negando los hechos en que se apoya y el derecho invocado por el actor.

En el curso de la primera instancia, el señor José Noguera Gnecco hizo valer un documento por medio del cual el demandante Ceballos, después de contestada la demanda, le cedió los derechos litigiosos que tiene en el presente juicio "por el monto total del valor de dichos derechos." El Juzgado, por auto de 8 de mayo de 1926, mandó tener al expresado Noguera Gnecco como demandante, en su carácter de cesionario de los referidos derechos, y desde entonces se siguió con él el juicio.

El treinta de julio de mil novecientos veintisiete se dictó el fallo de primera instancia, por medio del cual se condena a The Santa Marta Railway Company Limited a pagar "dentro de seis días a José Noguera Gnecco, cesionario de Roberto Ceballos, la suma de mil cuatrocientos cincuenta pesos ($ 1,450) oro americano, valor del automóvil marca **Dodge Brother**, que dañó por atropello un tren de dicha Empresa." Lo condena también al

pago de lucro cesante por razón de dicho daño, ordenando se fije su importe en juicio separado, de conformidad con los artículos 840 y 874 del Código Judicial.

Apeló de ese fallo la parte actora, y el Tribunal Superior de Santa Marta, que conoció del recurso de apelación, confirmó la sentencia de primer grado por medio de la suya de fecha treinta de noviembre de mil novecientos veintinueve. Contra esta sentencia la misma parte interpuso recurso de casación, que, concedido por el Tribunal, la Corte procede a fallar, previa declaración de ser el recurso admisible.

Invoca el recurrente las causales primera y segunda de casación, y refiriéndose a esta última, dice:

"Funda la acusación contra la sentencia del Tribunal con relación a esta causal, en que no está de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandante.

"La oportunidad de deducir una pretensión—agrega—existe desde la presentación de la demanda hasta la notificación del auto en que se abre la causa a pruebas, o hasta la citación para sentencia, que es cuando queda planteado el debate. Después de ese tiempo no puede el actor alegar hechos ni derechos nuevos, los cuales sólo puede aducir en otro juicio. Así lo dice claramente el artículo 268 del Código Judicial.

"La Empresa alegó—continúa el recurrente—la inoportunidad de los artículos que en las postrimerías se presentaban, porque su campo de acción de defensa, con esa encrucijada, se aminoraba.

"Al aceptarse nuevos derechos—dice—se dedujeron nuevas acciones no contenidas en la demanda; en una sola demanda pueden pedirse todos los derechos, pero cuando se pide uno, no puede fallarse concediendo el no alegado, por semejante que parezca, porque se viola la equidad y la ley."

Se observa:

Repetidas veces ha dicho la Corte que "la incongruencia de una sentencia, que es causal de casación, no hay que buscarla entre los motivos o fundamentos de ella, sino sólo entre la petición de la demanda y la parte resolutiva del fallo." (Gaceta Judicial XXII, 324, 2').

En el libelo de demanda, pidió Roberto Ceballos que se declare:

"Que The Santa Marta Railway Company Limited está en la obligación de pagarme, dentro de tercero día después de ejecutoriado el fallo, la suma de un mil cuatrocientos cincuenta pesos oro americano, por valor del automóvil de mi propiedad, marca **Dodge Brother**, de cinco puestos, que dañó por un atropello el tren que conducía la máquina número trece (13) de dicha Empresa," más la suma de mil pesos legales, como lucro cesante, por razón de dicho daño. La sentencia de primera instancia, confirmada en todas sus partes por la del Tribunal, "condena a The Santa Marta Railway Company Limited a pagar dentro de seis días a José Noguera Gnecco, cesionario de Roberto Ceballos, la suma de mil cuatrocientos cincuenta pesos ($ 1,450) oro americano, valor del automóvil marca **Dodge Brother**, que dañó por atropello un tren de dicha Empresa.

"También se le condena al pago del lucro cesante por razón del daño ocasionado al precitado carro. El valor del lucro cesante en referencia, se fijará en juicio separado, de conformidad con los artículos 840 y 874 del Código Judicial."

Como se ve, hay perfecta congruencia entre lo fallado y lo pedido en la demanda y, por consiguiente, carece de fundamento esta acusación por segunda causal.

Causal primera—Violación de la ley.

Primer motivo. En cuanto a esta causal, dice el recurrente que "la sentencia viola los artículos 164 de la Ley 40 de 1907 en relación con el primero de la Ley 164 de 1888. Se trata de que no se ha demostrado en el proceso la existencia del demandado. El Tribunal considera que la escritura de poder que figura en autos de fecha 16 de noviembre de 1925, número 549, originaria de la Notaría 1ª del Circuito de Santa Marta, es suficiente prueba, pero ello no es así. Esa escritura, por sí sola, demuestra que, si realmente existe The Santa Marta Railway Company Limited, el apoderado es el que figura en dicha escritura. Pero el rigor jurídico requiere que exista no solamente la prueba adjetiva de la personería del apoderado, sino también la prueba de la personería sustantiva del demandado. Al fallarse en contra de The Santa Marta Railway Company Limited, sin estar claramente demostrada la existencia de la Empresa, se violó directamente el artículo 164 de la Ley 40 de 1907."

El concepto del Tribunal que motiva este cargo es el contenido en el siguiente párrafo del fallo recurrido:

"En el alegato de esta instancia—dice el Tribunal—ha pedido el apoderado de la Compañía que se declare probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de ella, porque el actor no ha acreditado ese requisito en el juicio. Para no acceder al pedimento, el Tribunal observa que en los autos existe copia de la escritura pública número 549, de fecha diez y seis de noviembre de mil novecientos veinticinco, protocolizada en la Notaría 1ª de este Circuito, documento suficiente para determinar de modo inequívoco la persona jurídica que constituye The Santa Marta Railway Company Limited, que es la entidad obligada a responder."

Ese mismo concepto del Tribunal lo acusa el recurrente por error de hecho y de derecho, error que—dice—consistió en apreciar el Tribunal la escritura pública número 549, de fecha 16 de noviembre de 1925, protocolizada en la Notaría 1ª de este Circuito, como prueba de la existencia de la Sociedad. Esto ya ha sido tratado en otro punto de la demanda de casación, pues no es cierto que el poder conferido por una Empresa sirva 'para determinar de modo inequívoco la persona jurídica que constituye a The Santa Marta Railway Company Limited, que es la entidad demandada.

"Con esta apreciación incurre el Tribunal—dice el recurrente—en errores de hecho y de derecho, con violación del artículo 36 de la Ley 40 de 1907, que trata de la prueba en juicio de la personería sustantiva de las personas jurídicas."

La Corte considera:

El documento protocolizado en la Notaría primera del Circuito de Santa Marta, bajo el número quinientos cuarenta y nueve (549), el diez y seis de noviembre de mil novecientos veinticinco, según copia que obra en autos, y al cual se refiere el Tribunal, dice en lo pertinente:

"A todos aquellos que las presentes vieren, la Santa Marta Railway Company Limited, sociedad debidamente organizada y registrada de acuerdo con la ley inglesa, y que tiene su oficina registrada en el local número 28, Agustín Frías, en la ciudad de Londres, y que aquí en lo

sucesivo se llamará **la Compañía**, envía su saludo. Por cuanto la Compañía posee y tiene en funcionamiento un ferrocarril en la República de Colombia, que arranca de Santa Marta y llega hoy día hasta el pueblo de La Fundación, sobre el río San Sebastián. Y por cuanto la Compañía desea nombrar a Thomas Bradshans, súbdito británico y comerciante, vecino actualmente de Santa Marta, en la mencionada República, para representante suyo en la República de Colombia, en lugar y reemplazo de Francis George Maidment. Por estas razones, conste en virtud del presente instrumento, como queda en efecto aquí expresamente declarado, que de acuerdo con tales deseos, la Compañía por medio del presente nombra, constituye y establece a dicho Thomas Bradshans verdadero y legal apoderado de la Compañía para los fines siguientes, y para que, en nombre y bien de los intereses de la Compañía, haga todas o cualesquiera de las cosas siguientes."

Siguen diez y ocho cláusulas, que contienen las autorizaciones conferidas al apoderado Bradshans, y termina así:

"En fe de lo cual la Compañía ha mandado sellar el presente instrumento, hoy veintiocho de septiembre de mil novecientos veinticinco. El sello social de The Santa Marta Railway Company Limited fue estampado aquí en frente en obedecimiento a una resolución de la Junta, en la presencia de

"(Firmado), **Lewis H. Grundy**- (Firmado), **E. Griggs**, Directores--(Firmado), **Thos Bolter**, Secretaria."

En relación con el contenido de este documento, se observa:

"La Sociedad se forma y prueba por escritura pública, registrada, conforme al Código Civil, de acuerdo con el artículo 465 del Código de Comercio; pero, para el solo efecto de reconocer en juicio la personería jurídica de las sociedades y la representación de sus administradores, se admitirán también como prueba las copias de los extractos de las escrituras sociales expedidas por el Secretario del Juzgado en donde el extracto hubiere sido registrado, según el artículo 36 de la Ley 40 de 1907. En esta forma ha establecido la ley, taxativamente, las pruebas con que ha de acreditarse la personería jurídica de las sociedades mercantiles y anónimas, civiles y de comercio domiciliadas en el país; y, en cuanto a las extranjeras, rige el mismo principio legal que exije su comprobación con el documento de su fundación, a cuyo efecto el Decreto legislativo número 2 de 1906, dispuso lo siguiente:

"Artículo 1° Las sociedades o compañías domiciliadas fuera del país que tengan o establezcan empresas de carácter permanente en el territorio de la República, protocolizarán, dentro de los seis meses subsiguientes a la iniciación de sus negocios, el documento de su fundación y de sus estatutos en la Notaría de la circunscripción en donde esté el asiento principal de sus negocios o industrias. Las anónimas protocolizarán además, en la misma Notaría, la prueba de la autorización del Estado, en el caso de que sea necesaria dicha autorización para su existencia legal

"Parágrafo. El término será de un año, si tales compañías tuvieren ya negocios establecidos en el país.

"Artículo 2° Dichas sociedades deberán tener en Colombia, en el lugar en donde esté el asiento principal del tráfico de su explotación, un representante con facultades de mandatario y con igual personería que la del Gerente, para las controversias judiciales que ocurran y para los negocios establecidos en el país.

"Parágrafo. Los poderes de los representantes de estas compañías serán protocolizados en la misma Notaría de que trata el artículo 1°

"Artículo 3° Los documentos de que hablan los artículos anteriores, para que produzcan efecto en Colombia, deberán extenderse con las formalidades exigidas en el lugar en donde se otorguen, y deberán además venir autenticados por el empleado diplomático o consular de Colombia residente en dicho lugar, y a falta de tales empleados por el Cónsul o Ministro de una nación amiga."

La exigencia del artículo 1° del citado Decreto legislativo número 2, de acreditar en el país la existencia y personería de las sociedades extranjeras, de que allí se trata, con el documento de su fundación protocolizada en la Notaría de la circunscripción donde tengan el asiento principal de sus negocios en la República, no se suple con la presentación de un documento, como el que aquí se contempla, en que apenas se nombra, constituye y establece a determinado individuo en el país, "verdadero y legal apoderado" de una compañía cuya existencia no se ha acreditado en la forma requerida por la ley.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, estima fundado el cargo aquí considerado, y, en consecuencia, casa la sentencia recurrida, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Santa Marta el treinta de noviembre de mil novecientos veintinueve, y, en su lugar resuelve:

1° Revócase la sentencia de primera instancia, proferida en este juicio por el Juzgado segundo del Circuito de Santa Marta el treinta de julio de mil novecientos veintisiete; y

2° No hay lugar a hacer las declaraciones pedidas en el libelo de demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez**--**Augusto N. Samper**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio treinta de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

El señor Guillermo Echeverri, como representante de Echeverri Hermanos, demandó a Eduardo L. Gerlein & Compañía para que esta Casa fuera condenada a las siguientes prestaciones:

"Primera. A pagar a la Casa de Echeverri Hermanos, que represento, la suma de siete mil seiscientos cincuenta y nueve pesos cuarenta y tres centavos ($ 7,659-43), valor de las facturas de mercancías que recibió de diversas casas comerciales en Puerto Colombia, según el detalle constante en los documentos adjuntos, para transportar a la que yo represento en esta ciudad y hacerle la correspondiente entrega.

"Segunda. A devolver a la misma Casa de Echeverri Hermanos la suma de dos mil cuatrocientos dos pesos con veintiún centavos ($ 2,402-21), más sus intereses

corrientes desde que la recibió hasta el día de la entrega.

"Tercera. A pagar a Echeverri Hermanos, en calidad de perjuicios por la no entrega de las mercancías que le fueron consignadas, la suma de diez mil pesos, o la que en subsidio fijaren peritos avaluadores nombrados durante el curso del presente juicio.

"Cuarta. A pagar a la misma Casa que represento las costas y gastos del presente juicio."

El demandante indicó los siguientes hechos:

"1° En el año de 1926 la Casa comercial de Eduardo L. Gerlein & Compañía, designada como comisionista de transportes por la que yo represento, recibió de los señores Joaquín Menéndez & Compañía, de Nueva York; de la National Stamping and Electric Works, de Chicago; de Manuel Egea & Compañía, de Málaga, en España, y de Bochlen & Zingg, de Hamburgo, con destino a la Casa que represento, o sea a la de Echeverri Hermanos, de esta ciudad, varios lotes de mercancías cuyo contenido se halla detallado en las facturas que en once fojas útiles acompaño, las cuales arrojan un valor de siete mil trescientos nueve pesos con cuarenta y tres centavos ($ 7,309-43), sin contar con los gastos hechos de Chicago a Puerto Colombia de las facturas enviadas por la National Stamping & Co., que ascienden a trescientos cincuenta pesos, según comprobante que presentaré después por no tenerlo ahora en mi poder, lo cual forma un total de siete mil seiscientos cincuenta y nueve pesos cuarenta y tres centavos ($ 7,659-43).

"2° Con destino a los gastos de aduana y transporte que de Puerto Colombia a Bogotá, pudieran ocasionar las referidas mercancías, la Casa de Bedout & Compañía, de esta ciudad, por conducto de su corresponsal en Barranquilla, señores Martínez Llano & Compañía, entregaron a la de Gerlein & Compañía, por cuenta de la que yo represento, la suma de dos mil cuatrocientos dos pesos con veintiún centavos ($ 2,402-21) en el citado año de 1926, en dos contados: uno de dos mil pesos ($ 2,000) y otro de cuatrocientos dos con veintiún centavos ($ 402-21).

"3° La Casa de Gerlein & Compañía no ha hecho hasta la fecha entrega a la de Echeverri Hermanos de ninguna de las mercancías que recibió a comisión para ser despachadas a esta última Casa.

"4° La Casa Gerlein & Compañía no ha rendido cuentas de las mercancías recibidas para Echeverri Hermanos, ni de los gastos en ellas invertidos, a pesar de numerosos reclamos que sobre el particular se le han hecho.

"5° Con su injustificada demora en la entrega de las mercancías que le fueron consignadas, con destino a Echeverri Hermanos, la Casa Gerlein & Compañía ha ocasionado a esta última serios perjuicios, cuya cuantía estimo en una suma no menor de diez mil pesos."

Admitió la demanda el señor Juez 1° del Circuito de Bogotá, por auto de once de septiembre de mil novecientos veintiocho, y la corrió en traslado al demandado.

El representante de éste se opuso a la acción, y dijo:

"Niego el derecho, causa o razón de la demanda y rechazo consiguientemente las pretensiones consignadas por la parte actora en las cuatro peticiones de la demanda."

El quince de agosto (sic) de mil novecientos treinta, se dictó la sentencia de primera instancia en estos términos:

"1° Declárase probada la excepción de inepta demanda.

"2° Como consecuencia de lo anterior, se absuelve a la Sociedad Eduardo L. Gerlein & Compañía de los cargos formulados contra ella por la de Echeverri Hermanos.

"3° No hay costas."

Apeló el demandante, y el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de once de marzo de mil novecientos treinta y dos, decidió así la alzada:

"1° Se condena a la Sociedad de Eduardo L. Gerlein & Compañía a pagar a la de Echeverri Hermanos, como daño emergente proveniente de la no entrega de las mercancías a que se refiere el lote primero de los determinados en esta sentencia, la cantidad de doscientos diez y ocho pesos con treinta y dos centavos, moneda corriente.

"2° Se condena a la misma entidad demandada a pagar a la demandante, por el mismo concepto, en relación con el lote cuarto, la cantidad de ciento ochenta y dos pesos con treinta y cinco centavos, moneda corriente.

"3° Se condena a la Sociedad demandada a pagar a la Sociedad demandante el lucro cesante correspondiente a los lotes de mercancías primero y cuarto, debiéndose determinar el importe de esta condenación al ejecutar la sentencia sobre las bases que en este fallo se han dado, o sea teniendo en cuenta la naturaleza de las mercancías importadas, según las facturas que obran en autos; el valor de factura allí expresado y el valor medio de esos artículos en el comercio de Bogotá en el segundo semestre del año de mil novecientos veintiséis.

"4° Se absuelve a los demandados de los demás cargos de la demanda; y

"5° No se hace especial condenación en las costas de la primera ni de la segunda instancia.

"Queda en los anteriores términos reformada la sentencia apelada."

Ambas partes interpusieron recurso de casación, que la Corte admitió mediante providencia de diez y ocho de junio de mil novecientos treinta y dos.

Recurso del demandado—En la demanda se acusa el fallo por violación de disposiciones legales.

El Tribunal sentenciador—expone el recurrente—estudió por separado las obligaciones y derechos entre demandante y demandado respecto de cada uno de los lotes, y este es el orden que ha de seguirse en el examen de los cargos.

El Tribunal condenó a la Sociedad demandada a pagar a la demandante la suma de doscientos diez y ocho pesos moneda corriente, como daño emergente emanado de la no entrega de las mercancías a que se refiere el lote número 1°

Está establecido plenamente que las mercancías a que se refiere este lote fueron enviadas para Echeverri Hermanos y a la consignación de Martínez Llano & Compañía.

El vínculo jurídico, por lo que hace a este lote, quedó formado desde el principio entre Echeverri Hermanos y Martínez Llano & Compañía. Este era un comisionista de transportes que debía hacer conducir las mercancías desde el lugar de su expedición hasta el de su destino, de conformidad con el artículo 425 del Código de Comercio, y tenía por tanto las obligaciones del artículo 430 ibídem.

El Tribunal estimó que el comisionista es la Sociedad de Gerlein & Compañía, con lo cual quebrantó el principio general que informa las obligaciones contractuales, es decir, el principio contenido en el artículo 1502 del Código Civil.

La Casa de Gerlein & Compañía no fue comisionista de transportes con la de Echeverri Hermanos, porque no hubo acuerdo o convención entre las dos al respecto, y por eso las facturas vienen bajo la consignación de Martínez Llano & Compañía.

Al violar el Tribunal dicho artículo, violó también los artículos 425 y 430 del ya citado Código Mercantil: el primero al considerar a Gerlein & Compañía como comisionista de Echeverri Hermanos, y el segundo, al aplicar a la Sociedad demandada la responsabilidad del comisionista.

La Casa demandada aceptó un encargo o mandato de la Casa comisionista, o sea, de Martínez Llano & Compañía; y por aceptar ese mandato quedó como comisionista intermediario que debía cumplir literalmente las instrucciones del comisionista principal y consignatario, aun cuando fueran contrarias a las del comitente, o sea a las instrucciones de Echeverri Hermanos, como lo enseña el artículo 432 del Código de Comercio. Y la razón es clara, porque la aceptación del mandato ligó a Gerlein & Compañía, como comisionista intermediario con Martínez Llano & Compañía, como comisionista principal y consignatario, quedando por tanto la Sociedad de Echeverri Hermanos como un tercero respecto de la de Gerlein & Compañía. Esta Casa no tiene ningún vínculo jurídico con Echeverri Hermanos, quienes carecen de acción contra ella; por donde existe una excepción perentoria, que el recurrente alega.

El Tribunal deduce responsabilidad contra Gerlein & Compañía en lo tocante a este lote de mercancías, por cuanto dice que varió el destino de ellas sin saberse porqué, entregándolas a una tercera entidad (el Commercial Bank); y fundado en esto sostiene que, como la nombrada Sociedad de Gerlein & Compañía estaba obligada al tenor del artículo 433 del Código de Comercio, a favor del comitente y del consignatario, debe responder de los daños y perjuicios que ocasionó el cambio de las mercancías.

Empero, ya se ha visto que el comisionista intermediario era la Casa de Gerlein & Compañía, y que ella debía cumplir las instrucciones del comisionista principal y consignatario, aun cuando fueran contrarias a las del comitente, según el artículo 432 del Código de Comercio, que el sentenciador violó.

Martínez Llano & Compañía le dieron orden a Eduardo L. Gerlein & Compañía de que las mercancías del lote número 1º fueran puestas a la orden del Commercial Bank, a fin de que esta entidad se las entregara a Echeverri Hermanos, previo el pago de ellas; así aparece de bulto en la carta que corre al folio 6º del cuaderno 5º de pruebas.

Según dicha carta, las mercancías no podían entregarse sin su previo pago, de modo que los despachadores señores Joaquín Menéndez & Compañía se reservaron el derecho de no efectuar la tradición sino bajo la consignación del pago del precio. La expedición de las mercancías no implica la entrega de ellas, con arreglo al artículo 238 del Código de Comercio, cuando el vendedor las remite a un consignatario con orden de no entregarlas hasta que el comprador pague el precio o dé garantías suficientes. De lo cual resulta que Echeverri Hermanos no eran ni fueron dueños nunca de esas mercancías, porque la sola expedición de las mismas no era título que implicara la entrega, desde luégo que el dueño, el vendedor, exigió que no se entregaran mientras no se pagaran.

Mas suponiendo—prosigue el recurrente—que Echeverri Hermanos fueran dueños de las mercancías por la simple expedición, la Casa de Gerlein & Compañía debía cumplir, no las órdenes de aquéllos, con quienes no estaba ligada, sino las de Martínez Llano & Compañía, según el mencionado artículo 432 del Código Mercantil. Pretender deducir, como lo quiere el Tribunal, una responsabilidad a Gerlein & Compañía por haber entregado las mercaderías a cuenta de Echeverri Hermanos al Commercial Bank, es desconocer los principios en que se inspiran los artículos citados y desconocer igualmente la realidad de los hechos. A Echeverri Hermanos lo que les interesaba era que las mercancías llegaran a Bogotá; este hecho se cumplió, y si no las retiraron o no las recibieron no fue por culpa de Eduardo L. Gerlein & Compañía, sino por culpa de ellos mismos, o sea por no haber cubierto el precio.

La avaluación de perjuicios comprende dos factores: daño emergente y lucro cesante; pero aquéllos nunca se deducen sino por un acto positivo o negativo, como en la violación expresa de un contrato o en la omisión de lo estipulado en un pacto bilateral.

De lo cual se desprende que donde no hay violación ni omisión no hay perjuicios; y que no tratándose aquí de la culpa aquiliana, para que se puedan cobrar perjuicios, debe haber una obligación preexistente entre el que los demanda y el obligado.

La obligación de Martínez Llano & Compañía y Gerlein & Compañía era la de traer las mercancías a Bogotá para Echeverri Hermanos. Los comisionistas principal e intermediario las situaron en esta ciudad a la orden de Echeverri Hermanos en poder del Commercial Bank. Echeverri Hermanos para recibirlas, para que se consumara la tradición a su favor, debían ejecutar un acto positivo, cual es el pago. Si no lo hicieron así, nada más podían hacer el despachador y los comisionistas.

Cumplida la obligación en el tiempo y lugar debidos, no hay ni incumplimiento del pacto ni mora, y por tanto, no puede haber perjuicios; de donde se sigue que el concepto del Tribunal en el primer numeral de la parte resolutiva de la sentencia quebranta no solamente los artículos citados, sino también los artículos 1546, inciso 2º, del Código Civil, 1608 y 1610 del mismo, por estas razones: porque no hay indemnización de perjuicios sino cuando hay incumplimiento del contrato; porque Gerlein & Compañía no se pusieron en mora de entregar el lote de mercancías a la persona designada por el comisionista principal, es decir, al Commercial Bank; y porque la obligación era de hacer (de entregar mercancías) y la Sociedad de Gerlein & Compañía, de acuerdo con las instrucciones recibidas, las entregó al Commercial Bank, cumpliendo así lo que a ella le incumbía.

Se considera:

Esta larga impugnación puede compendiarse así:

Las mercancías del lote número 1 (veintidós cajas de betún para calzado) fueron despachadas por Joaquín Menéndez & Compañía, de Nueva York, para Echeverri Hermanos, a la consignación de Martínez Llano & Compañía, en Puerto Colombia.

La intervención que, respecto de tales mercancías, tuvieron Eduardo L. Gerlein & Compañía, S. A., fue sólo en calidad de comisionista intermediario de Martínez Llano & Compañía; por tanto, aquella Sociedad no celebró contrato de comisión con la de Echeverri Hermanos y, por lo mismo, no quedó ligada con ella por ningún

vínculo jurídico. De aquí que el condenar al pago de perjuicios a Eduardo L. Gerlein & Compañía implica el quebrantamiento de los citados textos de los Códigos Civil y de Comercio.

El Tribunal reconoce que, según la factura de las cajas de betún, ellas fueron despachadas por la Casa expendedora a la consignación de Martínez Llano & Compañía en Puerto Colombia; pero, examinando varias pruebas del proceso, agrega que no se conoce qué actuación tuvo la Sociedad de Martínez Llano en el expresado puerto en relación con el cargamento, "pues desde el manifiesto de aduana en adelante aparece Eduardo L. Gerlein & Compañía obrando como comisionista de los importadores."

En virtud, pues, de ciertas pruebas, el sentenciador llegó a la conclusión de que el contrato de comisión para hacer conducir las mercancías quedó en realidad ajustado entre Eduardo L. Gerlein & Compañía y Echeverri Hermanos.

"De modo—expone el fallo—que en el transporte de Barranquilla a Bogotá el remitente, cargador o consignante fue Gerlein como comisionista de Echeverri, y el consignatario, la misma Sociedad demandante. Lo que equivale a decir que es una misma persona el cargador y el consignatario, ya que en la remisión obró la Sociedad demandada como mandataria de la entidad demandante."

Las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal, además de la citada factura, son éstas: carta de Joaquín Menéndez & Compañía a Echeverri Hermanos, en que dan aviso del embarque de las mercancías en el vapor **Limón** y manifiestan haber librado un giro a favor del **Commercial Bank** por el valor de la factura; el manifiesto de aduana número 174, que ampara las mercancías llegadas en el vapor **Limón** el 23 de mayo de 1926; en ese manifiesto, según el Tribunal, aparece como interesada la Casa de Eduardo L. Gerlein, pues está extendido en esqueleto de su propiedad y firmado por ella; el aviso de liquidación de los derechos de aduana número 38834, de 12 de julio de 1926, dirigido a Eduardo L. Gerlein & Compañía, correspondiente a los derechos liquidados de que da cuenta el manifiesto de aduana; en la misma hoja se encuentra el recibo de esos derechos; el extracto de la cuenta corriente de Echeverri Hermanos con Eduardo L. Gerlein & Compañía, en 24 de junio de 1926, en el que figura cargada en contra de los primeros la partida de $ 218-32, correspondiente a los derechos de aduana del cargamento llegado por el vapor **Limón** el 23 de mayo del propio año; la carta de 22 de septiembre de 1926, dirigida por Eduardo L. Gerlein & Compañía a Echeverri Hermanos, de Barranquilla a Bogotá, en que avisan que el cargamento llegado por el susodicho vapor, o sea las veintidós cajas de betún, habían sido despachadas por los signatarios de la carta por el vapor **Pérez Rasa**; la carta fechada en Barranquilla el 13 de octubre de 1926 y dirigida por Martínez Llano & Compañía a Eduardo L. Gerlein & Compañía para comunicarles un cablegrama de Joaquín Menéndez & Compañía, concebido así:

"Cablegrafíennos si entregaron Commercial, si no dígannos pueden asistirnos cobrar o recoger betún. Entendemos Echeverri no pudo ser encontrado por el Banco, quien devolviónos nuestro giro," el recibo de 27 de octubre de 1926, firmado por el Anglo South American Bank Limited, por las veintidós cajas de betún a favor de Eduardo L. Gerlein & Compañía.

Se comprende que las infracciones de los textos legales a que se refiere el recurrente no han podido ser directas; sino que, de existir, ellas son consecuencia de un error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas por el sentenciador. Es claro que si el Tribunal estima que la Casa de Eduardo L. Gerlein & Compañía fue el comisionista principal, único o directo de Echeverri Hermanos, no puede ser mirada solamente como comisionista intermediario de Martínez Llano & Compañía y hay que admitir que sí tuvo un vínculo contractual con los expresados Echeverri Hermanos.

Ahora bien: el recurrente no ha acusado el error evidente de hecho que, en su sentir, cometiera el fallo al valorar las pruebas. Apenas apunta que hubo apreciación errónea de la carta de 13 de octubre de 1926, de Martínez Llano & Compañía a Eduardo L. Gerlein & Compañía, la cual copia en la demanda; mas concediendo que, en realidad, el Tribunal hubiera errado al apreciar esta carta, quedan en pie las otras pruebas que estimó para llegar a la conclusión adoptada por él, y era preciso impugnar tales pruebas para que le fuera dado a la Sala de Casación entrar en su examen y desecharlas, si era el caso.

Hé aquí porqué hay que declarar improcedente este capítulo de la demanda de casación.

El segundo capítulo versa sobre lo dispuesto en el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia, en que se condena a la Sociedad demandada a pagar a la demandante, como daño emergente dimanado de la falta de entrega de las mercancías del lote número 4°, la cantidad de ciento ochenta y dos pesos con treinta y cinco centavos, moneda corriente.

El lote se componía de ocho cajas de relojes, con peso bruto de 541 kilos, y diez y seis cajas de bombillas o lámparas eléctricas, con peso bruto de 847 kilos, despachadas por Bohelen & Zingg, de Hamburgo, para Echeverri Hermanos, a la consignación de Eduardo L. Gerlein & Compañía, de Barranquilla.

En una dilatada disquisición expresa el autor del recurso que la Casa comisionista alega en su descargo no haber entregado las mercancías a Echeverri Hermanos, por haber recibido una orden de retención, en calidad de depósito, de esas mercancías y porque, como consecuencia de esa orden, proveniente del Juez 3° del Circuito de Bogotá, en lo Criminal, recibió otra del Juez 9° de la Policía Nacional en que se le mandaba entregar tales mercancías a Verbo S. Matallana & Compañía, quienes habían establecido una acción por falsedad y estafa contra Echeverri Hermanos.

Invocó, por tanto, la Casa demandada, la fuerza mayor o caso fortuito a que se contrae el artículo 1° de la Ley 95 de 1890; mas a pesar de que el Tribunal reconoce la existencia de esas órdenes y de que se cumplieron los hechos que dan nacimiento a la fuerza mayor, estima que no favorecían esa alegación y esa defensa a la parte demandada, por cuanto no comprobó ésta que hubiera puesto la diligencia del caso para evitar el acaecimiento de esa fuerza mayor. De aquí que la sentencia, en la parte que da asidero al segundo numeral de la resolutiva, haya violado expresamente el citado artículo 1° de la Ley 95 y 1757 del Código Civil.

Incumbe probar la extinción de las obligaciones al que la alega, y aquí la Casa demandada demostró que no pudo hacer la entrega a la demandante porque se lo impidió una orden de autoridad competente; luego con esa demostración había para relevar a aquella Casa de la obligación de entregar el lote de mercancías. Sin embargo, la sentencia quebrantó este artículo y dedujo res-

ponsabilidad a la Sociedad de Eduardo L. Gerlein & Compañía.

Toca probar la fuerza mayor a quien la alega. La Casa demandada adujo la prueba de que dos Jueces, uno del Circuito y otro de la Policía, decretaron, el primero, la retención y depósito de las mercancías, y el segundo, su entrega a Verbo S. Matallana & Compañía, persona distinta de Echeverri Hermanos. Bastábale esto, porque la fuerza mayor puede consistir en los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, supuesto que la persona a quien se le comunica una orden debe cumplirla sin discutir su legalidad.

El Tribunal conceptúa que la Casa demandada ha debido demostrar que puso su diligencia y cuidado para evitar que en su poder se embargaran, depositaran y entregaran las mercancías. Esto es un error. La Casa demandada da la prueba del hecho, del caso fortuito y de la extinción de su obligación de entregar por esa causa. Si la demandante no acepta esto, debe entonces demostrar que por culpa del demandado fue como acaeció la fuerza mayor; mas no es dable exigir que quien al mismo tiempo que alega y prueba una defensa que le favorece, está obligado a desvirtuar una afirmación de la contraparte acerca de que el caso fortuito o la fuerza mayor acaeció por culpa de quien la alega.

Ocurrió la fuerza mayor por una orden judicial emanada de un sumario que adelantaban Verbo S. Matallana & Compañía contra Echeverri Hermanos por falsedad y estafa. La Casa de Gerlein & Compañía era un tercero a este respecto, y es obvio que no se le pueda acusar de no haber puesto diligencia para que Verbo S. Matallana & Compañía no entablaran esa acción criminal y pidieran el depósito y entrega de los bienes. Considerando así las cosas, es claro que no se le puede imputar ninguna responsabilidad a la Casa demandada por la orden de la autoridad para que las mercancías fueran retenidas, ni se puede afirmar razonable y jurídicamente que si Gerlein & Compañía hubieran empleado la diligencia del caso no habrían venido ni el sumario ni la orden de retención.

El Tribunal, partiendo de un falso supuesto, sostiene que fue la mora de la Sociedad comisionista lo que impidió la entrega a Echeverri Hermanos. Empero, la orden judicial habría venido de todas maneras, estuvieran en cualquier poder las mercancías, porque la actuación para el embargo, depósito y retención provenían de un tercero, Verbo S. Matallana & Compañía, independientemente del contrato de comisión entre Gerlein y los Echeverris. "Es, pues, errónea apreciación de los hechos suponer que si la mercancía no hubiera estado en poder de Gerlein no habría venido el embargo y la retención."

Asevera el sentenciador que la Sociedad de Eduardo L. Gerlein & Compañía estaba en mora, y que por esa causa vino a cumplirse la retención de las mercancías; mas es lo cierto que no hubo tal mora, porque no se fijó plazo para la entrega de ellas a Echeverri Hermanos, y porque éstos no requirieron a la Casa demandada, con el fin de constituirla en mora. Al entender el fallador que la Casa demandada estaba en mora, violó el artículo 1608 del Código Civil; y al deducirle responsabilidad por la no entrega de este lote, apoyándose en el artículo 306 del Código de Comercio, quebrantó igualmente esta disposición por dos conceptos: primero, porque en el caso que se estudia no hubo pérdida de las mercancías ni avería, tomando estos vocablos, como lo hace el Código, en el sentido de destrucción o extravío de la cosa; segundo, porque no se atuvo a la última parte del artículo, que de haberse atenido, la resolución habría sido distinta. En efecto, se presume que un particular no se coluda con las autoridades para obtener la retención y depósito de un objeto, sino que ellas obran de acuerdo con sus atribuciones legales. Un particular no puede, por más diligencia que emplee, detener la acción de las autoridades, especialmente en materia criminal en que proceden de oficio; y ésta es una presunción que ampara a la parte demandada y demuestra su ninguna culpa, su ineficacia para atajar la acción de la autoridad en el sumario iniciado por Verbo S. Matallana & Compañía contra Echeverri Hermanos.

Es injurídico pretender, como el Tribunal, que la Casa demandada se hallaba en el deber de acreditar que el sumario se había preparado sin culpa de ella.

Sigue diciendo el autor del recurso que el Tribunal hace una aseveración gratuita al manifestar que no hay solución de continuidad entre la llegada de la mercancía a la Aduana de Barranquilla y su reexpedición inmediata a Bogotá; error que lo lleva a la conclusión del numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia. Contra esto existe un hecho que no se oculta al sentido común: cuando llegan unas mercancías a una aduana, no se pueden sacar inmediatamente, ni aun teniendo listo el dinero para cubrir los derechos de la importación, por el sencillo motivo de que primero ha de hacerse el reconocimiento y luégo la liquidación, todo lo cual exige tiempo apreciable. Entregadas las mercancías, su arribo al lugar definitivo, en este caso Bogotá, depende de los transportes y de la facilidad de encontrarlos.

Establecido se halla en autos que la carga a que se refiere el lote 4º de mercancías se recibió, no en mayo como lo dice el Tribunal, sino el 14 de julio de 1926, y que por causa de la enorme congestión de carga y la situación de los transportes, la del referido lote no alcanzó a salir de Barranquilla sino el 26 de octubre. Estos hechos están acreditados así: con la prueba de que hasta el 14 de julio de 1926 no se entregó la carga a Gerlein, según documento auténtico que obra al folio 31 del cuaderno 4º de pruebas, y que dice así: "ordenada la entrega hoy catorce de julio"; con la misma carta de Martínez Llano & Compañía, dirigida a Echeverri Hermanos el 29 de abril, que corre al folio 15 del cuaderno 4º, en la cual se eximen de hacerse cargo de despachar el cargamento en poder de Gerlein, "debido a que por la desastrosa situación actual las compañías fluviales nos han restringido los cupos." Erró, por tanto, el Tribunal al manifestar que Gerlein & Compañía han podido despachar más rápidamente el lote de mercancías, y a tal extremo lo condujo la apreciación errónea de las dos pruebas citadas, porque si las hubiera apreciado bien, habría tenido que admitir que a la Compañía demandada no se le podía imputar ninguna culpa por no haber transportado más rápidamente las mercancías.

Corrobora la imposibilidad de Eduardo L. Gerlein & Compañía para un transporte más rápido de las mercancías, el viaje que Guillermo Echeverri efectuó a la Costa con el fin de acelerar el envío de ellas. Es claro que si el nombrado señor hubiera encontrado un medio más expedito, lo habría empleado para no dejarlas en poder de Gerlein. Las dejó, luego esto hace plena prueba de que quedaba satisfecho con la actuación del comisionista. El viaje de Echeverri está probado con las declaraciones del folio 21 del cuaderno 2º

Al tenor del artículo 430 del Código de Comercio, el comisionista es responsable del arribo de las mercancías

en el plazo que determine la carta de porte, salvo el caso de fuerza mayor, legalmente justificada. El Tribunal violó esta disposición al investigar la responsabilidad del demandado en lo tocante al lote número 4, por las siguientes razones: porque la Casa comisionista encargada del transporte de las mercancías las trajo hasta Bogotá y quedó amparada respecto de la entrega de ellas a la Casa demandante, por cuanto existió fuerza mayor legalmente justificada, fuerza dimanada de la orden de la autoridad competente que decretó la retención y el depósito. Además, en la carta de porte no se indica el plazo de la entrega, por donde es infundado el aserto de la sentencia acerca de que la Casa de Gerlein se encontraba en mora de entregar.

Por otra parte, cuando sobreviene el caso fortuito, si es cierto que él no libra al comisionista moroso, es porque media una relación estrecha y consecuencial con el hecho que produce ese caso fortuito. Así, si un comisionista está en mora de entregar un cargamento que conserva en depósito y éste se incendia, es lícito deducir que las mercancías no habrían perecido si el comisionista las hubiera entregado oportunamente. Mas en el caso de una orden de la autoridad que decreta el embargo de unas mercancías, no puede existir esa relación de causalidad, porque aquella orden proviene de un factor legal y recae sobre los bienes perseguidos, cualesquiera que sean las manos en que ellos estén. De suerte que no puede decirse que porque un comisionista haya estado en mora de entregar unas mercancías, esa mora haya producido la retención de las mismas, porque una orden judicial de tal clase se dicta sin consideración a semejante factor. Si a esta conclusión es preciso llegar cuando el comisionista está en mora, con mayor razón cuando no lo está, como en el presente caso. El Tribunal, por tanto, se apartó de los términos del artículo 430 citado, incurriendo así en su quebrantamiento.

Las notas en que se les comunica a los señores Eduardo L. Gerlein & Compañía la retención y depósito y la entrega de esas mercaderías, corren a folios 3 y 4 del cuaderno 5º

Se considera:

En este capítulo de acusación se acumulan varios reparos, cuyo fundamento principal estriba en el aserto de que hubo errónea apreciación de los hechos al sostener el sentenciador que si la mercancía no hubiera estado en poder de Eduardo L. Gerlein & Compañía no hubiera sobrevenido el embargo y la retención.

El Tribunal expuso que la prueba del caso fortuito está a cargo del que la alega, y que la misma parte debe probar que ese caso habría alcanzado también la cosa aunque hubiese sido entregada al acreedor, y si el caso fortuito hubiese sucedido estando el deudor en mora, pues que así se desprende del precepto del artículo 1604 del Código Civil. Agregó que en relación con el lote número cuarto, la fuerza mayor se hace consistir en una orden dada por la autoridad; mas se desconocen los motivos de esa orden, y desconociéndose, faltan los elementos adecuados para poder fijar el alcance de la fuerza mayor. Una orden judicial siempre constituye un acontecimiento al cual no es posible resistir; pero es indispensable conocer los motivos en que se apoya para saber si en otras condiciones diferentes de aquellas en que fue dictada podía ser proferida.

Para el Tribunal, la Sociedad demandada debió establecer en el proceso el hecho de que, aun en poder de los demandantes las mercancías habían podido ser alcanzadas por la fuerza mayor alegada, para lo cual eran pertinentes las copias de las respectivas resoluciones, que permitieran apreciar los fundamentos que inspiraron tales órdenes. En consecuencia, habiéndose producido la fuerza mayor durante la culpa del comisionista por el retardo en cumplir sus obligaciones, y faltando la prueba de que el caso fortuito hubiera afectado las mercancías en poder de Echeverri Hermanos, dicho comisionista ha de responder de la indemnización correspondiente a la entrega del lote.

Empero, la Sala estima que si se dio por la Sociedad demandada la prueba que echa menos el fallador, constituída por el oficio número 2016, de trece de octubre de mil novecientos veintiséis, y el número 676, de tres de mayo de mil novecientos veintisiete, dirigidos a Eduardo L. Gerlein & Compañía por el Juez 3º del Circuito de Bogotá y el Juez 9º de la Policía Nacional, respectivamente.

El Juez del Circuito les ordenó tener en su poder, hasta nueva determinación, las veintidós cajas de relojes y bombillas, remitidas por Bochlen & Zingg, de Hamburgo, a Echeverri Hermanos, por conducto de Eduardo L. Gerlein & Compañía. "Esto se ha dispuesto en el sumario que se adelanta contra Benjamín y Guillermo Echeverri por el delito de estafa."

De su lado, el Juez de la Policía, comisionado del Juez 1º Superior, les significó que debían entregar esas cajas a Verbo S. Matallana & Compañía, por haberse resuelto así en el mismo sumario.

Por estos oficios, se sabe que lo que motivó el depósito de las mercancías en poder de la Casa comisionista, y luégo su entrega a Verbo S. Matallana & Compañía, fue el sumario incoado contra los miembros de la razón social de Echeverri Hermanos por el delito de estafa.

Ahora bien: como se trataba de un procedimiento penal que se seguía de oficio, es claro que, aunque las mercancías les hubieran sido entregadas oportunamente a Echeverri Hermanos por Eduardo L. Gerlein & Compañía, el funcionario de instrucción y el Juez del conocimiento habrían podido decretar el depósito de ellas, sacándolas del poder de los mencionados Echeverri Hermanos, autorizados por el artículo 40 de la Ley 169 de mil ochocientos noventa y seis y demás disposiciones pertinentes.

Luego es preciso concluir que con los mencionados oficios está acreditado que el caso fortuito también habría afectado las mercancías, aunque éstas les hubieran sido entregadas a la Sociedad demandante por la demandada sin ningún retardo; y que el sentenciador, al no estimarlo así, incurrió en manifiesto error de hecho en lo que mira a la apreciación de esta prueba. Por obra de semejante error, fue violado el artículo 430 del Código de Comercio Terrestre, cuya transgresión fue acusada por el recurrente. Si por caso fortuito no pudo ser entregada la mercancía a Echeverri Hermanos, quienes sufrieron su pérdida, la Casa de Eduardo L. Gerlein & Compañía no es responsable de la indemnización que se le cobra.

Por tanto, será casada esta parte de la sentencia, con el fin de proveer la absolución del demandado por el cargo referente al lote cuarto.

Expresa el recurrente que en el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia se condena a la Sociedad

demandada al lucro cesante correspondiente a los lotes de mercancías primero y cuarto, y que la condenación se funda en este concepto:

"Ahora, el lucro cesante está naturalmente representado por el provecho que dejaron los demandantes de reportar por la no entrega de las mercancías aplicadas al comercio a que los actores estaban dedicados en la época en que la entrega ha debido hacerse."

Casados los numerales primero y segundo de la parte resolutiva de la sentencia, lógicamente debe infirmarse el numeral 3°, que es consecuencia de aquéllos.

El concepto en que el Tribunal funda la tercera condenación proviene de la falta de apreciación de ciertas pruebas y de la violación, por apreciación errónea, de los artículos 238 del Código Mercantil y 1° de la Ley 95 de mil ochocientos noventa, 1757 del Código Civil y 430 del primeramente citado.

Como existe en autos la prueba de que el despachador Joaquín Menéndez & Compañía dio al comisionista principal Martínez Llano & Compañía la orden de que entregara las mercancías del primer lote al Commercial Bank para que éste a su turno las entregara a Echeverri Hermanos, previo el pago de ellas, el Tribunal en definitiva no estimó esta prueba e hizo caso omiso de su eficacia. Las mercancías fueron despachadas por Joaquín Menéndez & Compañía a Echeverri Hermanos bajo la condición de que éstos las pagaran para serles entregadas; la expedición no implica la entrega a los compradores, pues el vendedor o expedidor se reservó el derecho de que no se entregaran hasta que se cubriera el precio; de suerte que el expedidor ejercitó el derecho que otorga el artículo 238 del Código de Comercio, violado por el fallador al proceder como si la Casa expedidora no tuviera el derecho de reserva, y como si la tradición se hubiera verificado estando pendiente la comisión de pago.

A Echeverri Hermanos les tocaba dar la prueba del pago del primer lote, la que no dieron ni podían dar, y así las cosas, la Casa comisionista no podía hacerles la entrega de las mercancías. Además, Eduardo L. Gerlein & Compañía era comisionista intermediario, obligado a cumplir las órdenes del principal. Si la entrega del primer lote no se verificó, fue por las apuntadas causas legales, y de aquí que sea injurídica la condenación al lucro cesante.

En lo que mira al lote cuarto de mercancías, la condenación tampoco procede y viola, como quedó expresado, los artículos 1° de la Ley 95 de mil ochocientos noventa, 1757 del Código Civil y 430 del Comercial. Viola el primero, porque desconoce la fuerza mayor y su trascendencia en el cumplimiento de los pactos contractuales. Viola el segundo, porque una obligación puede extinguirse por el advenimiento del caso fortuito, que constituye siempre una excepción; acreditado aquí ese caso fortuito, quedó patente la extinción de la obligación de la Casa de Gerlein, de entregar el lote, porque la orden se lo impidió legalmente. Viola el tercero, porque el comisionista es responsable del arribo de las mercaderías, salvo el caso de fuerza mayor, debidamente justificado, y en los autos se encuentra la justificación del ocurrido a Eduardo L. Gerlein & Compañía para no efectuar la entrega.

Se considera:

Como lo anota el recurrente, la condenación del numeral 3° de la parte resolutiva del fallo, es consecuencia de lo estatuido en los numerales primero y segundo; y como se deja explicado que no se puede infirmar el numeral primero, tampoco procede la casación del 3° en el punto relacionado con él.

En efecto, si el Tribunal estima que el contrato de comisión quedó ajustado en definitiva entre Eduardo L. Gerlein & Compañía y Echeverri Hermanos, y que éstos señores recibieron en la Aduana las mercancías por conducto de aquella Casa, como comisionista de ellos, es lógica la conclusión de la sentencia acerca de que nada tenía qué ver el comisionista con los exportadores o vendedores de esa mercancía. Lo cual significa que, no habiéndose impugnado por error evidente de hecho la apreciación dada por el fallador a las pruebas de que deduce que el contrato de comisión se operó entre el demandado y el demandante, no es dable casar esta parte del fallo, como no va a casarse en lo relativo a la condenación por el daño emergente ocasionado por la falta de entrega de las mercancías del lote primero.

En orden al lucro cesante por la falta de entrega del lote número cuarto, ha de ser casada también la sentencia, por las mismas razones expuestas en el examen relativo al numeral 2° de la parte resolutiva. La absolución del demandado se hará extensiva a este punto.

El cargo actual sólo prospera en parte.

El autor de la demanda de casación, critica por último, lo que expone el Tribunal sobre la suma de dinero a que se refiere la petición segunda del libelo; mas como la crítica nada tiene qué ver con el recurso, la Sala no se ocupa en su estudio.

Recurso del demandante.

Invoca las causales primera y segunda del artículo 520 del Código Judicial.

Dice, respecto de la segunda, que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas, porque entre las peticiones de la demanda figuran como cosas separadas el valor o costo de las mercancías, la restitución de la suma de dos mil pesos, con sus intereses, por razón de dineros suministrados a la Casa demandada por Echeverri Hermanos, para gastos en el despacho de las mercancías, y el valor de los perjuicios de la no entrega de las mismas; y el Tribunal conviene en decretar el pago de los perjuicios por la no entrega de algunos lotes de mercancías, clasificando ese valor como lucro cesante, condena también a pagar el valor de las mercancías no entregadas, a excepción de los lotes segundo y tercero, pero reputa lucro cesante el valor de las sumas recibidas y no restituidas en razón de gastos de transporte y aduana de los cargamentos en general.

En esto hay un error, según el recurrente, porque la suma de dos mil pesos o lo que de ella resta no se pidió, ni podía pedirse por concepto de perjuicios, sino por un concepto distinto, el de restitución de sumas que no fueron invertidas en el objeto a que habían sido destinadas.

Empero, los motivos que aduce el recurrente no son propios de la causal segunda, sino de la primera. Si como él lo sostiene, el Tribunal incidió en un error, ello ha debido de ser o por mala apreciación de pruebas o por indebida aplicación de la ley.

En orden a la causal primera, el recurrente acusa la infracción del artículo 1604 del Código Civil, porque su aplicación la extiende el Tribunal a causas de índole distinta de la que tal disposición contempla. "Basta leer detenidamente el referido artículo para ver que él se refiere en su parte final o de excepción al daño físico o destrucción de la cosa, daño que bien puede ocurrir tanto

durante el tiempo que la cosa está en poder del deudor, como después de entregada."

En el presente litigio no se trata de daño alguno acaecido al lote de mercancías que debían entregar los comisionistas, consistentes en artículos eléctricos despachados por la National Stamping and Electric Work de Chicago, que componen el llamado lote segundo en la sentencia. Sin embargo, al tratar el Tribunal ese punto, después de convenir en que de acuerdo con el artículo 1604 del Código Civil, la fuerza mayor alegada por los demandados para no entregar oportunamente las mercancías, no los libra de responsabilidad por haber incurrido durante la mora, advierte que tal artículo tiene la salvedad de que el caso fortuito sea de aquellos que no hubieran dañado la cosa estando ésta en poder del acreedor. "De manera—agrega el fallo—que si el daño se hubiera producido igualmente estando la cosa en poder del acreedor, el deudor, aunque esté constituido en mora de entregar y durante esa mora se haya presentado el caso fortuito causante del daño, no es responsable."

Argumenta el recurrente que de los términos del artículo en cuestión se saca que la excepción o salvedad anotada por el Tribunal se contrae a daños físicos o materiales de la cosa debida, a su destrucción especialmente; pero aquí no ocurrió tal fenómeno. La mercancía del lote segundo no sufrió daño físico ninguno, ni antes ni después de entregada; lo que ocurrió fue que durante la mora de los comisionistas se verificó un embargo de ella por terceros. Si los comisionistas hubieran cumplido oportunamente con la entrega de las referidas mercancías, no se les habría presentado la fuerza mayor que alegan.

Se afirma por el sentenciador que esa misma fuerza mayor se hubiera presentado más tarde al dueño de las mercancías, es decir, a la Sociedad de Echeverri Hermanos; mas ello no es así, porque esta Sociedad no tenía deber alguno qué cumplir, cuya realización se estorbara con el embargo. Todo el que ha sido comerciante sabe cuál es el curso ordinario de los pedidos de mercancías, se consigue un plazo para el pago del pedido, calculando que dentro de él la mercancía llegue a su destino y pueda realizarse en lotes grandes y con ese producto se atienden las obligaciones pendientes. Así pues, Echeverri Hermanos hubieran podido evitar el perjuicio del embargo, vendiendo prontamente la mercancía y cubriendo su valor, para lo cual disfrutaban de suficiente plazo.

Por lo visto—concluye el reparo—el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 1604 del Código Civil en lo que mira al lote segundo.

Se considera:

El cargo, en sustancia, significa que la excepción contenida en el inciso segundo del artículo 1604 sólo abarca el daño físico de la cosa, y que si las mercancías se hubieran entregado en tiempo oportuno a Echeverri Hermanos, éstos las habrían vendido para pagar a la Casa despachadora dentro del plazo concedido.

Pero es el caso que el Tribunal aprecia unas sentencias aducidas en copia en los autos, y deduce de ellas lo siguiente:

"Claramente aparece de las sentencias traídas en copia al expediente que la orden judicial de entrega de las mercancías a una persona distinta del consignatario, siendo esa persona distinta la Casa vendedora o expedidora de las mercancías, obedeció al ejercicio que esa Casa hizo de una acción de dominio en la forma conducente en el momento en que la respectiva demanda se presentó. Embargadas las mercancías en un juicio ejecutivo iniciado contra los importadores, la ley les brindaba a los exportadores la acción de desembargo propuesta dentro de ese juicio para que, con audiencia de los compradores se reconociera el dominio que aquéllos pretendían sobre esos bienes y les fueran entregados.

"Como se vio, entre los fundamentos de la orden de desembargo y entrega a la Casa exportadora figura el de que la National Stamping and Electric Work despachó las mercancías con orden de no entregarlas a Echeverri Hermanos sino mediante el pago del precio, esto es, el despacho se hizo bajo una condición suspensiva, cuyo cumplimiento se dio por no establecido en el fallo que contiene la orden de entrega.

"La existencia de esa condición está reconocida y sus efectos prácticos en relación con las mercancías están clasificados en las sentencias citadas, y éstas son de obligatoria observancia y acatamiento en este pleito desde luégo que la demanda no aparece dirigida a desvirtuarlas, ni su fuerza legal puede ser revisada en este fallo por no haber sido punto sometido a la litis contestación."

Con arreglo a estos conceptos, no impugnados en casación, no tenían Echeverri Hermanos derecho a recibir la entrega de las mercancías por no haber cubierto su precio; de donde se sigue que tampoco les asiste derecho para pretender perjuicios por esa falta de entrega. Este sería fundamento suficiente para la sentencia, aunque el Tribunal hubiera incurrido en yerro en la interpretación teórica que la da al expresado artículo 1604 del Código Civil. De aquí que la Sala estime innecesario entrar en el examen abstracto de semejante interpretación. El cargo ha de desecharse.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia a que se refieren los recursos de casación examinados en la presente, o sea en lo relativo al numeral 2º de la parte resolutiva de aquella sentencia y al numeral 3º, en cuanto éste comprende la condenación en el lucro cesante proveniente de la falta de entrega del lote de mercancías número cuarto.

En lugar de la parte casada, se resuelve:

Absuélvese a la Sociedad de Eduardo Gerlein & Compañía de los cargos que le hace la demanda inicial del juicio en lo tocante al lote de mercancías número cuarto, detallado en la sentencia del Tribunal.

De tal sentencia quedan vigentes estos numerales:

"1º Se condena a la Sociedad de Eduardo L. Gerlein & Compañía a pagar a la de Echeverri Hermanos, como daño emergente proveniente de la no entrega de las mercancías a que se refiere el lote primero de los determinados en esta sentencia, la cantidad de doscientos diez y ocho pesos con treinta y dos centavos, moneda corriente.

"El numeral 3º, en cuanto condena a la Sociedad demandada a pagar a la Sociedad demandante el lucro cesante correspondiente al lote de mercancías número primero y él especifica el modo de determinar el importe de la condenación.

"4º Se absuelve a los demandados de los demás cargos de la demanda; y

"5º No se hace especial condenación en costas de la primera ni de la segunda instancia."

Queda en estos términos reformada la sentencia de primera instancia.

Sin costas en el actual recurso.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, junio treinta de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado del Circuito de Gachetá, los señores Hermógenes y Agapito Castillo instauraron, por medio de apoderado, juicio ordinario contra Lino Beltrán y Rosario León, y contra los impúberes Casilda y Pánfila León y Jerónimo Castillo, hijo, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que es absolutamente nulo e inválido el contrato de fideicomiso, consignado en la escritura pública número 362, otorgada en Junín el quince de agosto de mil novecientos veintisiete.

"b) Que es absolutamente nulo e inválido el usufructo que por la mencionada escritura se constituyó a favor de la señora Rosario León viuda de Castillo.

"c) Que ni el señor Lino Beltrán ni los menores Casilda y Pánfila León y Jerónimo Castillo (hijo), ni individual ni colectivamente, tienen derecho, por concepto de los contratos estipulados en la citada escritura número 362, al usufructo de los bienes a que dicha escritura se refiere.

"d) Que son nulas e inválidas la escritura número 362, otorgada en Junín el quince de agosto de mil novecientos veintisiete, y la inscripción que de ella se hizo en la correspondiente Oficina de Registro; y

"e) Que los bienes a que se refiere la escritura número 362 mencionada, pertenecen a la sucesión de Jerónimo Castillo."

Subsidiariamente se pidieron estas declaraciones:

"a) Que los contratos o actos civiles consignados en la escritura número 362, otorgada en Junín el quince de agosto de mil novecientos veintisiete, constituyen donación entre vivos.

"b) Que son absolutamente nulos e inválidos el contrato o contratos de donación entre vivos, de que trata la escritura pública número 362 que se acaba de citar, o subsidiariamente, que son nulos e inválidos el contrato de donación entre vivos, de que trata la mencionada escritura número 362, en cuanto su valor exceda de dos mil pesos, o subsidiariamente, que son nulos e inválidos los contratos de donación entre vivos, de que trata la escritura número 362, tántas veces citada, en cuanto su valor exceda de la cuarta parte de los bienes de que el donante podía disponer libremente, o en cuanto exceda de la parte que sea necesario computar a la cuarta de mejoras, para completar el valor de lo donado a Jerónimo Castillo (hijo).

"c) Que ni el señor Lino Beltrán, ni los menores Casilda y Pánfila León y Jerónimo Castillo, hijo, ni individual ni colectivamente tienen derecho, por concepto de las estipulaciones contenidas en la escritura número 362, de que se viene hablando, a los usufructos que en virtud de algunas de las declaraciones pedidas en el punto b), que inmediatamente precede, deben ser declarados nulos e inválidos.

"d) Que son nulas e inválidas la escritura número 362, otorgada en Junín el quince de agosto de mil novecientos veintisiete, y la inscripción que de ella se hizo en la correspondiente Oficina de Registro, en la parte que por virtud de las declaraciones pedidas en el punto b), próximo anterior, hayan de ser invalidadas; y

"e) Que la parte o total de bienes sobre que recaiga la declaración de nulidad solicitada en el punto b), próximo anterior, pertenece a la sucesión de Jerónimo Castillo, padre."

En forma subsidiaria se pidieron también las declaraciones siguientes:

"a) Que los contratos o actos civiles consignados en la escritura número 362 citada, son actos o contratos de enajenación, tendientes a distribuir por causa o a título de herencia, los bienes del señor Jerónimo Castillo, padre.

"b) Que son absolutamente nulos e inválidos el contrato o contratos de enajenación consignados en la mencionada escritura, y por medio de los cuales el señor Jerónimo Castillo, padre, quiso distribuir sus bienes por causa o a título de herencia; o subsidiariamente, que son nulos e inválidos el contrato o contratos consignados en la escritura número 362 citada, y por medio de los cuales el señor Jerónimo Castillo, padre, quiso distribuir sus bienes por causa o a título de herencia, en cuanto el valor de los bienes de que allí se trata exceda de la cuarta parte de los que podía disponer libremente, o en cuanto exceda de la parte que sea necesaria para computar a la cuarta de mejoras, para completar el valor de lo donado a Jerónimo Castillo, hijo.

"c) Que ni el señor Lino Beltrán, ni los menores Casilda y Pánfila León y Jerónimo Castillo, hijo, ni individual ni colectivamente, tienen derecho, por concepto de los contratos consignados en la escritura número 362, antes mencionada, a los usufructos que en virtud de alguna de las declaraciones pedidas en el punto inmediatamente anterior, deban ser declarados nulos e inválidos.

"d) Que son nulos e inválidos la escritura número 362 citada y la inscripción que de ella se hizo en la correspondiente Oficina de Registro, en la parte que por virtud de las declaraciones pedidas en el punto b) próximo anterior haya de ser invalidada.

"e) Que la parte de bienes sobre que recaiga la sentencia de nulidad o invalidez solicitada en el punto b) próximo anterior, pertenece a la sucesión de Jerónimo Castillo, padre."

También se pidió subsidiariamente:

"a) Que es nulo por falta de causa el fideicomiso constituído por medio de la escritura número 362 citada, en cuanto su valor exceda de doce mil pesos.

"b) Que ni la señora Rosario León, ni los señores Lino Beltrán, Casilda y Pánfila León y Jerónimo Castillo, hijo, ni individual ni colectivamente, tienen derecho, por concepto de las estipulaciones consignadas en la escritura número 362 de que se viene hablando, a los usufructos de la parte de bienes sobre que recaiga la declaración de invalidez o nulidad, solicitada en el punto próximo anterior.

"c) Que son nulas e inválidas la escritura número 362 ya citada, y la inscripción que de ella se hizo en la correspondiente Oficina de Registro, en cuanto con ellas se afecte, por virtud de las declaraciones que se solicitan

en los dos puntos anteriores, el dominio de la parte de bienes sobre que recaigan tales declaraciones; y

"d) Que la parte de bienes sobre que recaiga la sentencia de nulidad o invalidez, solicitada en el punto a) próximo anterior, pertenece a la sucesión de Jerónimo Castillo, padre."

Subsidiariamente también se pidió:

"a) Que es nulo relativamente, y en consecuencia rescindido, el contrato de fideicomiso, consignado en la escritura número 362 citada.

"b) Que ha terminado el derecho de usufructo que el señor Jerónimo Castillo, padre, constituyó en favor suyo y de su esposa, la señora Rosario León, por medio de la citada escritura número 362.

"c) Que ni el señor Lino Beltrán ni los menores Casilda y Pánfila León y Jerónimo Castillo, hijo, ni individual ni colectivamente, tienen derecho, por concepto de los contratos consignados en la mencionada escritura 362, al usufructo pactado en dicha escritura, una vez declarada la terminación de dicho usufructo para la señora Rosario León.

"d) Que son nulas e inválidas la escritura número 362 citada, y la inscripción que de ella se hizo en la correspondente Oficina de Registro, por cuanto se consignó en ellas un contrato con lesión enorme para una de las partes; y

"e) Que los derechos y bienes a que esta solicitud se refiere, pertenecen a la sucesión de Jerónimo Castillo, padre."

Son hechos de esta demanda:

"1° El señor Jerónimo Castilo, padre, no recibió la suma de doce mil pesos, ni otra alguna, para que la restituyera a los menores fideicomisarios.

"2° Jerónimo Castillo, padre, no era deudor particular de los menores fideicomisarios de la mencionada suma, ni de ninguna otra.

"3° La persona de quien Jerónimo Castillo, padre, dijo haber recibido la suma de doce mil pesos para que la restituyera a los menores fideicomisarios, no existe ni ha existido nunca.

"4° El contrato o acto civil hecho por Jerónimo Castillo, padre, mediante, la escritura número 362, a que se refiere esta demanda, carece de causa.

"5° Si alguna causa tuvo el contrato o acto civil de que se ha hecho mérito, esta fue una causa ilícita.

"6° El mencionado contrato o acto civil lo hizo Jerónimo Castillo, padre, para desheredar a los hijos de su primer matrimonio.

"7° Jerónimo Castillo, padre, manifestó en este sentido su voluntad en distintas ocasiones y mediante otros contratos simulados.

"8° Si Jerónimo Castillo, padre, al constituir el fideicomiso, de que tántas veces se ha hablado, intentó hacer una donación, ésta no se insinuó, como lo previene la ley.

"9° Si Jerónimo Castillo, padre, mediante la constitución del fideicomiso en referencia, intentó una donación, ésta excede de la cuarta parte de que podía disponer libremente y de la cuarta de mejoras.

"10. Si Jerónimo Castillo, padre, mediante el fideicomiso consignado en la escritura número 362 citada, quiso distribuir sus bienes por causa o a título de herencia, esta distribución perjudica a los asignatarios forzosos (legítimas y mejoras), que la ley establece.

"11. Si el fideicomiso y el usufructo constituídos por la escritura número 362, tuvieron una causa lícita, dicha causa es una pura liberalidad.

"12. El precio de doce mil pesos que se estipuló en la escritura de que se viene hablando, es inferior a la mitad del justo precio que tenían los bienes al tiempo del otorgamiento de dicha escritura, y que se dieron, según se dijo, con el fin de hacer la restitución de aquella suma.

"13. Si lo que intentó Jerónimo Castillo, padre, mediante los actos o contratos de que trata la escritura número 362, fue una donación entre vivos, ésta no fue aceptada por ninguno de los supuestos donatarios, tal como lo previene la ley.

"14. Rosario León tampoco aceptó en la forma solemne que la ley exige, el usufructo que en su favor constituyó Jerónimo Castillo, padre, mediante la escritura objeto de esta demanda.

"15. El traspaso que hizo Jerónimo Castillo, padre, de un derecho de usufructo a favor de su esposa Rosario León, por medio de la escritura número 362, carece de causa.

"16. Si alguna causa tuvo la constitución de dicho usufructo, esta fue una causa ilícita.

"17. El derecho de usufructo constituído a favor de Rosario León y de los menores Casilda y Pánfila León y Jerónimo Castillo, hijo, para el caso de que faltara la primera, mediante la citada escritura número 362, es un usufructo sucesivo, y se pactó bajo una condición o un plazo que suspendía su ejercicio.

"18. Se ha cumplido la condición resolutoria a que estaba sujeta la existencia del derecho de usufructo, pactado a favor de la señora Rosario León.

"19. El valor de los usufructos por medio de la escritura 362, se constituyeron a favor de Rosario León, computados en un decenio, exceden de dos mil pesos.

"20. Si el traspaso del usufructo que por medio de la escritura número 362 verificó Jerónimo Castillo, padre, a favor de su esposa Rosario León, se hizo a título de donación entre vivos, ésta no se insinuó, como lo dispone la ley.

"21. El usufructo que se constituyó a favor de Rosario León en la escritura número 362, ha expirado ya.

"22. Jerónimo Castillo, constituyente del fideicomiso y del usufructo consignados en la escritura número 362, falleció en Junín, en septiembre del año próximo pasado.

"23. Mis poderdantes Hermógenes y Agapito Castillo han obtenido la declaración de herederos del señor Jerónimo Castillo, padre; y

"24. En su calidad de legitimarios (hijos legítimos), mis poderdantes tienen interés en este pleito."

Los demandados se opusieron a la acción. Lino Beltrán y Rosario León negaron la mayor parte de los hechos. El curador ad litem de los menores demandados, negó también casi todos los hechos.

El Juez de la causa, en treinta de octubre de mil novecientos treinta, sentenció así:

"No es el caso de declarar que es absolutamente nulo e inválido el contrato de fideicomiso consignado en la escritura pública número 362, otorgada en Junín el quince de agosto de mil novecientos veintisiete.

"No es el caso de declarar que es absolutamente nulo e inválido el usufructo que por la mencionada escritura se constituyó a favor de la señora Rosario León viuda de Castillo.

"No es el caso de declarar nula la escritura pública número 362, otorgada en Junín el quince de agosto de mil novecientos veintisiete.

"No es el caso de declarar nula e inválida la inscrip-

ción que de dicha escritura se hizo en la correspondiente Oficina de Registro.

"El contrato consignado en la escritura pública 362, otorgada en Junín el quince de agosto de mil novecientos veintisiete, constituye donación entre vivos a favor de los menores Casilda y Pánfila León y Jerónimo Castillo, y a favor de la cónyuge del constituyente, señora Rosario León.

"Ni el señor Lino Beltrán ni los menores Casilda y Pánfila León y Jerónimo Castillo—estos últimos mientras pende la condición establecida en el fideicomiso—tienen derecho al usufructo y goce de los bienes fiduciarios.

"Este usufructo, excepción hecha del que le corresponde a la señora Rosario León, de acuerdo con la cláusula 6ª de la escritura número 362, de quince de agosto de mil novecientos veintisiete, pertenece a la sucesión del señor Jerónimo Castillo, padre, mientras pende la condición establecida en el fideicomiso.

"Quedan así negadas las demás peticiones hechas en el libelo de demanda."

Demandantes y demandados apelaron de este fallo. El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de abril seis de mil novecientos treinta y dos, resolvió la litis en segunda instancia así:

"1ª Niégase la petición principal del libelo de demanda y las declaraciones consecuenciales.

"2ª Declárase en subsidio que los contratos o actos civiles consignados en la escritura pública número 362, otorgada por Jerónimo Castillo en la Notaría del Circuito de Junín el quince de agosto de mil novecientos veintisiete, constituye donación entre vivos.

"3ª Declárase nula la donación en cuanto atañe al fiduciario Lino Beltrán, y en cuanto dicha donación pase de dos mil pesos. No se declara la nulidad de la donación del usufructo hecho en favor de Rosario León, porque dicha donación, por no haber sido aceptada ni notificada al donante, en vida de éste la aceptación no alcanzó a producir efectos jurídicos.

"4ª Niégase la declaración de nulidad de la escritura citada, número 362, otorgada por Jerónimo Castillo, así como de la correspondiente inscripción en el registro.

"5ª Declárase que, en todo lo que la donación, materia de la escritura número 362 citada, en el numeral 2º, exceda de dos mil pesos con relación al fiduciario Lino Beltrán, los bienes repectivos pertenecen a la sucesión de de Jerónimo Castillo, padre. Esto es, que en adelante al fiduciario Lino Beltrán le queda, sobre todos los bienes materia del fideicomiso, incluyendo tanto el usufructo como la nuda propiedad, un derecho de dominio, mientras pende la condición, equivalente a la suma de dos mil pesos.

"6ª No hay lugar a estudiar las demás peticiones de la demanda, por ser subsidiarias unas de otras.

"7ª No hay condenación en costas ni en primera ni en segunda instancia."

El apoderado de Lino Beltrán y Rosario León interpuso contra esta sentencia recurso de casación, el cual fue declarado admisible por la Corte en auto de agosto nueve de mil novecientos treinta y dos.

El recurrente alega la primera causal de las enumeradas en el artículo 520 del Código Judicial.

Primer cargo.

Dice el recurrente:

"Incurre el Tribunal en una palmaria contradicción, al sostener que el fideicomiso puede ser gratuito, y por el hecho de encontrar, en su sentir, que en materia de este juicio es de tal naturaleza, sujetarlo a las reglas de donación entre vivos, prescindiendo de las que la ley señala expresamente para el fideicomiso; de manera que mediante la dicha aplicación somete un acto a disposiciones que reglamentan una materia completamente distinta, llegando por este error a declarar nulo un acto que no adolece de ningún vicio. De la anterior aclaración se echa de ver, evidentemente, la violación manifiesta en que incurrió el sentenciador de los artículos 793, 794, 797 y 802 del Código Civil, al no aplicarlos al caso contemplado, o sea a la interpretación de un fideicomiso, y al mismo tiempo violando, por aplicación indebida al fideicomiso, disposiciones que sólo pueden tomarse en cuenta al resolver sobre donaciones entre vivos, cuales son los artículos 1458, 1459, 1740 y 1741 del Código Civil.

"Si el Tribunal encontró que el fideicomiso fue gratuito (que sí lo puede ser), este solo hecho no lo autoriza para declarar que se trata de una donación entre vivos, un acto completamente distinto. De aquí se originó la violación directa, por no aplicación de las disposiciones del fideicomiso ya citadas, y también la violación, por aplicación indebida, de las disposiciones sobre donación entre vivos, citadas también atrás."

Se considera:

Para mejor comprensión de este cargo, no debe perderse de vista la naturaleza de las acciones ejercitadas y el tenor de la escritura número 362, otorgada en Junín el quince de agosto de mil novecientos veintisiete, en que consiste los contratos a que el litigio se refiere. En esa escritura Jerónimo Castillo constituyó fideicomiso sobre varias fincas raíces; nombró fiduciario principal a Lino Beltrán, y sustituto al señor Antonio Aurelio Beltrán; designó como fideicomisarios a los menores Casilda y Pánfila León y Jerónimo Castillo, hijo; declaró que el valor del fideicomiso es de doce mil pesos, "suma que se hallaba depositada en poder del constituyente para los fideicomisarios, depósito que hizo una persona que oculta su nombre," y se reservó para sí y para su esposa Rosario León el usufructo de las fincas raíces.

Estudiando las cláusulas del contrato y las probanzas traídas al debate, sostiene el Tribunal que "todo induce a pensar que la declaración transcrita es inverídica, y que el constituyente Jerónimo Castillo al crear el fideicomiso intentó, en forma por cierto absolutamente equivocada, hacer a los menores fideicomisarios la transmisión gratuita de la propiedad de los respectivos bienes por conducto del fiduciario Lino Beltrán. Existen al efecto varios indicios que conspiran a favor de esta hipótesis. En primer término, el hecho de que Jerónimo Castillo, para otorgar la escritura consignara en la Recaudación de Hacienda de Junín, por derechos de lazareto, la suma de novecientos sesenta pesos, como si tratara de hacer una donación. En segundo lugar, las confesiones de Lino Beltrán y Rosario León, obtenidas en posiciones absueltas ante el Juez Municipal de Junín, que no era el competente para conocer del juicio; posiciones que por ello sólo equivalen a una confesión extrajudicial de los absolventes, igual a una grave presunción. En tercer lugar, los indicios resultantes de las declaraciones de Benito González, Rafael Jiménez y Cesáreo Velásquez, indicios muy leves, tomados aisladamente, pero que en conexión con los dos primeros tienen alguna fuerza. Todos estos testigos declaran que le oyeron decir a Jerónimo Castillo que quería asegurarles a los hijos de

Rosario León algunos bienes, y que al efecto había consultado con algunos abogados para que le hicieran la póliza; y que tenía arreglado con uno de esos abogados, por doscientos pesos, la póliza de la escritura en favor de Lino Beltrán. En cuarto lugar, los mismos términos en que está concebida la cláusula por medio de la cual el constituyente fijó el valor del fideicomiso en doce mil pesos; términos inexplicables, ante el hecho de que Castillo omitiera expresar la razón para conservar en reserva el nombre de la persona que le había dado el dinero para los menores."

Y concluye el Tribunal:

"En resumen: la constitución del fideicomiso, tanto en relación con el fiduciario como de los fideicomisarios, y del usufructo con relación a la usufructuaria Rosario León, fueron enajenaciones que se hicieron a título gratuito, equivalentes a donaciones entre vivos, de manera que las reglas concernientes a esta clase de donaciones son las que deben regular cada acto y determinar sus respectivos efectos.

"Si en los fideicomisos—dice el doctor Fernando Vélez—la propiedad se transfiere a título gratuito, según se sostiene, y puede deducirse del artículo 795, ellos han debido reglamentarse en el libro 3º, que está exclusivamente destinado al modo de adquirir el dominio a dicho título, puesto que trata de las sucesiones por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, en virtud de las cuales recibimos gratuitamente los bienes ajenos. Los fideicomisos no son otra cosa que una de las sustituciones que reconoce el capítulo 9º del Título 4º del libro mencionado, capítulo que las divide en vulgar y fideicomisaria, y que trata de la primera, remitiéndose en cuanto a la segunda el presente título."

Las conclusiones jurídicas a que llegan el Tribunal y el doctor Fernando Vélez tienen un sólido fundamento en dos disposiciones del Código Civil, que se transcriben en seguida:

"Lo dispuesto en el artículo 1458 comprende a las donaciones fideicomisarias o con cargo de restituír a un tercero" (artículo 1467).

"La donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos. Se entiende por **insinuación** la autorización del Juez competente, solicitada por el donante o donatario. El Juez autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal" (artículo 1458).

El cargo es infundado.

Segundo y último cargo.

Sostiene el recurrente que el Tribunal violó de manera directa el artículo 797 del Código Civil, según el cual "una misma propiedad puede constituírse a la vez en usufructo a favor de una persona, y en fedeicomiso en favor de otra."

"El constituyente se sujetó—dice el recurrente—a la disposición transcrita, y por lo tanto, su acto es perfectamente válido, no pudiendo el Tribunal, a pretexto de no declarar la nulidad del usufructo, desconocerle su valor, diciendo que no ha producido efecto, pues esto es una manera de declarar nulo el acto del otorgante Jerónimo Castillo, en lo que dice relación con la reserva que hizo para sí y para su mujer Rosario León, de la cual era representante legal.

"Mal puede el Tribunal exigir que quien se reserva el usufructo sobre propiedad que constituye en fideicomiso, y quien reserve también ese usufructo para una persona que representa, como es su mujer, haga por sí y por su representado acto de aceptación para ante él mismo, y por ese concepto violó el Tribunal sentenciador, por indebida aplicación, el artículo 1469 del Código Civil, porque en ninguna parte exige la ley que el usufructo sea aceptado previamente."

Se considera:

En ninguna parte de la sentencia sostiene el Tribunal que una misma propiedad no pueda constituirse a la vez en usufructo a favor de una persona y en fideicomiso en favor de otra. El Tribunal, como se vio en el estudio del cargo anterior, llegó a la conclusión, sacada de las pruebas aducidas en el juicio, de que "la constitución del fideicomiso, tanto en relación con el fiduciario como de los fideicomisarios, y del usufructo con relación a la usufructuaria Rosario León, fueron enajenaciones que se hicieron a título gratuito, equivalentes a donaciones entre vivos."

Sostiene el Tribunal que "ninguna constancia existe de que Rosario León, en vida de su esposo, hubiera aceptado la donación del usufructo, y le hubiera hecho saber su aceptación al donante, como lo exige el artículo 1469 citado."

De otro lado, no se trajo al juicio, y así lo dice la sentencia, la prueba del matrimonio contraído por Jerónimo Castillo con Rosario León. Si tal prueba se hubiera traído, el contrato de donación irrevocable del usufructo, celebrado entre cónyuges, se regiría por las disposiciones especiales de las donaciones revocables, señaladamente por los artículos 745, 1056 y 1196 del Código Civil, y la aplicación del artículo 1469 habría sido a todas luces indebida. Pero a falta de aquella prueba, hay que sostener la calificación de donación irrevocable, dada por el Tribunal al contrato.

"Don Fernando Vélez—dice la sentencia—en su obra de **Derecho Civil Colombiano**, comentando el artículo 1469, dice lo siguiente:

'Si mientras el donante no es notificado de la aceptación del donatario, puede revocar a su arbitrio la donación, es claro que hasta la notificación, el donante conserva la propiedad de las cosas que quiere donar, y que ésta no la adquiere el donatario. De esto deben resultar las siguientes consecuencias:

'1ª Que hasta la notificación puede el donante revocar la donación, sea expresamente **(expressis verbis)**, sea tácitamente, como enajenando la cosa donada, o destruyéndola. Si la grava como con una hipoteca o una limitación del dominio, existirá con el gravamen. El caso nos parece semejante a los de que habla el artículo 1193.

'2ª Que si el donante muere antes de la notificación, parece que no hay donación, aunque aquella se hiciera a los herederos del donante, porque no puede decirse que hayan concurrido las voluntades del donante y del donatario, y sin la unión de ellas o sin que concurran, no puede existir el consentimiento de las partes, que es la base de la perfección del contrato. Lo mismo ocurrirá si antes de la notificación se incapacita el donante, es decir, si no es hábil (artículo 1444, etc.).'"

El cargo es infundado.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, dictada en este juicio por

el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha seis de abril de mil novecientos treinta y dos.

Se condena al recurrente al pago de las costas del recurso.

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

JOSE JOAQUIN HERNANDEZ — José Miguel Arango. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

—

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Arango.

El recurrente ataca el fallo porque en él se aplicaron las disposiciones que reglamentan las donaciones entre vivos, cuando se trata de un fideicomiso, institución jurídica que está reglamentada de manera especial en el Título 8°, libro 2°, del Código Civil.

La sentencia refuta el cargo, copiando un concepto del doctor Fernando Vélez, en el cual el ilustre comentarista sostiene que si el fideicomiso se transfiere a título gratuito, él ha debido reglamentarse en el libro 3° del Código Civil, que trata de las donaciones entre vivos, y luégo cita el fallo los artículos 1467 y 1458, para concluir que el cargo del recurrente es infundado, es decir, para decidir que las disposiciones sobre donaciones entre vivos se aplican a los fideicomisos a título gratuito, y esta conclusión, así en general, es la que no acepta el Magistrado disidente, por estos motivos:

Hay diferencias cardinales entre las dos instituciones jurídicas denominadas **fideicomiso y donaciones entre vivos**, como son, entre otras, las siguientes:

El fideicomiso es una limitación del dominio (artículo 793), y no un título traslaticio de dominio (artículo 765, Código Civil), como es la donación entre vivos.

El fideicomiso siempre es condicional, eso es de su esencia (artículo 794), al paso que la donación entre vivos puede ser pura y simple.

El fideicomiso supone necesariamente tres personas: el constituyente, el fiduciario y el fideicomisario; en la donación sólo intervienen dos: el constituyente y el donatario.

Puede constituirse un fideicomiso sin que en el momento de deferirse exista el fideicomisario, pero que se espera que exista (artículo 798), al paso que no puede hacerse una donación entre vivos a una persona que no exista en el momento de la donación.

El fideicomiso puede revocarse aunque haya sido aceptado por el fiduciario y notificada la aceptación al constituyente, si ambos, si fiduciario y donante, así lo resolvieren (artículo 1471); mientras que la donación entre vivos, una vez aceptada, no puede revocarse sino por ingratitud (artículo 1485).

El fideicomisario no está obligado a aceptar el fideicomiso sino en el momento de la restitución, época para la cual ya puede no vivir el constituyente.

En el fideicomiso puede el donante no designar expresamente al fiduciario, o puede faltar el fiduciario estando todavía pendiente la condición, y no por eso deja de haber fideicomiso (artículo 807), mientras que en la donación entre vivos es indispensable que exista el donatario en el momento de la donación.

Muchas más diferencias podríamos anotar entre estas dos instituciones jurídicas, pero para fundamentar este salvamento sobran las señaladas, de donde se desprende que cada una de estas instituciones se rigen por disposiciones propias e incompatibles, en muchas ocasiones, por lo cual no puede sostenerse que las disposiciones sobre donaciones entre vivos se apliquen a los fideicomisos.

Sucede que los fideicomisos pueden constituírse por donación entre vivos, pero esto no quiere decir que el fideicomiso degenere en donación y pierda su carácter especial, por haberse escogido la donación como medio para su constitución.

Lo que pasa en estos casos es que en el Título 13 del Código Civil, que trata de donaciones entre vivos, hay varias disposiciones relativas a los fideicomisos, como son los artículos 1467, 1469, 1470, 1471 y siguientes, disposiciones que debían estar colocadas en el título del fideicomiso, pero de ahí no se puede decir que las disposiciones sobre las donaciones entre vivos se apliquen a los fideicomisos; es que esas disposiciones sobre fideicomisos están, por indebida colocación, intercaladas en el Título 13, que reglamenta las donaciones entre vivos.

Análogas consideraciones pueden hacerse acerca del usufructo, que difiere esencialmente de las donaciones entre vivos.

Ninguna disposición existe en el Título 9° del Código Civil que regula el usufructo, ni ninguna existe tampoco en el Título 13 ("Donaciones entre vivos,") que exija la formalidad de la insinuación para el usufructo, ni menos la previa aceptación, de que habla el sentenciador.

Las únicas obligaciones del usufrutuario son prestar caución de conservación y restitución y hacer inventario solemne, pero la falta de estas formalidades, que bien pueden considerarse como una aceptación, no invalida el usufructo. Ellas comportan otras consecuencias distintas de la extinción del usufructo.

Los comentos del doctor Vélez que trae el fallo, son para las donaciones entre vivos, y habría que demostrar que esas disposiciones se aplican al usufructo, cosa que no se ha hecho, en mi opinión.

Bogotá, junio 30 de 1933.

José Miguel Arango

—

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Como antecedente de este pleito figura en autos copia de la escritura pública número 30, de diez y nueve de enero de mil novecientos veintinueve, otorgada ante la Notaría 1ª del Circuito de Palmira, en la cual se hizo constar el contrato celebrado entre la señora Julia Saavedra de Villafañe, mujer casada con Heliodoro Villafañe, y el señor Félix María Reyes.

En el mencionado instrumento se hacen, entre otras, las siguientes declaraciones:

"Undécimo. Que la otorgante señora Julia Saavedra de Villafañe, con plena autorización de su esposo, señor Heliodoro Villafañe, quien en prueba de su aquiescencia firma esta escritura, transfiere a título de venta todos los derechos hereditarios que, como única sucesora de los bienes del señor Tito Saavedra, le corresponden o pueden corresponderle sobre la finca del Abrojal o Malimbú, cuya situación y linderos quedan ya detallados, cesión que hacen a favor del señor Félix María Reyes.

"Duodécimo. Que la otorgante y su esposo señor Heliodoro Villafañe se comprometen a obtener a favor del citado señor Reyes la correspondiente adjudicación de los derechos hereditarios cedidos en la finca relaciona-

da, a fin de que se le forme directamente al cesionario la correspondiente hijuela en la partición de los bienes de la sucesión del señor Saavedra."

En la cláusula decimatercera se estipula que el precio de la venta es la suma de cinco mil ochocientos pesos ($ 5,800) oro colombiano, que el comprador pagará así:

a) Mil pesos que la vendedora declara haber recibido en presencia del Notario.

b) Mil trescientos pesos en un documento a favor de Reyes y a cargo del Tesoro del Distrito de Guacarí, que el comprador cede a la vendedora, reservándose ésta el derecho de proceder contra el cedente en caso de no obtener el pago del Municipio deudor.

c) Mil doscientos cuarenta y tres pesos noventa y un centavos, que la sucesión debe al Banco de Bogotá, Sucursal de Cali, que el comprador se obliga a pagar a esa institución bancaria en la forma indicada en el crédito hipotecario respectivo; y

d) El resto, o sean dos mil doscientos cincuenta y siete pesos, dentro de un año, contado desde la fecha del contrato.

Posteriormente, y en escrito o libelo de demanda de trece de diciembre de mil novecientos veintinueve, poco antes de vencerse el plazo para el pago del resto del crédito, Félix María Reyes, por medio de apoderado, promovió juicio civil ordinario contra Julia Saavedra de Villafañe, ante el Juzgado 2º del Circuito de Palmira, negocio que por impedimento de éste, pasó al Juez 1º del mismo Circuito, para que con su citación y audiencia, se le declare, en sentencia definitiva, desistido del contrato de compraventa de que se ha hecho mérito, o en subsidio, para que se declare resuelto el mencionado contrato, ordenándose, en uno u otro caso, la devolución del dinero pagado en ejecución del pacto, y la cancelación del registro de la escritura en que él se hizo constar. Pide igualmente se condene a la demandada en costas y perjuicios.

Fúndase la demanda en estos hechos:

"1º Por escritura pública número 30, de diez y nueve de enero de mil novecientos veintinueve, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito, la señora Julia Saavedra de Villafañe vendió al señor Félix María Reyes los derechos hereditarios que, como única sucesora de los bienes del señor Tito Saavedra, le corresponden en la finca del **Abrojal** o **Malimbú**, finca ésta que en la misma escritura se hace delimitar así: (aquí los linderos).

"2º Según la misma escritura, la expresada finca está compuesta de pastos artificiales, casas de habitación, todo encerrado con cercas de alambre en buen estado, e integrada por 43 plazas o fanegadas.

"3º Esta venta o cesión se hizo por la suma de $ 5,800, que el señor Reyes ha pagado, de acuerdo con lo convenido en el instrumento citado.

"4º La sucesión del señor Tito Saavedra se tramitó en el Juzgado 2º de este Circuito, y en la partición verificada el diez y seis de septiembre de este año, se adjudicaron la finca de **Malimbú** y todos los demás bienes sucesionales a la señora Julia Saavedra de Villafañe.

"5º Por la escritura número 453, de diez y ocho de septiembre del mismo año, se protocolizó en la Notaría 1ª de este Circuito la causa mortuoria mencionada.

"6º Sin embargo de decir la escritura que la finca tiene cuarenta y tres (43) plazas, mi poderdante ha constatado que sólo mide treinta y ocho (38), dándosele, además, como parte integrante de la citada finca, un callejón en la parte oriental, por donde colinda con predio de Ramón Polanco y otros. Pues la cerca que separaba este callejón de la propiedad vendida por la señora Saavedra de Villafañe, estaba destruída cuando se hizo la escritura de venta.

"7º Es indudable que la venta se hizo con relación a su cabida, de conformidad con lo dicho en el artículo 1887 del Código Civil, y en el caso presente el precio de la cabida que falta alcanza a más de una décima parte del precio de la cabida completa de cuarenta y tres (43) plazas.

"8º En la escritura tántas veces citada, y en su cláusula 12, tanto la vendedora como su marido se comprometieron a obtener a favor del señor Reyes la adjudicación de los derechos hereditarios cedidos, a fin de que se le forme directamente al cesionario la correspondiente hijuela en la partición de los bienes de la sucesión del señor Saavedra, y esto no ha sido cumplido."

Como fundamentos de derecho se citan los artículos 1546, 1888, inciso 2º; 1967 y 1870 del Código Civil, y 929 y concordantes del Código Judicial antiguo.

Corrido el traslado de la demanda, fue éste contestado por el personero de la parte demandada, quien negó el derecho, causa o razón en que se funda, oponiéndose a la vez a que se hagan las declaraciones solicitadas.

Los hechos los contestó así:

"Al 1º Es cierto; consta en un documento público y auténtico, y destaco el hecho de que el mismo demandante confiesa que la señora Julia Saavedra de Villafañe vendió derechos hereditarios.

"Al 2º No es cierto. Me atengo al tenor claro y expreso de la escritura de venta, y recalco sobre la circunstancia sustancial de que ese instrumento contiene un contrato de venta de derechos hereditarios.

"Al 3º Es cierto en cuanto al precio de la venta, pero nó en cuanto a pago.

"Al 4º No me consta; pero acepto lo que resulte de los documentos del juicio sucesorio.

"Al 5º Tampoco me consta; pero acepto lo que resulte del instrumento público al cual se refiere.

"Al 6º Lo niego.

"Al 7º No es propiamente un hecho, sino una errónea interpretación del actor.

"Al 8º Es cierto; pero el hecho del no cumplimiento de una cláusula incidental del contrato, no trae como consecuencia su resolución, ni autoriza el desistimiento, como erradamente lo pretende el actor."

Como excepción perentoria propuso la de carencia de acción, fundada en el hecho de tratarse de una venta de derechos hereditarios.

En primera instancia terminó la litis por sentencia de diez y ocho de marzo de mil novecientos treinta y uno, en la cual se absuelve a la demandada de todos los cargos de la demanda, por "falta de prueba," y se condena en costas al actor.

Apelado por éste ese fallo, conoció del recurso el Tribunal Superior de Cali, quien lo decidió en sentencia de doce de julio de mil novecientos treinta y dos, por medio de la cual revoca la sentencia apelada, y en su lugar declara resuelto el contrato materia de la litis, y "condena a la demandada Julia Saavedra de Villafañe a devolverle a Reyes el precio de la venta o la parte de él que recibió, y a indemnizarle los perjuicios que le haya causado."

Concluye el fallo así:

"Cancélese el registro de la escritura de compraventa citada.

"Sin costas."

La parte demandada interpuso el recurso de casación contra la sentencia de segundo grado. El Tribunal se lo concedió, y la Corte, en auto que está ejecutoriado, lo declaró admisible, y pasa a examinar.

Alégase la causal de casación que establece el ordinal 1° del artículo 520 del Código Judicial, por los varios motivos en él enumerados.

Primer motivo.

Violación de ley sustantiva por infracción directa.

Dice el recurrente en este primer cargo, que el Tribunal quebranta el artículo 1609 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

"En los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en forma y tiempo debidos."

Se acusan también como violados el artículo 837 del Código Judicial antiguo, y el 1608 del Código Civil. Transcribe el recurrente la disposición de este último precepto, y luégo agrega:

Basta la sola lectura de la cláusula 12 del contrato para llegar a estas conclusiones:

"a) Los contratantes no fijaron plazo para el cumplimiento de la cláusula citada; y

"b) No se trata en ella de hecho que debiera ser ejecutado dentro de cierto tiempo, y que los deudores lo hubieran dejado de ejecutar, porque el juicio de sucesión es de jurisdicción voluntaria, lo mismo que el subsiguiente, de partición, en que no hay sino un solo heredero o cesionario, como ocurre en el presente caso.

"No hay constancia en los autos —agrega—de que la respectiva partición se hubiera realizado con la adjudicación a la vendedora de la finca El Abrojal o Malimbú, pues sólo en ese caso quizá podría ser aplicable el numeral 2° del artículo 1608 del Código Civil, y por lo que hace al numeral 3° del mismo artículo, creo que tampoco puede aplicarse al caso de autos, porque el requerimiento supone posibilidad de realizar la prestación dentro del lapso que el Juez señale, y en este caso no existe esa posibilidad, dada la lentitud y vicisitudes de un juicio y aun de dos juicios, como ocurre en el caso contemplado, en el que al de sucesión subsigue el de partición."

Para que mis mandantes—continúa el recurrente—pudieran legalmente reputarse constituídos en mora, dejando de cumplir lo pactado, sería necesario:

1° Que el comprador hubiese cumplido con la totalidad de sus obligaciones (artículo 1609 del Código Civil); y

2° Que el plazo para el cumplimiento de la cláusula 12 se hallara en las condiciones previstas en el artículo 1608 del Código Civil, lo que hubiera sido determinado por el Juez, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 1551 de la misma obra.

Cita el recurrente, en apoyo del cargo, el siguiente paso de la sentencia recurrida:

"En definitiva, Julia Saavedra de Villafañe se obligó como vendedora de todos los derechos hereditarios que, como única sucesora de los bienes de Tito Saavedra, le correspondían o podían corresponderle en la finca del Abrojal o Malimbú, a hacerle adjudicar esos derechos al cesionario comprador de ellos, Félix María Reyes, mediante la formación, directamente para este señor, de la respectiva hijuela de adjudicación en la partición de los bienes de la sucesión mentada, y no cumplió tal obligación. Por consiguiente, es el caso, por este incumplimiento, de declarar resuelto el contrato de compraventa de los referidos derechos por prescripción del artículo 1546 del Código Civil, y por haberlo demandado así el actor subsidiariamente....

"Al aplicar el Tribunal—dice el recurrente—en el motivo tercero de la demanda de casación, el artículo 1546 del Código Civil, violó la ley sustantiva en el concepto de interpretación errónea, ya que él sólo es aplicable a los casos de mora por parte de cualquiera de los contratantes, y siempre que el otro contratante, o sea el que invoca tal artículo en su favor, haya cumplido a su vez con su obligación, o se demuestre que se ha allanado a cumplirla, según lo preceptúa claramente el artículo 1609 ya citado del Código Civil, que trae como elemento esencial del incumplimiento o la infracción de un contrato o de una cláusula de él, la mora....

"No se preocupó el Tribunal de Cali—añade el recurrente—para averiguar si el acuerdo con tal artículo, el demandante señor Reyes, cumplió con la totalidad de sus obligaciones, o se allanó a cumplirlas en la forma y tiempo debidos; no vio que sólo se hallaba probado el pago de mil pesos ($ 1,000), que éste dio al contado, y que durante dos lapsos probatorios, nada hizo el actor para demostrar esos hechos, que eran la base de la acción, y, sin embargo, condenó a mis mandantes, interpretando tan erróneamente el artículo 1546 citado, que ni siquiera lo puso en relación con el 1609, que lo desenvuelve y le da vida...."

La Corte observa:

Considera el Tribunal que la vendedora no cumplió con la cláusula duodécima del contrato que se hizo constar en la escritura número 30, de diez y nueve de enero de mil novecientos veintinueve, y que por ese incumplimiento "la finca no se adjudicó a Reyes en la partición de los bienes hereneiales de Tito Saavedra, y pasó a ser propiedad del adjudicatario de ella en esa partición....."

Luégo agrega:

"El incumplimiento de la obligación estipulada en la cláusula duodécima del contrato, consta de la propia confesión de la demandada, al contestar el hecho 8° de la demanda...."

El Tribunal da, pues, por establecido, que el juicio de sucesión testada de Tito Saavedra, de donde hace derivar la vendedora Saavedra de Villafañe los derechos hereditarios que fueron materia del contrato, se siguió y concluyó con la partición y adjudicación de dichos derechos a persona distinta del comprador, por confesión de la misma vendedora.

Pero al respecto cabe observar que, aun suponiendo acreditado que la demandada hubiera infringido la susodicha cláusula 12,—como lo afirma el Tribunal—la falta de cumplimiento por una de las partes a sus obligaciones, no da por esa sola circunstancia derecho a la otra para pedir la resolución del contrato, porque la condición resolutoria tácita que establece el artículo 1546 del Código Civil, en el cual se apoya el Tribunal, ha de entenderse con la restricción que le impone el 1609 de la misma obra, según el cual "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su

parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos."

De tal suerte que si el Tribunal estimaba que la vendedora no había cumplido con la obligación que le impuso la cláusula 12 del contrato, de obtener que se adjudicaran al comprador los derechos hereditarios que se había comprometido a transmitirle, ha debido entrar a examinar en seguida si la otra parte había cumplido o si había allanado a cumplir las obligaciones que eran de su cargo.

Mas, como lo observa el recurrente, el Tribunal no se preocupó por hacer ese estudio; pues entiende él—según se desprende de su fallo—que basta el incumplimiento de una sola de las partes, aunque la otra parte esté también en mora, para que sea el caso de aplicar el artículo 1546 del Código Civil. Es ese un concepto absolutamente erróneo, pues este artículo no puede interpretarse aisladamente, sino en relación con el 1609 del mismo Código, con el cual guarda estrecha armonía.

El comprador no ha cumplido las obligaciones que el contrato le impuso, pues si bien es cierto que en el hecho tercero de la demanda dijo que había pagado los $ 5,800, precio de la venta, de acuerdo con lo convenido en el contrato, acerca de ese hecho fundamental de la acción, que la parte demandada negó, en ninguna de las instancias del juicio allegó prueba alguna para acreditarlo. Sólo hay constancia en autos del pago de mil pesos, que el comprador dio al contado al firmarse la escritura de venta.

Aun suponiendo, pues, que la parte demandada faltó al cumplimiento de sus obligaciones, la demandante no ha comprobado haber cumplido con las suyas. En tales condiciones, ni demandante ni demandado pueden considerarse en mora, ni ninguno de ellos está autorizado para pedir la resolución del contrato, de acuerdo con el artículo 1609 del Código Civil. Refuerza este concepto la siguiente doctrina de la Corte, sentada en casación, de 7 de diciembre de 1897:

"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." (Gaceta Judicial, XIII, 300, 2ª).

La sentencia viola, por tanto, los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, como lo sostiene el recurrente. La violación de esos preceptos es suficiente motivo para infirmar la sentencia recurrida, sin necesidad de entrar a considerar los otros motivos de casación alegados.

Para resolver en instancia, se considera:

Respecto de la petición principal de desistimiento del contrato, fundada en el artículo 1888, inciso 2º, del Código Civil, basta hacer notar, para desecharla, que en la misma escritura que contiene el pacto, se hizo constar, no un contrato de venta de un predio rústico, con relación a su cabida, sino uno de venta del derecho real de herencia, esto es, de derechos sobre una universalidad, no susceptibles de mensura alguna, como lo observa el Tribunal.

Cuanto a la acción subsidiaria de resolución del mismo contrato, vuelve a repetirse que aunque la demandada haya faltado al cumplimiento de 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. Infiérese de lo expuesto, que respecto de esta acción se ha pedido antes de tiempo o de modo indebido, hecho éste que constituye una excepción perentoria, que es de rigor reconocer en este fallo, aun cuando ella no haya sido propuesta ni alegada, haciendo para ello uso de la facultad que al juzgador confiere el artículo 51 de la Ley 105 de 1890.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el doce de julio de mil novecientos treinta y dos, y en su lugar, resuelve:

1º Revócase la sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado 1º del Circuito de Palmira, el diez y ocho de marzo de mil novecientos treinta y uno.

2º No es el caso de hacer la declaración solicitada en la petición principal de la demanda, y, por tanto, se absuelve a la demandada del cargo que en ella se le hace.

3º En cuanto a la acción subsidiaria, se declara probada la excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido, y en este concepto se absuelve a la demandada del cargo que en tal petición se le formula.

4º Es improcedente la excepción de carencia de acción, propuesta con la contestación de la demanda.

5º No hay costas en las instancias ni en el recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juez 2º del Circuito de Barranquilla, el doctor Luis J. Bustillo Pareja, como apoderado de la Sociedad Alejandro Angel & Compañía, inició juicio ordinario contra Pedro A. Gómez C. y Nieves Aparicio, para que se hicieran estas declaraciones:

"a) Que mis poderdantes Alejandro Angel & Compañía, con tradición legítima, son dueños de la siguiente finca (aquí los linderos).

"b) Que Pedro Gómez Cera y señora Nieves Aparicio, como tenedores de dicha finca, están obligados a restituirla a mis poderdantes en el plazo legal, comprendiendo en la restitución todas las cosas que forman parte de ella, o que se reputan inmuebles por la conexión con ellas.

"c) Que Pedro Gómez Cera y señora Nieves Aparicio, como poseedores de mala fe, están obligados también a restituir a mis poderdantes los frutos naturales y civiles de la finca en reivindicación.

"d) Que Pedro Gómez Cera y señora Nieves Aparicio, como poseedores de mala fe, son responsables de los deterioros o daños que por su hecho o culpa haya recibido la finca."

Son hechos fundamentales de estas acciones:

"1º En el año de mil novecientos veintitrés, José Guadagno, en su carácter de socio administrador de la sociedad comercial Guadagno Hermanos y Compañía, y en su condición de padre legítimo de Cleofe, Alicia, Elia, Amelia, Italia y Alfredo Guadagno, hizo a favor de Alejandro Angel y Compañía dación en pago de varias fin-

cas raíces, ubicadas en el plano de esta ciudad, entre las cuales se incluyó la finca que reivindico. Escritura número 2326, de octubre diez y seis de mil novecientos veintitrés, Notaría 2ª de este Circuito.

"2ª Desde el diez y seis de octubre de mil novecientos veintitrés, Alejandro Angel & Compañía, por medio de su representante legal, entró en posesión de la mencionada finca, y en ella ha estado quieta y pacíficamente hasta fines del año pasado, en que el inquilino que la ocupaba dejó de habitarla, quedando siempre bajo el cuidado y administración del señor Casimiro Fernández, dueño de la agencia de arriendos que lleva su nombre.

"3ª Desde enero del corriente año, Pedro Gómez Cera y señora Nieves Aparicio, sin haber celebrado contrato de arrendamiento con el señor Casimiro Fernández, administrador de dicha finca, vienen ocupando la finca como si fueran sus dueños y señores, y se han negado a las excitaciones privadas y extrajudiciales que se les han hecho, hasta el punto de resistirse a la desocupación y entrega de aquélla, no obstante de que sabían que mis poderdantes la habían adquirido por justo título traslaticio de dominio, y eso es público, no sólo por la inscripción en el registro, sino porque es sabido de ellos.

"4ª Pedro Gómez Cera y Nieves Aparicio son poseedores actuales de la finca que reivindico."

El Juez de la causa, en sentencia de marzo diez y ocho de mil novecientos treinta y uno, falló el pleito así:

"1ª Declárase que los señores Alejandro Angel & Compañía, sociedad anónima domiciliada en Nueva York, Estados Unidos de Norte América, son propietarios de la siguiente finca raíz: una casa de enea, madera y barro, junto con su solar, situada en esta ciudad, en la acera oriental de la calle de Bolívar, entre las carreras de San Roque y Hospital, cuyo solar mide por sus lados Norte y Sur, 29 metros; por el Este, 15 metros, y por el Oeste, 13 metros, alinderado así: al Norte, con predio de Carmelina Ortiz; al Sur, con predio de Pabla O. de Donado; al Oeste, calle en medio, con predio de Federico Ortiz, y por el Este, con predio de Emilio Montaño.

"2ª Los demandados Pedro Gómez Cera y Nieves Aparicio están obligados a restituir a la Sociedad Alejandro Angel & Compañía, en el término de tres días, contados desde la notificación de esta sentencia, la finca antes individualizada, comprendiendo en la restitución todas las cosas que forman parte de ella, o que se reputan como inmuebles por conexión con ella, según el Título 1º, libro 2º, del Código Civil: de las varias clase de bienes.

"3ª Los mismos demandados, como poseedores de mala fe, están obligados a restituir a Alejandro Angel & Compañía los frutos naturales y civiles de la expresada finca, desde el mes de enero de mil novecientos veintinueve, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir como mediana inteligencia y actividad, si hubiera tenido la cosa en su poder.

"4ª Los demandados Pedro Gómez Cera y Nieves Aparicio, como poseedores de mala fe, son responsables de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la finca tántas veces nombrada.

"5ª Condénase al señor Pedro Gómez Cera y a la señora Nieves Aparicio a pagar, cada uno, una multa de cincuenta pesos a favor del demandante, por haber dejado de contestar la demanda.

"6ª Condénase en costas a los demandados."

Los demandados apelaron. El Tribunal Superior de Barranquilla, en sentencia de junio diez y siete de mil novecientos treinta y dos, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada. La misma parte interpuso casación, y la Corte declaró admisible el recurso, por auto de veintiocho de octubre del mismo año.

Dice el opositor en el recurso:

"Ocurre que el expediente del juicio en que hablo fue remitido de Barranquilla sin que la parte recurrente hubiese pagado el porte completo del correo, como así lo hizo constar el señor Secretario de la Corte, al recibir los autos, el día diez y nueve de agosto de mil novecientos treinta y dos. Y consta también, por nota del mismo funcionario, que el suministro de estampillas por razón del porte que dejó de cubrirse, no se hizo hasta el veintisiete de febrero de mil novecientos treinta y tres. Durante ese lapso se repartió el negocio, se fijó éste en lista, se declaró admisible el recurso y se dio traslado a la parte recurrente por el término legal, término que empezó a correr el día dos de diciembre de mil novecientos treinta y dos, y concluyó el ocho de febrero de mil novecientos treinta y tres, descontados los días de vacaciones y los de fiesta. Y como la demanda de casación se presentó el dos de febrero, durante el tiempo en que la parte no podía ser oída, se sigue, con aplicación de la doctrina de la Corte, que la demanda de casación debe desecharse, como no presentada dentro del término del traslado."

Considera la Corte que la cuestión suscitada por el opositor debe resolverse previamente. El artículo 390 del Código Judicial, en que se funda la anterior petición, es del tenor siguiente:

"Cuando el superior ante quien se interpone algún recurso no reside en el mismo lugar del inferior, la parte recurrente, si no está exenta por disposición especial, debe pagar el porte que corresponde al envío y a la devolución. Si el apelante o recurrente no paga el porte, el proceso se envía franco por el subsiguiente correo; pero el renuente no es oído ante el superior, mientras no consigne en sellos de correo, que anula el Secretario sobre el expediente, el doble del porte que dejó de pagar, según aviso que debe dar al destinatario el correspondiente Administrador de Correos."

La sanción establecida por esta disposición es igual a la que trae el artículo 351 del Código Judicial, interpretado ya por la Corte en dos decisiones:

"Si la parte obligada —dice el citado artículo 351— no suministra el papel que le corresponde, el Secretario lo suple con papel común. 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."

La doctrina de la Corte, establecida en dos fallos de casación, es como sigue:

"Considera la Corte que en asunto análogo, la Sala de Casación, reunida en pleno, por tratarse de establecer jurisprudencia en punto nuevo, interpretó, como lo hace ahora el Tribunal, el artículo 351 del Código Judicial, esto es, que cuando se ha suplido por papel común el sellado, que debe suministrar y no ha suministrado la parte obligada a ello en el juicio, su renuencia le acarrea la sanción de no ser oída mientras no cumpla lo mandado en el inciso 2º del artículo mencionado, y se consideran como no presentadas o no hechas las peticiones introducidas durante el lapso de la sanción.

"De manera que, con la mira de eludir estos inconvenientes y procurar la firmeza de la actuación, importa

adoptar la primera interpretación respecto de que la verdadera fecha (la fecha procesal, pudiera decirse), de la petición que hace la parte remisa, se entiende ser aquella en que se cumplió la revalidación con estampillas, de las hojas de papel común con que se había suplido el sellado. La parte no puede formular ninguna petición o gestión hasta que se ponga a paz y salvo con las prescripciones legales atañederas al papel sellado; tal es, en puridad, el sentido del artículo que se estudia."

En el caso de autos, el término para fundar el recurso venció el nueve de febrero del presente año, y aunque el alegato fue presentado el día dos del propio mes, el suministro de las estampillas no fue hecho sino el día veintisiete del mismo mes, según la constancia del Secretario de la Corte, que dice:

"Hoy veintisiete de febrero de mil novecientos treinta y tres, adhiero y anulo estampillas de correo por valor de siete pesos diez y seis centavos ($ 7-16) moneda corriente, suministradas por el doctor Rafael Campo A., por razón del porte que dejó de pagarse en la Administración de Correos de Barranquilla (artículo 390 del Código Judicial)."

De modo que, con aplicación de la doctrina de la Corte, el recurso de casación no puede considerarse fundado el dos de febrero del presente año, fecha en que fue presentado el escrito, sino el veintisiete del propio mes, día en que se hizo el suministro de las estampillas, y como para esta fecha ya había transcurrido el término legal para formalizar el recurso, el alegato de casación resulta extemporáneo, y debe considerarse como no fundado en tiempo.

Y como de acuerdo con el artículo 532 del Código Judicial, "si el recurso no se funda dentro del término legal, la Sala lo declara desierto, y condena en costas a la parte recurrente," es procedente la petición del opositor a este respecto.

Por virtud de lo dicho, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha diez y siete de junio de mil novecientos treinta y dos, pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Barranquilla.

Se condena al recurrente al pago de las costas del recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO **José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado 1° del Circuito de Moniquirá, los señores Justo Pastor, Segundo Abel, Félix Antonio y Francisco Bácares instauraron, por medio de apoderado, juicio ordinario contra Jacobo Forero, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª Que es nulo el contrato contenido en la escritura pública número 35, de fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos veintiséis, Notaría 1ª de Moniquirá, por ser simulado o ficticio y carecer de causa; contrato celebrado entre Abel Bácares y Jacobo Forero.

2ª Que, como consecuencia de esta declaración, se restablezcan las cosas al estado que tenían antes, restituyendo las fincas a que ese contrato se refiere en favor de la sociedad conyugal, actualmente ilíquida, que existió entre los señores Abel Bácares y Rosa Forero de Bácares; y

3ª Subsidiariamente, y para el caso de no hacer las declaraciones anteriores, que se declare rescindido por causa de lesión enorme el citado contrato de compraventa, dejando a salvo al demandado la acción facultativa que le concede el artículo 1948 del Código Civil, y condenándolo, si conviene en la rescisión, a restituir esas fincas a la mencionada sociedad conyugal, con los frutos percibidos desde la fecha de la demanda; y si no consiente en ella, a pagar el completo del justo precio, con deducción de la décima parte.

Son hechos fundamentales de esta demanda:

"1° En la escritura aludida aparece consignado el contrato de compraventa de las fincas raíces, muebles y semovientes que en ella se describen.

"2° Ese contrato es ficticio o simulado, y por ende, carece de causa.

"3° El demandado ha carecido siempre de capacidades pecuniarias para adquirir compradas aquellas fincas.

"4° Es de pública notoriedad en este lugar, o mejor dicho, de 'opinión y fama pública,' que el contrato cuya nulidad se demanda es simulado o ficticio, y que se fingió celebrarlo para desheredar a los hijos del primer matrimonio de Abel Bácares—que son mis representados—incluyendo al efecto, como se incluyó, todo aquello de que era dueño el supuesto vendedor.

"5° Cuando ese contrato fingido se redujo a escritura pública, era casado el señor Bácares con la nombrada señora Rosa Forero, esto es, sucedió aquello durante la sociedad conyugal que existía entre ellos dos.

"6° Esa sociedad se disolvió por la muerte del señor Bácares, y hasta hoy no ha sido liquidada.

"7° Mis mandantes son hijos legítimos del mentado señor Bácares, porque los hubo durante su primer matrimonio con la señora Susana Echeverri, y tienen, como sus herederos, interés en que se decrete la nulidad demandada o la rescisión del contrato.

"8° La cantidad de $ 7,650, que aparece en la escritura como precio de todas aquellas fincas, es inferior en mucho a la mitad del justo valor de ellas, el día del otorgamiento de esa escritura."

El Juez de la causa sentenció así:

"a) No es el caso de declarar la nulidad absoluta del contrato de compraventa, celebrado entre Abel Bácares y Jacobo Forero, y consignado en la escritura pública número 35, del veinticuatro de febrero de mil novecientos veintiséis, otorgada ante el Notario 1° de este Circuito, ni de decretar las consecuenciales solicitadas en la acción principal.

"b) No se declara rescindido el contrato de compraventa de los semovientes que figuran en la escritura pública de que se ha hecho mención en el ordinal anterior.

"c) Declárase rescindido por causa de lesión enorme el contrato de compraventa de bienes raíces y sus accesorios, celebrado entre Abel Bácares y Jacobo Forero, por instrumento público número 35, de veinticuatro de febrero de mil novecientos veintiséis, ante el Notario 1° del Circuito de Moniquirá.

"d) El comprador demandado, Jacobo Forero, entregará a la sociedad ilíquida que existió entre Abel Báca-

res y Rosa Forero de Bácares, dentro de los tres días de notificada esta sentencia, las fincas a que se refiere el contrato rescindido, siempre que no haga uso de la facultad que le concede el artículo 1948 del Código Civil.

"f) (sic). Si el comprador demandado no hace uso del derecho que le concede el artículo 1948 del Código Civil, dentro del término fijado para la entrega, queda con derecho a que se le restituya el precio pagado.

"g) Pagará al comprador demandado los frutos naturales y civiles de las fincas a que se refiere el contrato, desde la fecha en que se deben, según el artículo del Código Civil, últimamente citado.

"h) Queda el comprador obligado a purificar las fincas de todo gravamen hipotecario y demás derechos reales que sobre ellas haya constituído.

"i) Costas a cargo del demandado."

Ambas partes apelaron. El Tribunal Superior de Tunja, en sentencia fechada el tres de octubre de mil novecientos treinta y uno, reformó así el fallo apelado:

"Es nulo, por ser simulado o ficticio y carecer de causa, el contrato contenido en la escritura pública número 35, otorgada el veinticuatro de febrero de mil novecientos veintiséis ante el Notario 1º del Circuito de Moniquirá, por Abel Bácares a favor de Jacobo Forero, sobre venta de unos terrenos y de otros bienes.

"Como consecuencia de esta declaración, se ordena al demandado Jacobo Forero restablecer las cosas al estado en que estaban antes del contrato, y restituir, dentro del término de seis días después de la ejecutoria de esta sentencia, las fincas a que ese contrato se refiere, a la sociedad conyugal ilíquida que existió entre Abel Bácares y Rosa Forero de Bácares.

"No hay lugar a hacer aquí la declaración pedida en la acción subsidiaria sobre rescisión del contrato por lesión enorme.

"El demandado Jacobo Forero queda obligado al pago de las costas de la primera y de la segunda instancias."

El demandado interpuso casación. La Corte admitió el recurso por auto de fecha veinticinco de julio de mil novecientos treinta y dos.

El recurrente alega contra la sentencia las causales primera y segunda de casación.

Segunda causal.

Primer cargo:

"Lo que se demandó—dice el recurrente—en el libelo, o sea la declaración de simulación del contrato de compraventa, se funda en los hechos que enumera el mismo libelo, y entre esos hechos, sólo el 3º y el 4º se refieren a establecer la simulación.

"Ahora bien: en la sentencia, el Tribunal se dio a buscar otros hechos, sin mencionar el 3º entre los indicios de simulación, y sin que el hecho 4º aparezca comprobado."

Se considera:

Existe doctrina uniforme y constante de la Corte, establecida en innumerables fallos, de acuerdo con la cual, la incongruencia de una sentencia debe buscarse en la parte resolutiva y no en la motiva.

"La incongruencia de una sentencia, que es causal de casación, no hay que buscarla entre los motivos o fundamentos de ella, sino sólo entre la petición de la demanda y la parte resolutiva del fallo." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo 2', número 1173).

"La incongruencia de un fallo no debe buscarse en la parte motiva sino en la resolutiva, comparada con las peticiones de la demanda." (Ibidem, número 1167).

"El que el Tribunal haya apoyado la sentencia en hechos distintos de los expresados en el libelo de demanda, no constituye la segunda de las causales de casación de que trata el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, o sea no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes." (Ibidem, número 1182).

"La incongruencia del fallo debe buscarse no en la parte motiva sino en la resolutiva, para ver si se falló más de lo pedido, si fue deficiente el fallo, o si se ha resuelto sobre puntos ajenos a la controversia." (Ibidem, tomo 3º, número 1960).

El cargo es improcedente.

Segundo cargo:

"En el hecho 4º del libelo—dice el recurrente—dijo la parte demandante que en la escritura de venta Bácares-Forero, 'se incluyó todo aquello de que era dueño el supuesto vendedor.'

"Luego el demandante parte de la base de que los bienes vendidos eran de propiedad del vendedor Abel Bácares. Siendo así, la sentencia está en desacuerdo con aquel hecho, cuando ordena restituir los bienes a la sociedad conyugal disuelta, y aunque así lo indica la parte petitoria del libelo, dicha petición está contradicha por el hecho 4º del mismo libelo."

Se considera:

Como se expresó en el estudio del cargo anterior, la causal segunda es improcedente cuando se acusa la parte motiva de la sentencia.

El cargo es improcedente.

Primera causal.

Primer motivo:

"La sentencia violó—dice el recurrente—por violación directa el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, en cuanto en él se establece que la nulidad absoluta 'puede alegarse por todo el que tenga interés en ella.'

"Ahora bien: los demandantes, señores Bácares, no han demostrado que tengan interés en que se declare la nulidad absoluta por simulación del contrato de venta Bácares-Forero en beneficio de la sociedad conyugal ilíquida habida etre el vendedor y la señora Rosa Forero, pues en el supuesto de que se declarara dicha nulidad, y que los bienes volvieran a la sociedad conyugal ilíquida, no aparece establecido que con esto lograran nada los demandantes, pues aunque ellos son herederos del vendedor, bien podría ocurrir que por existir otros bienes de la sociedad, o por restituciones debidas a la mujer, todos los bienes vendidos se adjudicaran en la liquidación de la sociedad a la cónyuge supérstite.

"De ahí que mientras no se liquide la sociedad conyugal disuelta, y se sepa qué bienes pertenecen a la esposa y cuáles quedan a la sucesión del marido, no se sepa si en casos como el actual los herederos del marido tengan interés para alegar la nulidad.

"Contra lo dicho está el siguiente pasaje de la sentencia del Tribunal:

'Con partidas de origen eclesiástico aparece comprobado: Abel Bácares y Susana Echeverría contrajeron matrimonio católico en Togüi, el diez y seis de marzo de mil ochocientos sesenta y tres. De ese matrimonio nacieron Francisco Heliodoro, Félix Antonio, Justo Pastor y Abel Bácares; Susana fue supultada en Togüi el diez y nueve

de octubre de mil novecientos cuatro; Abel, cónyuge sobreviviente, contrajo nuevo matrimonio con Rosa Forero en Moniquirá, el trece de febrero de mil novecientos ocho, y fue sepultado en la misma ciudad el cuatro de marzo de mil novecientos veintiséis. Esto demuestra que Francisco Heliodoro, Félix Antonio, Justo Pastor y Abel Bácares, hijos del matrimonio Bácares-Echeverría tienen derecho para ejercitar la acción de nulidad del contrato contenido en la escritura número 35, otorgada el veinticuatro de febrero de mil novecientos veintiséis ante el Notario 1° principal de Moniquirá, por Abel Bácares a favor de Jacobo Forero, sobre venta de unos terrenos y otros bienes.'"

Se considera:

El problema jurídico que plantea el recurrente está acertadamente resuelto por la Corte:

"Es manifiesto el interés que un hijo legítimo tiene en que se declare la nulidad absoluta de la venta que su difunto padre había efectuado, pues declarada tal nulidad, los bienes entran en la sucesión, y deben repartirse entre los herederos del causante, entre quienes figura el demandante. Probada la calidad de hijo legítimo, queda comprobado el interés en el pleito, aunque el demandante no haya dicho en la demanda que tiene interés en tal declaratoria." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo 3°, número 2069).

El cargo es infundado.

Segundo motivo. Expresa el recurrente:

"Dice la sentencia acusada:

'El Tribunal encuentra plenamente probados los siguientes hechos, que, en su concepto, constituyen otros tantos indicios, de que el contrato contenido en la referida escritura es ficticio o simulado.'

"En seguida el Tribunal menciona doce hechos, o sea doce indicios, los cuales afirma que están plenamente comprobados, y de los cuales deduce la simulación.

"De dichos doce indicios no están probados plenamente el 2°, el 3°, el 4°, el 5°, el 6°, el 9°, el 10 y el 11, como paso a demostrarlo.

"El artículo 636 del Código Judicial, vigente cuando se dictó la sentencia, con el cual guarda relación el inciso 2° del artículo 668 del actual Código Judicial, establecía que no haría fe el dicho de un testigo, si él no expresa clara y distintamente el medio como ha tenido conocimiento de los hechos.

"El inciso 2°, o sea la deliberación sobre si la escritura se debía hacer a favor de Jesús o de Jacobo Forero, lo estima la sentencia plenamente probado con las declaraciones de Beltrán y de Salomón, el primero de los cuales no da razón de su dicho; luego aquel indicio no está plenamente probado, porque un solo testigo no forma plena prueba (artículo 606 del anterior Código Judicial y 696 del actual Código Judicial).

"El indicio 3°, sobre deliberación acerca del precio de la venta, se dice probado con las declaraciones de Beltrán y Salomón, y Beltrán tampoco da razón de su dicho.

"El indicio 4°, sobre una indicación hecha a don Abel por la señora, se dice probado con las declaraciones de Cortés y de Pérez, y ninguno de los dos da razón de su dicho.

"El indicio 5°, o sea la recomendación de Félix Antonio, se da por probado con las declaraciones de Cortés y de Pérez, ninguno de los cuales da razón de su dicho.

"El indicio 9°, o sea que es fama pública que el contrato es simulado, se da por probado con las declaraciones de Beltrán, Salomón, Blanco y Barrera, ninguno de los cuales indica a quiénes han oído tal afirmación. Luego la fama pública no está comprobada, porque las declaraciones en cuestión no están de acuerdo con el artículo 668 del anterior Código Judicial y 698 del actual. Alego como causal de casación la violación de estos artículos.

"Los primeros avalúos no pueden ser prueba, porque ellos fueron dados para estimar la cuantía del juicio, y no se refieren a la fecha del contrato de venta.

"El segundo avalúo tampoco se puede tener en cuenta, porque no fue aprobado, ni se refiere propiamente a los bienes comprados."

Se considera:

La declaración de Beltrán reúne todos los requisitos legales. Como Notario autorizó la escritura en que consta la venta, y declara por percepción directa. En cuanto a las declaraciones de Cortés y Pérez, basta observar que las respuestas de estos testigos empiezan con esta frase: "me consta por haberlo visto y presenciado....." Por consiguiente, la sentencia recurrida no viola el citado artículo 636.

La fama pública, relativa a la simulación del contrato, está probada con las declaraciones de Beltrán, Salomón, Blanco y Barrera. Es verdad que los testigos no nombran las personas a quienes han oído tal afirmación. Pero es lo cierto que la ley no exige semejante formalidad.

Tacha el recurrente el segundo dictamen, por no haberse aprobado. El punto está resuelto por la Corte:

"No puede objetarse la validez de un dictamen pericial, porque él no haya sido aprobado por el Tribunal que decreta la prueba. La ley no exige tal formalidad: lo único que previene es que tal dictamen se ponga en conocimiento de las partes." (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo II, número 770).

Observa la Corte, una vez más, que los Tribunales son soberanos en la apreciación de los indicios, cuando están probados. En el caso del pleito, los indicios principales en que se cifra la sentencia, están plenamente probados.

Merced a lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

1° No se infirma la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Tunja, con fecha tres de octubre de mil novecientos treinta y uno.

2° Se condena en costas a la parte recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Arango).

El señor José Santiago Alvarez demandó al Municipio de Bogotá para que se declarara rescindido, por lesión enorme, el contrato de venta de que trata la escritura número 1021, de nueve de abril de mil novecientos veintisiete, y se condene al Municipio en las costas del juicio.

El Juez absolvió al demandado de los cargos de la demanda, y el Tribunal de Bogotá, que conoció del asunto en grado de apelación, confirmó el fallo en todas sus partes.

Se interpuso recurso de casación contra él, que fue admitido, y como es llegado el momento de estudiarlo, a ello se procede.

Alega el recurrente la violación de los artículos 593, 601, 721, 722 y 730 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto el sentenciador no le dio valor de plena prueba al dictamen uniforme de dos de los peritos, que justipreciaron el valor del lote vendido en el momento del contrato, siendo así que el Código citado le reconoce ese valor a la prueba pericial, teniendo en cuenta que cuando se dictó el fallo, regía el nuevo Código Judicial, que en su artículo 1228 ordena que se apliquen sus disposiciones a los juicios pendientes en el momento en que principie a regir, con excepción de los términos no vencidos, los recursos interpuestos y las tercerías e incidentes introducidos.

Es verdad que esto dispone la nueva ley judicial, y cierto también que el Tribunal no se atuvo al dictamen de los dos peritos que estuvieron de acuerdo acerca del precio del inmueble al tiempo del contrato, pero como las disposiciones sobre pruebas son sustantivas, el valor que éstas comportan debe ser medido por la ley que las establecía y calificaba, es decir, por la ley coetánea al tiempo en que fueron solicitadas.

Esto es razonable, porque el valor de una prueba tiene que estimarse a la luz de la disposición que la establecía y reglamentaba, porque ella así constituía, dentro del sistema probatorio, una especie de derecho adquirido para la parte que la invocaba, que no puede ser desconocida por leyes posteriores, ya que la prueba de un derecho no puede quedar a voluntad del legislador para lo pasado.

Esta no es doctrina nueva de la Sala. Ella está consagrada en sentencia de la Corte, de fecha veintisiete de junio de mil novecientos veintinueve. Tomo **XXXI**, página 49, que dice:

"Preciso se hace en este caso examinar si habiendo entrado en vigor el nuevo Código Judicial, ha de aplicarse el parágrafo del artículo 760, que excluye peritazgos posteriores a los practicados antes, cuando éstos no adolecen de error comprobado o de incapacidad o incompetencia de parte de los individuos que intervinieron como peritos; y si ha de aplicarse también la regla del artículo 770, sobre la apreciación de las dos pruebas periciales practicadas en este juicio; o si, por el contrario, debe darse cumplimiento a las disposiciones del antiguo Código Judicial, que se hallan en oposición con las citadas arriba.

"Practicadas las dos pruebas periciales en este juicio cuando regía el Código Judicial adoptado por la Ley 57 de 1887, y tratándose al presente, cuando un nuevo Código de Procedimiento está en vigor, de apreciar la fuerza probatoria de esos peritajes y de su admisibilidad, esto es, tratándose de formalidades de fondo—**decisoria litis**,—hay que atenerse al principio de que la ley aplicable es la del tiempo en que aconteció el hecho que se trata de probar, y que el juzgador puede usar del deber de apreciación que le imponía el artículo 79 de la **Ley 105 de 1890**.

"La prueba pericial de primera instancia está formada por el dictamen del perito de los demandantes, y con el rendido por el perito tercero, quien se adhirió al anterior, y los cuales estiman la finca en la época de la compraventa, en la cantidad de tres mil quinientos pesos ($ 3,500)."

Así, pues, el sentenciador no violó los artículos invocados por el recurrente al no acoger el dictamen de los dos peritos, al cual la nueva ley da el valor de plena prueba cuando él es explicado y debidamente fundamentado.

Pero el recurrente considera violados los artículos 590, 681, 733 del antiguo Código Judicial, y el artículo 79 de la Ley 105 de 1890, si la Corte considerase que la prueba de peritos se rige por la ley vigente al tiempo de solicitarse, y como así se acaba de resolver, se estudian estas acusaciones, fundadas en las mismas razones expuestas, ya que el sentenciador no apreció los indicios que surgen de las escrituras acompañadas relativas al precio de lotes vendidos en la misma época y en la misma parte aledaños al de que aquí se trata.

Se observa:

En primer lugar, el artículo 79 de la Ley 105 de 1890, de manera expresa no le daba valor de plena prueba a la exposición de los peritos, ella debía ser apreciada por el Juez, teniendo en cuenta las razones en que se funda y las demás pruebas del expediente.

Eso hizo el sentenciador. No la apreció como plena prueba, porque a su juicio las razones de los peritos no le satisficieron, por las explicaciones que adujo el fallador, y en esas apreciaciones no se puede decir que se hubiera incurrido en evidente error de hecho.

Cierto que los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son vehementes y diversos y están enlazados entre sí, pero en el caso presente los indicios a que se refiere el recurrente son las diversas escrituras acompañadas para demostrar el precio de lotes similares vendidos en la misma época y en la misma parte, indicios apreciados por el sentenciador, y esa apreciación escapa a la casación, pues la Corte, en sinnúmero de decisiones, ha sentado esta doctrina invariablemente:

"El sentenciador goza de amplia libertad para la apreciación de indicios; y sólo cuando se le convenza de un error evidente de hecho o de derecho en la estimación de los hechos constitutivos de los indicios, es justificable la acusación del fallo." (Casación, 3 de marzo de 1923, XXX, 42, 3ª).

"El recurrente en casación puede atacar la prueba de indicios en que se apoyó el Tribunal sentenciador, demostrando que tales indicios no están probados, pero no criticando la apreciación que de ellos ha hecho el Tribunal para hacer ver que no tienen la fuerza probatoria que el juzgador les asignó. Esta apreciación escapa a la casación." (Casación, 10 de octubre de 1923, XXX, 350, 3ª).

"La apreciación de los indicios es una operación encomendada al criterio personal del juzgador, y la Corte de Casación no puede variar esa apreciación sino cuando el recurrente alegue y pruebe error evidente de hecho en la estimación de las pruebas demostrativas del indicio." (Casación, 25 de julio de 1925, XXXI, 283, 2ª).

Esas escrituras apenas hacen fe entre las partes respecto de su contenido, y ese no lo desconoció el Tribunal, y respecto de la inspección ocular hay que advertir que el sentenciador no desconoció ninguno de los hechos que se hicieran constar en la inspección, notándose que el justo precio del terreno, que era lo que se trataba de fijar, no es hecho que haya pasado en presencia del Juez.

Por lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha veinticinco de agosto de mil novecientos treinta y dos.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio diez de mil novecientos treinta y tres.

Por sentencia de fecha diez y ocho de febrero último, el Tribunal Superior de Manizales decidió en segunda instancia el juicio ordinario promovido ante el Juez del Circuito de Santa Rosa por los esposos María Teresa Santana y Luis Calderón, contra César González, Manuel Moreno, Benito Quinceno y su esposa Carmen Pineda, sobre entrega de un lote de terreno situado en el cruzamiento de la calle de San José con la carrera de Manizales, de la población de Chinchiná, y pago de frutos.

Contra este fallo interpusieron recurso de casación los demandantes, por haberles sido adverso. Antes de conceder el recurso, dispuso el Tribunal que por peritos que él nombró se avaluara la cuantía del juicio. Posesionados los peritos, llenaron su cometido y estimaron en mil quinientos pesos dicha cuantía a la época de la demanda. En vista de tal avalúo, el Tribunal, por auto de fecha cinco de mayo último negó el recurso de casación, por no alcanzar a la que exige el artículo 519 del Código Judicial. En seguida los proponentes del recurso, dándose por sabedores de dicha providencia, solicitaron que se mandara reavaluar la propiedad materia del juicio, teniendo en cuenta los edificios que existen en el terreno materia del juicio, a lo cual no accedió el Tribunal. Por estas negativas, los mismos solicitantes han recurrido de hecho para que la Corte les otorgue el recurso de casación. Con este objeto han presentado con el memorial respectivo, fuera de otras copias, las siguientes:

1ª La del auto de cinco de mayo, por el cual se negó el recurso de casación.

2ª De la sentencia que decidió el juicio, ambas con la constancia de la respectiva notificación; y

3ª La del escrito en que se interpuso el recurso de hecho con la fecha de su presentación.

Para resolver, se considera:

Aparece que los solicitantes ocurrieron ante la Corte dentro del término que establece el artículo 514 del Código Judicial, pero entre las copias presentadas no consta que ellos hubieran pedido reposición del auto en que se les negó el recurso de casación, lo que es indispensable conforme al artículo 513 del mismo Código. Y como fundamentos del recurso de hecho se limitaron a decir que los peritos no tuvieron en cuenta, al estimar la cuantía de la acción, las dos declaraciones que presentaron al interponer el recurso de casación; mas del dictamen aparece que los peritos sí tuvieron en cuenta tales declaraciones, y la circunstancia de haber estimado los demandantes en mil quinientos pesos su acción al promoverla, sin contradicción posterior de los demandados.

No habiéndose, pues, pedido reposición del auto que negó el recurso de casación, el Tribunal tenía que atenerse al dictamen de los peritos que él nombró para la estimación de la cuantía de la acción, dictamen que no permite el recurso según la ley.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, no admite el recurso de hecho interpuesto por los señores Luis Calderón y María Teresa Santana en estas diligencias, las que se archivarán.

Cópiese y notifíquese.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez de julio de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

El doctor Jorge Uribe Márquez, como apoderado del señor Antonio Mansilla y de la señora Sixta Tulia Prada viuda de Santos, demandó ante el Juez del Circuito del Socorro a las señoras Amalia Santos de Cardoso e Isabel Santos de Rueda, representadas por sus maridos respectivos, y al señor Alejandro Santos, para que por sentencia definitiva se hicieran estas declaraciones:

"1ª Que es nulo, de nulidad absoluta, el remate celebrado ante el Juzgado 2º del Circuito del Socorro el día quince de diciembre de mil novecientos veintiuno, de la finca llamada El Uvito, compuesta de casa de habitación, de tapias, madera y teja, enramada para trapiche de moler cañas dulces, levantado sobre pilastras de piedra, cubiertas de madera y teja, con su correspondiente máquina de moler, con dos pailas de cobre enfalcadas y todos los demás utensilios y accesorios propios para tal industria, ubicada en jurisdicción del Municipio de Guadalupe, y deslindada de la siguiente manera (aquí los linderos), por no ser dueño el deudor de la expresada finca y haberse verificado dolosamente, puesto que tanto los rematadores como el ejecutante y el ejecutado tenían conocimiento de la existencia y legalidad de la escritura de donación hecha por Benito Santos en favor de mi mandante Prada, y es claro que obraron de mala fe y ejecutaron una acción dolosa, desde luégo que ellos sabían que esa finca no pertenecía a Valois Santos, y que la señora Prada de Santos era su verdadero dueño.

"2ª Y como consecuencia de esta declaración, se decrete la reivindicación de la finca con todos sus frutos naturales y civiles desde la fecha del remate hasta el día en que se haga la restitución, con todas sus anexidades, usos, costumbres y servidumbres, todo en favor de mi representado señor Antonio Mansilla, adquiriente de ella por los medios legales de la precitada señora Prada de Santos, según el título que se ha mencionado arriba.

"3ª Que se les condene igualmente a los demandados a pagar los daños y perjuicios causados a los señores Prada de Santos y Mansilla, durante las épocas en que éstos han sido dueños de dicho predio, habida consideración a que esos rematadores no han adquirido legalmente derecho alguno de dominio ni de posesión, pues el remate, repito, es nulo absolutamente desde luégo que versó sobre cosa ajena y se hizo en perjuicio de tercero, como lo es la señora Prada de Santos. Aclaro que la señora Prada de Santos, al formar causa solidaria con el nombrado Mansilla, es con el carácter de coadyuvante de la acción intentada por el último, en cumplimiento de la escritura últimamente nombrada, en su cláusula segunda."

Citó en apoyo de esta demanda los artículos 669, 714, 715, 740, 782, 1443, 1494, 63, 1602, 1740, 1757, 1871, 946 a 971 del Código Civil; 34, 38, 42 y 43 de la Ley 57 de 1887, y los hechos siguientes:

"1º Que es cierto que Benito Santos le hizo donación pura, perfecta, irrevocable y entre vivos de la finca El

Uvito, con todas sus anexidades, usos, costumbres y servidumbres, etc., etc., a Sixta Tulia Prada, de la nuda propiedad, cuya propiedad se consolidó desde el día en que murió Valois Santos, o sea desde el ocho de mayo de mil novecientos veintidós (1922), quien tenía derecho al usufructo de la finca hasta ese día, y el registro de esa escritura no ha sido cancelado por ningún medio legal.

"2ª Que es cierto igualmente que Valois Santos murió en la ciudad del Socorro, y desde ese día, tanto él como sus herederos perdieron el derecho al usufructo de la prenombrada finca, al tenor de la escritura de que vengo ocupándome.

"3ª Que es cierto que los demandados Santos y de Cardoso y Joselín Cardoso remataron para sí la finca de El Uvito, de que vengo ocupándome, a sabiendas de que no pertenecía al ejecutado señor Valois Santos, sino a la señora Prada de Santos, por la situación y linderos que quedan arriba indicados.

"4ª Que es válida la venta de cosa ajena siempre que no se perjudique al verdadero dueño y éste consienta en ratificar la venta, cosa que no ha sucedido en el presente caso.

"5ª Que los señores demandados han estado y están en el uso y goce pleno del predio, objeto de esta venta, usufructuándolo y gozando de él sin ninguna limitación.

"6ª Que es cierto que Antonio Mansilla adquirió legalmente de la señora Sixta Tulia Prada de Santos el derecho de dominio sobre la finca que es materia de esta demanda, y ni la una ni la otra están en posesión ni en la tenencia, la cual, repito, está detentada por los demandados.

"7ª Que es nulo el remate celebrado en el Juzgado 2º del Circuito del Socorro el día quince de diciembre de mil novecientos veintiuno en el juicio ejecutivo seguido por Benito Santos contra Valois Santos, y en consecuencia así debe declararse, porque la finca sobre la cual versó no era del dominio pleno del ejecutado, y como se remató tanto el dominio como el usufructo, es claro que se vendió cosa ajena, en el supuesto de que esa ejecución fuera nacida de contrato lícito celebrado entre ejecutante y ejecutado, pues este último apenas tenía el usufructo, y no así la propiedad, y en consecuencia es procedente la acción de nulidad de ese acto que demando con sus consecuencias de reivindicación, pago de daños y perjuicios y los frutos naturales y civiles de dicha finca."

No contestaron los demandados la demanda, y seguido el juicio por sus trámites propios, el Juez de la instancia lo falló así:

"Primero. No hay lugar a decretar la nulidad del remate verificado en este Despacho el día quince de diciembre de mil novecientos veintiuno, y de que se ha hecho detallado examen en este fallo.

"Segundo. Condénase a los señores Alejandro Santos, Isabel Santos de Rueda, esposa del señor Ignacio Rueda, Joselín Cardoso y su esposa Amalia Santos de Cardoso, a restituir al señor Antonio Mansilla la siguiente finca:

"El predio denominado El Uvito, compuesto de casa de habitación de tapias, madera y teja, con enramada para trapiche de moler cañas dulces, levantada sobre pilastras de piedra, cubiertas de madera y teja, con su correspondiente máquina de moler, con dos pailas de cobre enfalcadas y todos los utensilios y accesorios propios para tal industria, ubicado en jurisdicción del Municipio de Guadalupe, y deslindado de la siguiente manera (aquí los linderos).

"Tercero. La entrega de la finca raíz acabada de expresar la harán los demandados con plazo de tres días, contados desde que se notifique la sentencia.

"Cuarto. Condénase a los mismos demandados Santos, de Rueda, Cardoso y de Cardoso, a restituir al demandante señor Antonio Mansilla los frutos naturales y civiles de la finca, percibidos por ellos, así:

"El señor Alejandro Santos, desde el primero de octubre de mil novecientos veintisiete en adelante; el señor Joselín Cardoso y su esposa Amalia Santos de Cardoso, desde el veintidós de noviembre de mil novecientos veintisiete en adelante; y la señora Isabel Santos de Rueda, desde el doce de diciembre de ese mismo año, mil novecientos veintisiete en adelante.

"La estimación de estos frutos se hará independientemente de este juicio.

"Quinto. Condénase a los demandados Alejandro Santos, Joselín Cardoso, Amalia Santos de Cardoso e Isabel Santos de Rueda, a pagar cada uno a favor del demandante señor Antonio Mansilla, y en calidad de multa, la cantidad de ciento cincuenta pesos oro legal.

"Sexto. No es el caso de condenar a los demandados al pago de los daños y perjuicios que hayan podido sufrir los señores Prada de Santos y Mansilla.

"Séptimo. No hay lugar a condenación en costas."

El Tribunal Superior de San Gil confirmó esta sentencia en todas sus partes, con la correspondiente condenación en costas.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso recurso de casación el primero de los demandados. Admitido el recurso por auto ejecutoriado, corresponde a la Corte decidirlo en el fondo.

En el escrito dirigido al Tribunal, el recurrente alega las causales segunda y tercera de que trata el artículo 520 del Código Judicial.

No está la sentencia en consonancia con las pretensiones de los actores, dice el autor del recurso, por cuanto éstos demandaron la reivindicación de la finca de El Uvito, como consecuencia de la nulidad del remate que de esa finca hicieron los demandados en el juicio ejecutivo que siguió el señor Benito Santos contra el General Valois Santos. De manera que habiendo sido denegada la acción de nulidad, debió denegarse también la reivindicación que se pidió como consecuencia de la declaración de la nulidad del remate.

Pedir la reivindicación, dice el recurrente, alegando como causa la nulidad de un remate, y fallar negando la causa y reconociendo el efecto, es violatorio del artículo 471 del Código Judicial, por no haber consonancia entre la demanda y el fallo. Si el demandante señala la causa de su acción, marca con ello el derrotero del juicio, y el estudio se encamina a evidenciar la causa para que le sea reconocido el efecto; pero si al efecto el fallador le asigna causa distinta de la alegada, se oye la disonancia del fallo con la demanda.

Estas argumentaciones, concluye, sirven de base a la causal indicada en el número 2º del artículo 520 del Código Judicial.

Considera la Corte que esta acusación versa sobre la apreciación de la demanda. Si el Tribunal falló ambas acciones, la de nulidad del remate y la de reivindicación, independientes la una de la otra, fue porque entendió que de esa manera se habían ejercitado esas acciones, y

el recurrente debió acusar el fallo por error de hecho manifiesto en la interpretación del libelo de demanda para llegar por ese camino a justificar la casación de la sentencia.

Con respecto a la causal sexta de casación, alega el recurrente lo siguiente:

"En el juicio se ha incurrido en la causal de nulidad señalada en el numeral 3° del artículo 448 del Código Judicial.

"En efecto, los demandados no fueron emplazados en la forma legal. El señor Juez de la causa ordenó el emplazamiento, pero el comisionado no cumplió su cometido, y su actuación la enderezó a cosa distinta de aquella para que estaba facultado: a correrles traslado de la demanda, traslado que no contestaron, pues limitarse a decir que tenían apoderado general, no es contestar demanda. El comisionado no estaba facultado para correrles traslado, sino para emplazarlos; pero él resolvió lo contrario: hacer lo que no estaba facultado, y no hacer lo que se le ordenaba. Lo hecho por el comisionado fue nulo, según el artículo 132 del Código Judicial vigente al tiempo en que actuó, porque no se sujetó al tenor literal de la comisión, y se dedicó a actos distintos: a darles traslado sin estar comisionado para ello. La demanda se dirigió contra las señoras Amalia e Isabel Santos, y además contra sus esposos; éstos figuraban como demandados directamente; por consiguiente la demanda ha debido ser notificada tanto a los esposos como a las señoras, y éstas no fueron notificadas, ni emplazadas.

"La notificación de la demanda no fue hecha, ni el traslado conferido. En efecto, el artículo 425 del Código Judicial anterior y 40, Ley 105 de 1890, ordenaban que al demandado que se hallaba ausente, se le notificara por requisitoria, a que debían acompañarse la demanda y los documentos que con ella se hubieran presentado; y como ocurrió que los documentos que se acompañaron a la demanda no fueron acompañados ni originales, ni en copia, cualquiera actuación sobre lo comisionado fue defectuosa; el Juez comitente señaló un término de diez días para que los demandados se presentaran en juicio, pero como no fueron notificados en tal término, y como los términos no empiezan a correr sin haber sido notificados, no habiendo sido emplazados en la forma legal, el término para contestar la demanda no les ha empezado a correr."

Todos estos puntos expuestos en casación fueron tratados a espacio en la sentencia del Tribunal, y considera la Corte:

Por hallarse ausentes del lugar del juicio los demandados, se libró despacho para que por medio de comisionado se les notificara la demanda y se les emplazara para que dentro de diez días, contados desde la notificación de la demanda, se presentaran por sí o por medio de apoderado a estar a derecho en el juicio.

Conforme al artículo 426 del Código Judicial anterior, una vez notificada la demanda y vencido el lapso del emplazamiento, que en el presente caso fue de diez días, empieza a correr el término que tiene el demandado para contestar la demanda.

Ahora bien, si el comisionado se excedió en la comisión y dio en traslado la demanda para que fuese contestada, esa parte sería nula a la luz del artículo 132 del Código Judicial; pero no así la notificación de la demanda y el emplazamiento que consta en las diligencias respectivas.

Los demandados manifestaron que habían conferido poder para representarlos al General Alejandro Mendoza, y éste o aquéllos pudieron recibir el traslado que se ordenó dar, y contestar la demanda dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término del emplazamiento; pero no lo hicieron. Requerido el General Mendoza para que expusiera si aceptaba o nó los poderes que le habían conferido los demandados, contestó afirmativamente, pero no se presentó al juicio.

Y esto contesta también el argumento basado en los artículos 425 del extinguido Código Judicial y en el artículo 40 de la Ley 105 de 1890, porque si se omitió en el despacho respectivo mandar las copias de las escrituras acompañadas a la demanda, esto no implicaba perjuicio alguno para los demandados, quienes tenían derecho a imponerse de todas esas piezas, durante el término del traslado de la demanda, que como se ha dicho sólo empezaba a correr una vez expirado el lapso del emplazamiento. Los demandados quedaron enterados personalmente de la demanda, que es lo esencial de la notificación, y pudieron contestarla en tiempo oportuno, teniendo a la vista y en su poder todos los documentos a ella acompañados, durante el traslado que legalmente había de dárseles, sin tener en cuenta el exceso del comisionado que en definitiva se redujo a entregar los papeles a los demandados una vez hecha la notificación de la demanda.

En lo tocante a la notificación que echa menos el recurrente a las mujeres casadas, que fueron demandadas, bien sabido es que era al marido a quien correspondía la representación en juicio de su mujer si no la autorizaba para hacerlo en su propio nombre.

No está, pues, justificada la causal sexta alegada por el recurrente, según se deja visto, y para cerrar toda duda al respecto, y admitiendo que no hubiera sido citada al juicio la parte demandada en la forma legal, la nulidad no podía alegarse, porque como muy bien lo dice el Tribunal, a los folios 27, 31, 51 y 52 del cuaderno principal, constan solicitudes de los demandados sin que aparezca alegada la nulidad por el concepto de falta de citación.

El inciso segundo del ordinal 4° del artículo 150 del Código Judicial, dice así:

"No puede alegarse como causal de nulidad la falta de citación o emplazamiento, cuando la persona o personas que no fueron citadas o emplazadas, debiendo serlo, han representado en el juicio sin reclamar la declaración de nulidad."

Aparte de lo dicho, y fundándose en que no hubo notificación de la demanda, el recurrente alega que el Tribunal conoció en segunda instancia de un asunto en que fue omitida la primera. Lo que indica que el sentenciador no adquirió jurisdicción para dictar la sentencia que es materia del recurso, y existe por ello la primera causal de nulidad indicada en el artículo 448 del Código Judicial, erigida en causal de casación por el ordinal 6° del artículo 520 del Código Judicial.

Mas como la premisa no está justificada por lo dicho anteriormente, la acusación de que se trata no puede prosperar.

Con referencia a la primera causal, el autor del recurso hace a la sentencia la acusación contenida en los párrafos que a continuación se transcriben:

"El expediente exhibe las siguientes pruebas:

"a) Del remate que los demandados hicieron de la finca en cuestión y la constancia de haber sido registrado.

"b) La escritura por la cual el señor Benito Santos transmitió la nuda propiedad a la señora Sixta Tulia de Santos y el usufructo al señor Valois Santos.

"Las pruebas aludidas demuestran lo siguiente: que el señor Valois Santos era dueño de su derecho de usufructo; que al embargar el señor Benito Santos, en la ejecución que adelantó contra el señor Valois la finca de **El Uvito**, quedó embargado ese derecho de usufructo; que al vender el Juzgado en almoneda la finca embargada, los rematadores adquirieron los derechos que el vendedor o tradente (artículo 741 del Código Civil) tenía sobre dicha finca (artículo 752 del Código Civil); o lo que es lo mismo, los demandados adquirieron el derecho de usufructo que Valois Santos tenía sobre dicha finca; y mientras el remate no se declare nulo o resuelto, mis poderdantes son dueños de ese derecho de usufructo.

"Lo expuesto demuestra que hubo error de hecho y de derecho en la apreciación de las referidas pruebas, toda vez que ni fueron estudiadas, ni se les reconocieron sus efectos jurídicos. En efecto, el artículo 1072 del Código Judicial vigente al tiempo del remate, decía que la copia del remate era suficiente título de propiedad, una vez registrada; luego según el artículo 752 citado, los rematadores adquirieron el derecho que el señor Valois Santos tenía sobre **El Uvito**, es decir, el derecho de usufructo; mientras no sea declarado nulo o resuelto el remate, los demandados permanecen dueños de su derecho. Verdad que el usufructo termina por la muerte del usufructuario, pero la muerte no termina **ipso facto** con las relaciones jurídicas, que nacen con la constitución del usufructo; es necesario que cuando esas relaciones no se arreglan amistosamente, venga el fallo judicial a arreglarlas: declarar terminado el usufructo; si hay o nó derecho de retención, etc., etc. De esta suerte el fallo es violatorio de los artículos 752, 741, 756, 2637 del Código Judicial, que demuestran que mis representados son dueños del derecho de usufructo que el señor Valois Santos tenía sobre **El Uvito**, mientras no se discuta sobre la nulidad, o resolución del remate, que es su título de propiedad, y se defina por sentencia ejecutoriada, porque desconocen los derechos que tales artículos amparan.

"El señor Juez de primera instancia declaró válido el remate, no decretó la nulidad pedida, y el actor aceptó ese fallo; luego los derechos provenientes de ese remate están vivos ante el procedimiento judicial, ante el juicio; y la sentencia del honorable Tribunal viola el artículo 1052 del Código Judicial, que es disposición sustantiva en cuanto equipara la delegación o remate a una escritura pública, y de consiguiente le asigna los mismos efectos, es decir, que una vez registrada transmite los derechos reales comprendidos en ella; y viola tal disposición en cuanto desconoció sus efectos jurídicos, es decir, la transmisión del derecho de usufructo de Valois en **El Uvito**; derecho que ha debido respetar en presencia de la correspondiente prueba, que no fue infirmada.

"La violación de la ley sustantiva por error de derecho en la apreciación de una prueba está erigida en la causal de casación por el motivo 1° del artículo 520 del Código Judicial, lo mismo que por error de hecho."

Considera la Corte que en tratándose de reivindicación que es asunto en que se ventila el dominio, la obligación del demandante es la de comprobar su condición de dueño de la cosa que se trata de reivindicar. Si el demandado opone títulos de propiedad inferiores a los del demandante, aunque sean válidos, prevalece el derecho de éste y prospera su acción, sin que sea preciso anular previamente los que exhibe el poseedor si no son suficientes a contrarrestar el mejor derecho que asiste al reivindicador.

En el caso actual los actores presentaron un título de dominio anterior a la diligencia de remate exhibida por los demandados, y si es verdad que el ejecutado tenía el derecho de usufructo, al cual quiere limitar el recurrente la tradición hecha por el registro de la diligencia de remate, tal derecho se extinguió con la muerte del usufructuario y se consolidó con la nuda propiedad que pertenecía a los demandantes según su título. Precisamente en este pleito, que como se ha dicho, es de dominio, cabe la declaración del mejor derecho del reivindicador a la propiedad de la finca que se reivindica, sin que sea preciso declarar previamente la nulidad de un título que no puede, por ser inferior, contrastar la fuerza del que ha servido de base a la acción.

Además del fundamento asignado a la causal primera, dice el autor del recurso, aduzco el de que, como los demandados no eran los poseedores actuales en el momento de la demanda, al condenarlos se viola el artículo 952 del Código Civil.

Este reparo hecho ahora en casación es nuevo. Nada se dijo al respecto en las instancias del juicio, nada dijeron los demandados al ser notificados de la demanda. Por el contrario, requerido el señor Alejandro Mendoza para que manifestara si aceptaba o nó el poder que le habían conferido los demandados, expuso que en virtud de tales poderes estaba en posesión del predio llamado **El Uvito**.

Siendo medio nuevo el alegado por el recurrente en este paso de su demanda de casación, la Corte no puede considerarlo.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal Superior de San Gil el primero de septiembre de mil novecientos treinta y dos, y condena en costas a la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese esta sentencia en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO — **José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, once de julio de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Cruz y Ascensión Gómez de Grisales, en su propio nombre y en representación de María Grisales y Manuel Molina V., Pedro Ildefonso y Joaquín Grisales, demandaron a Carlos, Bernardo y Tulia Posada Arango y a Margarita Posada de Montoya, para que se declarara que han adquirido por prescripción de treinta años, el inmueble especificado en la demanda.

Los demandados contrademandaron para que se resolviera lo siguiente:

"1° Que la sucesión del señor Ismael Posada, representada por los demandantes en este libelo, es dueña en propiedad de una casa, de tapias y tejas, situada en esta ciudad, en el barrio La Ladera, rodeada toda por el terreno sobre que versa la demanda principal, y más precisa-

mente por la faja que ocupará la prolongación de la calle de Giraldo, entre la quebrada La Loca y la plaza Santander.

"2ª Que los demandados están en la obligación de restituir la citada casa, con sus frutos naturales y civiles; y no solamente los percibidos, sino los que hubiera podido percibir, con mediana inteligencia y actividad la sucesión, o sus representantes, teniendo dicha casa en su poder.

"Subsidiariamente, que se declare:

"1ª Que los demandantes somos propietarios en común de la casa, con sus mejoras y anexidades de que trata el número primero anterior.

"2ª Que en consecuencia, los demandados están en la obligación de restituír dentro del término que usted designe, el inmueble de que se trata, con sus frutos naturales y civiles, y no solamente los percibidos sino los que hubiéramos podido percibir, con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en nuestro poder.

"3ª Que en todo caso deben pagar las costas del presente juicio."

El Juez falló:

"1ª No hay lugar a hacer ninguna de las declaraciones pedidas en la demanda principal corregida, y por eso se absuelve a los demandados señores Bernardo Posada, señorita Tulia Posada, señora Margarita Posada de Montoya, y a la sucesión ilíquida de don Carlos Posada, representada por la señora Inés Arango viuda de Posada, por María Jesús, Dolores, Alberto, Magdalena, Inés, Carlos y Eduardo Posada Arango, de los cargos que se les han formulado en la demanda.

"2ª No es el caso de entrar a estudiar las excepciones que dichos demandados han propuesto en la contestación de la demanda principal.

"3ª La sucesión del señor Ismael Posada, representada por los demandantes en reconvención, que son todos los citados en el numeral 1º, es dueña de una casa de tapias y tejas, situada en esta ciudad, en el barrio de La Ladera, casa que está rodeada por el terreno sobre que versa la demanda principal, terreno que linda en general así: por el Norte, calle de La Pola y la plaza Santander; por el Oriente, con propiedad de los señores Salvador Angel y Ezequiel Vélez; por el Occidente, con propiedad de los señores Florentino González, Julio Ortiz, Ana Felisa Santamaría y otros; y por el Sur, con la quebrada La Loca.

"4ª Los demandados en reconvención, señora Ascensión Gómez viuda de Grisales, señores Ildefonso, Joaquín, Pedro y señorita María Grisales, señora Dolores Ruse viuda de De la Cruz, y herederos del señor Manuel Molina Vélez, están en la obligación de restituir, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la casa especificada en el numeral 3º.

"5ª La señora Ascensión Gómez viuda de Grisales, los señores Ildefonso, Joaquín, Pedro y señorita María Grisales, deben restituir a los demandantes en reconvención, que son todos los expresados en el numeral 1º, los frutos naturales y civiles percibidos, y los que los demandantes hubieran podido percibir, estando la cosa en su poder, desde el 25 de marzo de 1924. La estimación del valor de los frutos se hará en juicio aparte.

"6ª Dése orden al señor Registrador de Instrumentos Públicos para que se cancele, en el Libro de Demandas Civiles, la inscripción que hizo del inmueble que ha sido objeto de este litigio. No hay condenación en costas."

Se apeló el anterior fallo, y el Tribunal de Medellín lo confirmó. Contra él se interpuso recurso de casación, que fue admitido, y hoy aparejado al proceso se pasa a estudiarlo.

Se acusa en primer lugar el fallo, por falta de apreciación por parte del sentenciador, de los testimonios de Enrique Palacio y Segismundo Castaño, por cuanto esos testigos **se hicieron reos de flagrante rebeldía contra la verdad**, palabras del recurrente, violando los artículos 610 del antiguo Código Judicial y 75 de la Ley 105 de 1890.

La sentencia se expresa así sobre este particular:

"Sobre los actos externos de posesión en el terreno que se litiga, y por el tiempo que la parte actora indica, declaran los señores Antonio J. Aristizábal (folio 7), Jesús María Acevedo (folio 9), Jesús M. Soto (folio 12), Francisco de P. Madrid (folio 12 vuelta), Roberto Calle (folio 15 vuelta), Juan Pablo Zapata (folio 17), Enrique Palacio (folio 21), Segismundo Castaño (folio 22) y Abel Hernández (folio 28) al contestar a los postulados 3º, 4º y 5º del memorial de pruebas. Pero el testigo Zapata reconoció siempre a don Ismael Posada como dueño y a los Grisales como encargados o mayordomos de aquél, quien tenía allí animales; el testigo Palacio asegura que los Grisales habitaban el fundo como agregados de Posada. En igual sentido declara Segismundo Castaño, quien agrega que alguno de los Grisales le dijo que cuidaban la manga y tapaban los portillos, a cambio de que don Ismael los dejara vivir allí."

Apreció el sentenciador esos testimonios expresamente citados en el fallo, aseverando que Castaño y Palacio en sus declaraciones aseguran que los Grisales habitaban el fundo en disputa como agregados, palabra ésta que en Antioquia se toma como sinónima de mayordomo, y si no fuere cierto lo que el Tribunal pone en boca de los testigos, ha debido atacarse el fallo por error de hecho manifiesto en esa apreciación.

Ahora, pero como el recurrente sostiene que al apreciar esas declaraciones se violó el artículo 610 del Código Judicial, ha debido demostrar que los testigos se contradijeron notablemente en sus declaraciones en cuanto al modo, tiempo, lugar y demás circunstancias de hecho, acusación que no ha formulado el recurrente. El artículo 75 de la Ley 105 de 1890, concedía al juzgador la facultad de apreciar las exposiciones de los testigos, según las reglas de crítica legal; si fueren iguales en razón de las circunstancias de sus dichos, debía preferir las que fueran más en número, y si hubiere igualdad, desecharlas y fallar por lo que resultare de otras pruebas. Bien se ve por lo transcrito anteriormente, que el Tribunal no hizo aplicación de ese artículo en el aparte de la sentencia que critica el recurrente, pues no se trataba de apreciar los testimonios de los testigos de ambas partes, en los casos señalados por el artículo 75 mencionado.

Segundo motivo. Dice el recurrente que el Tribunal apreció erróneamente las declaraciones de los testigos Rafael Acevedo, José I. Velásquez, Jorge Botero, Antonio María Orozco, Germán Muñoz, doctor Francisco Jaramillo Isaza, Manuel S. Jaramillo, Sergio Aristizábal, Rafael Alvarez y Manuel S. Saldarriaga R., pero no demuestra en qué consiste esa apreciación errónea, ni demuestra que fuere alguno de los casos señalados por el artículo 75 de la Ley 105 de 1890, para poder decir que se quebrantó esa disposición.

Tercer motivo. En lo referente a los contratos de arrendamiento que celebró don Ismael Posada con los

Grisales, el sentenciador le otorgó a las declaraciones que cita la sentencia una errónea aplicación, porque no tuvo en cuenta los testimonios aducidos por los Grisales ni observó el Tribunal que esos contratos, si existieron, tuvieron vida jurídica con posterioridad al tiempo en que venció el tracto de la prescripción.

¿Cuáles son los testimonios que no apreció el sentenciador respecto del arriendo de las fincas, que contradigan las declaraciones que tomó en cuenta el sentenciador para dar por probado el arrendamiento de la finca por parte de Posada? No lo dice el recurrente, y por otra parte ha debido demostrar que esos contratos fueron posteriores al tiempo en que se venció la prescripción extraordinaria, prueba ausente del proceso o al menos no señalada por el recurrente.

Cuarto motivo. El sentenciador, al apreciar las pruebas presentadas por los demandados para acreditar que el señor Posada tuvo siempre respecto del terreno el ánimo de señor y dueño, dijo:

"El señor Posada constituyó en favor del Municipio de Medellín, una servidumbre de acueducto (escritura número 99, de 2 de abril de 1900, otorgada en la Notaría primera) que grava los predios a que se refieren las escrituras números 675 y 754 ya citadas, como se evidenció con la exposición pericial de 22 de febrero de 1927."

El recurrente considera que el sentenciador apreció erróneamente esa escritura, porque por ella no constituyó el señor Posada una servidumbre; cosa distinta se hizo constar allí, violando así el artículo 681 del Código Judicial.

La escritura nombrada dice en lo pertinente:

"Posada se obliga a permitir a perpetuidad el paso del acueducto de las aguas de Piedrasblancas, por un terreno de su propiedad."

No habiendo palabras sacramentales en la ley para los contratos, tocábale al recurrente demostrar de manera palmaria que no fue la intención del señor Posada gravar su predio con una servidumbre de acueducto a favor del Municipio, ya porque ese contrato no llenara los requisitos señalados por la ley, por no ser un gravamen a favor de otro predio o por no haberse constituido como lo manda la ley, o por faltarle cualquier otro requisito de los señalados por la ley para la constitución de las servidumbres, ya que de la lectura de esa cláusula así escrita fluye la certidumbre de que se trata de la constitución de una servidumbre, pues ¿qué otro contrato se quiso celebrar al estampar esa declaración?

Dándole valor a esa escritura, el sentenciador acató la disposición del artículo 681 del Código Judicial, que ordena que las escrituras públicas traídas a los autos legalmente, hacen plena prueba acerca de su contenido.

Quinto motivo. Apreció el sentenciador los testimonios de José Domingo Castrellón y Baltasar Vanegas para aseverar que el señor Posada había ejecutado actos de señor y dueño en el terreno en litis, tales como el corte de maderas, y esta apreciación es combatida así:

"En primer lugar los testigos citados por el Tribunal exponen hechos perfectamente aislados que no resisten la crítica legal para alcanzar ambos el valor de una plena prueba. En segundo, no es bien claro el que a este acto se le dé todo el alcance de un hecho de aquellos a que sólo da derecho el dominio. Las declaraciones no pasan de ser meros conceptos que se pierden en la vaguedad de la inteligencia de un cortador de leñas. Sin embargo el Tribunal ha apreciado erróneamente esa prueba, al tenor de lo dispuesto en el artículo 606 del Código Judicial derogado, que es el aplicable al caso."

Se observa:

Dos son las declaraciones acogidas por el sentenciador para demostrar ese hecho, de suerte que en habiéndose estimado dos testimonios, no puede decirse que se haya apreciado erróneamente esa prueba, al tenor del artículo 606, que se refiere al dicho de un solo testigo.

Sexto motivo. "Los señores Ramón, Miguel, Lucía, Ana Rosa y Clotilde González ocuparon la casa de la finca durante cinco años, de 1888 a 1893, como arrendatarios del señor Posada, a quien pagaron el precio del arrendamiento. Así lo declaran los cuatro últimos y Luciano Patiño, Jesús Fernández, Ismael Madrid y Segismundo Castaño (folios 10 vuelta a 21 del segundo cuaderno de pruebas de la parte demandada).

"Estos declarantes aseguran que las señoras González ocuparon aquella casa antes de ir a ella la familia Grisales. Aun cuando los mismos testigos presentados por la parte actora, aseguran que en aquel terreno había dos casas, pajiza la una y de tapias y tejas la otra, la alegación sobre prescripción se circunscribe al terreno y a esta casa de tapias. Luego el tiempo de la prescripción en lo relacionado con esta última casa tampoco podría contarse sino desde 1893 en adelante. Así no es aventurado suponer a falta de prueba que evidencie cómo deberían pasar estos dos hechos de ocupación de las familias González y Grisales, que la posesión de estos últimos se suspendió por algún tiempo."

A este párrafo hace el recurrente la siguiente glosa:

"El sentenciador ha apreciado erróneamente esa prueba ante la numerosa aportada al debate sobre los mismos hechos, violando así los artículos 679 del Código Judicial y 75 de la Ley 105 de 1890."

En cuanto al artículo 679, se observa que él se refiere a los documentos auténticos, y que en el caso que se estudia, el sentenciador no apreció documentos de esa clase para nada, y en cuanto al quebrantamiento del artículo 75 de la Ley 105, ha debido demostrar el recurrente que las declaraciones apreciadas por el sentenciador estaban en contradicción con las del demandado o que no se había aplicado ese artículo en los demás casos allí señalados, pero nada de eso se ha demostrado.

Séptimo motivo. El Tribunal, apreciando el testimonio de varios testigos, asevera que el señor Posada celebró con los Grisales un contrato verbal de arrendamiento, concepto que el recurrente ataca, sosteniendo que siendo ese contrato de arrendamiento, tiene que determinarse el precio, cosa esencial en tal contrato, y que ni siquiera se ha traído sobre el particular ese principio de prueba por escrito para que fuera admisible la prueba testimonial, en tratándose de un contrato que vale más de quinientos pesos.

Se observa:

El sentenciador, con la apreciación de los testimonios invocados, no trató de fijar el precio de arrendamiento, ni eso se pretendía con la prueba apreciada. Tratábase de demostrar que el señor Posada había ejecutado en ese terreno actos de dominio, con ánimo de señor y dueño, tales como arrendarlo, y la existencia de ese contrato, bien puede demostrarse por testigos, ya que él en la generalidad de los casos no exige que se haga por escritura pública (artículo 1979 del Código Civil).

La objeción del recurrente sería quizás atendible, si se hubiera tratado de demostrar o de fijar el precio del arrendamiento, caso éste no contemplado al presente.

Octavo motivo. Considera finalmente el recurrente, que el sentenciador quebrantó los artículos 946, 950 y 952 del Código Civil, por cuanto les reconoció a los demandantes en reconvención la acción reivindicatoria, siendo así que ellos, en el hecho sexto de su demanda, afirman que están en posesión del terreno que tratan de reivindicar.

Para refutar el cargo basta transcribir el hecho sexto invocado por el recurrente. Dice así:

"Tanto Fermín Grisales como su esposa e hijos cumplieron estrictamente sus obligaciones durante la vida de don Ismael y reconocieron constantemente tanto tácita como expresamente la propiedad del señor Posada sobre la casa y terreno de que se habló hasta la muerte de éste, acaecida en el año de 1920, y después de dicho fallecimiento continuaron cumpliendo dichas obligaciones en provecho de los herederos y reconociendo el dominio de éstos en las formas expresadas, pidiendo que se les dejara habitar la casa en las mismas condiciones de que se habló por dos años más, y uno de ellos, Pedro Grisales, otorgó un documento relacionado con tal prórroga, pero hace más o menos dos años que la señora Gómez de Grisales y sus hijos citados arriba, mal aconsejados, se declararon por sí y ante sí dueños de la casa en referencia y aún del terreno donde está situada, y llegaron hasta verificar ventas, indudablemente simuladas, como la que consta en la escritura 445, de 8 de junio de 1921, pasada ante el Notario 4º de este Circuito, que consta en el expediente, viéndonos obligados los herederos a recurrir a la Policía, la cual nos dispensó el amparo correspondiente, manteniéndonos en la posesión del inmueble, y ante el Poder Judicial, quien decretó el lanzamiento de los Grisales y su madre de la casa, pero hubo de suspenderse su cumplimiento por haber reclamado el señor Manuel Molina Vélez y María Dolores Eusa de De la Cruz, fundándose en la escritura de compra de que se habló, viéndose la autoridad obligada a darle cumplimiento al parágrafo del artículo 13 de la Ley 57 de 1905, sin lo cual hoy estaríamos en posesión de la casa y no tendríamos que asumir el papel de demandantes para que se nos devuelva."

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, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha tres de marzo de mil novecientos treinta y dos.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez**—**Augusto N. Samper**, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

En escrito de catorce de octubre de mil novecientos veintisiete, que fue repartido al Juzgado 1º del Circuito de Cali, Lorenzo Quesada, hablando en su propio nombre, demandó a Santiago, David, María Francisca Quesada, Juana Francisca Collazos viuda de Quesada y Jovita Quesada de Vásquez, representada esta última por su esposo legítimo Fidel Vásquez Zuluaga, para que con su audiencia, y previos los trámites de un juicio ordinario, se hagan, en sentencia definitiva, las siguientes declaraciones:

"a) Que es nulo, de nulidad absoluta, y por consiguiente de ningún valor ni efecto, por faltarle los elementos esenciales de consentimiento, causa y precio, y por haber mediado dolo en el comprador, el contrato de compraventa que se hizo constar en la citada escritura número 1155, de primero de diciembre de mil novecientos veinticuatro de la Notaría 1ª de este Circuito, contrato por medio del cual se hizo aparecer que la señora Juana Francisca Collazos viuda de Quesada y la señorita María Francisca Quesada transferían a título de compraventa a señor Santiago Quesada, las propiedades de que trata el hecho primero de esta demanda.

"b) Que es asimismo nula la entrega o tradición inscrita de los derechos en las propiedades referidas, verificada a virtud del registro de la citada escritura, por faltarle las condiciones subjetivas o morales que deben informar tal acto, es decir, la determinación de la voluntad de los tradentes de transferirla, y la honrada intención del adquirente, de adquirirla.

"c) Que, como consecuencia de todo lo anterior, se declare que los bienes de que trata el hecho primero de esta demanda, y que fueron materia de la compraventa referida, no han salido del patrimonio de las vendedoras, y, por tanto, les pertenece, como si no se hubiera otorgado dicho instrumento.

"d) Que debe cancelarse dentro del tercero día, a partir de la notificación de la sentencia, la escritura que reza el contrato simulado en referencia y el registro que de tal instrumento público hizo el señor Registrador de instrumentos públicos de este Circuito.

"e) Que es nula la partición efectuada por el señor César L. Cadena, como partidor en el juicio de división, instaurado por el señor Santiago Quesada, por medio de apoderado, contra las personas que figuran como demandadas en este libelo, y contra Castor, Carmen y Marcelino Quesada (estos tres últimos en el curso del juicio vendieron al suscrito sus derechos), porque en dicha partición se tuvo en cuenta un instrumento nulo, y se adjudicó a virtud de él al señor Santiago Quesada lo que pertenecía en la casa, materia de la división, a la señora Juana Francisca Collazos viuda de Quesada y María Francisca Quesada.

"f) Que como consecuencia de la anterior declaración, es nula, y no afecta, por tanto, los derechos de la señora Juana Francisca Collazos viuda de Quesada y María Francisca Quesada, la sentencia que aprobó la referida partición, sentencia que tiene fecha cuatro de junio de mil novecientos veintiséis, dictada por el señor Juez 2º de este Circuito.

"g) Que como consecuencia también de las dos anteriores declaraciones, debe cancelarse dentro del tercero día, a partir de la notificación de la sentencia que ponga fin a este juicio, el registro que de la sentencia aprobatoria de la partición referida hizo el señor Registrador de instrumentos públicos de este Circuito, a folios 1036 y 1037, bajo partida 1789 del libro 2º de registro.

"g (sic). Que los derechos de las señoras Juana Francisca Collazos viuda de Quesada y María Francisca Quesada, en la casa materia de la referida división, se hallan, por tanto, indivisos.

"h) Que se condene a los demandados a pagar las costas de este juicio, si lo afrontan."

Fúndase la demanda en estos hechos:

"Primero. Por escritura pública número 1125, de primero de diciembre de mil novecientos veinticuatro, de la Notaría 1ª de este Circuito, se hizo constar 'que la señora Juana Francisca Collazos viuda de Quesada y María Francisca Quesada, soltera, mayores de edad, vecinas de este Municipio, hábiles para contratar y obligarse, a quienes conozco personalmente, y expusieron:

'Primero. Que transfieren a título de venta al señor Santiago Quesada, las siguientes propiedades:

'a) La otorgante Collazos viuda de Quesada vende todos los derechos o acciones de dominio que tiene y posee en una casa ubicada en el barrio de San Antonio, de esta ciudad, cubierta de tejas de barro, sobre paredes de bahareque y adobes, con su correspondiente terreno, alinderado así: al Norte, calle al medio, con casa de Mercedes Hernández; al Sur, casa y solar de Fernando Otero; al Oriente, solar de Rudesindo Jaramillo, y al Occidente, calle al medio, casa de Ezequiel Rodríguez.

'b) Todos los derechos o acciones de dominio que la otorgante tiene y posee en una finca rural, ubicada en la fracción de Pichindé, jurisdicción de este Municipio, compuesta de casa pajiza de habitación, cafetal, platanal y hortalizas, fundada en una extensión de ocho plazas, más o menos, de terreno propio, demarcado por estos linderos: al Norte, terrenos de Santiago Quesada; por el Sur, terrenos de Dolores Q. de Delgado; Oriente, terreno de Juan C. Quesada, y Occidente, terreno de Pedro P. Sarria.

'c) La otorgante Quesada vende al mencionado Santiago Quesada todos los derechos y acciones de dominio que tiene y posee en el mismo inmueble, especificado y determinado en el inciso a) de la presente escritura, cuya ubicación y linderos se han expresado ya, incluyendo en esta venta los derechos que a la exponente le correspondieron como heredera de su finado hermano Juan Crisóstomo Quesada, en el mismo inmueble.'

'Segundo. Que la cláusula segunda del referido instrumento dice esto:

'Que los derechos o acciones de dominio que transfieren al comprador Quesada en la finca de campo y casa en esta ciudad, les fueron adjudicados a las otorgantes vendedoras, en la forma expresada, en el juicio de sucesión testada del señor David Quesada, esposo y padre legítimo de las exponentes, respectivamente, protocolizado en la Notaría 2ª de este Circuito, por escritura pública número .., en el año de mil novecientos diez, a la primera, a título de gananciales, y a la segunda, en su carácter de heredera; bienes éstos que las otorgantes habían vendido al doctor Marcelino Valencia, por escrituras públicas números mil setenta y cuatro (1074) y mil setenta y nueve (1079), de quince (15) y diez y siete (17) de diciembre del corriente año, respectivamente, otorgadas en esta Notaría, y que el mismo doctor Valencia retrovendió a las otorgantes las expresadas propiedades, por instrumento público número mil noventa y tres (1093), de fecha veintidós del mes en curso, pasada ante el suscrito Notario, cuya copia entregan al comprador.'

"Tercero. La cláusula tercera del mencionado contrato de compraventa, dice esto otro:

'Que hacen la venta de la totalidad de los derechos o acciones de dominio en los inmuebles enumerados en los incisos a), b) y c) de la presente escritura, por la cantidad de mil pesos ($ 1,000) moneda corriente, que declaran recibida a su satisfacción de manos del comprador Quesada, a quien desde hoy le hacen entrega real y efectiva de dichas propiedades con todas sus anexidades, usos, dependencias y acciones consiguientes, pues las exponentes no se reservan nada absolutamente.'

"Cuarto. La referida escritura fue registrada en la Oficina de Registro de instrumentos públicos de este Circuito, con fecha tres de diciembre de mil novecientos veinticuatro, en el libro 1º, páginas 962 y 963, partida número 1200.

"Quinto. Aunque, como lo hemos visto, en la escritura expresada se habló de precio, es lo cierto que el señor Santiago Quesada no dio ni un centavo a las supuestas vendedoras por concepto del contrato de compraventa que se hizo figurar en tal instrumento.

"Sexto. Las supuestas vendedoras no tuvieron nunca la intención de transferir al señor Santiago Quesada el dominio sobre los bienes de que habla el hecho primero de esta relación.

"Séptimo. El supuesto comprador no tuvo la intención de celebrar contrato de compraventa, puesto que no hubo precio, sino de hacerse, sin dar un centavo, a las propiedades que simuló comprar.

"Octavo. Ni las vendedoras entregaron ni el comprador recibió el objeto materia de la compraventa.

"Noveno. Para el otorgamiento de la escritura, el supuesto comprador hizo redactar la minuta, e hizo extender el instrumento sin el consentimiento de las supuestas vendedoras, pues dicho señor no consultó previamente la voluntad de ellas.

"Décimo. La escritura referida la hizo extender el señor Santiago Quesada en su propia casa, y a ella mandó llamar a las supuestas vendedoras, bajo pretexto de que les convenía ir.

"Undécimo. Hace más de veinte años que el señor Santiago Quesada se separó de la casa paterna, y durante tal lapso no ha atendido a los gastos de alimentos congruos y necesarios de nuestra madre, señora Juana Francisca Collazos viuda de Quesada.

"Duodécimo. La señora Juana Francisca Collazos viuda de Quesada es una anciana que no tiene ya las facultades mentales necesarias para entrar en negocios de la naturaleza del que se hizo constar en la escritura referida.

"Décimotercero. Yo soy hijo legítimo de la señora Juana Francisca Collazos viuda de Quesada, y hermano legítimo de la señorita Francisca Quesada.

"Décimocuarto. La señora Juana Francisca Collazos viuda de Quesada y la señorita Francisca Quesada, el único patrimonio que tenían el día del otorgamiento del referido contrato de compraventa, eran los bienes de que trata dicho contrato, y si ellos no vuelven a su poder, quedan dichas señoras completamente insolventes y en la más absoluta indigencia.

"Décimoquinto. El único que atiende a los gastos de alimentos y establecimiento de las referidas señoras es el suscrito demandante, y, por tanto, tiene interés en que su patrimonio (el de ellas) no se acabe, pues así serán mayores los gastos que demanda tal subsistencia.

"Décimosexto. Por otra parte, las referidas señoras son deudoras del suscrito, y no tienen más bienes con qué responder a sus obligaciones que los de que trata el contrato de compraventa referido.

"Décimoséptimo. El señor Santiago Quesada celebró el contrato de compraventa que consta en la escritura

pública número 1125, de primero de diciembre de mil novecientos veinticuatro, de la Notaría de este Circuito, inspirado en el deseo de perjudicar a los demás herederos de la señora Juana Francisca Collazos viuda de Quesada; pues pretendió de esta manera que los bienes de dicha señora le correspondieran a él solo, ya que por estar muy anciana la referida señora, el fin de su vida está muy próximo, siguiendo la ley natural, y entonces tales bienes habrían de repartirse entre todos sus herederos, previo pago de las deudas.

"Décimoctavo. El señor Santiago Quesada, para celebrar el referido contrato de compraventa, engañó a su anciana madre, señora Juana Francisca Collazos viuda de Quesada, y a su hermana, señorita Francisca Quesada, pues les hizo creer que les convenía firmar la escritura referida.

"Décimonoveno. El contrato de compraventa consignado en la citada escritura es simulado y ficticio, y consecuencia del dolo fraguado por el señor Santiago Quesada, como lo demuestran, entre otras, las siguientes circunstancias:

"a) Que el demandado hizo llamar a las supuestas vendedoras a su propia casa (del demandado), so pretexto de que les convenía venir.

"b) Que, no obstante que las supuestas vendedoras saben firmar, aparecen rogando testigos, por no saberlo hacer.

"c) Que el señor Quesada (Santiago) ha confesado, bajo juramento, que no pagó ni un centavo a las referidas señoras Juana Francisca Collazos viuda de Quesada y Francisca Quesada.

"d) Que la señora Juana Francisca Collazos viuda de Quesada, es una anciana que ya no celebra contratos de ninguna naturaleza, debido a su extrema senectud.

"e) Que el demandado, como miembro de la familia, sabía la facilidad que tenía de hacerse otorgar la escritura referida, sin pagar precio y sin convenir bases, dadas la circunstancia de la extremada senectud de nuestra madre y de la sencillez de nuestra hermana.

"f) Que el demandado estaba enterado de que por ley natural la señora Juana Francisca Collazos viuda de Quesada, viviría muy pocos días, y que por consiguiente, si no otorgaba la escritura referida, los bienes de ella se repartirían entre todos sus herederos.

"g) Que el demandado ha confesado juratoriamente que no es cierto el contenido de la escritura pública número 1125 citada, y muy principalmente no es cierto el contenido de la cláusula tercera de dicha escritura.

"Vigésimo. Con fecha tres de junio de mil novecientos veinticuatro, el señor Israel Bolívar, en su condición de apoderado del señor Santiago Quesada, demandó la división de una casa y su correspondiente terreno y solar, ubicada en esta ciudad, en el barrio de San Antonio, construida de paredes de bahareque, en parte, y en parte de adobe, comprendida dentro de los siguientes linderos: por el Norte, calle de por medio, con casa de Mercedes Hernández; por el Sur, con casa y solar de Francisco Otero; por el Oriente, solar de Rudesindo Jaramillo, y por el Occidente, calle al medio, con casa de Ezequiel Rodríguez.

"Vigésimoprimero. Señaló como comuneros en la casa referida a los siguientes: Juan Crisóstomo, David, Lorenzo, María Francisca, Castor, Carmen y Marcelino Quesada, Juana Francisca Collazos viuda de Quesada, Jovita Quesada de Vásquez y el mismo demandante Santiago Quesada.

"Vigésimosegundo. La casa de que trata el hecho vigésimo de esta demanda es la misma de que trata la escritura pública número 1125, de primero de diciembre de mil novecientos veinticuatro, y, por lo tanto, el señor Santiago Quesada hizo valer en el juicio de división referido, la escritura citada, por la cual la parte que en esa casa tenían Juana Francisca Collazos viuda de Quesada y Francisca Quesada, le fue adjudicada al mismo Santiago Quesada.

"Vigésimotercero. Castor, Carmen y Marcelino Quesada no figuraron en la partición por haber vendido sus derechos al suscrito demandante.

"Vigésimocuarto. La cuenta de partición fue presentada al señor Juez 2º de este Circuito por el partidor señor César L. Cadena, con fecha diez y nueve de abril de mil novecientos veintiséis, y el mismo Juez impartió su aprobación a dicha cuenta, por sentencia de fecha cuatro de junio de mil novecientos veintiséis, sentencia que está ejecutoriada y registrada a folios 1036 y 1037, y bajo partida 1739 del libro 2º de registro, con fecha seis de octubre de mil novecientos veintisiete, en la Oficina de Registro de instrumentos públicos de este Circuito.

"Vigésimoquinto. En el referido juicio de división no fueron oídas Juana Francisca Collazos viuda de Quesada y Francisca Quesada, porque se estimó que por haber vendido sus derechos en la casa al señor Santiago Quesada, por la escritura referida, no eran parte en el juicio."

El Juez del conocimiento, en auto de veintiuno de octubre de mil novecientos veintisiete, se abstuvo de darle curso a esta demanda, por observar que le faltaban algunos requisitos esenciales; pero fue ella admitida por el Tribunal Superior de Cali, quien revocó la decisión del Juez, en auto de veintiocho de noviembre del citado año, ordenando, en consecuencia, se diera a los demandados el traslado de rigor.

Contestaron el traslado de la demanda todos los demandados, a excepción de Santiago Quesada, aceptando los hechos en que se funda y el derecho invocado por el actor.

En primera instancia terminó el pleito, por sentencia de tres de febrero de mil novecientos treinta y uno, accediéndose a todo lo pedido en el libelo de demanda, con costas a cargo del reo Santiago Quesada, a quien por no haber contestado ésta se le impuso una multa de cien pesos.

Apelado ese fallo por el apoderado del demandado Santiago Quesada, subieron los autos al Tribunal Superior de Cali, el cual revocó la sentencia de primer grado por medio de la suya, de fecha veintidós de octubre de mil novecientos treinta y uno, y absolvió al demandado.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso en tiempo recurso de casación el personero de la parte actora. La Corte, en auto que está ejecutoriado, declaró admisible el recurso, por lo cual procede a decidirlo.

Alégase la primera de las causales de casación que establece el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, bajo cuyo imperio se interpuso el recurso.

Primer cargo.

Violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, y errores de hecho y de derecho.

Es concepto fundamental del fallo recurrido, que el recurrente señala en apoyo del cargo, el siguiente:

"En mérito de lo anteriormente expuesto, se deduce que el demandante Lorenzo Quesada no tiene el interés suficiente que exige la ley para que pueda demandar la nulidad, y, por consiguiente, carece de la acción que él ha intentado."

Después de citar algunas doctrinas de la Corte de Casación, que sirvieron al Tribunal para fundar su fallo, el autor del recurso desarrolla su acusación así:

"Como se observa de la sentencia estudiada, el Tribunal desconoce al demandante Lorenzo Quesada el derecho de pedir la nulidad del contrato en cuestión, toda vez que, en concepto de esa honorable corporación, el interés que asiste al demandante Quesada es un simple interés, insuficiente para fundar dicha acción."

En concepto del recurrente no es un simple interés —como lo afirma el Tribunal— el que tiene el actor para pedir la nulidad del contrato de que da cuenta la escritura pública número 1125, de primero de diciembre de mil novecientos veinticuatro, sino un interés actual, que era el perjuicio que sufría a la época en que se inició la acción de nulidad, pues con anterioridad a la celebración del contrato entre sus deudores y el comprador Santiago Quesada, era el demandante acreedor de las presuntas vendedoras, de la suma de $ 800, no disponiendo éstas de más bienes para satisfacer esa deuda que aquellos que fueron materia de la compraventa simulada.

Para el autor del recurso, tener el interés que la ley exige, significa estar precisada a obtener como titular del derecho subjetivo la tutela jurídica, a efecto de que las cosas que fueron objeto de pacto, afectado de nulidad absoluta, vuelvan al estado que tenían antes de haberse celebrado éste, evitando de esta manera la ineficacia en el ejercicio del derecho y el consiguiente daño. En su concepto, tiene interés en pedir la nulidad de un contrato simulado de compraventa, el acreedor anterior a la celebración del negocio fingido, para poder deducir consecuencias jurídicas con el restablecimiento de la verdad, pues así constata en forma legal el estado del patrimonio de las simulantes deudoras.

Conforme a doctrina de la Corte—sigue diciendo el recurrente—se requiere, para alegar la nulidad, que al demandante asista un interés actual y directo, no eventual o de mera expectativa. Por tanto, quien ejercite tal acción debe reunir estas condiciones:

"1ª Que quien alegue la nulidad no haya ejecutado el acto o celebrado el contrato.

"2ª Ser titular de un derecho subjetivo.

"3ª Que como titular de ese derecho se halle precisado a obtener la tutela jurídica.

"4ª Que al tiempo de solicitarse la tutela jurídica, el demandante esté sufriendo perjuicio como titular del derecho."

Aparece de autos plenamente acreditado—arguye el autor del recurso—que en el Juzgado 2º del Circuito de Cali cursa un juicio ejecutivo, instaurado por Lorenzo Quesada, por razón de un documento de deber, legalmente otorgado, en el que se hace constar:

a) Que las señoras Collazos viuda de Quesada y Francisca Quesada, solidariamente se constituyeron deudoras del demandante por la suma de $ 800 moneda corriente, el treinta de marzo de mil novecientos veinticuatro.

b) Que se obligaron a restituirle esa suma transcurridos seis meses, esto es, el treinta de septiembre de mil novecientos veinticuatro; y

c) Que en caso de mora le abonarían el uno y medio por ciento mensual de intereses.

Dos meses después del vencimiento del plazo de esta obligación, o sea el primero de diciembre de mil novecientos veinticuatro, se verificaba—anota el recurrente—el contrato simulado de compraventa de que se ha hecho mérito. Probado está igualmente—dice—que los bienes a que se refiere dicho contrato constituyen el único patrimonio de las deudoras de su poderdante.

Considera el autor del recurso que la doctrina sentada por la Corte en sentencia de treinta de agosto de mil novecientos veinticuatro, según la cual "el simple interés que un acreedor pueda tener en que su deudor no se desprenda de una propiedad valiosa, no es suficiente para que él pueda demandar la declaratoria de nulidad de la venta de esa propiedad," y que el Tribunal acoge en su fallo, no es aplicable al caso de autos, porque no se trata del simple interés que Lorenzo Quesada pueda tener de que sus deudoras no se desprendan de las fincas, sino de un poderoso interés de que ellas no distraigan simuladamente de sus patrimonios los únicos bienes que pueden ser perseguidos para la ejecución de la obligación.

Dice, además, que en el caso de autos se encuentran reunidos los requisitos que exige el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, para que pueda prosperar la acción ejercitada, pues el demandante Lorenzo Quesada no intervino en forma alguna en la celebración del contrato de compraventa cuya nulidad solicita; es acreedor de las presuntas vendedoras de la suma de $ 800 moneda corriente, desde el treinta de marzo de mil novecientos veinticuatro, obligación que se hizo exigible desde el treinta de septiembre del mismo año, esto es, dos meses antes de la celebración del pacto simulado. Por tanto, el catorce de octubre de mil novecientos veintisiete, fecha en que entabló la demanda de nulidad, estaba sufriendo el perjuicio resultante de estar en mora sus deudoras en la entrega del dinero objeto de la obligación, y el resultante de haber desaparecido del patrimonio de ellas los únicos bienes que podía perseguir para la ejecución de la obligación, por la cual tenía interés actual y directo en que se declarara la nulidad absoluta del respectivo contrato.

El error de derecho se hace consistir en que, al apreciar el Tribunal la prueba del hecho de ser Lorenzo Quesada acreedor de las presuntas vendedoras, y las pruebas de no tener éstas otros bienes que aquellos que vendieron simuladamente, interpretó que el interés que asiste al actor como acreedor, antes de iniciar la acción de nulidad, es tan sólo un interés simple y no actual, y que el perjuicio que sufren es apenas eventual y no actual, habiéndose establecido que tanto el interés como el perjuicio son actuales. Por consiguiente, de la errónea interpretación de esas pruebas, incurre el fallo, dice el recurrente, en violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890.

Consiste el error de hecho en que el Tribunal sólo considera al demandante como acreedor de las vendedoras, prescindiendo de los elementos que acompañan ese hecho, y que le dan una fisonomía jurídica especial al carácter de acreedor, como son:

a) Ser la obligación de plazo vencido, cuando se verificó el contrato de compraventa y a la época en que se entabló la demanda de nulidad de tal contrato.

b) Ser los bienes, objeto de la convención, los únicos que constituían el patrimonio de las deudoras; y

c) Ser simulado el negocio de compraventa.

"Al prescindir el Tribunal—continúa el recurrente—de

apreciar en su conjunto la prueba, y pasar inadvertidamente estos tres hechos, plenamente probados en los autos....., incurrió en error de hecho en la apreciación de las pruebas, con violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890."

Lo expuesto concreta la acusación que se hace a la sentencia recurrida en este primer cargo.

Se observa:

Como la violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890 se hace depender de errores de hecho y de derecho por parte del Tribunal en la apreciación de las pruebas para negar la nulidad demandada, hay que estudiar si en realidad el fallo incide en tales errores.

Para el Tribunal, el contrato de compraventa de que da fe la escritura número 1125, de primero de diciembre de mil novecientos veinticuatro, otorgado en la Notaría 1ª de Cali, es nulo, de nulidad absoluta, por causa de simulación; pero, como en concepto del sentenciador, el actor no tiene el interés que la ley exige, carece de la acción por él intentada, y declaró, en consecuencia, probada la excepción de petición antes de tiempo.

Al emitir este concepto el Tribunal, se atuvo, más que a la demanda y a las pruebas del proceso, a las doctrinas de la Corte que inserta en el fallo, sin detenerse a considerar si los casos que estas doctrinas contemplan son iguales al que es materia del presente juicio.

Entre los fallos que cita el Tribunal, figura el de treinta de agosto de mil novecientos veinticuatro (**Gaceta Judicial**, tomo XXXI, página 348, 2ª), en el cual se sostiene que no hay error de derecho ni violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, al no estimar como interés suficiente, para demandar la nulidad absoluta de un contrato, el hecho de ser quien la propone, acreedor de la persona a quien demanda, ni tampoco el perjuicio que pueda sufrir dicho acreedor porque el deudor disponga de una finca valiosa de su propiedad, porque entonces se trata de interés y perjuicio eventuales y remotos, de la posibilidad de un perjuicio únicamente, porque entonces no se sabía en qué condiciones pecuniarias quedaba el deudor para atender a sus deudas. Mas cuando, como en el caso de autos, se trae la prueba de no quedarle al deudor otros bienes para atender a tales compromisos, la conclusión no puede ser la misma, porque no le quedaría recurso al acreedor. Y el mismo fallo de la Corte citado deja a salvo estos casos, o sea cuando el acreedor tiene interés actual y está expuesto a sufrir un perjuicio actual y directo con la venta que hace el deudor, no sólo de una propiedad valiosa, sino de todos los bienes que a la fecha del pacto, tachado de nulo, constituyen el único patrimonio del deudor, en términos que con esa venta quede anulado el derecho del acreedor, porque aquél no disponga de más bienes sobre los cuales pueda caer el acreedor, pues entonces sí procede la acción de nulidad.

Dijo en efecto la Corte en esa sentencia:

"El actor recurrente hace derivar el interés propio para anular el contrato del perjuicio, que en su opinión le resulta, de que una propiedad vallosa de su deudor fuera enajenada por él a terceros, y desapareciera así el patrimonio visible sobre el cual podría el acreedor hacer efectivo su crédito contra el vendedor de la finca.

"La cuestión de derecho queda, pues, reducida a determinar qué clase de perjuicio es el que, por su naturaleza, puede dar origen al derecho de un tercero a obrar contra una convención celebrada entre individuos ligados por algún vínculo de derecho con ese tercero.

"En los casos en que la ley requiere que exista un perjuicio, ya se trate de convenciones, ya de sentencias judiciales, cuyos efectos respecto de terceros se regulan por principios análogos, no se considera en teoría de derecho civil como perjuicio cualquiera consecuencia desfavorable que pueda derivarse de la ejecución de aquellos actos, sino que es preciso que éstos hieran directa, real y determinadamente los derechos de un tercero, ya porque puedan quedar anulados, ya porque sufra desmedro su integridad. Un daño eventual y remoto, que apenas pueda entreverse en las estipulaciones de un contrato o en los fallos de una sentencia, no son elementos suficientes para constituir el perjuicio jurídico que requiere la ley."

Resta ahora determinar si al demandante asiste el derecho que invoca, por ser acreedor actual y causarle el contrato un perjuicio actual, y si al negarle ese derecho el Tribunal incurre en los errores de hecho y de derecho que se acusan en este primer cargo.

De acuerdo con la doctrina de la Corte, sentada en casación de 29 de septiembre de 1917 (**Gaceta Judicial**, tomo XXV, 180, 2ª), el derecho de donde se derive el interés jurídico para demandar o alegar la nulidad absoluta de un contrato, debe existir—lo mismo que el perjuicio que se trata de evitar por ese medio— al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro.

Véase, pues, si en el caso de autos se reúnen esos requisitos.

El carácter de acreedor actual en el demandante lo deriva el recurrente del documento privado de fecha treinta de marzo de mil novecientos veinticuatro, que en copia obra a folios 4 y 5 del cuaderno de pruebas del actor en primera instancia, suscrito por las señoras Juana Francisca Collazos viuda de Quesada y María Francisca Quesada, y por medio del cual éstas se constituyeron deudoras solidarias de Lorenzo Quesada, por la cantidad de ochocientos pesos ($ 800) moneda corriente, que de él confiesan haber recibido en concepto de un negocio de compraventa, suma que se comprometían devolverle dentro del plazo de seis meses, esto es, el treinta de septiembre del año citado.

Para el Tribunal, el citado instrumento sólo da al demandante el carácter de simple acreedor; pero estima la Corte que con esta apreciación incurre en el error de hecho que acusa el recurrente, pues de la prueba que suministra el documento, si se deduce que el demandante es acreedor actual, pues de ella resulta, sin lugar a duda:

a) Que el treinta de septiembre de mil novecientos veinticuatro, esto es, dos meses antes de la celebración del contrato de venta (diciembre primero de mil novecientos veinticuatro), era Lorenzo Quesada acreedor de las vendedoras, señoras Juana Francisca Collazos viuda de Quesada y María Francisca Quesada, de la obligación aludida, que para la fecha del contrato era ya de plazo vencido.

b) Que el catorce de octubre de mil novecientos veintisiete, fecha en que presentó la demanda de nulidad, y el veintiocho de noviembre del mismo año, fecha en que ella fue admitida, conservaba el demandante el carácter de acreedor de la expresada obligación.

A consecuencia de este error de hecho, incide también la sentencia en error de derecho, pues tuvo al demandante como simple acreedor, y no como acreedor de una obligación de plazo vencido, y, por tanto, como acreedor actual, debió reconocerle el derecho que le asiste para impedir que sus deudoras se desprendieran de todos sus

bienes, y se pusieran así en incapacidad de satisfacer la deuda.

Lorenzo Quesada habría podido, una vez expirado el plazo estipulado en el documento de treinta de marzo de mil novecientos veinticuatro, hacer efectivo el crédito que allí aparece a su favor, de acuerdo con las disposiciones sustantivas y procedimentales pertinentes. Y si adelantando ese juicio, el mismo Quesada hubiera embargado los bienes materia de la venta de que se trata, y en tal ejecución el comprador Santiago Quesada los hubiera reclamado en tercería excluyente, el ejecutante Lorenzo Quesada, aduciendo la prueba de confesión hecha por aquél, que obra en autos, de que fue simulada dicha venta, por ese medio Lorenzo Quesada habría obtenido la declaración de nulidad del expresado contrato. Ahora, el hecho de que Lorenzo Quesada, alegando el mismo interés con idéntica prueba, haya promovido el presente juicio en vez del ejecutivo, no lo priva del derecho de alegar dicha nulidad.

Ni valdría objetar contra esta apreciación que el documento de que se ha hecho mérito es un mero instrumento privado, no reconocido por las responsables de la obligación en él contenida, porque si éstas no lo objetaron ni lo tacharon de falso al presentarlo la contraparte en este juicio (junio siete de mil novecientos veintinueve), ni posteriormente, lo dieron por reconocido tácitamente desde la fecha de su otorgamiento (treinta de marzo de mil novecientos veinticuatro), de conformidad con lo que al respecto prescribían los artículos 694 y 695 del Código Judicial anterior, y con el 645 del nuevo, que contiene igual principio. Además, respecto de Santiago Quesada, el mismo documento tiene fecha cierta, pues fue presentado en juicio, según la copia que obra al folio 4 del cuaderno de pruebas del demandante (artículo 1762 del Código Civil).

Por lo que hace al perjuicio jurídico que el recurrente alega, se ve que el Tribunal incurre en el error de derecho que se le imputa, pues si hubiera entrado en el estudio de fondo del pleito—cosa que no hizo—como él mismo lo declara, y hubiera apreciado las pruebas que se adujeron para acreditarlo, no habría llegado a la conclusión de que el actor es simple acreedor, como en los casos considerados antes por la Corte, y que el contrato apenas le causa un perjuicio remoto, eventual y no actual.

Efectivamente, desde la contestación de la demanda, quedó fuera del combate el siguiente hecho de ella:

"Décimocuarto. La señora Juana Francisca Collazos viuda de Quesada y la señorita Francisca Quesada, el único patrimonio que tenían el día del otorgamiento del referido contrato de compraventa, eran los bienes de que trata dicho contrato, y si ellos no vuelven a su poder quedan dichas señoras completamente insolventes y en la más absoluta indigencia."

A este hecho contestaron las contratantes vendedoras:

"Es cierto."

De modo que desde que se trabó la litis contestación, las deudoras confesaron franca y categóricamente que su único patrimonio lo constituían los bienes que fueron objeto del contrato tachado de nulo, confesión ésta suficiente para acreditar el perjuicio que alega el demandante, una vez que a los autos no se ha traído prueba alguna que acredite que, fuera de esos bienes, las deudoras disponen de otros sobre los cuales pueda el acreedor perseguir la ejecución de su obligación.

Obra también en autos otra prueba del perjuicio—no apreciada por el sentenciador—que refuerza aún más—si cabe—la confesión de una de las deudoras, la señora Juana Francisca Collazos viuda de Quesada, prueba que está constituída por los testimonios de los señores Jesús María Lazzo y Rogerio Guevara. Dice, en efecto, el testigo Lazzo al punto c) del interrogatorio que le fue formulado por el personero del actor en primera instancia (folios 10 y 11, cuaderno de pruebas del demandante):

"Que le consta, por haberlo presenciado y por ser amigo de la señora Juana Francisca Collazos viuda de Quesada, que dicha señora es una anciana que no tiene bienes con qué sostenerse, y el único que provee a su alimentación y establecimiento es el señor Lorenzo Quesada, porque los bienes que tenía dicha señora fueron enajenados ficticiamente al señor Santiago Quesada."

En lo sustancial, igual declaración rinde el testigo Guevara.

De esta prueba y de otros elementos de convicción que obran en autos, se deduce que el actor sí tenía, al tiempo de iniciar la acción, el derecho que ha ejercitado, y que, por tanto, al negárselo el Tribunal, incurre en los errores de hecho y de derecho anotados, a consecuencia de los cuales viola, como lo sostiene el recurrente, el artículo 15 de la Ley 95 de 1890.

Es, pues, casable la sentencia por los motivos expuestos en este primer cargo. Esto hace innecesario entrar a considerar los dos cargos restantes en apoyo de la causal alegada.

Para resolver en instancia, se considera:

Pídese en el punto a) de la parte petitoria del libelo, que se declare nulo, de nulidad absoluta, por faltarle los elementos esenciales de consentimiento, causa y precio, el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura pública número 1125, de primero de diciembre de mil novecientos veinticuatro.

Dicho está en las consideraciones anteriores de este fallo, que el referido contrato se celebró entre las señoras Juana Francisca Collazos viuda de Quesada y María Francisca Quesada, de un lado, y el señor Santiago Quesada, de otro, actuando las primeras como vendedoras, y el segundo como comprador. No intervino, pues, el demandante en este juicio, ni directa ni indirectamente, en la celebración del aludido pacto. El interés que él tiene en que se declare la nulidad del contrato, es actual y directo, como atrás ha quedado suficientemente estudiado. De consiguiente, concurren en el actor los requisitos que exige el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, para ejercitar la acción de nulidad, a saber:

1ª Que quien demanda la nulidad no haya intervenido en la celebración del contrato.

2ª Que quien la alegue, tenga interés en ello.

Conviene advertir que el interés que la Corte reconoce al demandante es sólo el que deriva de su carácter de acreedor; no el que invoca como presunto heredero de las contratantes (hecho décimotercero de la demanda, pues el heredero presunto no es verdadero ni legítimo sucesor de la persona a quien pueda heredar. Lo será, si conserva tal carácter al momento de deferirse la herencia, esto es, al momento de fallecer la persona que la transmite. Por eso ha dicho la Corte que no "es aceptable que viviendo el causante o vendedor, o que supo o debía saber el vicio que invalidaba el contrato, vuelva a tomar las cosas objeto de la venta en virtud de demanda de nulidad iniciada por sus hijos, desde luégo que **nemo auditur alegan propiam turpitudinem.**" (Casación, 25 de agosto de 1923, XXX, 183, 3ª).

A los autos se ha traído copia debidamente registrada de la escritura en que se hizo constar el contrato cuya nulidad se pide. Por medio de la cláusula tercera del instrumento, las vendedoras manifiestan transferir al comprador, por la suma de mil pesos ($ 1,000) moneda corriente, los derechos o acciones de dominio sobre los bienes que se especifican en la cláusula primera.

El registro de esa escritura se efectuó, y subsiste aún, a favor del comprador Santiago Quesada, a quien en el libelo de demanda se señala como poseedor jurídico sobre los derechos y acciones a que se ha hecho referencia.

Las vendedoras no se desprendieron por medio de esa venta de la posesión corporal de los bienes en que tenían derechos individuales, según lo confiesan ambas partes, hecho a que asienten todos los comuneros en esos bienes.

La simulación está plenamente acreditada en autos, por confesión de los mismos contratantes, lo que induce nulidad absoluta del contrato, como de manera constante y uniforme lo tiene admitido la jurisprudencia de la Corte.

Todos los hechos de la demanda fueron expresamente aceptados por las contratantes vendedoras. De ellos se desprende, sin mayores esfuerzos, que no tuvieron ellas intención real y verdadera de celebrar el contrato de que da cuenta la escritura pública número 1125, de primero de diciembre de mil novecientos veinticuatro. Bastaría al efecto citar, entre otros hechos de la demanda, los siguientes:

"Sexto. Las supuestas vendedoras no tuvieron nunca la intención de transferir al señor Santiago Quesada el dominio sobre los bienes de que habla el hecho primero de esta demanda.

. . . . . .

"Octavo. Ni las vendedoras entregaron, ni el comprador recibió el objeto materia de la compraventa."

El demandado confesó, en posiciones absueltas por él extrajuicio, que no pagó el precio de la compraventa contenida en la escritura número 1125, de primero de diciembre de mil novecientos veinticuatro, Notaría de Cali, y que las vendedoras no tuvieron intención de transferirle el dominio de las fincas en dicha escritura determinadas, ni él (Santiago Quesada), la intención de adquirirlas (posiciones 14 y 16). Cierto que después el mismo demandado, en posiciones que absolvió dentro de este juicio, negó aquellos hechos; pero esa negativa carece de valor, porque subsiste con fuerza de confesión judicial la rendida antes del juicio, según lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 169 de 1896, ya que no se ha dado la prueba de que quien la rindió hubiera sufrido un error de hecho, o que no estaba en el uso completo de sus sentidos al tiempo de rendirla, ni se intentó dar tal prueba, que son los casos establecidos en los artículos 1769 del Código Civil y 569 del Código Judicial anterior, en que se puede revocar la confesión.

De los hechos de la demanda y de las respuestas a esas primeras posiciones absueltas por el demandado, aparece claro que en el contrato de venta mencionado faltó el consentimiento, elemento esencial en todo contrato, según la norma del artículo 1502 del Código Civil; que faltó igualmente la causa, porque ninguno de los contratantes quiso realmente celebrar el contrato en debate, ni ningún otro contrato. Tampoco hubo precio, elemento esencial en la venta, de acuerdo con los artículos 1849 y 1857 de la citada obra; y faltó asimismo la tradición, que, como modo de adquirir el dominio, requiere de parte del tradente facultad e intención de transferirlo y capacidad e intención de adquirirlo de parte del adquirente, de acuerdo con el artículo 740 de la citada obra.

Son, pues, procedentes las peticiones señaladas con las letras **a), b), c) y d)** de la parte petitoria de la demanda. En parte es procedente también la petición marcada con la letra **f)** de la misma demanda, o sea únicamente en cuanto la sentencia de fecha cuatro de junio de mil novecientos veintiséis, dictada por el Juez 2º del Circuito de Cali, que aprobó la partición, no afecta los derechos de la señora Juana Francisca Collazos viuda de Quesada y de María Francisca Quesada, en la casa y solar materia de la división que le reconoce este fallo.

No sucede lo mismo respecto de la petición relativa a la nulidad de la partición (punto **e**), y de la sentencia que la aprobó (primera parte del punto **f**), ni sus consecuenciales de los puntos **g**), **g**) (sic) y **h**). En efecto: conforme al artículo 1405 del Código Civil, las particiones se anulan y rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos; pero el demandante no ha aducido prueba alguna de que en el derecho sustantivo y en el procedimental se hubieran dejado de llenar requisitos legales que hagan nulos tales actos, sino que se limitó a decir que es nula la partición de la casa y solar de que se hace mérito, como consecuencia de la nulidad del contrato contenido en la escritura número mil ciento veinticinco (1125), de primero de diciembre de mil novecientos veinticuatro, Notaría de Cali, que sirvió de base a Santiago Quesada para intervenir en dicha partición, representando los derechos de sus vendedoras. Empero, el hecho de que sea nulo, como hoy se declara, dicho contrato, no se sigue que lo sea la partición, ni consecuencialmente tampoco la sentencia que la aprobó con su registro, porque aquella nulidad no se comunica necesariamente a otro acto o contrato distinto, aunque tenga relación con ellos. Así lo ha declarado la Corte, como se ve en fallo de veintinueve de abril de mil ochocientos noventa y dos. (**Jurisprudencia de la Corte**, tomo VII, página 191, 1ª).

Esto no quiere decir que, a pesar de no existir esa nulidad, no tengan las vendedoras Collazos de Quesada y Quesada las acciones que la ley les da para hacer efectivos los derechos que les reconoce esta sentencia.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de fecha veintidós de octubre de mil novecientos treinta y dos, proferida por el Tribunal Superior de Cali en este juicio, y en su lugar resuelve:

1º Confírmanse los puntos marcados con los números 1º, 2º, 3º y 4º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, referentes a las peticiones señaladas con las letras **a), b), c) y d)** de la parte petitoria de la demanda, lo mismo que el punto marcado con el número 5º, salvo en este último lo relativo a costas.

2º No afecta los derechos que este fallo reconoce a la señora Juana Francisca Collazos viuda de Quesada y María Francisca Quesada, la sentencia de fecha cuatro de junio de mil novecientos veintiséis, dictada por el Juez 2º del Circuito de Cali, por la cual se aprobó la partición de la casa y solar materia, en parte, de este juicio.

3º Revócanse los puntos de la sentencia de primera instancia, marcados con los números 5º, 7º, 8º y 6º, en lo relativo, el último, a la nulidad de la sentencia aprobatoria de la partición, y no se hacen las demás declaraciones pedidas en el libelo de demanda.

4ª No hay costas en las instancias ni en este recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez y ocho de julio de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Jacinto Mendieta Peralta demandó a Ulpiano Barreto para que se declarara:

"Primero. Que Jacinto Mendieta Peralta es dueño de las siguientes fincas raíces:

"a) De un globo de terreno con una casa pajiza en él edificada, ubicado en la vereda de Miñá, jurisdicción del Municipio de Guachetá, de este Departamento, y demarcado de la manera siguiente: por el Norte, linda con terrenos de Dolores Peralta Molano, hoy de sus herederos, cerca de piedra de por medio; por el Occidente, con la hacienda de Gachetá, de Baudilio Acero, hoy de sus herederos, vallado de por medio, siguiendo éste abajo a encontrar un mojón en una mata de espino blanco; por el Sur, de aquí por todo el llano, en recta, a dar a otro mojón de piedra que está a la orilla del río, linda con tierras de Felipe Mendieta; por el Oriente, sigue río arriba, a dar al cimiento, primer lindero, lindando con terrenos de herederos de José María de Francisco.

"b) Otro terreno, ubicado en la misma vereda de Miñá, en la jurisdicción del Municipio de Guachetá, de este Departamento, y que está demarcado así: desde un mojón que está a la orilla del vallado de Gachetá, en línea recta por todo el llano, a encontrar otro mojón en la orilla del río, lindando por este costado con terreno de Felipe Mendieta; de ahí sigue río abajo a encontrar otro mojón que está en la orilla del mismo, lindando con terrenos de José María Defrancisco, río de por medio; vuelve de ese mojón, en línea recta, a encontrar otro mojón en el vallado de Gachetá, linda con terrenos de herederos de Rita Peralta de Mendieta; de éste, al primer lindero, linda con terrenos de la hacienda de Gachetá, de propiedad de Baudilio Acero, el vallado de por medio.

"Segundo. Que como consecuencia de la anterior declaración, el actual poseedor de dicha finca, mi demandado, señor Ulpiano Barreto, está en la obligación de restituir a mi poderdante, señor Jacinto Mendieta Peralta, y deberá hacerlo en el término de seis días o en el que le fije la sentencia, los lotes de terreno cuyos linderos dejo relacionados en el punto anterior, con la casa edificada en el primero, y todas las demás cosas que forman parte de dicho lote.

"Tercero. Que el demandado señor Ulpiano Barreto está en la obligación de restituir a mi poderdante Mendieta Peralta, los frutos naturales y civiles de dichos lotes, desde que los tienen en su poder, no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder.

"Cuarto. Que si el demandado señor Ulpiano Barreto se opusiere a esta acción, se le condene al pago de las costas del juicio."

El Juez absolvió al demandado, y el Tribunal de Bogotá, en grado de apelación, confirmó el proveído del Juez.

Mendieta ocurrió en casación, recurso que, admitido en tiempo, se estudia por estar aparejado.

Acúsase el fallo, en primer lugar, por la segunda y tercera causales de casación, por no estar en consonancia con las pretensiones de las partes y por ser contradictorio.

Para desechar la segunda causal, basta recordar que el fallo fue totalmente absolutorio, habiéndose estudiado el fondo del asunto; y respecto de la tercera causal, para que ella prospere, era necesario haber pedido antes aclaración de la sentencia, lo que no se hizo, y esto tanto bajo la vigencia del antiguo Código Judicial como bajo el nuevo (artículos 2º, Ley 162 de 1896, y 520, Ley 105 de 1931).

Primera causal.

Conviene rememorar estos antecedentes para mejor inteligencia de la acusación del recurrente:

"Por el demandado y el demandante se han aducido los siguientes documentos: copia auténtica de la escritura número 770, de once de agosto de mil novecientos diez y seis, otorgada en la Notaría de Ubaté, por la cual Jacinto Mendieta Peralta vende a Pedro Peralta Rodríguez un terreno ubicado en la vereda de Miñá, determinado por linderos, y que hubo por compra que hizo a Rita Peralta de Mendieta, en la Notaría de Leiva; la escritura número 813, de veintiuno de agosto de mil novecientos diez y seis, otorgada en Ubaté, por la cual Jacinto Mendieta Peralta vende a Pedro Peralta Rodríguez un terreno ubicado en Guachetá, que hubo por compra a Rita Peralta de Mendieta, por escritura otorgada en Chiquinquirá; la escritura número 836, de treinta de agosto de mil novecientos diez y seis, de la Notaría de Ubaté, por la cual Pedro Peralta Rodríguez se reconoció deudor de José María Defrancisco por la cantidad de mil cien pesos ($ 1,100) oro, que garantizó con hipoteca constituída sobre el terreno adquirido, mediante la escritura número 770, ya citada; la escritura número 1053, de veintiséis de octubre de mil novecientos diez y seis, por la cual Pedro Peralta Rodríguez se reconoció deudor de Santiago Bayón, por la cantidad de trescientos pesos ($ 300), que garantizó con hipoteca sobre el terreno adquirido, mediante la escritura número 813, también ya citada; la copia debidamente autenticada de la diligencia de remate, verificado el día diez y nueve de agosto de mil novecientos veintidós, en el Juzgado 1º del Circuito de Ubaté, en el juicio ejecutivo seguido por José María Defrancisco contra Pedro Peralta, en donde se adjudicó el terreno o lote a que se refiere la escritura de hipoteca número 836 de treinta de agosto de mil novecientos diez y seis, a José María Defrancisco, y el lote detallado en la escritura de hipoteca número 1053, de veintiséis de octubre de mil novecientos diez y seis, a Eleázar Segura; la escritura número 1373, de diez y seis de noviembre de mil novecientos veintinueve, de la Notaría de Ubaté, por medio de la cual se protocolizó el juicio de sucesión de José María Defrancisco, donde se adjudicó a las señoritas Soledad y Belén Defrancisco el terreno que hubo en el remate verificado en el juicio ejecutivo contra Pedro Peralta Rodríguez; la escritura número 551, de veintiuno de marzo de mil novecientos veintiocho, de la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá, por la cual Soledad Defrancisco vende a Ulpiano Barreto el mencionado inmueble; la escritura número 1112, de seis de noviembre de mil novecientos veintidós, de la Notaría de Ubaté, por la cual Eleázar Segura vende a María de Jesús Alba el terreno que remató en el juicio ejecutivo que le siguió él mismo a Pedro Pe-

ralta Rodríguez; la diligencia de remate verificada el once de noviembre de mil novecientos veintisiete en el Juzgado 1º del Circuito de Ubaté, en el juicio ejecutivo seguido por Ulpiano Barreto contra Pedro y María de Jesús Alba, en donde Ulpiano Barreto remató el terreno adquirido por María de Jesús Alba, mediante la escritura número 1112, de seis de noviembre de mil novecientos veintidós.

"Tanto en la escritura número 770, como en la 813, ya citadas, Jacinto Mendieta Peralta, que por medio de esas escrituras vende sendos lotes de terreno a Pedro Peralta Rodríguez, declara expresamente haber recibido el valor acordado como precio de dichas ventas."

El fallo tiene estos fundamentos:

"El artículo 1933 del Código Civil, en relación con los artículo 1547 y 1548 de la misma obra, privan de la facultad de entablar acción reivindicatoria contra terceros poseedores de buena fe, cuando la condición no consta en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública.

"Las escrituras números 770 y 813 citadas, y mediante las cuales Jacinto Mendieta Peralta vendió a Pedro Peralta Rodríguez los inmuebles que se reclaman, declaran expresamente que el vendedor recibió el precio de la cosa vendida. Ese comprador, Pedro Peralta Rodríguez, gravó con hipoteca los bienes materia de la compra, gravamen que trajo como resultado la venta en pública subasta de aquellos bienes, y de allí deriva sus títulos el actual poseedor y demandado; por consiguiente, éste es un tercero a quien en nada perjudica la resolución que contiene la sentencia que sirve de título reivindicatorio."

Así lo ha resuelto la Corte en varios fallos:

"..... Que no obligue a los terceros una condición oculta, en que fuera del título inscrito u otorgado por escritura pública consientan las partes, es natural; contrario sería todo eso a las reglas relativas a la imputabilidad de los actos humanos, que no pueden atribuir a nadie un acto o un hecho sino cuando lo conoció o estuvo en capacidad de conocerlo; la ignorancia invencible a nadie obliga; y ocasionado sería también a frecuentes colisiones de los contratantes, llevadas a cabo con el propósito de lesionar los derechos de terceros, sin que otros pudieran ponerse a cubierto del fraude. El principio de la seguridad de los derechos quedaría así gravemente comprometido.

"Y el hecho que motiva una condición resolutoria, consta en el título inscrito u otorgado por escritura pública, él puede ser conocido por los terceros que negocian con el comprador, sin necesidad de que sea una condición expresa del contrato. El conocimiento del tercero en orden al hecho que tiene la virtud de resolver el pacto, unido al conocimiento obligado de las reglas legales que le asignan ese efecto, bastan para que el tercero sepa a qué atenerse en el particular, y para que si en esas condiciones adquiere un derecho, que sabe está sujeto a resolverse y a liquidarse, no tenga porqué quejarse, por creerse engañado, ni porqué oponerse a la acción del vendedor, que se funda cardinalmente en que el demandado conoció o estuvo en actitud de conocer la verdad de los hechos y el derecho de aquél." (Gaceta Judicial, números 898 y 899).

El recurrente considera que el fallo quebrantó el artículo 1933 del Código Civil, por cuanto el sentenciador aplicó esa disposición ceñido a la letra de ella, sin parar mientes en que esa regla general tiene una excepción, a pesar de que la condición resolutoria no constaba en el título, una vez que Barreto pudo y debió conocer por la sentencia de resolución, debidamente registrada con antelación de las compras que de esos inmuebles hizo el demandado, y por la cual se declaraba resuelto el contrato de venta, celebrado entre Jacinto Mendieta y Pedro Peralta, relativo a las fincas hoy en disputa, ya que lo que quiere la ley es que el comprador tenga conocimiento de la condición resolutoria por cualquier medio, aunque esa condición no conste en el título de enajenación, para que corra las consecuencias jurídicas de ese conocimiento.

Se considera:

La disposición del artículo 1933 es nítida, no da basa para hacer distingos; cosa idéntica pasa con el artículo 1548, a que hace referencia la primera disposición. Ella dice:

"Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública."

Notados comentadores del Código Civil hacen ver que la frase "el que debe un inmueble" es impropia, y ha debido suplirse por esta: "el propietario bajo condición resolutoria o suspensiva"; pero todos concuerdan en que para que haya acción reivindicatoria contra terceros, es indispensable que la condición conste en el mismo título, no en otro, y esto es lógico, pues no se puede desatender el tenor literal de estas disposiciones, de suyo tan límpidas, para ir a buscar excepciones no traídas por la ley, pues como excepciones, deben estar expresamente señaladas por el legislador, ya que ellas no pueden presumirse.

Cierto es que la jurisprudencia ha resuelto, morigerando un poco la disposición e interpretándola, que ella se aplica, cuando en el título respectivo no consta expresamente la condición, pero sí un hecho que genera la tácita, y al respecto se expresa así:

"No es, pues, como lo dice el Tribunal, que la condición resolutoria expresa es la única que, con arreglo a los artículos 1933 y 1548 del Código Civil, dé al vendedor acción contra terceros. Ella la da, en verdad, ipso facto, por el solo hecho de cumplirse. Pero según los mismos artículos, la condición tácita también da acción al mismo vendedor contra terceros, reunidas dos circunstancias: primera, que el hecho que constituye la condición conste en título inscrito u otorgado por escritura pública (artículos citados); y segunda, que el vendedor, en sentencia firme, en juicio contra el comprador, obtenga previamente a la demanda de reivindicación la resolución del contrato, para que en fuerza de aquella constancia, que debe ser conocida de los terceros, y en mérito de esta sentencia, que aniquila el dominio en el comprador y lo devuelve al vendedor, tenga base la demanda de reivindicación, que en el caso, debe fundarse en dos elementos inseparables: en que el reivindicador es dueño de la cosa que reivindica, y en que el demandado está ligado con la condición resolutoria."

Esta jurídica doctrina tampoco tiene cabida en el caso que se estudia, pues se ha visto que en la respectiva escritura de venta de los terrenos en disputa, Jacinto Mendieta declaró que había recibido el precio de los lotes vendidos a Pedro Peralta, y no se hizo constar hecho alguno que estableciera la condición resolutoria tácita.

Acusa el recurrente también el fallo por error de de-

recho en la apreciación de ciertas pruebas, tales como la sentencia de resolución de las ventas que de esos lotes se hizo a Peralta, por falta de pago del precio estipulado, sentencia que no apreció como prueba el sentenciador, a pesar de figurar en los autos una copia auténtica de ella, traída con los requisitos legales.

Acusa igualmente por error de hecho, por no haber apreciado esa misma prueba, y a consecuencia de esos errores considera quebrantados los artículos 2635, 1761, 1768, 756, 764, 2610 y 789 del Código Civil.

Se observa:

No podía el sentenciador apreciar la referida sentencia como prueba en contra de Barreto, porque claros preceptos legales lo prohiben, puesto que la sentencia dada en un pleito no perjudica sino a los que allí litiguen (artículo 846, Código Judicial antiguo), y no se ha demostrado que Barreto se halle en alguno de los casos que señala el artículo, para que pudiera perjudicarle esa sentencia.

Se dice esto, porque la ley aplicable al apreciar el valor de las pruebas, es la existente al momento de solicitarse la prueba, pero si ello no fuera así, la nueva ley judicial tampoco le da valor a las sentencias contra terceros, sino en los casos de los artículos 476, 477 y 478, en ninguno de los cuales está comprendido el demandado. Fuera de esto, el Tribunal dejó a salvo el derecho de Defrancisco en la sentencia citada. Dice así:

"Por lo que respecta a la solicitud de José María Defrancisco, de que atrás se hizo mérito, ella se funda en precepto claro y terminante de la ley civil, que en el artículo 1548 del Código dice:

'Si el que debe un inmueble, bajo condición, lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública.'

"En consecuencia, debe tenerse como base del cumplimiento de las obligaciones que decrete este fallo, que quedan a salvo los derechos del acreedor hipotecario Defrancisco sobre uno de los inmuebles cuya devolución se ordena al demandante, derechos que constan en la escritura pública número 836, de treinta de agosto de mil novecientos diez y seis, de la Notaría del Circuito de Ubaté, mencionada al principio."

No prospera la acusación por los errores apuntados, y por consiguiente, tampoco prospera la acusación por la violación de las disposiciones citadas a consecuencia de ellos.

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

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha veintiuno de octubre de mil novecientos treinta y dos.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio veintiuno de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

El 28 de febrero de 1899, por escritura pública otorgada en la Notaría 3ª del Circuito de Medellín, bajo el número 35, Lisandro Pineda Sierra adquirió de Joaquín Piedrahita, a título de compraventa, un terreno con casa de tapias y tejas, situado en el paraje llamado **Guasimalito**, en jurisdicción de Bello, alinderado así: "por la cabecera, con terreno de Segundo Fonnegra; por un costado, con finca de la señora Ana Fonnegra de Arango, y por una quebrada; por el pie, con propiedad de Francisco Hernández y Segundo Fonnegra; y por el otro costado, con finca de los señores Santamarías," quedando—dice la escritura—por todos esos costados encerrado por vallados de piedra, menos el lindero con la señora Fonnegra de Arango mencionada. En la venta de este terreno, dice la escritura, no entra una casa con cocina pajiza de propiedad de Ana Piedrahita.

El 18 de junio de 1922, María Gregoria Piedrahita de Hernández, con la debida autorización de su marido, por escritura número 1398, otorgada en la misma Notaría, transfirió a Leonardo Díaz la mitad del derecho que le corresponde como heredera de sus padres legítimos Leandro Pineda S. y Rosa Elvira Piedrahita, y dijo que el precio de esa venta ($ 2,400) lo deja en poder del comprador con el objeto de que lo invierta en el seguimiento de la causa mortuoria y en el reclamo de los bienes que se encuentran en manos de tercer poseedor.

Seguido el juicio de sucesión de los padres de la vendedora, señora Pineda de Hernández, protocolizado en la Notaría del Circuito de Girardota bajo el número 64, el 9 de febrero de 1925, como único bien de esa sucesión, les fue adjudicado a María Pineda de Hernández y a Leopoldo Díaz, por iguales partes, la finca territorial con casa de tapias y tejas, ubicada en el paraje **Guasimalito**, del Distrito de Bello, que hubo el finado Lisandro Pineda por compra que de ella hizo a Joaquín Piedrahita, por la escritura número 35 aquí citada, y por los mismos linderos en ella expresados.

Seguidamente, en escrito de 8 de agosto del mismo año (1925), que fue repartido al Juzgado 3º del Circuito de Medellín, Leopoldo Díaz, en su propio nombre, y Juan de J. Hernández, obrando éste en representación de su mujer, María Gregoria Pineda, promovieron demanda contra Francisco Arango V., "para que en sentencia firme, y por los trámites de la vía ordinaria, se declare:

"Primero. Que Leopoldo Díaz y la señora María Gregoria Pineda de Hernández, son dueños, por iguales partes, o sea por mitad y en proindivisión, de una finca territorial, con casa de tapias y tejas, ubicada en el paraje denominado **Guasimalito**, en el Distrito de Bello, delimitada dicha finca así: (Se expresan en seguida los linderos de la escritura número 35, atrás citada).

"Segundo. Que el demandado señor Francisco Arango V., está obligado a desocupar dicha finca y la casa y a restituírlas a los demandantes, dentro de los seis días siguientes al en que entre en ejecutoria la sentencia que recaiga en el juicio.

"Tercero. Que el mismo señor Arango V. está obligado a restituir también a los demandantes los frutos naturales y civiles del referido inmueble, en la forma que expresa el artículo 964 del Código Civil.

"Cuarto. Que el mismo demandado debe pagar las costas del juicio, si lo contradijere."

El demandado Francisco Arango V. contestó la demanda negando casi todos los hechos en que se funda, y terminó así:

"Me opongo a que se hagan las declaraciones solicitadas en el libelo a que doy respuesta. Propongo las siguientes excepciones perentorias para que se consideren a su tiempo:

"1ª La de cosa juzgada.

"2ª La de prescripción o pérdida del derecho que se reclama.

"3ª La de carencia de acción; y

"4ª La de todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación que se demanda o la declaran extinguida si alguna vez existió."

En escrito separado, el demandado denunció el pleito a los herederos testamentarios de Segundo Fonnegra, Ramón y María Teresa Arango F., quienes comparecieron haciéndose parte en el juicio, el cual se siguió con éstos y con el demandado Arango V., y terminó en primera instancia con la sentencia de 10 de septiembre de 1925, que absuelve a los demandados de los cargos de la demanda. Esa sentencia, apelada por la parte demandada, fue confirmada por la del Tribunal Superior de Medellín el 27 de septiembre de 1927.

Contra el fallo de segundo grado interpusieron ambos demandantes el recurso de casación, que les fue concedido, y que la Corte admite por hallarlo ajustado a la ley.

La causal alegada es la primera de las señaladas en el artículo 2º de la Ley 169 de 1896, bajo cuya vigencia se interpuso el recurso, y en apoyo de esa causal aduce el recurrente los trece motivos que la Corte procede a examinar:

"I. Sostiene el Tribunal—dice el recurrente—que no procede la acción reivindicatoria ejercitada por mis clientes, porque, en sentir de la sentencia, tal acción no recae sobre un cuerpo cierto, determinado y singular, ya que no son semejantes el inmueble que alinderan la demanda y la escritura número 35, de 28 de febrero de 1899, y el que puntualizan las escrituras números 1938, de 23 de octubre de 1913, y 612, de 27 de abril de 1916.

"Pero de tal verdad no se sigue, con la necesidad que el Tribunal le imprime a su concepto, que la finca reivindicada no esté determinada por linderos específicos, y menos si se verifican el numeral primero de la petición de la demanda y la escritura número 35, donde acordemente se expresan los respectivos linderos del inmueble, que desde luégo aparece definido como cuerpo cierto y singular."

No es exacto lo afirmado por el recurrente: el Tribunal no desestimó la acción reivindicatoria como improcedente por no estar determinado por sus linderos el terreno que se trata de reivindicar en la demanda ni en los documentos que la acompañan; lo que dice el Tribunal es que no se ha identificado el lote que se trata de reivindicar sobre el terreno que posee el demandado; y, además, el Tribunal entra a estudiar el fondo del asunto y compara las pruebas testimonial y escrituraria presentadas por cada una de las partes, y acaba por declarar que, aun suponiendo que dicho lote esté comprendido en el terreno poseído por el demandado, del estudio de los títulos traídos a los autos resulta que el derecho comprobado por éste es de preferencia indiscutible. El cargo es infundado.

II. Como motivo de este cargo señala el recurrente la parte de la sentencia en que el Tribunal conceptúa que la parte actora debió acreditar "que los linderos de hoy corresponden a los de 1899, precisando los colindantes actuales, sucesores de los antiguos, y demás modificaciones que dieran a conocer el lote como cuerpo cierto, determinado, singular, para que procediera la acción. Porque—agrega el fallo- de lo contrario, y suponiendo, por vía de hipótesis, que la sentencia reconociera la acción, la restitución debía verificarse por los linderos que reza la escritura, los mismos de la demanda, los mismos de hace más de veinte años, los que seguramente han cambiado o sufrido modificaciones, siendo esto un obstáculo para el cumplimiento de la sentencia; pues se tropezaría con el grave inconveniente de que ese terreno no lindaría por donde reza la providencia, es decir, que el demandado no era poseedor de él, de acuerdo con sus linderos actuales."

Alega el recurrente que estas expresiones del Tribunal "constituye involucración de las acciones de dominio y de deslinde o amojonamiento," y dice:

"Si al ejecutar la sentencia de dominio surgen los inconvenientes que en el caso de autos imagina el Tribunal, que se apele entonces a los medios que para el evento señala la ley; pero a priori y con base en meras conjeturas, no es bien que se diga improcedente una acción como la de mis poderdantes, aparejada de los requisitos de rigor; y tampoco es bien que, por referirse la demanda a linderos de algunos años atrás, se afirme que el demandado no es poseedor de lo que sí sería—según el Tribunal—si esos linderos fuesen precisados con referencias de actualidad.

"Son, pues, patentes el error de derecho en que incurre el Tribunal, en el sentido y concepto analizados," y la directa violación de los artículos 946, 952, 900, 762 y 981 del Código Civil, y 593 y 1304 del Código Judicial.

Ya se dijo en la respuesta al cargo que precede, que el Tribunal, después de haber hecho las consideraciones a que se refiere el recurrente, estudió el fondo de la litis apreciando los títulos presentados por las partes y dedujo de ellos que el derecho del demandado es de preferencia indiscutible, concepto que constituye el principal fundamento del fallo y que, como también ha sido acusado por el recurrente, habrá de examinarse más adelante, cuando se llegue a ese punto.

III. "A pesar del expreso y reiterado reconocimiento, por parte del Tribunal—dice el recurrente—de ser distintos entre sí los inmuebles de que tratan—de un lado—la escritura número 35, de 28 de febrero de 1899, y—del otro—las escrituras números 1938, de 23 de octubre de 1913, y 612, de 27 de abril de 1916, siempre con fundamento en meras hipótesis y no sin reconocer también que de ello no hay prueba en el proceso, la sentencia recurrida asienta que se trata "de una especie de proindivisión del lote de terreno que se pretende reivindicar con el resto de la finca del demandado Arango V., que no se opone a la prosperidad de las pretensiones de los demandantes." Y luégo dice que "si el lote de terreno está dentro de la propiedad poseída hoy por el demandado, es decir, encerrado, debió determinarse por sus linderos actuales, que corresponderán a los linderos antiguos, porque bien sabido es que la reivindicación se refiere a cosas singulares y no a cuotas partes de una universalidad."

Alega el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho y en error de derecho en esa apreciación; pero observa la Corte que aun dando por sentado que sean

erróneos esos conceptos, ya se ha dicho que el verdadero fundamento del fallo está en las apreciaciones deducidas del estudio de los títulos de ambas partes. En el concepto materia de este cargo no afirma categóricamente el Tribunal que por la desaparición de los linderos de un lote que se supone comprendido en una mayor extensión de terreno, este último ha de reputarse indiviso, o de comunidad, como trata de hacerlo ver el recurrente.

Acusa éste esos conceptos del Tribunal de error de hecho y a la vez de error de derecho, pues—dice—no porque un lote de terreno que se trata de reivindicar, debidamente individualizado en el libelo de demanda y en los títulos de propiedad, se halle confundido con otro de mayor extensión, puede decirse, como en su sentir lo dice el Tribunal, que el primero ha dejado de ser cosa singular y "que esos predios están en proindivisión," y que por tal motivo es improcedente la acción reivindicatoria. Pero cabe observar que el concepto del Tribunal de que en el caso que se anota "hay una especie de proindivisión del lote de terreno que se trata de reivindicar con el resto de la finca del demandado," es un concepto vago, que no entraña ni puede entrañar la perentoria afirmación de que esos terrenos han perdido su calidad de propiedad individual y han adquirido la de cosa común, y que, por ende, ha surgido entre los dueños de cada uno de esos predios un cuasicontrato de comunidad. El hecho no es que el sentenciador desecha por improcedente la acción reivindicatoria, sino que estudia el fondo del asunto, compara los títulos de ambas partes, y decide a favor del demandado por estimar que es éste propietario de mejor derecho. El cargo carece de fundamento.

IV. "Después de analizar las escrituras números 35, de 28 de febrero de 1899; 1938, de 23 de octubre de 1913, y 612 de 27 de abril de 1916, el Tribunal—dice el recurrente—como resultado de la innegable distinción que existe entre los inmuebles a que tales títulos respectivamente se contraen, saca la consecuencia de que no aparece "legalmente probado que el terreno lindado, especificado, puntualizado e individualizado en la escritura número 35, lo posea el demandado."

Errónea consecuencia, porque no es de tal distinción de donde pueda surgir aquella circunstancia esencial en juicio reivindicatorio, sino del hecho real de ser, en el caso de autos, con título o sin título, el inmueble reivindicado.

"Pero en el juicio resulta plenamente comprobado, en contestación a la demanda, en posiciones absueltas por el señor Arango y con los mismos testigos por éste presentados, que el inmueble delimitado en la escritura número 35 es el mismo que especifica la demanda inicial del juicio, ha estado, desde 1913, y todavía está poseído por el señor Arango V.

"De forma, pues, agrega el recurrente, que en el sentido y por los conceptos en este nuevo motivo analizados, tanto incurre el Tribunal en el error de derecho que implica la errónea consecuencia de que se hizo mérito, como incide en evidente error de hecho, consistente en negar que el demandado es el poseedor del respectivo inmueble, no obstante la plenitud de las referidas pruebas, que demuestran lo contrario, y que desde luégo resultan desestimadas o mal apreciadas por el Tribunal, con la consiguiente directa violación de los artículos 1769 del Código Civil y 555, 566 y 607 del Código Judicial, que el fallador ha debido aplicar, y no aplicó, en su sentencia."

Se observa:

Todo lo afirmado por los demandantes, como hechos fundamentales de su demanda, puede resumirse así: que el inmueble que tratan de reivindicar lo hubieron ellos de Lisandro Pineda Sierra, quien se lo compró a su primitivo dueño, Joaquín Piedrahita, por escritura pública número 35, de 28 de febrero de 1899; que el demandado Arango V. es el actual poseedor de ese inmueble; que los títulos que el demandado pueda alegar para probar la adquisición del referido terreno, no pueden desvirtuar los que ellos aducen, que proceden de Joaquín Piedrahita; que "si éste hizo alguna venta al señor Guillermo Isaza, predecesor del demandado señor Arango V., ello —conceptúan los demandantes—lo sería, en todo caso, con referencia a un terreno en donde no se comprendía el que hoy es materia de reivindicación. De allí deducen los demandantes que la venta que de este último terreno hiciera el señor Arango V., el señor Isaza, si fue que se le hizo, lo hubiera sido con respecto a una cosa ajena."

El demandado contestó que es cierto que está en posesión del terreno a que se refieren los demandantes, por hacer parte integrante de uno de mayores dimensiones, comprado por él a Guillermo Isaza, quien a su vez lo hubo por compra hecha a Joaquín Piedrahita por escritura pública número 1113, otorgada en la Notaría 2ª de Medellín el 13 de junio de 1893, cuya copia presentó debidamente registrada, junto con las otras en que funda su derecho.

En tales circunstancias, la cuestión se reduce al examen de los títulos aducidos por las partes, para saber cuál de ellas tiene mejor derecho; pero el Tribunal no se limitó a eso, sino que se extendió en consideraciones y conceptos que, aun suponiéndolos erróneos, no darían lugar a casar la sentencia, toda vez que, en último lugar, contempla la cuestión tal como aquí se ha planteado, examina los títulos a que se ha hecho referencia, y llega a esta conclusión: "el título de Isaza F. prevalece sobre el de Pineda Sierra, por su mayor antigüedad; y de consiguiente, habiendo adquirido Arango V. de Isaza F. el dominio, su derecho es de preferencia indiscutible."

V. Lo mismo ha de decirse en relación con el motivo quinto, que se hace consistir en que—dice el recurrente—"al examinar la prueba de testigos de ambas partes, la sentencia, que en esa parte encuentra contradicción, suelta el punto en favor del demandado, en orden al mayor número de testigos y con aplicación del artículo 75 de la Ley 105 de 1890," por lo cual estima que la sentencia viola este artículo y el 636 del Código Judicial, e incurre además en error de hecho y de derecho.

VI. De lo dicho en este capítulo de la demanda de casación, se colige este cargo: que el Tribunal afirma que la prueba de la determinación de la parte de terreno de la escritura número 1113, comprendida en la reivindicación, correspondía daría a los demandantes, en razón de ser éstos a quienes compete probar que son dueños del terreno reivindicado, y que la falta de esa prueba viene a indicar también la indeterminación de ese terreno.

En concepto del recurrente, la sentencia sanciona el principio de que el demandante debe probar que es dueño de lo que reivindica, y que no lo es a la vez, si el demandado alega que el terreno comprende ésta o aquella otra parte. Termina el cargo acusando la sentencia por error de derecho, con violación directa del artículo 542 del Código Judicial.

También es aplicable a este cargo lo dicho en relación con el motivo cuarto.

VII. Acúsase la sentencia por errores de hecho y de derecho y violación directa del artículo 1873 del Código Civil, por cuanto—dice el recurrente—"asienta el Tribunal que el demandado no es poseedor del terreno reivindicado, pues los inmuebles que posee—dice la sentencia—están especificados de manera completamente distinta de las escrituras números 1938 y 612 citadas.

"Muy cierto es esto—agrega el recurrente—pero de tal verdad no puede deducirse, sin grave error, que el demandado no posee la finca reivindicada, pues como se dijo y demostró en el motivo IV de este memorial, esa posesión plenamente establecida está con las pruebas del proceso, de que allí se hizo mérito. Pero sostener que, por causa de la real diferencia de aquellos inmuebles, debe fracasar la acción reivindicatoria, si es algo que ofende la lógica; porque precisamente en esa circunstancia estriba el fuerte de la acción, desde luégo que los títulos del demandado, o sea aquellos que directamente le señalan derechos sobre los respectivos inmuebles que él llama de su propiedad, nada tienen que ver ni con el de la demanda ni con el de que trata la escritura número 1113, como que con ninguno de éstos aparecen identificados en forma alguna."

No dice el recurrente, como es de rigor en este recurso, en qué consiste la violación directa del artículo 1873 del Código Civil, ni en qué consiste el error de derecho. "Para que exista violación directa de una disposición legal—ha dicho la Corte—es necesario que el fallo contenga disposiciones contrarias a ese precepto." (Casación, 30 de noviembre de 1922, Gaceta Judicial, XXIX, 325, 3ª), y aquí ni siquiera se vislumbra la razón de ese cargo. Lo mismo ha de decirse en lo relativo al error de derecho; y, en cuanto al error de hecho que pudiera entrañar la afirmación de que no está probado que el demandado posea el lote de terreno de que trata la demanda, no daría lugar a casar la sentencia, por lo que se deja dicho con referencia al motivo IV.

VIII. Arguye el recurrente: "No obstante la innegable verdad de lo que se dice en el motivo precedente respecto de la independencia que entre sí tienen las escrituras números 35 y 1113, el Tribunal asienta el concepto de que las dos ventas en esos instrumentos consignadas, por derivarse sin duda de la persona de un mismo vendedor, recayeron sobre una misma cosa, sobre un mismo inmueble; por lo cual el Tribunal le imparte prelación o preferencia a la venta de la escritura número 1113, con la consiguiente ineficacia que le imprime a la que describe la escritura número 35. Y así lo hace, con expresa invocación del artículo 1873 del Código Civil."

Pero para que semejante concepto pudiera prevalecer—dice el recurrente—sería necesario que tanto la escritura número 1113 como la número 35, versasen sobre un mismo inmueble, así como también sería preciso que los títulos de Arango (las escrituras números 1938 y 612), estuviesen identificadas con la número 1113. Mas se ha dicho que tales circunstancias no están probadas en el proceso.

Por este nuevo aspecto del asunto—añade el recurrente—el Tribunal incurre en error de derecho, por mala apreciación de las citadas escrituras, y en violación del artículo 1873 del Código Civil, indebidamente aplicado en la sentencia.

Se observa:

Si, como lo dice el recurrente, el Tribunal apreció erradamente que los contratos de venta de que dan cuenta las escrituras números 1113, 1938, 612 y 35, citadas en este cargo, "recayeron sobre una misma cosa," y ello no es así, es improcedente la acusación por error de derecho, ya que como lo ha dicho la Corte, "éste no tiene cabida sino en el caso de que en la estimación de las pruebas con las cuales se ha pretendido demostrar un postulado cualquiera, se haya contravenido al valor que la ley asigne a dichas pruebas." (Casación, 9 de junio de 1922, Gaceta Judicial, XXIX, 175, 2ª). El error de que se acusa al Tribunal no sería de derecho sino de hecho; pero como éste no ha sido alegado, no hay lugar a tomarlo en consideración. Cuanto a la violación directa del artículo 1873 del Código Civil, cabe aquí la misma observación que acerca de la misma acusación se hizo en el punto que precede. El cargo carece de fundamento.

IX. Se acusa la sentencia de error de derecho y de error de hecho, porque habiendo presentado el demandado, para comprobar su derecho de dominio en el terreno de que está en posesión, la escritura número 1113, por la cual Joaquín Piedrahita dijo vender a Guillermo Isaza "una finca con casa y cocina situada en este Distrito (Medellín)," que el otorgante hubo por compra a Joaquín Piedrahita, y la escritura número 1938, por la cual el mismo Isaza dijo vender al demandado Arango, "una finca territorial con casa y cocina de tapias y tejas y demás mejoras y anexidades, situada en el Distrito de Bello," el Tribunal—dice el cargo—"saca la consecuencia de que el señor Arango, mediante la transmisión constatada en este último instrumento, se hizo dueño de lo que el señor Isaza adquirió por medio de la escritura número 1113," pues—sigue diciendo el recurrente—"siendo distintos entre sí los inmuebles respectivamente delimitados en dichas escrituras—pues no aparecen identificados en forma alguna—mal puede sostenerse lo que, según se ha dicho al respecto, sostiene el Tribunal."

Se observa:

Si bien es cierto que no son exactamente iguales los linderos expresados en las dos escrituras dichas, el concepto del Tribunal tiene sólido fundamento en la declaración que el expresado Guillermo Isaza F. hizo en la citada escritura número 1938, por la cual vendió al demandado la finca en referencia, de que "adquirió dicha finca por compra al señor Joaquín Piedrahita, por escritura número mil ciento trece, de trece de junio de mil ochocientos noventa y tres." No es, pues, evidentemente erróneo el concepto del Tribunal. En cuanto al error de derecho de que apenas habla el recurrente, sin siquiera tratar de demostrarlo, no hay lugar a tomarlo en cuenta, pues ha dicho la Corte que ella no "puede considerar los cargos que el recurrente le hace a una sentencia, cuando se limita a enunciarlos sin exponer la razón o razones en que los sustenta." (Casación, abril 30, 1920, Gaceta Judicial, XXVIII, 21, 3ª).

X. Alega el recurrente que, a pesar de que Guillermo Isaza declara en la escritura número 1938, de que ya se ha hecho mérito, que el verdadero dueño de la finca materia del contrato es Segundo Fonnegra, y a pesar de que el demandado Arango V. hace la misma declaración en la contestación de la demanda y en el escrito por medio del cual denunció el pleito a los herederos del expresado señor Fonnegra, el Tribunal admite que el que vendió a Arango V. la finca de que trata la citada escritura, fue

Guillermo Isaza F. y no Segundo Fonnegra, y que en virtud de ese contrato, el demandado se hizo dueño de la finca comprada por Isaza, por medio de la escritura número 1113, arriba mencionada.

Lo dicho en contestación al cargo que precede, sirve también para desechar el que ahora se examina. Lo afirmado por el Tribunal no es otra cosa que lo que consta en la citada escritura número 1938, en la cual, quien aparece como vendedor es Guillermo Isaza F., el mismo que —como se ha visto—adquirió la finca vendida por compra hecha a Joaquín Piedrahita, por medio de la referida escritura número 1113, y estos hechos, plenamente acreditados por las dos escrituras aquí citadas, no los desvirtúa, por ningún concepto, la declaración que al final del primero de esos instrumentos hiciera el vendedor Isaza F. de que no se obliga al saneamiento de la cosa vendida, pues esa obligación la toma a su cargo Segundo Fonnegra, quien al efecto firmó también dicha escritura, por ser el verdadero dueño del inmueble vendido: muchos son los motivos que pueden dar lugar a una estipulación como esa, como, por ejemplo, si Isaza no hubiera comprado la finca con dinero de Fonnegra, y, luégo, al venderla, fuera éste quien recibiera el precio. El cargo es infundado.

XI. Bajo este numeral no se formula un motivo de casación con arreglo al artículo 9º de la Ley 90 de 1920, al cual debió ajustarse el recurrente. Trátase más bien de un párrafo de alegato de instancia, un tanto confuso, que no es posible apreciarlo en casación.

XII. Lo mismo ha de decirse del contenido de la demanda de casación en el párrafo marcado con este numeral, según se justifica transcribiendo íntegramente dicho párrafo, que es como sigue:

"Y aun cuando el Tribunal parece allanarse a reconocer que efectivamente existe aquella nulidad, a los demandantes niega el beneficio o favor que su declaratoria les traería; porque, en sentir de la sentencia, lo que quería decir sería que el señor Isaza le vendió al señor Arango cosa ajena, de resultados valederos en los términos del artículo 1871 del Código Civil.

"Así lo estima el Tribunal por considerar, erróneamente, desde luégo, que los demandantes no han acreditado ser dueños de la finca vendida al demandado por la escritura número 1398. Pero si en atención se tiene la escritura número 35, de 28 de febrero de 1899, que es el título que los demandantes exhiben como originario de su derecho sobre el inmueble reivindicado y que, como fue visto en los motivos anteriores, es título perfectamente distinto hasta de la escritura número 1113, que sería quizás la única que podría desvirtuarlo, aunque tampoco en favor del señor Arango V.—si en atención se tiene todo esto—es imposible llegar, sin error, a la conclusión de que mis poderdantes no han probado su propiedad sobre el inmueble determinado en la escritura número 35, y de que, por consiguiente, carecen de interés en alegar la nulidad del contrato consignado en la escritura número 1398; pero más imposible se muestra tal conclusión, si se considera que el señor Arango ha exhibido tal contrato con fines a desvirtuar el derecho de los demandantes, y si también en cuenta se tiene, en todo caso, que ese contrato, desde la contestación de la demanda, ha tenido influencia en el debate y en éste debe soportar, por lo mismo, toda suerte de tachas y resultados.

"Son pues, evidentes los errores de hecho y de derecho en que incurre el Tribunal en el sentido y por los conceptos en este nuevo motivo expresados," con violación de los artículos 1871 del Código Civil y 15 de la Ley 95 de 1890.

No obstante lo que ya se dijo, conviene hacer notar que en la demanda no se pidió la nulidad total ni parcial del contrato contenido en la escritura número 1938, a que se refiere el recurrente, ni la nulidad de ese ni de ningún otro instrumento público; y que, por consiguiente, el Tribunal no podía hacer ninguna declaración sobre tal nulidad ni tuvo por qué discutir sobre ella, en la parte motiva del fallo.

XIII. "Para concluir—dice el recurrente—sólo resta tratar, ligeramente, del error de derecho en que también incurre el Tribunal al estimar la escritura número 612, de 27 de abril de 1916, en el sentido de reconocerle importancia en el debate contra lo probado por la escritura número 35 y demás instrumentos de ésta derivados y aun con alcances a desvirtuar el derecho que a mis poderdantes garantizan estos instrumentos."

Seguidamente da por reproducidos unos memoriales presentados por su parte en las instancias del juicio, pide que se tengan sus observaciones como fundamento de esta parte del recurso de casación, y agrega "que en este nuevo punto también incurre el Tribunal en evidentes errores de hecho y de derecho, en razón de estimar y sostener que el rechazo que los demandantes le imprimen al derecho que el señor Arango pudiera derivar sobre el terreno reivindicado, con base en la citada escritura número 612, así como el de haber citado este instrumento, para nada, en las posiciones pedidas al demandado, implica reconocimiento por parte de los actores de que con ese inmueble se afecta el de la reivindicación, con la consecuencia, que de esto último saca el Tribunal, de que 'hay una especie de proindivisión del lote de terreno que se pretende reivindicar con el resto de la finca del demandado Arango, que se opone a la prosperidad de las pretensiones de los demandantes.'

"Acerca de tan errónea apreciación—continúa el recurrente—también se dijo lo bastante para demostrarla y confutarla en el motivo 11 de este libelo; pero agréguese que se ofende la lógica al concluír, como concluye el Tribunal, que por el hecho insustancial de no preguntar en las posiciones al demandado respecto del papel que 'juega el lote comprado por Arango a Clarisa Gómez por escritura número 612 citada,' los actores dan a entender que ese lote 'queda afectado en todo o en parte al reconocerse la acción....' ¿Verdad que semejante conclusión no tiene correspondencia en el debate, pero ni mucho menos, con aquella premisa?"

Concluye el cargo acusando la sentencia por error de derecho y violación de los artículos 758, 2534, 2652 y 2674 del Código Civil y 846 del Código Judicial.

Se observa:

Con relación a lo dicho por el Tribunal, de que "hay una especie de proindivisión del lote de terreno que se pretende reivindicar con el resto de la finca del demandado Arango," como el mismo recurrente hace notar que ya en otro lugar de su alegato dijo lo bastante con el propósito de confutarlo, la Corte a su vez, se remite también a lo que dijo sobre el particular cuando se trató de ese motivo, en otro lugar de esta misma sentencia; y, en cuanto a la nueva cuestión que a sus anteriores argumentaciones agrega el recurrente acerca "del derecho insustancial de no preguntar en las posiciones al deman-

lado respecto del papel que juega el lote comprado por Arango a Clarisa Gómez por escritura número 612 citada," sólo le resta decir que como ya se ha declarado que son infundados los ataques hechos a otros fundamentos del fallo recurrido, los cuales quedan en pie y son suficientes para sostenerlo, sería inconducente entrar a examinar, si esto que aquí dice el recurrente es viable en casación, ya que sólo se refiere a un argumento que no constituye uno de los principales fundamentos de la sentencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín el veintisiete de septiembre de mil novecientos veintisiete.

Con costas a cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO -**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio veintiuno de mil novecientos treinta y tres.

Gregorio Espinosa, por medio de apoderado, propuso demanda de tercería excluyente en el juicio ejecutivo que ante el Juzgado 1° del Circuito de Ibagué adelanta Samuel Aranguren contra Aristides Espinosa, para que con audiencia del ejecutante y del ejecutado se declare que el actor tiene mejor derecho que los demandados a la finca de **San Vicente**, ubicada en la fracción de **Guadual**, del Municipio de Miraflores, que fue embargada en el juicio ejecutivo por auto de 29 de marzo de 1922 y está constituida por establecimientos de trapiche, casa de habitación, plantación de caña, mangas, etc., alinderada así:

"Partiendo de un mojón de piedra clavado en la margen derecha del río Guadual; de aquí a un segundo mojón de piedra clavado en la cuchilla, partiendo linderos con este costado con terrenos de la finca denominada **La Antigua**, siguiendo el filo de la misma cuchilla hasta coronar la altura que domina la del río Luisa, siguiendo de para arriba el filo de la misma cuchilla hasta el punto donde culmina el estribo de la misma cuchilla, y que se desprende hacia el lado del Guadual; por el filo abajo de la misma estribación, hasta su terminación en la margen derecha de la quebrada de **La Puerquera**, donde hay una piedra grande partiendo linderos con mejoras de la mortuoria de Miguel Angel Gutiérrez; de dicha piedra y atravesando la quebrada de **La Puerquera**, en línea recta y subiendo por una falda hasta coronar la altura de otra cuchilla, donde hay un mojón, y bajando hacia el río Guadual, hasta otro mojón de piedra clavado en la margen derecha del río y colindando por este lado con Gustavo Dimcy; río aguas abajo, hasta otro mojón de piedra clavado a la margen izquierda del mismo río, al pie de un guamo; de aquí línea recta a otro mojón de piedra clavado en una cuchilla al pie de otro guamo lanudo; de aquí siguiendo en travesía, hasta otro mojón de piedra clavado sobre otra cuchilla; y de aquí, por el filo abajo, hasta otro mojón de piedra clavado en un morrito; y de aquí línea recta a otro mojón de piedra clavado a la margen izquierda del río Guadual; y este río abajo, hasta encontrar con el primer mojón colocado a la margen derecha del mismo río, primer punto de partida."

"Derivo esta acción—dice en su libelo el apoderado del tercerista—de los artículos 217 y 227 y concordantes de la Ley 105 de 1890, y la fundo en los siguientes hechos:

"1° En su Juzgado promovió el señor Samuel Aranguren juicio ejecutivo contra el señor Aristides Espinosa, para hacer efectiva una acción de perjuicios apreciables en dinero.

"2° En ese juicio, por denuncio del ejecutante, se embargó, por auto de 29 de marzo de 1922, la finca de **San Vicente**, por los linderos expresados antes, y con las mejoras allí.

"3° Dicho embargo se hizo efectivo mediante la inscripción en la Oficina de Registro de este Circuito, con fecha 31 de marzo de 1922, y se practicó diligencia de avalúo, pero no de depósito, ni se insertaron los linderos del embargo en la diligencia.

"4° Por Resolución número 291, de 22 de marzo de 1920, del Ministerio de Agricultura y Comercio, registrada el 8 de septiembre del mismo año y protocolizada en la Notaría 2ª de este Circuito bajo el número 696, de fecha 30 de octubre de 1920, se adjudicó al señor Gregorio Espinosa una extensión de terrenos baldíos constante de 146 hectáreas 6,000 metros cuadrados, que se apellidó finca de **San Vicente**, situada en el Municipio de Miraflores, de esta comprensión judicial, en la fracción de Guadual.

"5° Los bienes embargados son los mismos que relata la escritura 696, de 20 de octubre de 1920, ya citada, como se comprueba con el certificado del señor Registrador de instrumentos públicos, que figura en el cuaderno principal del juicio ejecutivo, expedido a solicitud del doctor Marco A. Arias M. y llevado allí con el fin de obtener el desembargo de la finca de **San Vicente**, por pertenecer a tercer poseedor inscrito. Allí manifiesta el señor Registrador que la finca de **San Vicente**, adjudicada al señor Gregorio Espinosa, no ha sido enajenada por éste, y que sobre ella pesa el embargo decretado por usted por auto de 29 de marzo de 1922, dictado en el juicio ejecutivo de Samuel Aranguren contra Aristides Espinosa.

"6° La adjudicación y registro de la finca de **San Vicente** a favor del señor Gregorio Espinosa, es anterior al auto de embargo del juicio a que me refiero; y

"7° Por estas razones, el señor Gregorio Espinosa es dueño absoluto de la finca de **San Vicente**, objeto de esta tercería."

El ejecutado Aristides Espinosa contestó esa demanda aceptando los hechos y la petición de exclusión que en ellos se funda, y el ejecutante por su parte contestó así:

"Me opongo rotundamente a que se haga la declaratoria demandada, por carecer del derecho alegado."

En cuanto a los hechos, dijo:

"Al primero. Es cierto.

"Al segundo. Es cierto.

"Al tercero. Me atengo en este punto a las constancias auténticas.

"Al cuarto. Es cierto.

"Al quinto. No me consta.

"Al sexto. Si son los mismos bienes, es cierto.

"Al séptimo. No es cierto."

El primero de agosto de 1928 el Juzgado profirió la sentencia de primera instancia, en la cual declara:

"Primero. Que el señor Gregorio Espinosa tiene mejor derecho que los señores Samuel Aranguren y Aristides Espinosa, ejecutante y ejecutado, respectivamente, al dominio de la finca denominada **San Vicente**, ubicada en

la fracción de Guadual, en jurisdicción del Municipio de Miraflores, consistente en un establecimiento de trapiche y plantaciones de caña, casa de habitación, mangas, cañeros, etc., etc., comprendida por los siguientes linderos: (Estos linderos son los mismos que arriba quedan descritos).

"Segundo. Igualmente desembargada la aludida finca de San Vicente.

"Oficiese al señor Registrador de instrumentos públicos para los fines legales.

"Quedan a salvo las acciones que pueda tener el ejecutado contra el tercerista en lo referente a los contratos celebrados por éstos alrededor de la expresada finca de San Vicente. Sin costas."

Apelada esa sentencia por el apoderado del ejecutante, el Tribunal Superior de Ibagué la confirmó por medio de la suya de fecha 23 de junio de 1930.

La misma parte apelante interpuso el recurso de casación. El Tribunal se lo concedió y la Corte lo admite por hallarlo arreglado a la ley.

Alega el recurrente la primera causal de casación, de las enumeradas en el artículo 2° de la Ley 169 de 1896, y en apoyo de ella aduce—entre otros—los motivos siguientes:

Dice el recurrente:

"Por un concepto erróneo del valor legal que tienen los cultivos en los baldíos de la Nación, hechos por colonos, el Tribunal Superior llegó a conclusiones no sólo falsas sino absolutamente injustas, pues consideró que a un colono cultivador se le puede despojar del derecho al terreno por medio de una adjudicación, porque sosteniendo el Tribunal que es ésta la que transmite el dominio, llegó a pensar y así lo declaró en la parte resolutiva de aquel fallo, que Gregorio Espinosa por el hecho de tener a su favor la resolución, aunque los cultivos le pertenecen por títulos anteriores a Aristides, tiene mejor derecho que éste y que el ejecutante al terreno de San Vicente.

"El Tribunal ha incurrido en un error de derecho al pensar que el sólo título de adjudicación de un terreno baldío transmite el dominio efectivo sin necesidad de ser dueño de los cultivos respectivos, que el Código Fiscal ha establecido como condición esencial de dominio."

A continuación de ese cargo aduce este otro:

"El Tribunal hizo muy mala apreciación de las escrituras públicas números 516 y 11, de 14 de diciembre de 1910 la primera y de 4 de enero de 1915 la segunda, por las cuales aparece que por medio de aquéllas Gregorio Espinosa le vendió a sus hermanos Mario y Aristides todos los cultivos y mejoras existentes en el terreno baldío de San Vicente y le dio también muy mala apreciación a la Resolución sobre adjudicación número 291, de 22 de marzo de 1920, por la cual el Ministerio de Agricultura y Comercio le adjudicó a Gregorio Espinosa el mismo baldío de San Vicente a título de colono cultivador.

"Merced a la mala apreciación de esas pruebas, no dedujo el Tribunal la conclusión legal a que debió llegar para desatar el pleito sujeto a su consideración.

"Efectivamente, si el Tribunal hubiera estimado correctamente el alcance jurídico de las dos primeras escrituras, no se remite a duda que habría decidido que la adjudicación del terreno no le daba la propiedad de San Vicente a Gregorio Espinosa sino a Aristides del mismo apellido, por virtud de lo que al respecto dispone el artículo 1875 del Código Civil."

Examinados los documentos que el recurrente estima mal apreciados por el Tribunal, resulta lo siguiente:

Obra en autos copia debidamente registrada de la escritura pública número 516, otorgada en Miraflores ante el Notario Público del Circuito de Ibagué, el 14 de diciembre de 1910, en la cual consta que el actual tercerista Gregorio Espinosa vendió a Aristides y Mario Espinosa "las mejoras que tiene establecidas en un globo de terreno baldío, situado en el paraje de San Vicente, fracción de Guadual, de la jurisdicción de este Distrito municipal de Miraflores; mejoras consistentes en un establecimiento de trapiche con su correspondiente enramada, trapiche, fondo de cobre, útiles y enseres del mismo establecimiento, plantaciones de caña, una casa de habitación de bahareque y murrapo, una manga de pasto artificial, rastrojos y cañeros; comprendido todo en el lote de terreno baldío demarcado por los siguientes linderos: (Aquí los linderos)."

Obra asimismo en este expediente, copia debidamente registrada de la escritura número 11, otorgada ante el Notario 2° del Circuito de Ibagué, el 4 de enero de 1915, por la cual Mario Espinosa vendió a Aristides Espinosa "la parte que le corresponde, o sea la mitad de la finca que el comprador y el vendedor hubieron por compra al señor Gregorio Espinosa, por instrumento número quinientos diez y seis, de fecha catorce de diciembre de mil novecientos diez, otorgado ante el señor Notario entonces único del Circuito de Ibagué, consistente dicha finca entonces de las mejoras que tienen establecidas en un globo de terreno baldío, situado en el paraje de San Vicente, fracción de Guadual, de la jurisdicción de este Municipio de Miraflores, mejoras consistentes en un establecimiento de trapiche, con su correspondiente enramada, trapiche, fondo de cobre, útiles y enseres del mismo establecimiento, plantaciones de cañas, una casa de habitación de bahareque y murrapo, una manga de pasto artificial, rastrojos y cañeros, comprendido todo por los siguientes linderos: (Aquí los linderos, que son los mismos descritos en la citada escritura número 516)."

En el juicio ejecutivo que contra Aristides Espinosa promovió Samuel Aranguren en el Juzgado 1° del Circuito de Ibagué, el ejecutante denunció y el Juzgado embargó "la finca rural denominada de San Vicente, ubicada en jurisdicción de Miraflores, fracción del Guadual, finca consistente en un establecimiento de trapiche, fondos de cobre, útiles y enseres consiguientes, plantaciones de caña de azúcar, casa de habitación, cuatro mangas de pastos artificiales, rastrojos y cañeros, en terrenos baldíos de la Nación, y que hubo el ejecutado por compras hechas a Gregorio Espinosa y Mario Espinosa, todo ello por los linderos que constan en el documento que sirve de cabeza en este mismo juicio" (Estos linderos son los mismos de que atrás se ha hecho mención).

En ese estado Gregorio Espinosa compareció ante el mismo Juzgado, pidiendo en juicio de tercería la exclusión de la finca embargada, diciéndose dueño de ella en virtud de la Resolución número 291, de 22 de marzo de 1920, por la cual el Ministerio de Agricultura y Comercio le adjudicó dicha finca a título de cultivador.

Resulta de lo expuesto que cuando el Ministerio de Agricultura y Comercio adjudicó a Gregorio Espinosa, a título de cultivador, el terreno baldío descrito por los linderos que expresa la Resolución número 291, Gregorio Espinosa no tenía tal calidad de cultivador, ni tenía ningún derecho en esa finca: no era dueño de los

cultivos, porque ya los había enajenado por medio de la citada escritura número 516; no estaba en posesión de ese terreno ni se había reservado ningún derecho a su adjudicación, puesto que en esa misma escritura, otorgada el 14 de diciembre de 1910, esto es, más de nueve años antes de que se dictara la Resolución por la cual se le hizo la adjudicación, dijo el mismo Gregorio Espinosa "que hace cerca de dos años puso a los compradores en posesión tranquila de todas las mejoras establecidas por el otorgante vendedor, comprendidas en el terreno baldío encerrado por los linderos anteriormente mencionados, sin reservarse parte alguna; que en esta cesión y traspaso, les transfiere a los mismos compradores los derechos como colono cultivador en terrenos baldíos de la Nación para que los compradores los hagan valer por los trámites legales, de conformidad con las disposiciones sobre adjudicación de terrenos baldíos."

Como la Resolución de adjudicación de que se trata no puede confirmar en cabeza de Gregorio Espinosa derechos que éste no tenía, porque ya los había enajenado, al oponerse tal Resolución, como título de propiedad, a las escrituras números 516 y 11, de que se ha hecho mérito, que acreditan el dominio que el ejecutado deriva del mismo tercerista sobre la cosa que éste reclama como de su propiedad, es indudable que los títulos del ejecutado prevalecen por ser anteriores a aquella Resolución, y porque, además, como ya se ha hecho notar, consta por declaración del mismo tercerista en la precitada escritura número 516, no contradicha por ninguna otra prueba, que es el ejecutado quien se halla en quieta y pacífica posesión de la finca que se trata de excluir desde dos años antes de la fecha de esa escritura, lo que vale decir que cuando se propuso la demanda de tercería, el ejecutado llevaba más de diez años de estar en posesión.

Por lo expuesto, la Corte halla fundados los cargos del recurrente, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el veintitrés de junio de mil novecientos treinta, y en su lugar resuelve:

1ª Revócase la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado primero del Circuito de Ibagué el seis de junio de mil novecientos veintisiete.

2ª No hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas por Gregorio Espinosa en su demanda de tercería excluyente que ha sido materia de este juicio.

No hay costas en las instancias ni en el recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Germán B. Jiménez.

Con todo el acatamiento que merece la opinión de la mayoría de la Sala, tengo la pena de salvar mi voto en la sentencia que precede, porque considero que las escrituras números 516 y 11, de 14 de diciembre y 4 de enero de 1910 y 1915, respectivamente, citadas en el fallo, por medio de las cuales el ejecutado Arístides Espinosa adquirió por compra de Gregorio y Mario Espinosa, las mejoras que éstos tenían en el terreno baldío, que más tarde le fue adjudicado a título de cultivador al primitivo vendedor, Gregorio Espinosa, pudo haberlas hecho valer el actual ejecutado, con éxito indiscutible, en oposición a la petición de adjudicación hecha por Gregorio Espinosa, si esa petición y el aviso que de ella se diera al público fueron posteriores a su otorgamiento; y, en todo caso, bien puede hacerlas valer hoy en juicio pidiendo la nulidad de la adjudicación; pero creo, como lo estima el Tribunal Superior de Ibagué, que esas escrituras no pueden prevalecer en este pleito de tercería sobre la resolución por la cual el Ministerio de Agricultura y Comercio le adjudicó al tercerista la finca que éste trata de excluir. Conceptúo que no es el caso de hacer confrontación de ese documento con aquellas escrituras, porque la resolución de adjudicación que, debidamente registrada, exhibe el tercerista, es título de propiedad en esta finca, mientras que las referidas escrituras del ejecutado apenas acreditan el derecho a que se le otorgue ese título de propiedad.

Por estas razones, en el proyecto de sentencia que como sustanciador presenté en este asunto, consideraba que no había lugar a casar la sentencia por ninguno de los motivos aducidos por el recurrente.

Germán B. Jiménez

Bogotá, julio 21 de 1933.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio veintidós de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Ante la Gobernación del Departamento de Antioquia, Nicolás López denunció como baldío, para que le fuera adjudicado, un lote de terreno de dos mil quinientas hectáreas, aproximadamente, en el paraje denominado Cristalina, Distrito de Puerto Berrío, con los siguientes linderos:

"Por el costado sur, con aberturas de Pedro Bohórquez; por el costado oriental, con la hacienda de California, de propiedad de Agustín Botero y otros, y también con baldíos de la Nación; por el Norte, en toda su extensión, con terrenos baldíos de la Nación en parte, y parte con los herederos de José Julián Ochoa."

Oportunamente se opusieron a esa solicitud de adjudicación, Juan B. Arango M., en su carácter de Presidente de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, reconstituída en 1899, y de liquidador de ella, caso de estimársele disuelta, y Francisco de Villa, "como Vicepresidente liquidador y como socio de la primitiva Sociedad Agrícola y de Inmigración," constituída en el año de 1878. Con este motivo, la Gobernación remitió el expediente al Poder Judicial para que ante él las partes hagan valer sus derechos.

Arango M. formalizó su oposición, solicitando que con audiencia de Nicolás López, en calidad de demandado, por sentencia definitiva, se hagan las siguientes declaraciones:

"a) Que a las tierras cedidas por las citadas Leyes 63 y 18 se les señalaron destinos especiales desde que entraron en vigor esas leyes, y no se les puede, por lo mismo, dar otras aplicaciones, de tal manera que perdieron el carácter de tierras baldías denunciables por personas diferentes del cesionario o de quienes le hayan sucedido en sus derechos.

"b) Que la Sociedad demandante tiene derecho preferente al demandado sobre el terreno que pretende, bien haga parte de las cien mil hectáreas rematadas por el

señor Cisneros, o de las cien mil que a éste le cedió el Gobierno de Antioquia.

"c) Que al demandado no se le puede adjudicar el terreno que denunció, mientras no se lo entreguen materialmente a la Sociedad demandante las referidas doscientas mil hectáreas, y eso en el caso de que aquel terreno no se comprenda en ellas, pues si se comprendiere no se le puede adjudicar."

Expresa en seguida en nueve numerales los hechos en que se apoya la demanda.

Por su parte Francisco de Villa, con el carácter dicho de Vicepresidente y liquidador de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, después de exponer los hechos en que funda su oposición, pide que se hagan, en sentencia definitiva, con audencia de Nicolás López, las siguientes declaraciones:

"a) Que las tierras cedidas por las citadas Leyes 63 y 18, están destinadas a objetos especiales y no se les puede dar otras aplicaciones, y que tanto por eso como en virtud de las mismas cesiones y desde que entraron en vigor aquellas leyes, perdieron esas tierras el carácter de baldías denunciables por otras personas que el cesionario o aquellas a quienes él haya transmitido sus derechos en todo o en parte.

"b) Que la Sociedad Agrícola y de Inmigración por quien hablo tiene derecho preferente al demandado sobre el terreno que él pretende, bien haga parte de las cien mil hectáreas rematadas por el señor Francisco J. Cisneros, o de las cien mil que a éste lo cedió el Gobierno de Antioquia.

"c) Que al demandado no se le puede adjudicar el terreno que pretende y que denunció como baldío, mientras no se le entreguen materialmente a la Sociedad demandante las referidas doscientas mil hectáreas, y eso en el caso de que aquel terreno no se comprenda en ellas, pues si se comprendiere, no se le podrá adjudicar.

"d) Que si el demandado se opusiere a esta demanda se le condene en las costas del juicio, porque esa oposición sería evidentemente temeraria."

El Juzgado del Circuito de Yolombó falló el juicio en primera instancia el 9 de junio de 1928, en estos términos:

"1° Decláranse improcedentes las demandas de oposición incoadas por los señores Francisco de Villa y Juan B. Arango, en nombre de la Sociedad Agrícola y de Inmigración de que se ha hecho mérito.

"2° No es el caso de hacer las declaratorias pedidas por los mismos señores De Villa y Arango en las demandas de fechas 30 y 31 de junio de 1925, y por consiguiente se absuelve al demandado señor Nicolás López de los cargos contenidos en dichas demandas.

"3° Reconócese la existencia de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la Sociedad denominada Agrícola y de Inmigración para ejercitar el derecho de oponerse al denuncio del terreno baldío conocido con el nombre de San Antonio, de que trata este juicio.

"4° Declárase probada la excepción de ilegitimidad de la personería de los señores Francisco de Villa y Juan B. Arango para representar a la Sociedad Agrícola y de Inmigración en el presente juicio.

"5° Ejecutoriado que sea este fallo, devuélvase este expediente a la Gobernación para los fines legales."

Ambos demandantes apelaron de esa sentencia, y el Tribunal Superior de Medellín, con el voto disidente del Magistrado doctor Ignacio Duque, profirió la sentencia que lleva fecha 29 de octubre de 1930, y cuya parte resolutiva dice:

"1° Se confirman los numerales 1° y 2° de la sentencia apelada.

"2° Se revoca la sentencia apelada en cuanto se declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería del actor señor Francisco de Villa.

"3° Se confirma la misma sentencia en cuanto se declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, reconstituida por escritura pública número 319, de 24 de marzo de 1899, otorgada ante el Notario 2° de este Circuito, representada por el señor Juan B. Arango M.

"4° Ejecutoriado que sea este fallo, devuélvase el expediente a la Gobernación para los fines legales.

"Queda así reformada la sentencia apelada."

Los demandantes interpusieron el recurso de casación, el que les fue concedido por auto de 27 de octubre de 1931. Llegado el negocio a esta Superioridad, le fue repartido al señor Magistrado doctor José Joaquín Hernández, quien se declaró impedido para conocer de él, pasando por tanto el negocio al Magistrado que le sigue en turno. Para reemplazar al Magistrado impedido se ordenó el sorteo de Conjuez, y resultó elegido para ese cargo el señor doctor Miguel Arteaga H., quien en tal carácter ha intervenido en la decisión de este asunto.

Alegan los recurrentes la causal 1ª del artículo 2° de la Ley 169 de 1896, y, en su apoyo aducen los siguientes motivos:

1° Dirígese el primer cargo a impugnar los conceptos del Tribunal consignados en este párrafo de la sentencia:

"No puede reconocerse la existencia de la Sociedad Agrícola y de Inmigración que se declaró reconstituída en 1899, porque si bien se otorgó la escritura notarial respectiva, se omitió la formalidad de registrar el extracto social en alguno de los Juzgados de esta ciudad dentro de los quince días siguientes al otorgamiento del contrato social. Por este motivo debe considerarse que esa Sociedad no ha tenido existencia jurídica, de acuerdo con los artículos 472 y siguientes del Código de Comercio y 2° de la Ley 42 de 1898."

Los recurrentes estiman inaceptables estos conceptos del Tribunal, y arguyen de este modo:

"¿Qué se sigue —dicen— de no haberse registrado en ninguno de los Juzgados de Medellín el extracto notarial de la escritura social de 1899, constitutiva de la Sociedad Agrícola y de Inmigración? Que el contrato habría sido completamente nulo, pero sólo entre los socios, porque así lo dice el artículo 472 del Código de Comercio. Siendo clarísimo ese artículo, como evidentemente lo es, el 27 del Código Civil prohibe interpretarlo para darle un alcance más extenso que el restrictivo, limitado a los socios que él tiene, de manera que la nulidad absoluta sea general para todos. Tan cierto es esto que, desenvolviendo aquel artículo, dice el 479 de aquel primer Código, que 'el tercero que contrate con una sociedad que no ha sido legalmente constituída, no puede sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones.' Lo que quiere decir que un contrato de esa clase es válido para los terceros que contratan con la sociedad, porque si no lo fuera, no se les podría exigir sus obligaciones para con ella, y que si ésta se las puede exigir, es porque tiene existencia legal, porque es persona jurídica, ya que quien no existe, no tiene derechos y no puede ejercitarlos.

"La sanción civil consignada en el citado artículo 472 no basta por sí sola para romper el vínculo contractual, el cual continúa legalmente válido mientras no se dicte sentencia judicial que cause ejecutoria, en juicio ordinario, con intervención de los contratantes como partes.

"Además—dicen luego—declarar judicialmente, como se hace en el párrafo transcrito, que la Sociedad Agrícola y de Inmigración, reconstituída en 1899, no ha tenido existencia como persona jurídica, equivale a declarar de oficio que el contrato social es absolutamente nulo. ¿Puede hacerse de oficio semejante declaración? Nó, contestamos sin vacilar, y para ello nos fundamos en el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, según el cual, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez aun sin petición de parte, **cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato....**

"Si las sociedades civiles anónimas, cual lo es la Sociedad Agrícola y de Inmigración, se rigen por el Código de Comercio, según el artículo 2090 del Código Civil, la existencia legal de dicha Sociedad quedó establecida y plenamente probada con la escritura social, conforme al artículo 551, relacionado con el 465, ambos de aquel primer Código. De suerte que, con la presentación de esa escritura, debidamente registrada, como se presentó, está acreditando la existencia de la Sociedad....

"Por último—dicen para terminar el cargo—como van corridos más de treinta años a partir del 24 de marzo de 1899, en que se constituyó la Sociedad a que nos referimos, hasta la fecha de la sentencia, pues esos treinta años se cumplieron el 24 de marzo de 1929, el vicio de nulidad absoluta que se atribuye al contrato social quedó saneado desde esta última fecha y revalidado el contrato desde la que tiene la escritura social, según la última parte del citado artículo 15, pues durante aquel lapso no hubo interrupción natural ni civil que impidiera la verificación del saneamiento."

En concepto de los recurrentes la sentencia viola, por interpretación errónea e indebida aplicación, los artículos 472, 465 y 551 del Código de Comercio, 2090 del Código Civil y la primera parte del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, infringiendo directamente la última parte de este artículo, por no haberla aplicado al caso del pleito.

Se observa:

La entidad jurídica llamada sociedad se constituye mediante un contrato que la define con el nombre de sociedad o compañía "por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación" (artículo 2079 del Código Civil). Las sociedades que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio, y las que se organizan en forma anónima, sean civiles o comerciales, deben constituirse con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio, y, por consiguiente, el contrato de su formación debe hacerse constar por escritura pública, registrada conforme al Código Civil, que será la prueba de su celebración; y, además, habrá de registrarse en la Secretaría del Juzgado o de la Cámara de Comercio correspondiente, y dentro del término legal, un extracto de esa escritura, certificado por el Notario que la hubiere autorizado, extracto que debe publicarse en forma legal. (Artículos 465, 469, 470 y 551 del Código de Comercio y 2090 del Código Civil).

Constituída la sociedad con arreglo a esos preceptos legales, que son de orden público, adquiere la calidad legal de persona jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Así, pues, si se omite alguna de esas formalidades, como las que en este cargo anotan los recurrentes, esa omisión produce estos efectos: la Sociedad como entidad comercial o civil carece de capacidad legal para ser representada judicialmente, con individualidad propia, toda vez que la omisión de las formalidades dichas ha impedido la creación de la persona ficticia a que la ley concede tal capacidad; y por otra parte, el contrato de sociedad aunque subsiste, queda afectado de nulidad absoluta entre los socios, que es lo que establece el artículo 472 del Código de Comercio.

No es del caso examinar este último aspecto de la cuestión, ya que aquí no se trata de relaciones contractuales entre los socios ni de la sociedad irregularmente formada, con terceras personas.

El Tribunal no ha declarado la inexistencia del contrato social, ni de la entidad que, frente a los socios crearan éstos por medio de ese contrato; lo dicho por el Tribunal es, únicamente, que esa entidad contractual no ha llegado a adquirir la condición legal de persona jurídica y que, por ende, carece de capacidad para ser representada en este juicio.

Con referencia al último argumento de que "el vicio de nulidad absoluta que se atribuye al contrato social quedó saneado," por haber transcurrido más de treinta años, a partir de la fecha de su celebración, se observa que como el Tribunal no ha declarado nulo el referido contrato, ni funda su decisión en el concepto de que existe tal nulidad, no hay lugar a tomarlo en consideración por ser inconducente, pues, aun suponiendo aceptable la tesis del recurrente, no por ello habrían de darse por cumplidas las formalidades del registro y publicación del extracto de la escritura social, cuya omisión es lo que se opone a que reconozca a la referida Sociedad como persona capaz de ser representada judicialmente. El cargo es infundado.

Con relación a la demanda del señor Juan B. Arango M. como Presidente y liquidador de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, constituída en el año de 1899, cuya personería sustantiva reconoce el Tribunal, dice la sentencia:

"Por diversas razones no podría librarse el pleito en favor de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, a saber: las cien mil hectáreas que hubo por remate del señor Cisneros, y de que trata la Ley 63 de 1872, se refieren, no a una porción determinada de baldíos dentro del territorio del Departamento de Antioquia, sino a una porción determinable, pero que todavía no se ha determinado."

El recurrente acusa este concepto, porque dice:

"Convenimos en lo de indeterminado y determinable, pero no en cuanto a que la determinación no se haya hecho. Según el artículo 2º de la Ley 63 de 1872, las doscientas mil hectáreas se tomarían en el territorio antioqueño donde el Presidente del Estado las solicitara; conforme a la concesión tercera del artículo 1º de la Ley 18 de 1874, dicho Presidente podía tomar esas tierras en los intervalos entre los lotes de que habla esta Ley; esa facultad electiva la cedió dicho Presidente al señor Francisco J. Cisneros por mandato del artículo 6º de la Ley antioqueña 36 de 1877, cumplido por la escritura número

334, de 8 de junio de 1878, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Medellín; el señor Cisneros le pasó dicha facultad a la Sociedad Agrícola y de Inmigración al introducir a ella las cien mil hectáreas que había rematado y que llevaban consigo aquella facultad, y porque nada se reservó; y la nombrada Sociedad Agrícola ejerció esa prerrogativa por medio de su apoderado el doctor Clímaco A. Palau, quien en su memorial al Ministro de Obras Públicas, de 19 de mayo de 1911, manifestó que tomaba las cien mil hectáreas en los referidos intervalos, a uno y otro lado de la vía férrea y delimitó los dos lotes, el correspondiente a esas hectáreas y el relativo a las cien mil de la Ley 18 de 1874, así, según puede verse en el folio 7º del cuaderno de pruebas del actor:

'Primer lote. Limita por el Norte con la línea del ferrocarril, en una extensión de cincuenta kilómetros; por el Sur, con terrenos vertientes al río Nare, que son de propiedad nacional; por el Occidente, con el río Nus, y por el Oriente, con el río Magdalena.

'Segundo lote. Limita por el Sur con la línea del ferrocarril, en la misma extensión de cincuenta kilómetros; por el Norte, con terrenos de propiedad de la Nación, vertientes al río San Bartolomé; por el Oriente, con el río Magdalena, y por el Occidente, con terrenos vertientes al río Monos y terrenos baldíos denominados de Alicante y Cupina. Ambos lotes forman una extensión total de doscientas mil hectáreas y parten de la estación inicial de Puerto Berrío.'

"Por consiguiente, la sentencia incurre en error de hecho, que aparece de modo evidente en los autos, al negar que se hayan determinado las cien mil hectáreas, pues existe la prueba en contrario."

Se considera:

Es cierto que al folio 7º del cuaderno de pruebas citado por el recurrente se halla copia de la parte pertinente del memorial que con fecha 19 de mayo de 1911 dirigió el doctor Clímaco Palau al Ministro de Obras Públicas, pidiendo que, en cumplimiento de las Leyes 18 y 63 de 1874 y 1872, respectivamente, se le adjudicaran a la expresada Sociedad los dos lotes cuyos linderos expresa el recurrente; pero allí mismo, a continuación de ese documento, hállase también, en copia auténtica, otro memorial, de fecha 27 de febrero de 1912, que en lo pertinente dice:

"Señor Ministro de Obras Públicas.

"Yo, Clímaco Palau, mayor de edad y vecino de Bogotá, hablo a usted como apoderado sustituto de la Sociedad Agrícola y de Inmigración, domiciliada en la ciudad de Medellín. Mi mandato consta en la escritura número 665, de 26 de junio de 1911, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, que está en el respectivo expediente, vengo a decir del modo más respetuoso, ejercitando mi dicho poder, que se digne usted reconsiderar y revocar su Resolución de 8 de enero del año en curso. Esa Resolución, dictada en el expediente en que se solicita la adjudicación de doscientas mil hectáreas de terrenos baldíos en el Departamento de Antioquia, dice así:

'No es posible acceder a la solicitud del doctor Clímaco Palau, apoderado de la Sociedad Agrícola y de Inmigración de Medellín, en su memorial de 19 de mayo del año próximo pasado.'"

Aunque no se trajo la declaración que hiciera el Poder Ejecutivo en atención a lo pedido por el doctor Clímaco A. Palau, este último memorial de 27 de febrero suministra prueba suficiente de que no se accedió a lo pedido, circunstancia que deja sin efecto la manifestación hecha en el citado memorial de 19 de mayo de 1911.

También se trajo al expediente copia de una sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 23 de septiembre de 1928, por la cual esa corporación "declara nulo, por ilegal, el numeral 1º de la Resolución número 50, de 11 de enero de 1916, dictada por el señor Ministro de Hacienda."

Pero no es posible apreciar la importancia que ese fallo pueda tener en este asunto, ya que su parte resolutiva, consistente en lo que se deja transcrito, se refiere a una Resolución del Ministerio de Hacienda que no figura en autos, ni se da a conocer la parte motiva de ese fallo, pues de esa parte apenas se insertó, en la copia que se tiene a la vista, un fragmento que precedido y seguido por una laguna de puntos suspensivos, dice así:

"1º A juicio del Gobierno, la Sociedad Agrícola y de Inmigración no tiene derecho a que se le adjudiquen y entreguen las cien mil hectáreas de tierras baldías que de las doscientas mil que la Ley 63 de 1872 cedió al extinguido Estado de Antioquia para el fomento de la inmigración, enajenó el referido Estado a favor del finado señor Francisco J. Cisneros, el día 4 de marzo de 1878.

"2º La Sociedad mencionada tiene derecho a que se le adjudiquen en lotes de diez mil hectáreas, situados a uno y otro lado de la vía férrea entre Puerto Berrío y Medellín, y alternados con los de igual extensión que se reservan para la Nación, las cien mil hectáreas de tierras baldías de que trata el inciso 3º del artículo 1º de la Ley 18 de 1874; y, por tanto, el Gobierno adjudicará y entregará las cien mil hectáreas a la Sociedad, siempre que ella las solicite en forma y con los requisitos que el Código Fiscal exige para la adjudicación de terrenos baldíos a cambio de títulos de concesión.

"3º Queda en los términos de esta Resolución reformada la de 8 de enero de 1912, dictada sobre el asunto por el Ministerio de Obras Públicas."

En este fragmento, que sin ninguna explicación aparece perfectamente desconectado con la parte resolutiva, se hace referencia a la Resolución de 8 de enero de 1912, dictada por el Ministerio de Obras Públicas, de la cual apenas se tiene noticia por la referencia que a ella se hace en el escrito del doctor Clímaco Palau de que ya se ha hecho mérito; pero dada la forma incompleta en que se han producido estas pruebas, excesivamente mutiladas, no es posible apreciar la cuestión que fue fallada por el Consejo en la sentencia de que se trata: como ya se ha hecho notar en otros fallos, para determinar el alcance de la parte resolutiva de un fallo, no es dable tomar esa parte aisladamente, sino que es preciso tener en cuenta, para el efecto, los motivos o fundamentos del fallo.

Por lo que se deja anotado, el cargo no resulta justificado.

3º Motiva este tercer cargo los conceptos del Tribunal de que da cuenta el siguiente paso de la sentencia:

"Por este motivo, aunque se considerase que la Sociedad Agrícola y de Inmigración tiene derecho de elegir el lugar en el cual deben entregársele las cien mil hectáreas (de las 200,000 de que trata la Ley 63 de 1872) dentro del territorio de Antioquia, no puede pretender que esa entrega se le haga a uno y otro lado de la vía férrea que va de Medellín a Puerto Berrío, en perjuicio de terceros, bien sea de colonos cultivadores, bien sea de denuncian-

tes de determinadas porciones de baldíos con títulos de concesión. En el particular puede decirse que el denuncio establece la prelación; y que ésta corresponde al señor López como denunciante de un globo de baldíos que ha determinado por linderos."

El recurrente opone a estos conceptos las siguientes razones:

"Que las demandas no tratan de entrega, que la prelación o preferencia la funda la Sociedad en la destinación especial dada a las tierras por las citadas Leyes 63 y 18, pues eso se opone a que se les dé otra aplicación, como se les daría, adjudicándolas total o parcialmente a colonos cultivadores o a denunciantes a cambio de títulos de concesión; que como aquellas leyes deben cumplirse, pues para eso se dictaron, su ejecución tiene que efectuarse, aunque les resulten perjuicios a quienes después de que entraron en vigor se hayan situado en las tierras a que ellas se refieren como colonos cultivadores o denunciantes con títulos de concesión, cual le sucede al señor López, y que el denuncio de éste no puede prevalecer contra la destinación especial establecida por aquellas leyes.

"Deducimos de lo que precede, que las disposiciones aplicables son el artículo 1º de la Ley 63 de 1872 y el artículo 1º de la Ley 18 de 1874, en su concesión 3ª, y que en el párrafo comentado, la sentencia viola directamente esas disposiciones."

Como este cargo guarda íntima relación con el marcado con el numeral 5º, se procede a examinar también éste, que se encamina a impugnar el concepto del Tribunal, contenido en el siguiente párrafo de la sentencia:

"Hubiera podido alegar la Sociedad Agrícola la preferencia por otro concepto: el de tener derecho a 100.000 hectáreas de tierras baldías a uno y otro lado de la vía férrea en virtud de otra Ley, la 18 de 1874, en la cual declaró el Congreso que en vista del contrato celebrado entre el Departamento de Antioquia y el señor Francisco J. Cisneros, sobre construcción del ferrocarril, y de que el Estado de Antioquia le había concedido 100.000 hectáreas de baldíos, subsistía esa concesión. Pero no probó la entrega de los bonos."

Estima el recurrente que en este fundamento de la sentencia incurrió el Tribunal en error de hecho y de derecho; y, para demostrarlo, razona de este modo:

"La Sociedad—dice—no funda su derecho en bonos de ninguna clase, sino en las citadas Leyes 63 y 18, como puede verse en las mismas demandas. Los bonos no eran necesarios, porque ni el Código Fiscal de 1873 ni las mencionadas Leyes los prescribían. Si se emitieron por convenio posterior a esas Leyes, entre los Gobiernos de la Nación y el Estado de Antioquia, su expedición no abrogó esas Leyes, que son los verdaderos títulos de la Sociedad, como sucesora del Estado de Antioquia y del señor Cisneros. Y esto no es así, tan sólo porque nosotros lo digamos, sino porque principalmente la Corte Suprema, en Sala de Casación, y en sentencia de 10 de noviembre de 1920, decidió que 'la ley en la generalidad de los casos es siempre el título remoto de un derecho, como sucede en el contrato de venta; en otros casos es el título próximo, título único de derecho, como cuando el legislador hace una cesión a una persona jurídica o entidad de derecho público.' Esto viene como de molde, porque el Congreso de Colombia fué el que por medio de las dichas Leyes 63 y 18 hizo cesión de las referidas tierras a la entidad de derecho público llamada Estado Soberano de Antioquia. De manera que aunque no se hubiera probado la entrega de los bonos, el derecho de la Sociedad sobre las tierras de que trata el juicio, sería incontrovertible."

Para mayor claridad en la apreciación de este cargo conviene anotar que la cuestión de hecho que le sirve de fundamento, es como sigue:

"La Nación, por medio de la Ley 63 de 1872, artículo 1º, dispuso: 'Cédense al Estado Soberano de Antioquia doscientas mil hectáreas de tierras baldías, para el fomento de la inmigración,' y agregó (artículo 2º): 'En consecuencia, el Poder Ejecutivo Nacional dispondrá la inmediata entrega al Presidente del Estado Soberano de Antioquia, de las citadas tierras, tomándolas de las del territorio de Antioquia, donde dicho Presidente las solicitare, para destinarlas al fomento de la inmigración,' de la manera que lo estime conveniente a los intereses del Estado, . . ."

Más tarde, con el fin de auxiliar la construcción del ferrocarril que partiendo de Puerto Berrío fuera a terminar a la ciudad de Medellín, por medio de la Ley 18 de 1874 la Nación le cedió al mismo Estado Soberano de Antioquia "cien mil hectáreas de tierras baldías, a ambos lados del camino férreo y en lotes alternados de diez mil hectáreas, con los que se reserve la Nación, o el Estado de Antioquia, en caso de que éste tome allí las que se le han cedido por leyes anteriores."

El Gobierno de Antioquia contrató con Francisco Javier Cisneros la construcción del ferrocarril de Antioquia y le cedió las cien mil hectáreas de tierras baldías cedidas por la Nación para el fomento de esa construcción; y, más tarde, el mismo Gobierno de Antioquia, autorizado por una ley del Estado, vendió, en remate público, al expresado señor Cisneros, cien mil hectáreas de baldíos, de las doscientas mil que le fueron cedidas por la Ley 63 de 1872, con el derecho de tomarlas en lotes alternados con los especificados en la Ley 18 de 1874.

Constituida la Sociedad Agrícola y de Inmigración el 7 de agosto de 1878, el señor Cisneros aportó a ella las doscientas mil hectáreas que había adquirido, según queda expresado.

Nicolás López solicita se le adjudique, a cambio de títulos de concesión, un lote de terreno baldío, en el Municipio de Puerto Berrío, que tiene una extensión aproximada de mil quinientas hectáreas, y el Presidente y liquidador de la referida Sociedad, se opone alegando estos hechos:

"7º Dicha Sociedad le hizo saber al Gobierno de la República que los cien mil hectáreas rematadas por el señor Cisneros las tomaba en el Distrito de Puerto Berrío, a uno y otro lado del ferrocarril de Antioquia, en lotes alternados de a diez mil hectáreas, con los que le corresponden al Departamento de Antioquia, emanados de dicha Ley 18 y de la cesión y aporte de que he hablado atrás.

"8º A las tierras de que tratan las citadas Leyes 63 y 18 se les dieron destinos especiales por esas mismas leyes.

"9º El terreno denunciado como baldío por el señor Nicolás López está ubicado en Puerto Berrío, esto es, en el lugar donde se hallan las doscientas mil hectáreas a que tiene derecho preferente la Sociedad por quien hablo, si es que no le pertenecen en propiedad, o bien el terreno denunciado forma o puede formar parte del a que con mucha anterioridad al denuncio se le destinó a objetos especiales por leyes que están vigentes y deben cumplirse, y tiene los linderos especificados en la Resolución número

38, de 2 de marzo de este año, constante al folio 7 del expediente."

Adviértese que la Resolución número 38, citada en el punto noveno que se acaba de transcribir, es la que dictó la Gobernación del Departamento de Antioquia, admitiendo el denuncio del baldío, y que los linderos allí expresados son los del lote denunciado por López. Hecha esta aclaración, se observa:

En esta cuestión ninguna importancia tiene el hecho de que se hubieran entregado o de que no se hayan entregado los bonos a que se refiere la sentencia recurrida, pues—como bien lo dice el recurrente—"la Sociedad no funda su derecho en bonos de ninguna clase"; pero, como el argumento del Tribunal, de que la Sociedad no aprobó la entrega de los bonos, no constituye el principal fundamento del fallo, ese concepto también carece de importancia para los efectos de este recurso.

Si en la Ley 63 de 1872 se hubiera dicho, por ejemplo: cédense al Estado Soberano de Antioquia todas las tierras baldías comprendidas en el territorio antioqueño, el cargo marcado con el numeral 3º estaría justificado, pues en ese caso la cesión habría sido de cuerpo cierto y determinado por la especificación del sitio en que están contenidos los bienes cedidos. Conocidos los linderos que en aquella época demarcaban el territorio antioqueño, todas las tierras allí comprendidas que al entrar en vigencia esa ley hubieran tenido la calidad de baldías, habrían pasado a ser propiedad del Estado Soberano de Antioquia, porque, en tales circunstancias, ya lo ha dicho la Corte, la ley por la cual se hace la cesión es título único y suficiente del derecho de la persona jurídica o entidad cesionaria. Pero en el caso que se contempla la Nación no cedió un cuerpo cierto y determinado, sino—como lo dice el Tribunal—una porción determinable, pero que todavía no se ha determinado, de terrenos baldíos dentro del territorio antioqueño; y mientras no se haga esa determinación, la Sociedad demandante no puede oponerse a que la Nación adjudique a otras personas terrenos baldíos dentro del mismo territorio.

Como motivo del cargo marcado con el numeral 4º, señálase este pasaje de la sentencia:

"Para que la Sociedad Agrícola pudiese alegar la prelación, hubiera sido preciso que su denuncio, respecto de ese lote determinado de terreno, hubiese sido anterior al del señor López."

Con relación a este concepto del Tribunal, estima el recurrente que "la sentencia incurre en error de hecho al apreciar la prueba que suministra la parte transcrita del memorial del doctor Paláu y en error de derecho al apreciar los dos denuncios." Pero como esta cuestión quedó dilucidada en las consideraciones referentes al motivo marcado con el número 3º, el cargo resulta igualmente infundado.

6º Dice el Tribunal que "los derechos que alega la Sociedad Agrícola y de Inmigración pueden ser considerados como obligaciones de género a cargo de la Nación, y por ello no puede dicha Sociedad oponerse a que la Nación enajene baldíos de la misma clase o género, mientras no compruebe que sólo son suficientes para la adjudicación a que tal Sociedad puede tener derecho (artículo 1857 del Código Civil). Pero esa prueba no se ha dado en este juicio."

Conceptúa el recurrente que en esa parte de la sentencia el Tribunal incurre en violación de los artículos 1565, 1566 y 1567 del Código Civil, citados en su apoyo, por interpretación errónea y por indebida aplicación. Mas, suponiendo fundado el cargo, ello no alcanzaría a invalidar el fallo recurrido, que tiene sólido fundamento en las consideraciones que preceden.

7º Bajo este numeral se acusa la sentencia por violación de los artículos 1º de la Ley 63 de 1872, 1º de la Ley 18 de 1874 y 200 del Código Político y Municipal, "por no haberlos aplicado, y por interpretación errónea, en cuanto en ella conceptúa el Tribunal que en las leyes citadas no se encuentra la preferencia que alegan los representantes de la Sociedad demandante," y que "si esa preferencia se funda en la facultad de escoger, se contesta que la misma facultad tienen y han tenido los que pretenden adquirir baldíos mediante la ocupación y el cultivo." Pero la acusación es infundada por errónea interpretación de preceptos legales que, según el mismo recurrente, no han sido aplicados por el sentenciador; y, por lo demás, la Corte se remite a lo dicho sobre este mismo punto en las consideraciones referentes al punto tercero de la demanda de casación.

8º Esto último se hace extensivo al cargo formulado bajo este numeral, por violación de los artículos 1º a 4º de la Ley 61 de 1874, 2º de la Ley 48 de 1882 y 56 de la Ley 74 de 1926, y del Código y las leyes de que hace mérito el Tribunal en el siguiente paso de la sentencia recurrida:

"En las leyes generales sobre baldíos—dícese allí—tampoco se estableció ninguna preferencia en favor de los que pretenden tierras baldías con bonos de concesión o en favor de algunos de ellos. El Código Fiscal de 1873 no la establece. Varias leyes posteriores al Código (61 de 1874, 48 de 1882 y 56 de 1905), no hablan sólo de preferencias en favor de los colonos, sino de algo más: de derecho exclusivo en el terreno que ocupan y cultivan, pues les reconocen la propiedad y no un simple derecho a pedir la adjudicación."

9º La Corte se abstiene de considerar este último cargo, porque él se refiere a un concepto del Tribunal que ninguna ingerencia tiene en el caso de autos, y que, por tanto, aun suponiendo fundada la acusación, ello no sería motivo para invalidar el fallo recurrido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín el veintinueve de octubre de mil novecientos treinta.

Con costas a cargo del recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—Germán B. Jiménez—El Conjuez, Miguel Arteaga H.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio veintidós de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

El doctor Pablo Gregorio Alfonso, en representación de la sucesión ilíquida de José María Sierra S. y Zoraida Cadavid de Sierra, demandó a Pedro Ignacio Uribe, para que con su citación y audiencia, se hagan—entre otras—la declaración de que pertenece y debe restituírse a las sucesiones demandantes, una fanegada de terreno, integrante del lote número 5, de los seis en que fue dividido el predio denominado La Estanzuelita, ubicado en este

Municipio, en la partición de los bienes de la sucesión de la señora María Francisca Tovar de Rivas, protocolizada ante el Notario 5º de este Circuito, mediante la escritura pública número 1610, de diez de septiembre de mil novecientos dos, la cual fanegada está determinada así: "por dos costados, con el resto del lote número 5, de propiedad de las sucesiones demandantes; por otro, con el camino público que conduce de Bogotá a Soacha, y por el último, por la línea marcada en el plano respectivo protocolizado con dicha partición—como separación con el lote número 6, de los marcados en el mismo plano."

En primera instancia terminó el pleito por sentencia de catorce de septiembre de mil novecientos veintiséis, que absuelve al demandado de todos los cargos de la demanda. Esta sentencia fue confirmada por la del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha trece de junio de mil novecientos veintisiete.

El fallo del Tribunal, contra el cual interpuso recurso de casación la parte demandante, fue casado por esta Superioridad el primero de diciembre de mil novecientos treinta, y a la vez, para mejor proveer, se dispuso en la misma providencia lo siguiente:

"Practíquese una inspección ocular con intervención de peritos agrimensores, primeramente en la Notaría 5ª de este Circuito, sobre el plano a que se refiere el escrito de pruebas de la parte demandante, que figura a la primera hoja del cuaderno número 3 de este proceso, a fin de tomar de él todos los datos necesarios, los cuales se harán constar en esa diligencia, para trazar sobre el predio materia del juicio la línea divisoria de los lotes números 5 y 6, a que se refiere dicho escrito de pruebas; y también se practicará la inspección sobre el mismo terreno de que se trata, a fin de que en éste se demarque la línea que aquí queda expresada, fijándola debida y especialmente sobre la superficie encerrada dentro del perímetro del predio vendido por la señorita Isabel Tamayo T. al demandado Uribe V., por medio de la escritura número 1945, otorgada en la Notaría 2ª de este Circuito, en veintitrés de septiembre de mil novecientos catorce, y que en copia figura a fojas 20 a 22 del cuaderno principal de este expediente; y, por último, que en caso de que la línea así demarcada divida en dos porciones el predio que se deja dicho, se aprecie si el lote que queda al lado occidental de dicha línea corresponde al individualizado en el punto primero de la parte petitoria de la demanda. Gastos por cuenta de ambas partes, por mitad.

"Para la práctica de esta diligencia, comisiónase al Tribunal Superior de Bogotá, con el término de veinte días, y con todas las facultades necesarias, para llevar a efecto la diligencia."

El Tribunal comisionado practicó la diligencia ordenada por la Corte, con intervención de los peritos agrimensores doctores Mariano Rengifo O. y Rafael A. Escobar, quienes, previa una detallada exposición de las operaciones practicadas al tenor de lo dispuesto por la Corte, concluyen—de común acuerdo—así:

"Primero. La línea roja que, de acuerdo con el plano protocolizado en la Notaría 5ª, divide los lotes números 5 y 6 de ese plano, se trazó sobre el terreno de acuerdo con los datos tomados del plano.

"Segundo. Los linderos del lote comprado por el señor Pedro Ignacio Uribe U. a la señorita Isabel Tamayo, tal como los describe la escritura pública número 1945, pasada en la Notaría 2ª de Bogotá, son completamente imprecisos.

"Tercero. Como no es posible fijar sobre el terreno el lindero occidental del lote comprado por el señor Uribe a la señorita Isabel Tamayo, de una manera clara y precisa, consecuencialmente, no se puede determinar si la línea roja divide el lote a que se refiere la compra del señor Uribe en dos porciones; y

"Cuarto. Consecuencialmente tampoco se puede afirmar técnicamente si la línea roja divide el lote comprado por el señor Uribe a la señorita Isabel Tamayo en dos porciones, y, por tanto, menos se puede comparar el lote descrito en el punto primero de la parte petitoria de la demanda con el lote que viene a quedar al occidente de la línea roja, que en el plano de la Notaría 5ª divide los lotes números 5 y 6, una vez trazada esa línea roja sobre el terreno, según la operación de mensura verificada y ya descrita."

En auto de veintisiete de marzo del corriente año, dictado por el Magistrado sustanciador, se dispuso ampliar ese dictamen, previniéndose a los peritos que debían concretarse a cada uno de los puntos indicados en la providencia en que se decretó la inspección ocular, pues, como se expresa en el referido auto, tal dictamen no satisface, con la precisión debida, las cuestiones planteadas por la Corte en la providencia de que se ha hecho mérito, porque en ella "no se planteó la cuestión resuelta en el punto segundo del dictamen pericial, y en los otros puntos nada se dice acerca del punto que la Corte necesita esclarecer, esto es, si la línea que separa los lotes números 5 y 6 (cinco y seis) queda dentro del perímetro del predio vendido por la señorita Isabel Tamayo al señor Pedro Ignacio Uribe....."; "si esa línea divide en dos porciones el predio en referencia, y si en caso afirmativo, el lote que queda al lado occidental de la línea aquí expresada corresponde al individualizado en el punto primero de la parte petitoria de la demanda."

Con intervención de los mismos peritos, doctores Rengifo y Escobar, practicó el Tribunal la diligencia de ampliación del dictamen. En el informe que rinden a esta entidad, dicen los expertos que "para saber si la línea que separa los lotes números 5 y 6 queda dentro del perímetro del predio vendido por la señorita Isabel Tamayo al señor Pedro Ignacio Uribe.....," es indispensable definir previamente ese perímetro, pues de otra manera no se ve cómo pudiera determinarse si la línea que separa los lotes números 5 y 6 queda dentro de ese perímetro."

Insisten los peritos en sostener que los linderos que trae la escritura número 105, arriba citada, no son precisos, y concluyen así:

"Ahora bien: no siendo precisos los linderos, si se fija una línea, como la línea roja a que se hace referencia en el punto primero, con las características allí anotadas, ¿se podrá decir si dicha línea está dentro de este lote, o si está fuera, o si ella coincide con algunos de los linderos?; parece que se puede contestar de una manera rotunda, que no es posible afirmar ninguna de las cuestiones anotadas. Si no es posible afirmar ninguna cuestión con respecto a la línea roja y el lote, ¿se podrá decidir sobre los otros puntos propuestos, siendo éstos consecuencia de la anterior circunstancia? Parece, pues, que los demás puntos, conclusión de nuestra exposición anterior, están perfectamente acordes con la apreciación que acabamos de hacer, y en consecuencia, los reafirmamos nuevamente."

Cumplido lo ordenado por la Corte, para mejor proveer,

ha llegado la oportunidad de dictar la sentencia de instancia con que ha de reemplazarse la del Tribunal de que se ha hecho mérito, y para el efecto, se considera:

Después de algunas consideraciones sobre las pruebas del proceso y sobre la naturaleza de la acción reivindicatoria, concluye el fallo de primera instancia con este razonamiento, que la Corte estimó podía rectificarse:

"De tal suerte, pues, que la segunda y tercera peticiones de la demanda que se estudia no pueden decretarse por no haberse comprobado en el juicio que las cosas que se pretenden reivindicar están en poder del demandado."

Con el fin de esclarecer lo relativo a la individualización del lote que se reivindica, se decretó la práctica de la inspección ocular a que se ha hecho referencia, sin que con esa prueba, ni con su ampliación, se haya logrado obtener la aclaración que se creyó podría alcanzarse con ello, subsistiendo, por lo tanto, la duda que al respecto anota la citada sentencia, que debe, por lo mismo, confirmarse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia proferida en este juicio por el Juzgado 4º del Circuito de Bogotá, el catorce de septiembre de mil novecientos veintiséis.

Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado 2º del Circuito de Medellín, Patricio Mejía inició juicio ordinario contra Ana de Jesús Mejía de Cano y Vicente A. Cano, cónyuges entre sí, a la primera, como heredera testamentaria de Abraham Mejía D., y al segundo, como albacea de la mortuoria, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que el testamento de Abraham Mejía D., contenido en la escritura pública número 2490, otorgada ante el Notario 3º de Medellín, el día veintiséis de septiembre de mil novecientos veintiséis, es nulo.

"2ª Que los bienes herenciales dejados por Abraham Mejía D. corresponden a título de herencia a los herederos ab intestato que dejó dicho señor.

"3ª Que los bienes inventariados en la sucesión testamentaria de Abraham Mejía deben ser entregados a los herederos ab intestato.

"4ª Que Ana de Jesús Mejía de Cano y Vicente A. Cano están en la obligación de entregar a los herederos ab intestato de Abraham Mejía D. los bienes determinados bajo el punto 8º de esta demanda.

"5ª Que igualmente están en la obligación de entregar a los herederos ab intestato el valor de los frutos producidos por tales bienes, o que éstos hayan podido producir, a contar de la fecha de la muerte de Abraham Mejía en adelante, así como también el importe de los deterioros que hayan sufrido tales bienes, todo según avalúo que se haga en este juicio o en otro distinto.

"6ª Costas."

Los hechos fundamentales de la demanda son:

"1º Abraham Mejía D. hizo testamento abierto por medio de la escritura pública número 2490, de veintiséis de septiembre de mil novecientos veintiséis, otorgada ante el Notario 3º de Medellín.

"2º En dicho testamento, Mejía D. instituyó heredera única a la señora Ana de Jesús Mejía de Cano, mujer casada con Vicente A. Cano, y nombró albacea a este último.

"3º De acuerdo con tal testamento se siguió el juicio mortuorio de Mejía D. en el Juzgado 4º de este Circuito, juicio cuyo expediente fue protocolizado, previa partición de los bienes, en la Notaría 4ª de Medellín, por medio de escritura número 379, de veintiocho de febrero de mil novecientos veintisiete.

"4º Abraham Mejía D. sufría de una sordera, que fue aumentando con los años y las enfermedades, hasta el punto de que el veintiséis de septiembre de mil novecientos veintiséis, día en que fue otorgado el testamento de que se habla, no pudo entender y ser entendido de viva voz, ni oyó leer el testamento.

"5º El testador Mejía D. no hizo saberdor al Notario de su voluntad, sino que era Vicente Cano quien comunicaba al Notario las disposiciones que se asentaron en la escritura de testamento.

"6º Abraham Mejía D. murió el veintiuno de octubre de mil novecientos veintiséis, en el Municipio de La Estrella, donde tuvo su último domicilio.

"7º Mejía D. no dejó descendientes ni ascendientes legítimos ni naturales, ni cónyuge. Como herederos ab intestato dejó solamente hermanos legítimos y otros parientes, que por disposición legal heredan en representación de los hermanos legítimos del difunto.

"8º Ana de Jesús Mejía de Cano posee actualmente, de los bienes que le fueron adjudicados en el juicio mortuorio de Abraham Mejía, los siguientes:

"1º Una finca territorial, con casa, mejoras y anexidades, situada en el paraje Pueblovlejo, del Municipio de La Estrella, que linda: por un costado, con la servidumbre que gira para el punto denominado El Guayabo; por cabecera, con terrenos de Jacobo Cano, Urbano Abad y Pascual y Marco A. Torres; por el otro costado, con terreno de Joaquín Cano y Nepomuceno Tangarife, del finado Vicente Cano y Manuel Sánchez, hasta salir a otra servidumbre; ésta abajo, hasta lindar con terrenos de Pedro Agudelo, y lindando con éste el primer lindero.

"2º Otra finca territorial, con casa, mejoras y anexidades, entre éstas una paja de agua, situada en el paraje La Culebra, del Municipio de La Estrella, que linda: por el pie, con propiedad de Aquilino Angel y la quebrada Palosanto; por un costado, con terreno de Carlos Restrepo; por cabecera, con propiedad de José Romualdo García y de Angel M. García y una calle de servidumbre, y por el otro costado, con terreno de Francisco García.

"4º (sic). La mitad de un lote de terreno, con sus mejoras y anexidades, situado en la fracción de Sabaneta, del Municipio de Envigado, que linda: por la cabecera y un costado, con propiedad de Marco Antonio Mejía; por el pie, con propiedad de Ramón Mejía, y por el otro costado, con el río Medellín.

"5º La mitad de otro lote de terreno, con mejoras y anexidades, situado en el Municipio de Itagüí, que linda: por la cabecera, con la carrilera del ferrocarril de Amagá; por un costado, con propiedad de Marco A. Mejía; por otro costado, con propiedad de Mariano Ospina, y por el otro costado, con el río Medellín.

"6º La mitad de otro lote de terreno, con ramada de

teja, mejoras de caña y demás anexidades, situado en el Municipio de Itagüí, que linda: por cabecera, con propiedad de Marco A. Mejía; por un costado, con la carrilera del ferorrcarril de Amagá; por el pie, con la finca de Miguel Restrepo, y por el otro costado, con el río Medellín.'

"9º Yo soy hijo legítimo del señor Julio Mejía, hermano legítimo del testador. Mi padre murió.

"10. Acepto la herencia que me corresponde por representación de mi difunto padre."

Los demandados aceptaron los hechos 1º, 2º, 3º y 8º, y negaron los demás, oponiéndose a que se hicieran las declaraciones pedidas en la demanda.

El tres de marzo de mil novecientos treinta, el Juez de la causa absolvió a los demandados. El actor apeló, y el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de veintiocho de septiembre de mil novecientos treinta y uno, "confirma la sentencia apelada."

La misma parte interpuso casación. La Corte declaró admisible el recurso, por auto de fecha trece de junio de mil novecientos treinta y dos.

El recurrente alega contra la sentencia la causal primera del artículo 520 del Código Judicial.

"El Tribunal violó—dice el recurrente—de manera directa, el artículo 1074 del Código Civil, que reza:

'El testamento abierto podrá haberse escrito previamente. Pero sea que el testador lo tenga escrito, o que se escriba en uno o más actos, será todo él leído en alta voz por el Notario, si lo hubiere, o a falta de Notario, por uno de los testigos designados por el testador a este efecto. Mientras el testamento se lee, estará el testador a la vista, y las personas cuya presencia es necesaria, oirán todo el tenor de sus disposiciones.'

"El artículo 1072 de la misma obra exige, en su inciso 2º, que el testamento sea 'presenciado en todas sus partes por el testador, por un mismo Notario, si lo hubiere, y por unos mismos testigos.'

"Al disponer este artículo que el testamento sea presenciado por el testador, exige la presencia del testador. Esto es de una claridad deslumbrante, y no da lugar a duda.

"La presencia del testador es necesaria, dice el artículo 1072, y el 1074 dispone que las personas 'cuya presencia es necesaria, oirán todo el tenor de sus disposiciones.'

"Luego es evidente que la ley exige que el testador oiga la lectura del testamento abierto para que éste sea válido.

"No obstante, el Tribunal, no pudiendo contradecir el argumento, fundado en prueba plena, de que el testador no oyó leer el testamento, se expresó así:

'Es de advertir que tal argumentación se funda en el concepto erróneo de que es preciso que el testador oiga la lectura de sus disposiciones testamentarias, cuando el artículo 1074 del Código Civil sólo exige que el testador esté a la vista mientras se lee el testamento. Quienes deben oir todo el tenor de las disposiciones testamentarias son aquellas personas cuya presencia es necesaria, tales como el Notario, y si lo hubiere, y los testigos instrumentales, como se deduce rectamente del texto legal, cuya redacción está indicando claramente las dos partes de que se compone, la primera, referente al testador, y la segunda, a las personas que deben oír la lectura del testamento.'

"Como se ve, el Tribunal estimó, contra la ley, que no es necesario que el testador, en el testamento abierto, oiga la lectura de él. Lo que es una violación directa, o bien por interpretación errónea de los artículos 1072 y 1074 del Código Civil, que exigen que el testador esté presente, y que todas las personas cuya presencia es necesaria oigan todo el tenor de las disposiciones de un testamento abierto.

"Por tanto, el Tribunal violó el artículo 1074 del Código Civil, ya por violación directa, ya por interpretación errónea.

"Por lo dicho anteriormente, el Tribunal violó el artículo 1072 del Código Civil, o por violación directa o por interpretación errónea.

"Por haber violado el Tribunal—agrega el recurrente—los artículos 1081, 1072 y 1074 del Código Civil, violó también el artículo 11 de la Ley 95 de 1890, que dispone que el testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que debe, respectivamente, sujetarse según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno.

"El Tribunal ha debido declarar nulo el testamento del señor Abraham Mejía D., y hacer las demás declaraciones solicitadas en la demanda."

Se considera:

El doctor Fernando Vélez, en su obra titulada **Derecho Civil Colombiano**, comenta acertada y jurídicamente el artículo 1074 del Código Civil, según consta en los apartes que se copian en seguida:

"Otro modo de otorgar el testamento sería que después de reunidas aquellas personas, el testador dicte sus disposiciones al Notario, bien para que éste las escriba o para que las escriba otro individuo, puesto que el artículo 1074 no exige, como el 972 del Código francés, que precisamente sean escritas por el Notario. Pero una vez que se haya concluído de escribir el testamento, debe leerlo el Notario en alta voz, de modo que lo oigan el testador y los testigos. Cuando el testador dicta sus disposiciones, nada se opone a que el Notario, sin modificar en lo más mínimo el fondo de éstas, varíe su redacción para mayor claridad.

"Cuando el testamento se escribe en el mismo acto de otorgarse, será nula toda disposición que el testador no dicte, y que se reduzca a que después de escrita por el Notario o por cualquiera otra persona, le sea leída al testador, y éste conteste sí o nó, o haga un signo de afirmación o negación (artículo 1118).

"Es, pues, de la esencia del testamento, cuando interviene el Notario, que una vez terminado aquél se lea en alta voz por el mismo Notario, y que mientras se lee íntegramente, el testador esté a la vista del Notario y de los testigos, y que todos oigan el tenor de todas las disposiciones testamentarias." (Tomo IV, páginas 166 y 167).

Existe en el juicio plena prueba de que el testador no oyó la lectura de todas sus disposiciones testamentarias. Antes de las firmas del Notario, testador y testigos, dejose en el testamento la siguiente constancia, que no fue objetada por ninguno de los que presenciaron el acto:

"El suscrito Notario hace constar que, aunque el testador es bastante sordo, él mismo dictó de viva voz sus disposiciones testamentarias en presencia de los testigos y el suscrito Notario, y después de haber presenciado la lectura del testamento, preguntó ante los mismos si estaba de acuerdo con su voluntad manifestada, y enterado de que sí dijo expresamente que lo aprobaba, y firma. Habiendo sido el testigo Víctor Escobar el que especialmente lo enteró del texto leído."

Las declaraciones del Notario y de los testigos instrumentales no desvirtúan esta constancia, como consta en

las pruebas practicadas en el curso del juicio, a petición del demandado.

"Debo advertir—dice el Notario—que como el testador era bastante sordo, el suscrito puso la agregación final, que consta en la escritura de que se trata, lo cual es narración fiel de lo acaecido." (Cuaderno de pruebas del demandado, folio 25).

"Es cierto y me consta—dice el testigo Pedro Luis Salazar—que el finado Mejía citado no escribió personalmente las disposiciones del testamento, y que tampoco es exacto que no comunicara verbalmente las disposiciones de su testamento, pues como ya dije, Cano preguntaba en alta voz al finado Mejía lo que debía escribir en el testamento, y el Notario hacía escribir lo que oía de Mejía finado; éste no leyó el testamento, pero sí lo leyó el Notario, y Mejía repetía a Vicente Cano que se fijara en la lectura del testamento para que le quedara una cosa buena. El señor Notario quiso inquirir del finado Mejía si le había quedado el testamento como lo había dictado, y Víctor Escobar le contestó al finado Mejía que sí había quedado como lo había dictado." (Cuaderno de pruebas del demandado, folio 14 vuelto).

"El señor Notario—dice el testigo Víctor Escobar—le dijo a Vicente Cano que le dijera a Mejía que le preguntara a los testigos si el testamento estaba como él lo había dictado; hecha la pregunta por Vicente Cano a Mejía, éste se dirigió a mí, y me preguntó si estaba como él (Mejía) lo había dictado, y el declarante contestó que sí." (Cuaderno de pruebas del demandado, folio 16).

"Es cierto—dice el testigo Jesús M. Morales—el que el señor Vicente Cano le preguntó en repetidas ocasiones a don Abraham Mejía, por orden y en presencia del Notario y de los testigos del testamento, y en voz alta, si quería dejar alguna cosa fuera del testamento, para su alma, para la Iglesia o para otra cosa, y es cierto que a estas repetidas preguntas contestó don Abraham, invariablemente, que no dejaba nada por fuera, que todos sus bienes los dejaba para Anita, su hija de crianza, refiriéndose a la esposa de Vicente Cano." (Cuaderno de pruebas del demandado, folios 17 y 17 vuelto).

Por lo expuesto, la sentencia es casable por haber quebrantado el Tribunal los artículos 1072 y 1074 del Código Civil y el 11 de la Ley 95 de 1890.

La sentencia de instancia se apoya en las razones expuestas en casación. Pero advierte la Corte que los demandados son poseedores de buena fe para todos los efectos legales, singularmente para los previstos en los artículos 1323 y 1324 del Código Civil.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín con fecha veintiocho de septiembre de mil novecientos treinta y uno, y en su lugar decide:

1ª Revócase la sentencia de primera instancia.

2ª Es nulo el testamento otorgado por Abraham Mejía D., por medio de la escritura pública número dos mil cuatrocientos noventa (2490), pasada ante el Notario 3º de Medellín el día veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos veintiséis (1926).

3ª Los bienes herenciales dejados por Abraham Mejía D. corresponden, a título de herencia, a los herederos ab intestato de éste.

4ª Los bienes inventariados en la sucesión testamentaria de Abraham Mejía D., deben ser entregados a los herederos ab intestato.

5ª Ana de Jesús Mejía de Cano y Vicente A. Cano están en la obligación de entregar a los herederos ab intestato de Abraham Mejía D., los bienes determinados en el punto 8º de la demanda, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

6ª Se condena a los demandados a pagar a los herederos ab intestato el valor de los frutos producidos por los bienes, a partir de la contestación de la demanda en adelante. Se les absuelve del pago de deterioros. En la restitución de frutos y abonos de mejoras a que tengan derecho los demandados, se dará estricto cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 1323 del Código Civil.

7ª Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

—

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Arango.

Considero jurídico el fallo en cuanto por él se castiga la doctrina del Tribunal, que conceptúa que la ley civil no exige como condición esencial en el testamento abierto, que él sea leído en voz alta, de manera que tanto el testador como los testigos oigan el tenor de las disposiciones testamentarias, pues esa lectura es una garantía que la ley consagra para que el testador y los testigos se den cuenta de que las disposiciones de última voluntad, tomadas por el testador, han sido fielmente escritas por el Notario o por la persona que lo escriba, es decir, que el testamento es trasunto fiel del querer del testador, pero me aparto en lo relativo a la parte resolutiva, porque se trata de una cuestión de hecho, cual es saber si el testador oyó la lectura del testamento.

Se ha consignado en fallos de la Corte la doctrina de que, en tratándose de testamentos, el principio general que informa la materia, es que el juzgador debe respetar la voluntad del testador, la cual no podrá cambiarse o desvirtuarse sino en tanto que pugne abiertamente con las disposiciones que rigen los actos de última voluntad, previa la prueba plena, completa, de las causales señaladas para la invalidación de los testamentos.

Pues bien: en el caso presente, esa prueba deja en el ánimo, tal me parece a mí, la certidumbre de que el señor Mejía oyó leer su testamento.

Cierto que el señor Notario dejó la atestación que transcribe el proyecto, pero ella está explicada en la declaración que rindió ese funcionario, en los siguientes términos:

"Es cierto que una vez terminada la escritura del testamento, el mismo declarante en su condición de Notario, se la leyó al testador en voz bastante alta, delante de los testigos testamentarios, y el testador se dio por satisfecho con ella, la aprobó y firmó con su puño y letra. Debo advertir que como el testador era bastante sordo, el suscrito puso la agregación final que consta en la escritura de que se trata, la cual es narración fiel de lo acaecido; de suerte que el declarante quedó persuadido de que el testador sí se cercioró de que el testamento leído contenía su expresa voluntad, y de ello se persuadieron también los testigos instrumentales, por haber oído todas las manifestaciones del testador al respecto, esto es, cuál era su voluntad, y que aprobaba el testamento que se le leyó, por ser el contenido de aquella su voluntad."

El Notario, según sus propias palabras, quedó persuadido de que el testador sí se cercioró de que el testamento leído contenía su voluntad, y esa atestación del encargado de la fe pública, es una presunción a favor del acto testamentario, que debe respetarse, y más si ella está respaldada con la atestación de los testigos, como sucede al presente.

Al efecto: los testigos al ser repreguntados, contestaron:

Jesús María Morales:

"Es verdad, presencié que el Notario, para leer el testamento, se colocó muy de cerca del testador, en forma que éste pudiera oírle y entenderle bien la lectura. Es verdad, presencié que el Notario le hizo varias y repetidas preguntas al testador, en voz alta y clara, y el testador se las contestó cuerdamente, en voz perfectamente clara."

Juan Colorado:

"Es verdad, presencié que don Abraham Mejía se incorporó en la cama cuando se estaba otorgando el testamento, y que, sentado en la cama, firmó el señor Mejía su testamento, después de habérselo oído leer al Notario, y es cierto que el Notario leyó el testamento en presencia de todos los testigos que intervinieron en el acto, en voz bastante alta, muy cerca del testador, para que éste le oyera bien, y que el testador, cuando se terminó la lectura, manifestó que su testamento estaba bueno, y lo firmó en presencia de todos los testigos."

Joaquín M. Franco:

"Es verdad, no puedo afirmar que el testador no hubiera oído la lectura del testamento, y es cierto que el Notario se acercó a la cama y leyó en voz alta dicho testamento, y que después de eso lo firmó, sentándose en la cama. Es cuanto puedo declarar sobre el particular."

Pedro Luis Salazar:

"Presencié que don Abraham Mejía se incorporó en la cama, y se sentó cuando se estaba otorgando el testamento, y que, sentado en la cama, firmó el señor Mejía su testamento, después de habérselo oído leer al Notario, y es cierto que el Notario leyó el testamento en presencia de todos los testigos que intervinieron en el acto, en voz bastante alta, muy cerca del testador, para que éste le oyera bien, y que el testador, cuando se terminó la lectura, manifestó que su testamento estaba bueno, y lo firmó en presencia de todos los testigos. Es cierto que el testamento fue leído muy cerca del testador, en forma que éste pudiera oírlo, y debió haberlo oído, puesto que lo aprobó y firmó de su puño y letra."

Víctor Escobar:

"Es verdad, vi que don Abraham Mejía se incorporó y se sentó en la cama cuando se estaba otorgando el testamento, y que, sentado en la cama, firmó el señor Mejía su testamento, después de leérselo el Notario, y es cierto que el Notario leyó el testamento en presencia de todos los testigos que intervinieron en el acto, en voz bastante alta, muy cerca del testador, para que éste le oyera bien, y que el testador, cuando se terminó la lectura manifestó, previa pregunta que me hizo a mí, de si estaba como él lo había dictado, y manifestó que estaba bueno, y lo aprobó, firmándolo en presencia de todos los testigos. Es cierto que el testamento fue leído en voz alta, en presencia de todos los testigos y cerca al testador, y debió oírlo, cuando lo aprobó y firmó. Es verdad, vi que el Notario, para leer el testamento, se colocó muy cerca del testador, en forma que éste pudiera oírle y entenderle bien la lectura."

En vista de lo anterior, ¿se podrá afirmar con toda certidumbre que el señor Mejía no oyó la lectura del testamento?

Si estas declaraciones y otras que figuran en el expediente, no fuesen precisas y dejasen alguna duda, ésta debe resolverse a favor de la validez del testamento, tanto más cuanto en el expediente consta un hecho tangible, preciso, cual es que el testador manifestó en repetidas ocasiones, en presencia del Notario y de los testigos, que su voluntad era dejar todos sus bienes a la señora Ana de Jesús Mejía de Cano, y eso es lo que aparece del testamento.

Bogotá, veinticinco de julio de mil novecientos treinta y tres.

José Miguel Arango

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintiocho de julio de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Gonzalo, Nicolás, José Ignacio, Jorge, Julia, María Leonor, Cecilia, Carmen María Borrero Gil; Cecilia, María Luisa, Paulina, Cecilia, Ricardo Borrero Sinisterra y María Francisca Borrero Riascos, demandaron al General Ernesto Borrero para que se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que es nulo, por falta de consentimiento, y a virtud de error hecho en el contrato, en lo referente a la identidad de la cosa u objeto respectivo, el contrato de compraventa consignado en la escritura pública número 494, de ocho de octubre de mil novecientos dos, de la Notaría 1ª de este Circuito.

"En caso de que no se decrete favorablemente la anterior declaración, que se haga esta:

"Segunda. Que el contrato de compraventa que se consignó en la escritura pública 494, de ocho de octubre de mil novecientos dos, de la Notaría 1ª de este Circuito, y las consiguientes obligaciones quedaron, uno y otras, extinguidas, al celebrarse el contrato que consta en la escritura pública número 540, de veintidós de junio de mil novecientos tres, de la Notaría 1ª de este Circuito, y sustituido aquel contrato por el que consta en esta escritura número 540 de mil novecientos tres, últimamente citada, en la cual se declaró por los respectivos otorgantes, que lo que compraba el demandado, señor General Ernesto Borrero, a la señora Genoveva Vergara viuda de Borrero y la señorita María Rita Vergara, no era un lote determinado de la casa que ellas poseían en esta ciudad, sino las dos terceras partes de los derechos que ellas tenían en la casa descrita y alinderada en la dicha escritura número 540, de veintidós de junio de mil novecientos tres, de la Notaría 1ª de este Circuito.

"Que en el caso absolutamente improbable de que no se haga ni la primera ni la segunda declaración, se haga entonces esta:

"Tercera. Que el contrato de compraventa que consta en la escritura pública número 494, de ocho de octubre de mil novecientos dos, de la Notaría 1ª de este Circuito, está resuelto por falta de pago del precio de la cosa vendida.

"Cuarta. Que como consecuencia de cualquiera de las declaraciones precedentes, se ordene al señor Notario 1° de este Circuito que cancele, en la forma legal, la citada escritura pública número 494, de ocho de octubre de mil novecientos dos, otorgada ante ese funcionario.

"Quinta. Que está resuelto por falta de pago del precio de venta, el contrato de compraventa que consta en la escritura pública número 540, de veintidós de junio de mil novecientos tres, de la Notaría 1° de este Circuito.

"Sexta. Que, en consecuencia de la anterior declaración, se ordene al señor Notario del número 1° de este Circuito que lleve a efecto, en la forma legal, la cancelación de la precitada escritura número 540, de veintidós de junio de mil novecientos tres, otorgada ante él.

"Séptima. Que el demandado señor General Ernesto Borrero está obligado a pagar a las referidas sucesiones de la señora doña Genoveva Vergara viuda de Borrero y de la señorita María Rita Vergara, seis días después de ejecutoriada la sentencia que ponga término a esta litis, la suma de veinte mil pesos ($ 20.000) oro colombiano, o la que se fije por peritos en este juicio, o por separado en otro distinto, como valor de los perjuicios por el incumplimiento del contrato contenido en la escritura pública número 540, de veintidós de junio de mil novecientos tres, de la Notaría 1° de este Circuito.

"Octava. Que el mismo demandado, señor General Ernesto Borrero, seis (6) días después de ejecutoriado el fallo que ponga fin a este juicio, está en la obligación de pagar a las sucesiones de la señora doña Genoveva Vergara viuda de Borrero y de la señorita María Rita Vergara, la suma de ocho mil doscientos ochenta pesos ($ 8.280) moneda corriente, o la que se fije por medio de peritos en este juicio, o por separado en otro distinto, como valor o monto de los frutos civiles producidos, desde el mes de junio del año de mil novecientos tres, por una parte del inmueble descrito y alinderado en la escritura pública número 540 de mil novecientos tres, parte de la cual el demandado, desde la aludida fecha, se apoderó, y ha administrado, percibiendo el producido o los frutos correspondientes.

"Novena. Que también, como consecuencia de las anteriores declaraciones, el señor General Borrero, demandado, tres (3) días después de ejecutoriada la respectiva sentencia que se dicte en este litigio, debe restituir o entregar a las sucesiones de la señora Genoveva Vergara viuda de Borrero y de la señorita María Rita Vergara, representadas por los herederos o adjudicatarios respectivos, la parte del inmueble descrito y alinderado en la escritura pública número 540, de veintidós de junio de mil novecientos tres, de la Notaría 1° de este Circuito, parte de la cual, en virtud del sustantivo contrato de compraventa, que consta en esta misma escritura, se ha apoderado desde hace varios años, y que posee en la actualidad.

"Décima. Que se condene al demandado a pagar las costas del juicio si lo afrontare."

El Juez absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda, y el Tribunal de Cali revocó la sentencia del Juez, y falló:

"1° Absuélvese al demandado General Ernesto Borrero de las peticiones primera, segunda, séptima y octava de la demanda.

"2° Declárense resueltos los contratos de compraventa contenidos en las escrituras públicas número 494, de ocho de octubre de mil novecientos dos, y número 540, de veintidós de junio de mil novecientos tres, otorgadas ambas en la Notaría 1° del Circuito de Cali, el primero, por mutuo acuerdo o resolución voluntaria de las partes contratantes, y el segundo, por falta de pago del precio de la venta.

"3° Como consecuencia de la declaración anterior, ordénese al señor Notario del número 1° de este Circuito que lleve a efecto, en la forma legal, la cancelación de las supradichas escrituras, lo mismo que al Registrador de Instrumentos públicos.

"4° Como consecuencia de la misma declaración, condénase al señor General Ernesto Borrero V. o a sus sucesores, representados en este juicio por su cónyuge sobreviviente, señora Filomena Ayerve viuda de Borrero, a restituir a favor de las sucesiones ilíquidas de la señora Genoveva Vergara viuda de Borrero y señorita María Rita Vergara, representadas en este juicio por los demandantes y coadyuvantes, en su carácter de herederos ab intestato, y dentro de los tres días de ejecutoriada esta sentencia, la cuota o derechos proindiviso que hubiere poseído por razón de los citados contratos de compraventa declarados resueltos en este fallo.

"5° Declárense fundadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada en la contestación de la demanda.

"6° No se hace expresa condenación a cargo de ninguna de las partes en las costas de la primera ni de la segunda instancias de este juicio."

Ambas partes interpusieron casación.

Se admitieron los recursos, pero hubo de declararse desierto el de los demandantes, por no haberse fundado. En consecuencia, se procede a estudiar el del demandado.

Alega como única causal de casación, la de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones aducidas por las partes, ya que la demandante pidió la resolución del contrato contenido en la escritura número 494, de ocho de octubre de mil novecientos dos, por falta de pago del precio, y el sentenciador decretó esa resolución, pero fundado en un hecho distinto del alegado en la demanda para esa resolución, cual es que ese contrato se había resuelto por mutuo consentimiento de las partes.

Verdad es que el hecho invocado por el sentenciador para resolver el contrato es distinto del invocado por el demandante, pero la sentencia falló la resolución, que fue lo demandado, concordando así lo pedido con lo fallado.

Cierto que el sentenciador no debe apreciar hechos no invocados en la demanda para fundar su fallo, pero ese error del sentenciador no genera la segunda causal, si la sentencia no condena a más de lo pedido, como sucede al presente.

Al respecto ha dicho la Corte:

"No es causal de casación de una sentencia el que se encuentre apoyada en hechos que el actor no invocó para fundar la demanda. Si bien es cierto que en una sentencia no se deben apreciar hechos que no han sido objeto de la controversia, ello solo no es motivo para casarla por la segunda de las causales de casación, si la sentencia no condena a más de lo pedido (1). (Casación, 9 de agosto de 1895, XI, 26, 2°)".

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de fecha veintinueve de septiembre de mil novecientos treinta y uno.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

El treinta de enero de mil novecientos veintidós se declaró abierto en el Juzgado 6º del Circuito de Bogotá el juicio de sucesión testamentaria del doctor Germán D. Pardo.

En el inventario de los bienes, situados en el Municipio de Bogotá, se incluyó una casa baja, ubicada en la carrera décima, barrio de Santa Bárbara, marcada en su puerta de entrada con el número 110-D, y comprendida por los linderos especificados en la diligencia. (Esta se efectuó el veintiséis de septiembre de mil novecientos veintidós).

En el inventario de los bienes del Municipio de Choachí, se puso la hacienda denominada El Uval y Tiquincha, debidamente alindada. (Se practicó el doce de diciembre del mismo año).

En ambas diligencias estuvo presente el apoderado de los señores Antonio y Beatriz Pardo García.

En memorial de veinticuatro de noviembre de mil novecientos veintitrés, el citado señor Antonio Pardo García le pidió al Juez que, de conformidad con el artículo 253 de la Ley 105 de 1890, decretara que la mitad de la finca de El Uval y Tiquincha, y la mitad de los semovientes relacionados en el inventario de Choachí, debían quedar, y en efecto quedaban, inventariados en manos de tercer poseedor, que no era otro que el propio peticionario. Con tal propósito adujo, junto con una información sumaria de testigos, una copia de la escritura número 672, otorgada el treinta y uno de marzo de mil novecientos veintiuno, ante el Notario 1º de Bogotá. Allí aparece un contrato de renta vitalicia, mediante el cual Pardo García se obligaba a pagarle al doctor Germán D. Pardo una pensión mensual de veinte pesos, y éste le daba, como precio, el dominio de la mitad indivisa de la expresada finca y la mitad de los semovientes que había en ella y en las otras fincas del doctor. (Folio 104 del cuaderno 1º).

Idéntica solicitud hizo en la misma fecha la señorita Beatriz Pardo García respecto de la casa del inventario de Bogotá, y se fundó para ello en la escritura número 669, de treinta de marzo de mil novecientos veintiuno, pasada en la Notaría 1ª de Bogotá. En este instrumento se halla consignado otro contrato de renta vitalicia: la señorita se comprometía a pagarle una pensión mensual de veinte pesos al doctor Pardo, y éste le daba, como precio, la susodicha casa situada en Bogotá. Se presentó la copia de la escritura, acompañada de una información sumaria de testigos. (Folio 113 del citado cuaderno).

En proveído de catorce de diciembre del mismo año, el Juez negó las peticiones, por cuanto "la manifestación y el pedimento de la señorita Beatriz Pardo García y del señor Antonio Pardo son extemporáneos, puesto que, de conformidad con el artículo 253 de la Ley 105 de 1890, la decisión sobre si debe o nó quedar inventariado en poder de terceros un bien denunciado como de propiedad de la mortuoria, se toma en el acto del inventario y no después de ejecutado."

Esta resolución fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, en auto de seis de mayo de mil novecientos veinticuatro.

Doña Ester Piñeros de Pardo, cónyuge sobreviviente, demandó la partición de los bienes.

Se opuso Antonio Pardo García, y sobre el particular dijo:

"Según la demanda cuyo traslado contesto, los bienes que deben ser materia de la división solicitada, son todos los relacionados en las actas de las diligencias de inventario y avalúo, y como entre los bienes hay unos que me pertenecen a mí exclusivamente, y que, sin embargo, fueron incluídos en el inventario, desde luégo indebidamente, no puedo convenir en que aquéllos vengan a acrecentar la masa hereditaria, y sean, por ende, objeto de la partición."

El defensor de Beatriz Pardo también se opuso, por figurar en el inventario la casa de Bogotá, de propiedad de la defendida, y citó en su apoyo el artículo 267 de la Ley 105 de 1890.

El Juez desestimó las oposiciones, y decretó la partición, mediante el auto de primero de junio de mil novecientos veintiséis, que el Tribunal confirmó en providencia de veinticuatro de agosto siguiente.

Practicóse la partición, y durante el traslado que de ella se corrió, fue objetada por los apoderados de Beatriz y Antonio Pardo García y por la heredera Julia Elisa.

Uno de los principales fundamentos de las objeciones estriba en haberse incluido en la partición los bienes de que Antonio y Beatriz se dicen dueños por acto entre vivos.

En auto de dos de octubre de mil novecientos veintiocho, el Juez declaró fundadas las objeciones, y dispuso que la partición se rehiciera; pero el Tribunal Superior, en providencia de treinta de agosto de mil novecientos veintinueve, reformó el auto del Juez, en el sentido de declarar fundada únicamente la primera objeción de las formuladas por el apoderado de Antonio Pardo.

Reformada la partición, fue aprobada por sentencia que pronunció el Juez el primero de diciembre de mil novecientos treinta y uno, la cual fue confirmada por el Tribunal, por medio de sentencia de fecha veintiocho de julio del año siguiente.

Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación los apoderados de Antonio y Beatriz Pardo, y la Corte lo admitió por decisión de veintiocho de octubre del mismo año.

Recurso de la señorita Beatriz Pardo García.

Su apoderado acusa la sentencia por la causal primera de casación, que sustenta en dos motivos.

En el primero se dice que la sentencia viola los artículos 1388 y 1406 del Código Civil, por causa de infracción directa e interpretación errónea.

El partidor incluyó entre los bienes sociales la casa de Bogotá, situada en la carrera décima y marcada con el número 110-D, de la cual había dispuesto el causante por acto entre vivos, según escritura número 669, de treinta

de marzo de mil novecientos veintiuno, otorgada en la Notaría 1ª de esta capital.

Durante todo el juicio, la dueña de la casa ha estado oponiéndose a que ésta se comprenda entre los bienes sociales, por reclamar un derecho exclusivo en ella; luego, de conformidad con el artículo 1388 del Código Civil, ha debido excluírse de la partición, mientras la autoridad judicial resuelve definitivamente la cuestión. Sin embargo, no procedió así el partidor; y aunque el Juez sí aceptó la objeción, el Tribunal la rechazó, violando directamente el artículo 1388 en relación con el 1406 del Código Civil, puesto que ordenó al partidor incluir en la partición una finca sobre cuya propiedad hay alguien que alega un derecho exclusivo, e interpretando erróneamente dichas disposiciones, en cuanto precipitó una partición que debía haberse pospuesto para cuando se hubiera decidido la propiedad de dicho bien.

"Consecuencialmente, con la inclusión de la mentada finca en los bienes sociales—agrega el recurrente—surge lógicamente la conclusión que expuse cuando formulé la objeción, es decir, 'la adjudicación de la señora viuda excede de la cantidad que efectivamente le corresponde, todo lo cual va en perjuicio de los legitimarios y de mi poderdante, quien queda afectada por el exceso de adjudicación hecha a favor del cónyuge sobreviviente' (folio 100, cuaderno 2º). Esto, incidentalmente, viene a ser violatorio del artículo 1830 del Código Civil, concepto en que también acuso la sentencia."

Se considera:

Después que se decidió adversamente para la señorita Páramo la solicitud que hizo con apoyo en el artículo 353 de la Ley 105 de 1890, no instauró ella la respectiva acción ordinaria contra la inclusión en el inventario de la casa situada en Bogotá, acción a que se refería la disposición 2ª del artículo 162 del anterior Código de Organización Judicial, y el artículo 1271 del Código Judicial, a la sazón vigente.

Según el artículo 1388 del Código Civil, en su inciso 1º, la partición no se retardará por que haya cuestiones sobre la propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo. Se entiende que la partición que se verifica es la de los bienes no sometidos a una disputa de propiedad, y que, como lo ha declarado la Corte, en relación con el otro o los otros en que haya esa disputa, no se lleva a efecto la partición sino cuando la justicia ordinaria decide a favor de la masa partible. (El inciso 2º trae el caso en que la partición se suspende).

Mas adviértase que esa disputa no consiste simplemente en sostener por medio de memoriales en el juicio de sucesión que el pretendiente del bien es su dueño exclusivo, sino que es necesario deducirla en forma de acción, para que a la autoridad judicial le sea dado decidirla. La expresión del artículo 1388, acerca de las cuestiones sobre la propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo, significa, pues, la existencia actual de una controversia, naturalmente intentada en la forma apta, o sea la estatuída por las leyes de procedimiento. Si así no fuera, habría que admitir, con desconocimiento de la naturaleza propia del juicio de sucesión, que dentro de los trámites de éste podía el Juez fallar de plano aquellas cuestiones de propiedad, que de suyo implican materia contenciosa.

Ahora bien: como la señorita Pardo García no ha incoado, cual ya se dijo, la acción encaminada a excluir del acervo la casa de Bogotá, por tener el dominio de ella, al presente no hay cuestión en vía de recibir una decisión de la justicia ordinaria, y, por tanto, no era el caso de que el Tribunal ordenara sacar dicha casa de los bienes que iban a partirse.

Luego no ha habido violación del artículo 1388 del Código Civil, ni directa ni por interpretación errónea, como tampoco aparecen quebrantados los artículos 1406 y 1830.

El segundo motivo versa sobre la violación directa e interpretación errónea de las reglas 7ª y 8ª del artículo 1394 del mismo Código.

Manifiesta el recurrente que había objetado la partición por haberse adjudicado a Beatriz Pardo bienes que un tercero reclama, mientras que a los otros herederos se les asignan bienes no sometidos a litigio, ni siquiera reclamados. Esta objeción, aceptada por el Juez y rechazada por el Tribunal, subsiste en relación con la segunda partición, en la cual se le adjudica a la nombrada señorita un derecho en la casa de Bogotá y otro en la finca El Uval y Tiquincha, bienes respecto de los cuales hay reclamos y alegaciones de terceros poseedores.

El Tribunal expuso:

"Ya se ha estimado en esta misma providencia que todos los bienes materia de la partición objetada fueron inventariados como bienes de la sucesión, y que no hay bienes inventariados en manos de tercer poseedor. Tampoco hay constancia de que en la actualidad existe ningún litigio pendiente en relación con tales bienes; luego mal puede sostenerse que hay bienes litigiosos cuya adjudicación pueda dar cabida a la desproporción en que se funda esta objeción.

"Y no es el caso de argüir que la sola presentación de los títulos a que hace referencia esta misma objeción, les da ya a esos bienes el carácter de litigiosos, porque esto equivaldría a calificar dichos títulos, y por lo tanto a fallar sobre el dominio de los bienes a que ellos se refieren, materia en absoluto ajena a este juicio, y que no puede ser de la incumbencia del Juez, y menos aún de un simple partidor, pues de lo contrario se violaría el artículo 1388 del Código Civil."

En sentir del recurrente, el Tribunal ha interpretado erróneamente las reglas 7ª y 8ª del artículo 1394, al querer exigir que haya litigio o que los bienes tengan el carácter jurídico de litigiosos: "basta con que de cualquiera manera pueda formarse criterio a la desemejanza de las hijuelas, para que se violen las mentadas disposiciones." La posible igualdad y la semejanza no se cumplen al adjudicar a unos herederos bienes libres de toda discusión, y a otros, aquellos bienes respecto de los cuales precisamente hay un reclamo pendiente, como aparece en varias piezas de este proceso.

Después de citar una jurisprudencia del Tribunal de Bogotá, concluye el impugnador expresando que, si hubiera de hacerse la partición a pesar de lo declarado en el primer motivo, lo equitativo y acorde con las mencionadas reglas sería que los bienes acerca de cuya propiedad existe motivo de duda, se repartieran en común, para que así todos los asignatarios se beneficiaran o se perjudicaran con las resultas del pleito, y todos a su vez recibieran el pago de su poder hereditario en bienes saneados o exentos de disputa.

Se considera:

De las circunstancias de no haber sido inventariado ningún bien en poder de tercer poseedor, de no haber actualmente ningún juicio pendiente en orden a la propiedad de tales bienes, y de no poderse calificar en el juicio de sucesión la validez de los títulos de renta vita-

licia aducidos por los herederos inconformes, dedujo el Tribunal que no hay bienes litigiosos cuya adjudicación dé cabida a la desproporción que se alega.

No niega el sentenciador que en la formación de los lotes ha de guardarse la posible igualdad, y procurarse, no sólo la equivalencia, sino la semejanza de ellos; por lo cual no puede decirse que haya cometido infracción directa de las reglas 7ª y 8ª del artículo 1394 del Código Civil. De existir la infracción, ella sería consecuencia, o de un error de hecho, en cuanto en los autos hubiera prueba de algún motivo generador de desigualdad, o falta de equivalencia en la adjudicación de ciertos bienes, pues con arreglo al artículo 1284 del Código Judicial vigente al tiempo de la partición, las objeciones sobre puntos de hecho debían aparecer comprobadas en el expediente, o de un error de derecho cometido en la valoración de las pruebas.

Ahora bien: si es cierto que, como ya se sabe, la señorita Pardo García trajo al juicio la escritura del contrato de renta vitalicia que celebró con el doctor Pardo, causante de la sucesión, también lo es que el Tribunal no podía apreciar a fondo ese título para inferir que la casa de Bogotá, incluida en el inventario, es ovidentemente ajena, o, al menos, ha de considerarse como litigiosa; y al estarle vedado al sentenciador esta apreciación, falta en rigor la prueba del punto de hecho que produzca la desigualdad de que se queja el recurrente, o al menos no hay error de derecho al dejarse de apreciar la escritura referida.

Hé aquí porqué no prospera tampoco el actual motivo de casación.

Recurso del señor Antonio Pardo García.

El apoderado invoca la primera causal del artículo 520 del Código Judicial, "pues el fallo recurrido viola la ley sustantiva, no sólo de modo directo, sino por efectos de errónea apreciación y falta de apreciación de las pruebas."

Dice que Pardo García, apoyado en el título que le otorgó el doctor Pardo, repetidamente ha aseverado en el curso del juicio, que es dueño y poseedor de la mitad de la hacienda El Uval y Tiquincha, y lo ha probado suficientemente con la copia de la escritura, con las declaraciones presentadas cuando objetó los inventarios, con las manifestaciones del albacea en sus cuentas, de los herederos en el memorial del folio 120, y de la señora viuda, en el escrito que presentó personalmente el once de diciembre de mil novecientos veintiuno (folio 187 del cuaderno principal).

El carácter de poseedor inscrito, que ha probado en forma tan convincente, no puede serle desconocido a Pardo García dentro de este juicio, cuya índole rechaza toda discusión sobre el particular. Por tanto, de nada vale argüir que hay providencias en contrario, porque éstas no crean estado.

En la partición se ha violado el artículo 1388, pues el partidor desatendió su letra y su espíritu, y se abstuvo de aplicarlo, debiendo haberlo hecho.

Si a Pardo García se le desconocen o discuten los derechos que adquirió sobre la mitad de la finca en razón del contrato mencionado, ello quiere decir que hay trabada, o al menos planteada, una disputa sobre la propiedad del bien que fue objeto de ese contrato. Existe, pues, una cuestión sobre la propiedad de ese bien en que Pardo García alega un derecho exclusivo, y que, en consecuencia, no debe entrar en la masa partible mientras aquélla no sea decidida por la justicia ordinaria.

En la providencia de treinta de agosto de mil novecientos veintinueve, en que se declararon infundadas las objeciones, excepto una, el Tribunal se apoyó principalmente en que no es de la incumbencia del partidor la resolución de los puntos planteados en ellas, y en que no estaban cumplidas las exigencias de la ley para suspender la partición. Empero, olvidó que es precisamente al tiempo de decidir sobre la partición cuando la justicia, no el partidor, ha de resolver en definitiva todas las cuestiones que se relacionan con ella, y de aquí que omitiera el estudio a fondo de las objeciones, y olvidó asimismo el problema, porque no se trata de suspender la partición, sino de saber si los bienes ajenos, reclamados por sus dueños, deben o nó ser objeto de la partición; y violó de esta suerte el artículo 1388 del Código Civil, cuyo inciso 2º aplicó indebidamente, y cuyo inciso 1º dejó de aplicar, debiendo hacerlo.

Se considera:

El Tribunal no dejó de aplicar indebidamente el inciso 1º del artículo 1388, porque, como se dejó sentado al examinar el recurso de la señorita Pardo García, las cuestiones sobre la propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo, deben estar deducidas en forma jurídicamente apta para que la partición no recaiga sobre ellos; forma que exigía una acción de exclusión con arreglo a los artículos procedimentales antes citados; y por cierto que la Sala no se explica la renuencia de los dos herederos reclamantes, en acudir al camino que la ley les brindaba para ventilar sus derechos de dominio exclusivo en los bienes que pretenden.

Ni el sentenciador aplicó indebidamente el inciso 2º del propio artículo, porque no mandó suspender la partición, sino que, por el contrario, la ordenó sobre todos los bienes.

Por lo demás, el Tribunal estudió a fondo todas las objeciones, como puede notarse con la lectura de las providencias de treinta de agosto y veintisiete de noviembre de mil novecientos veintinueve.

Por tanto, no prospera el cargo a que se refiere este motivo.

Añade el autor del recurso que la oposición de su mandante se fundó en las pruebas antes mencionadas, las cuales demuestran, no sólo el dominio inscrito, sino también la tenencia y posesión material de Pardo García en los bienes de que se trata; y, por lo mismo, el fallador se hallaba en la necesidad de admitir la oposición y negar la partición.

"Y como no se procedió así, como a pesar de ella se decretó y se llevó a cabo la partición, es claro que el sentenciador dejó de apreciarlas, y que como resultado de esta falta de apreciación, y de modo directo también, violó el artículo 267 de la Ley 105 de 1890, vigente entonces, y quebrantó otra vez el artículo 1388 del Código Civil."

Se considera:

La sustancia de este reparo se dilucidó al estudiar la acusación formulada por la señorita Pardo por transgresión de las reglas 7ª y 8ª del artículo 1394 del Código Civil. Allí declaró que, atendidas las circunstancias de hecho creadas en este juicio, le estaba vedado al juzgador apreciar de plano el valor de las pruebas con el fin de excluir de la partición el inmueble reclamado, porque para alcanzar la exclusión hay procedimientos propios, de cuya observancia no es lícito prescindir.

Esto basta para desestimar el reparo presente, por ser aplicable a él.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refieren los recursos de Beatriz y Antonio Pardo García.

Las costas son de cargo de éstos.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

—

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

La sociedad colectiva de comercio de Lucrecio Vélez & Compañía, domiciliada en Medellín, por escritura pública otorgada en la Notaría 4ª del Circuito de Medellín bajo el número setecientos cincuenta y nueve (759) el dos de agosto de mil novecientos veintidós, celebró un contrato de compraventa con el señor Marco Aurelio Vélez, quien, como vendedor, dijo en ese instrumento:

"Que da en venta a los señores Lucrecio Vélez & Compañía, sociedad colectiva de comercio, domiciliada en Medellín, la tercera parte de un terreno, con sus edificios, mejoras y anexidades, situado en esta ciudad, en el barrio de Guayaquil, terreno que mide en su totalidad ciento siete mil cuatrocientas sesenta y siete (107,467) varas cuadradas de las de ochenta centímetros, y que linda en general así: por el frente, con el camellón o carrera de Carabobo; por el Norte, con finca de los señores Eduardo y Julián Vásquez J.; por el Occidente, con finca de Domingo Garcés; y por el Sur, con quinta de los herederos de Antonio Uribe, con manga que fue de Mariano Latorre, después de Víctor Toro, luégo de Rafaela Botero de Toro, y con el río Medellín. Así estaba lindado el terreno en el año de mil novecientos cinco (1905), y la cabida indicada es la que corresponde en el plano respectivo y cuya tercera parte da treinta y cinco mil ochocientas veintidós (35,822) varas cuadradas."

Esa tercera parte del referido terreno vendida por Marco Aurelio Vélez la hubo éste por herencia de su padre el doctor Carlos Vélez S., según consta en la hijuela número 4, formada en el juicio de sucesión de éste, protocolizado en la Notaría 3ª del Circuito de Medellín el diez y ocho de mayo de mil novecientos cinco, bajo el número mil veintiséis.

El precio de esa venta fue de siete mil quinientos pesos ($ 7,500), que el vendedor declaró haber recibido a su satisfacción.

Pocos meses después, el 22 de noviembre de 1923, ante el mismo Notario 3º del Circuito de Medellín, "comparecieron—dice la escritura número 1524 ante él otorgada en esa fecha—los señores Luis Alfonso Vélez, varón, en representación de Lucrecio Vélez & Compañía, sociedad colectiva de comercio con domicilio en esta ciudad; doctor Juan Uribe W., varón, y Ana Vélez de Uribe, mujer, cónyuges entre sí; y Néstor Jaramillo V., varón, y Eugenia Vélez de Jaramillo, mujer, cónyuges entre sí, todos mayores de edad y vecinos de este Municipio, a quienes conozco, y dijeron:

"a) Que los señores Lucrecio Vélez & Compañía y las señoras Vélez de Uribe y Vélez de Jaramillo son propietarios de un terreno, con sus servidumbres, mejoras y demás anexidades, denominado La Alpujarra, situado en esta ciudad en el barrio de Guayaquil, y que linda así: por el Oriente o frente, con la calle de Carabobo; por el Norte, con propiedad de Eduardo Vásquez J. y herederos de Julio Vásquez J.; por el Occidente, con propiedad de los señores presbíteros Domingo A. Henao y Castro Arango, antes de Domingo Garcés; y por el Sur, con propiedades de Antonio López, Ricardo Olano y Sociedad Exportadora de Pieles, antes de Antonio Uribe, Mariano Latorre, Víctor Toro y Rafaela Botero de Toro.

"b) Que con el objeto de valorizar estos terrenos, los otorgantes convinieron en dejar para calles dos fajas que los atraviesan en toda su extensión, de Oriente a Occidente, y que tienen un ancho de veinte varas cada una y están hoy cercadas con alambrados.

"c) Que este terreno han convenido en dividirlo, para lo cual proceden los otorgantes Uribe W. y Jaramillo V. con el consentimiento de sus esposas.

"d) Que a la señora Ana Vélez de Uribe se adjudican dos lotes, determinados así:

"1º Por el Oriente, con la calle de Carabobo, en una extensión de veintiuna (21) varas de ochenta centímetros; por el Norte, con terrenos de Eduardo Vásquez J. y herederos de don Julio Vásquez; por el Sur, con una calle de las que los otorgantes abrieron, denominada La Alpujarra, y que está cercada con alambre; y por el Occidente, con propiedad de Castro Arango.

"2º Por el Occidente, con propiedad del presbítero Domingo A. Henao; por el Norte, con la calle de Carlos Vélez S., que fue de las abiertas por los otorgantes; y por el Oriente y el Sur, con propiedades de los señores Antonio López, Ricardo Olano y Sociedad Exportadora de Pieles.

"e) Que a los señores Lucrecio Vélez & Compañía se adjudica un lote alinderado así: por el frente u Oriente, con la calle de Carabobo, en una extensión de sobre treinta y ocho (38) varas de ochenta centímetros; por el Norte, con la calle de La Alpujarra; por el Occidente, con terrenos de Castro Arango, y por el Sur, con el lote que en esta escritura se adjudica a la señora Vélez de Jaramillo.

"f) Que a la señora Eugenia Vélez de Jaramillo se adjudica un lote alinderado así: por el Oriente, con la calle de Carabobo, en una extensión de sobre cuarenta y dos varas de ochenta centímetros; por el Norte, con el lote adjudicado a las sucesiones de Lucrecio Vélez & Compañía; por el Occidente, con terrenos de propiedad del presbítero Domingo A. Henao, y por el Sur, con la calle de Carlos Vélez S.

"g) Que el cerco entre los lotes adjudicados a la señora Vélez de Jaramillo y los señores Lucrecio Vélez & Compañía, lo harán los adjudicatarios contribuyendo cada uno con la mitad de los gastos.

"h) Que en los lotes de que trata el punto precedente se incluyen los edificios que hay en ellos.

"i) Que el agua que hay en el terreno partido sigue en comunidad, y todos los comuneros tienen derecho a tomarla del cauce actual y llevarla a su costa por cauce artificial al punto que deseen, y aun pasando por los lotes en que se ha dividido el terreno común, pues esos lotes quedan gravados recíprocamente con servidumbre de acueducto.

"j) Que los comuneros y otorgantes no tienen sus derechos gravados con hipoteca, anticresis, embargos y registro de demanda civil, ni los han enajenado,

"a) Que las señoras Vélez de Jaramillo y Vélez de Uribe adquirieron su derecho por adjudicación en la mortuoria del doctor Carlos Vélez S., y los señores Lucrecio Vélez & Compañía por compra al señor Marco Aurelio Vélez, según escritura número setecientos cincuenta y nueve (759), de dos de agosto de mil novecientos veintidós (1922), otorgada en la Notaría cuarta de este Circuito."

El treinta de noviembre de mil novecientos veinticinco, la sociedad compradora, Lucrecio Vélez & Compañía, fue declarada disuelta, y puesta en liquidación, por muerte del socio Lucrecio Vélez, y fueron nombrados liquidadores de ella los señores Luis Alfonso, Bernardo y Gabriel Vélez, con facultad para obrar separadamente, todo ello por medio de la escritura pública otorgada en esa fecha bajo el número 2633, en la misma Notaría que viene dicha.

En tales circunstancias, el vendedor Aurelio Vélez G., en escrito o libelo de demanda que fue repartido al Juzgado 3º del Circuito de Medellín el nueve de abril de mil novecientos veintiséis, después de hacer notar que dado el precio en que vendió la tercera parte del referido terreno y la cabida de éste, resulta vendida la vara cuadrada a veintiún centavos, dice:

"Necesidades apremiantes para un viaje que tuve que hacer a Europa en busca de salud, me urgieron a vender dicha propiedad a un menosprecio escandaloso, y otorgándome la ley natural y la civil el derecho a reclamar de aquel enorme engaño, me veo en el caso de hacerlo, ya que no he podido llegar a un acuerdo extrajudicial con los señores Lucrecio Vélez & Compañía, hoy en liquidación, ni directa ni indirectamente."

Seguidamente, formula así su petición:

"Por tanto, yo Aurelio o Marco Aurelio Vélez G., de las condiciones civiles dichas, demando en juicio civil ordinario a la sociedad colectiva de comercio denominada Lucrecio Vélez & Compañía, hoy en liquidación, domiciliada en esta ciudad y representada por sus liquidadores señores Luis Alfonso, Bernardo y Gabriel Vélez, varones, mayores de edad y vecinos de este Distrito, o a éstos como liquidadores de dicha sociedad para que, con su citación y audiencia, previos los trámites legales, por sentencia definitiva se declare **rescindido, por lesión enorme o enorme engaño**, el contrato de venta o de compraventa que celebramos Lucrecio Vélez & Compañía y yo por la escritura número 759 (setecientos cincuenta y nueve), de fecha dos de agosto de mil novecientos veintidós (1922), otorgada ante el Notario cuarto de este Circuito, porque el precio de siete mil quinientos pesos oro ($ 7,500) que se dice en ese contrato recibí, como así fue en efecto, es inferior a la mitad del justo precio que al tiempo del contrato tenía el inmueble vendido, bien porque se considere en razón de la tercera parte vendida, bien porque se aprecie por razón de varas cuadradas;

"Que se condene a los demandados a pagarme los frutos de este inmueble desde la fecha de la presente demanda o desde que ésta sea notificada en adelante, y los deterioros que haya sufrido el inmueble vendido; y a restituir éste, purificándolo previamente de las hipotecas u otros derechos reales que hayan constituido en ese precio.

"Subsidiariamente pido:

"Que se declare la rescisión de dicho contrato, y que por consecuencia de ésta los demandados están en la obligación de manifestar, dentro del término que usted les señale, si consienten en la rescisión que se decreta, y en tal caso, que están en la obligación de entregarme el bien que les vendí, alindado en el numeral tercero de este libelo, dentro de ese término, devolviéndoles yo el valor del precio recibido, y purificando ellos, previamente, el bien, de las hipotecas u otros derechos reales que hayan constituido en él; o

"Que si no consienten en la rescisión decretada o que se decretare, los demandados están en la obligación de completar, dentro del término que usted o la ley les señale, el justo precio de la cosa vendida, según lo que se probare en el juicio, con deducción de una décima parte del justo precio de la cosa vendida, más los intereses de la suma imputables hasta hoy y hasta que se verifique el pago.

"Apoyo mi demanda en los artículos 1946 y siguientes del Código Civil y las demás disposiciones concordantes de dicha obra."

Esa demanda fue contestada por Luis Alfonso Vélez, en su carácter de liquidador o representante de Lucrecio Vélez & Compañía, en escrito presentado el veintitrés de abril de mil novecientos veintiséis, negando, en su mayor parte, los hechos en que se funda, y en respuesta al numeral 6º dijo:

"La sociedad de Lucrecio Vélez & Compañía está ya en liquidación y sus bienes repartidos por escritura pública. El bien a que se refiere este litigio es ya de propiedad de algunos copartícipes. Mi carácter de liquidador terminó ya."

En efecto: el día anterior al de esa presentación, esto es, el 22 del mismo mes de abril, los señores Luis Alfonso, Gabriel y Bernardo Vélez y los representantes del socio muerto, Lucrecio Vélez, comparecieron ante el Notario cuarto del Circuito de Medellín y otorgaron allí la escritura pública que lleva el número 1126, en la cual después de expresar que por muerte del citado socio, la sociedad Lucrecio Vélez & Compañía se puso en liquidación y se nombraron los liquidadores de ella, dijeron, en las cláusulas 5ª, 6ª y 7ª:

"Quinta. Que para concluir la liquidación de la expresada sociedad han convenido en repartirse hoy sus bienes sin necesidad de esperar a que el liquidador o los liquidadores los reduzcan a dinero efectivo.

"Sexta. Que al señor Gabriel Vélez se le adjudica la cantidad de veintisiete mil novecientos noventa y siete pesos ochenta y nueve centavos ($ 27,997-89) para atender al pasivo, pues él se hace cargo de pagarlo.

"Séptima. Que de los demás bienes se han hecho cuatro lotes que se adjudican por medio de la presente escritura, en la siguiente forma."

Sigue aquí la distribución de los referidos bienes, entre los cuales se halla el lote de La Alpujarra, que correspondió a Lucrecio Vélez & Compañía en la división efectuada el 22 de noviembre de 1923, por medio de la escritura número 1524 arriba citada, lote que ahora, en la distribución del haber social de que se trata, se adjudicó proindiviso, a los señores Luis Alfonso Vélez, Gabriel Vélez y Bernardo Vélez, en la siguiente proporción: al primero, treinta y cinco centésimas partes; al segundo, veinticinco centésimas partes, y al tercero, cuarenta centésimas partes.

La demanda fue reformada en escrito de 28 de julio del mismo año, en la cual dijo así el demandante:

"Por medio del presente escrito reformo o adiciono la demanda aludida, y en consecuencia yo, Aurelio o Marco Aurelio Vélez G., de las condiciones civiles dichas, pido

a usted que se hagan las declaraciones solicitadas de mi demanda anterior, tal como allí se expresa; y subsidiariamente demando a los señores Alfonso o Luis Alfonso, Bernardo y Gabriel Vélez, varones, mayores de edad y vecinos de este Distrito, en su carácter especial de socios que fueron de la sociedad colectiva de comercio denominada Lucrecio Vélez & Compañía, que tuvo su domicilio en esta ciudad, o como ex-socios de dicha sociedad, para que por usted se declare si no se hicieron las peticiones o declaraciones solicitadas como principales y subsidiarias en la demanda que presenté en abril del presente año contra aquéllos en su carácter de liquidadores de la sociedad colectiva denominada Lucrecio Vélez & Compañía, las siguientes, por su orden, también como subsidiarias de aquella demanda:

"1ª Que Alfonso o Luis Alfonso, Bernardo y Gabriel Vélez son solidariamente responsables en los derechos y obligaciones que contrajo la sociedad colectiva de comercio denominada Lucrecio Vélez & Compañía, domiciliada en esta ciudad, en el contrato de venta o compraventa celebrado por la escritura pública número 759, de fecha 2 de agosto de 1922, otorgada ante el Notario 4º de este Circuito, entre dicha sociedad y yo;

"Que se declare contra ellos, por razón de cualquiera o cualesquiera de los caracteres ya indicados atrás, rescindido por lesión enorme o enorme engaño, el contrato de venta o de compraventa que celebrámos Lucrecio Vélez & Compañía y yo por la escritura pública número 759, de fecha 2 de agosto de 1922, otorgada ante el Notario 4º de este Circuito, porque el precio de siete mil quinientos pesos oro que se dice en ese contrato recibí, es inferior a la mitad del justo precio que al tiempo del contrato tenía el inmueble vendido, bien porque se considere en razón de la tercera parte vendida, bien porque se aprecie por razón de varas cuadradas;

"Que se condene a los demandados a pagarme los frutos de ese inmueble desde la fecha de esta demanda o desde que ésta sea notificada en adelante, y los deterioros que haya sufrido el inmueble vendido; y a restituir éste, purificándolo previamente de las hipotecas u otros derechos reales que hayan constituido en ese predio.

"Subsidiariamente pido:

"Que se declare la rescisión de dicho contrato, y por consecuencia de ésta, los demandados están en la obligación de manifestar, dentro del término que usted les señale, si consienten en la rescisión que se decreta, y en tal caso que están en la obligación de entregarme el bien que les vendí, alinderado en el numeral 3º (tercero) de la demanda primera o principal de este juicio, dentro de ese término, devolviéndoles yo el valor del precio recibido y purificando ellos, previamente, el bien, de las hipotecas u otros derechos reales que hayan constituido en él; o

"Que si no consienten en la rescisión decretada o que se decretare, los demandados están en la obligación de completar solidariamente o no solidariamente—según usted lo aprecie—dentro del término que usted o la ley les señale, el justo precio de la cosa vendida; más los intereses de la suma no completada hasta hoy y hasta que se verifique el pago.

"Subsidiariamente pido:

"Que se declare rescindido dicho contrato, y que si se considerase que los actos de partición verificados en el bien por mí vendido a Lucrecio Vélez & Compañía o por cualquiera otro acto anterior constituyen enajenación, se condene a los demandados, ya en su carácter de liquidadores de la dicha sociedad, o ya en su carácter de socios que fueron de ella o como ex-socios de dicha sociedad, a pagarme el valor del justo precio de la cosa vendida con deducción de una décima parte del justo precio de ella y el valor del daño y perjuicio que por aquellas enajenaciones se me causaren o se me causen con las posteriores; más los intereses de las sumas no completadas hasta la fecha y hasta que se verifique el pago, todo según se probare en este juicio o en otro aparte.

"Subsidiariamente, que se declare rescindido el contrato aludido y que los demandados mismos, ya en su carácter de liquidadores de la expresada sociedad o ya como socios que fueron o como ex-socios de las tántas veces citada sociedad colectiva de comercio denominada Lucrecio Vélez & Compañía, están en la obligación de completarme y entregarme el mayor valor del precio o beneficio que hayan obtenido en las enajenaciones o particiones verificadas con el bien o que verifiquen con el bien que yo vendí a Lucrecio Vélez & Compañía por la escritura pública número 759, de 2 de agosto de 1922, mayor valor en relación con esta venta, hasta concurrencia del justo valor del bien vendido con deducción de una décima parte. Las particiones o enajenaciones a que me refiero son las que constan en las escrituras públicas números 1524, de 22 de noviembre de 1923, de la Notaría 4ª de este Circuito, y la 1126, de 22 de abril de 1926, también de la Notaría 4ª de este Circuito."

Los demandados se opusieron a que se hicieran las declaraciones pedidas en el escrito de reforma de la demanda y designaron a Luis Alfonso Vélez para que con éste se siguiera el juicio, que, en primera instancia, terminó con la sentencia de tres de junio de mil novecientos veintisiete, que desató así la controversia:

"El Juzgado niega las declaraciones solicitadas en las dos demandas que han sido materia de esta sentencia.

"Sin costas."

Por apelación del demandante subieron los autos al Tribunal Superior de Medellín, y surtida allí la tramitación correspondiente, el seis de julio de mil novecientos veintiocho, se profirió la sentencia de segunda instancia, que termina así:

"Por lo expuesto, el Tribunal revoca la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

"1º Declárase rescindido, por lesión enorme, el contrato de que da cuenta la escritura número 759, de dos de agosto de mil novecientos veintidós, signada por ante el Notario 4º de esta ciudad, por medio del cual Aurelio Vélez G. vendió a la sociedad comercial de Lucrecio Vélez & Compañía la tercera parte de un terreno denominado La Alpujarra, sito en esta ciudad, en el barrio de Guayaquil, determinado por los linderos que expresa la demanda.

"2º Reconócese como justo precio de ese inmueble, en la época del contrato, dos de agosto de mil novecientos veintidós, el de un peso con diez y seis centavos ($ 1-16) oro la vara cuadrada de ochenta centímetros, con respecto a una cabida de treinta y cinco mil ochocientos veintidós varas de la misma medida, que fue el objeto del contrato.

"3º A la sociedad demandada le queda a salvo el ejercicio del derecho que consagra el inciso 1º del artículo 1948 del Código Civil, derecho que debe ejercitarse den-

tro del término de los tres días de que trata el artículo 870 del Código Judicial, teniendo en cuenta, como elementos de apreciación para la proporción de que trata la disposición, el precio de la vara cuadrada de ochenta centímetros, de acuerdo con el precio estipulado en el contrato y el real determinado por este fallo.

"4ª Si la parte demandada opta por la subsistencia del contrato, pagará al actor los intereses legales correspondientes al capital que debe reintegrar para computar el justo precio, los cuales correrán desde la fecha de la contestación de la demanda.

"Parágrafo. Si, por el contrario, asintiere a la rescisión, pagará los frutos desde la contestación de la demanda, y en este caso Aurelio Vélez devolverá los siete mil quinientos pesos que recibió como precio de la venta con sus intereses legales desde la contestación de la demanda; y

"5ª No hay lugar a hacer los pronunciamientos de las peticiones subsidiarias.

"Sin costas."

Ambas partes interpusieron, y el Tribunal les concedió, el recurso de casación, que la parte demandada fundó ante aquella misma Superioridad.

Remitido el expediente a la Corte, la parte actora desistió del recurso interpuesto por ella; y el de la parte demandada ha sido ampliado por el apoderado que aquí la representa.

La Corte admite este recurso y procede a fallarlo, previo el siguiente examen de los motivos en que se funda:

"En el alegato de casación presentado ante el Tribunal —dice la parte demandada—alego como causales de casación o nulidad del fallo en cuestión, las siguientes:

"1ª Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, tanto por violación directa como por consecuencia de una interpretación errónea de ella.

"2ª No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, porque resuelve puntos que no fueron materia de la controversia."

En la ampliación de ese recurso ante la Corte, los motivos que se alegan sólo se refieren a la primera causal; pero como está en pie la acusación por segunda, se comienza por el estudio de esta causal, fundada en estos motivos:

Dice el recurrente:

"El punto segundo de la parte resolutiva del fallo dice así:

'Reconócese como justo precio de ese inmueble, en la época del contrato, dos de agosto de mil novecientos veintidós, el de un peso con diez y seis centavos ($ 1-16) oro la vara cuadrada de ochenta centímetros, con respecto a una cabida de treinta y cinco mil ochocientas veintidós varas cuadradas de la misma medida, **que fue objeto del contrato.**'

"En la parte motiva se lee este concepto:

'Haciendo la correspondiente operación, se tiene que el valor de la vara de ochenta centímetros fue el de veintiún centavos oro. Esta reducción obedece al hecho de que todas las probanzas tienden a establecer el precio de la vara de terreno; sistema éste el más adecuado por tratarse de un fundo propio para la urbanización.'

"De esto se deduce sencillamente que el Tribunal sustituyó la materia del contrato, consideró un objeto distinto del discutido, y resolvió un punto que no fue materia de controversia. Con los ejemplos que aduje para sostener la primera causal de nulidad del fallo demuestra igualmente que no es lo mismo comprar determinado número de varas de un terreno, a determinado precio la vara, que comprar el globo de terreno por determinado precio; ni es lo mismo comprar un derecho en una comunidad que un lote determinado, y esto lo reconoce el Tribunal en la parte motiva.

"Esta distinción entre cuerpo cierto y cabida tiene su trascendencia jurídica, como se ve en el artículo 1887 del Código Civil, pues en uno y otro caso distintos son los derechos del comprador y del vendedor; y si esta diferencia influye, todavía es mayor la distinción entre una cuota en una comunidad, porque no se sabe el lugar preciso donde se le adjudicará su derecho al comprador en caso de partición, y porque ésta supone gastos. Lo que compraron Lucrecio Vélez & Compañía fue un derecho de tercera parte en un lote, por $ 7.500, y el fallo no fija precio a ese derecho sino a cada vara, por lo cual ocurre la segunda causal de casación.

"Pero existe otro motivo más para alegar esta segunda causal. El artículo 835 del Código Judicial dice que 'la sentencia definitiva debe recaer sobre la cosa, la cantidad o el hecho demandado, pero nada más que sobre eso, y contendrá una parte motiva y otra resolutiva,' y lo demandado se buscará en la parte petitoria del fallo. Yo no he podido encontrar en la demanda y en su corrección, la parte en que se pide que se fije el verdadero precio del terreno, por lo cual el punto segundo del fallo corresponde a una petición que no se ha hecho."

Se considera:

Lo referente al error en la apreciación del contrato de que se acusa la sentencia, no es pertinente como fundamento de la causal segunda; y en lo referente al punto segundo de la parte resolutiva del fallo recurrido, en el cual el sentenciador reconoce como justo precio del inmueble el de un peso diez y seis centavos oro la vara cuadrada, se observa que, si bien no aparece expresamente formulada esa petición en la parte petitoria de la demanda, "es lo cierto—como lo observa la parte opositora—que, dada la naturaleza del juicio y el fin que en él se persigue, el Tribunal, aunque expresamente no se hubiese demandado la fijación del precio, necesariamente tenía que hacerla, pues la acción rescisoria por lesión enorme se funda precisamente, o en haberse vendido la cosa por menos de la mitad de su justo precio, o por uno inferior a la mitad del precio que paga por ella el comprador, y, por tanto, para decretarla, debe necesariamente fijarse en el fallo cuál es el justo precio, a fin de que pueda darse cumplimiento a lo que dispone el artículo 1948 del Código Civil, claro como es que, sin esa fijación, hecha por el sentenciador, no se podría dar cumplimiento, por falta de base, a lo que ese texto dispone: o completar el precio justo con deducción de una décima parte, o restituir el exceso de precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte, en su caso."

Por estas consideraciones la Corte declara infundada esta acusación por la segunda causal de casación.

Causal 1.ª—Primer motivo.

Estima el recurrente que el Tribunal violó los artículos 765 y 1951 del Código Civil, por cuanto conceptúa que la partición que tiene por objeto la determinación del derecho común, por medio de la adjudicación, no causa

enajenación para los efectos del artículo 1951 de dicho Código, cuando, como en el caso de este litigio, la rescisión del contrato de venta versa sobre partes alícuotas de un bien determinado, y ello, desde luégo, porque enajenar, según el diccionario de la lengua, citado por el apoderado de la parte demandada, no es otra cosa que pasar o transferir a otro el derecho de un bien; y luégo, concretando ese concepto al caso del pleito, agrega el Tribunal:

"El terreno a que alude este juicio fue partido entre los condóminos durante la existencia de la sociedad demandada; por efecto de esta partición se adjudicó a dicha entidad un lote de terreno.

"De aquí que los derechos en común, comprados por la sociedad, no pasaron ni se transfirieron a persona distinta por motivo de la adjudicación.

"El dominio en común que adquirió Lucrecio Vélez & Compañía, al ser determinado por la partición y adjudicación se convirtió de comunal en particular, radicándose así en el patrimonio exclusivo del condómino adjudicatario.

"Considerado el problema por este aspecto, los derechos adquiridos en el terreno tántas veces mencionado, no han salido del patrimonio del comprador, como lo pretende éste para oponerse a la acción instaurada.

"Estos conceptos—sigue diciendo el recurrente—son directamente violatorios del artículo 765 del Código Civil, según el cual son títulos traslaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos, perteneciendo además a esta clase las sentencias de adjudicación en los juicios divisorios y los actos legales de partición.

"De la lectura de la disposición que se acaba de mencionar se deduce que sienta ella una regla general, que, al aplicarse al caso práctico que es objeto del presente juicio, se concreta así: cada comunero enajena su derecho indiviso en la comunidad íntegra a cambio de un derecho de dominio pleno, individual y exclusivo en una porción de ese bien común, es decir, en aquel que llegue a tocarle en virtud de la división. Se opera una especie de permuta.

"De consiguiente es manifiestamente errónea la teoría del Tribunal de que no haya existido, merced a la división del bien común, enajenación o transferencia del derecho indiviso de tercera parte que en el bien común compró al demandante la sociedad de Lucrecio Vélez & Compañía, y la de que tales derechos de tercera no hayan salido del patrimonio del comprador.

"Y esta flagrante violación del artículo 765 del Código Civil, aplicable al caso del pleito, y que no sólo no lo fue, sino que además hubo de admitirse para el fallo una teoría que abiertamente contradice sus términos precisos, claros y concluyentes, indujo al Tribunal a violar asimismo el artículo 1961 del mismo Código, aplicable a este litigio, habiendo dejado de aplicarlo a base de que dizque no tuvo lugar la enajenación que señala dicha disposición como motivo suficiente para no dejar prosperar la acción de rescisión instaurada."

Se observa:

Considera el recurrente que nuestro Código Civil, en su artículo 765, consagra el mismo concepto del derecho romano de que la partición no es declarativa sino traslativa de la propiedad, que es un acto de verdadera enajenación; pero, como ya se ha hecho notar en otras decisiones, en el derecho civil colombiano, los actos legales de partición son títulos traslaticios del dominio del causante a los herederos, mas no entre los coherederos, al tenor de lo establecido en el artículo 1401 del mismo Código, según el cual "cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto, en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión." En este mismo sentido se expresa el expositor italiano Francisco Ricci, quien, refiriéndose al artículo 1034 del Código Civil de su nación, que consagra el mismo principio del nuestro, dice:

"Si cada coheredero, pues, está considerado como inmediato sucesor del de cujus con respecto a los bienes que componen su cuota, y si se supone que nunca tuvo la propiedad de los demás bienes de la herencia, quiere decir que ni adquiere su cuota por cesión de los coherederos, ni cede sus derechos sobre la cuota que a éstos se les asigna; es, pues, evidente que la división, en derecho patrio, no hace pasar la propiedad de unos herederos a los otros, sino que determina los bienes sobre los cuales cada condividendo ha adquirido exclusivo derecho desde el momento en que la sucesión se abrió, por lo que no es traslativa, sino declarativa de propiedad." (**Derecho Civil Teórico y Práctico**, tomo 9°, número 111).

La Corte mantiene este concepto, ya expuesto por ella, en casación de 12 de junio de 1899, cuando dijo que "en presencia del claro y categórico principio de derecho establecido por el artículo 1401 del Código Civil, es imposible negar que verificada la partición extrajudicial de unas tierras, cada uno de los adjudicatarios adquiere, con exclusión de los otros y por transmisión directa de su causante, el lote que en la división le cupo, viniendo a ser la partición de este modo y de conformidad con el artículo 765, inciso 3° del Código Civil, título traslaticio de dominio del causante a cada uno de los sucesores en el respectivo lote, a la vez que título meramente declarativo de dominio entre los coasignatarios." (**Gaceta Judicial**, XIV, 239, 1°). El cargo es infundado.

Segundo motivo.

Estima el recurrente que el sentenciador viola los artículos 765, 779 y 1951 del Código Civil, por los siguientes motivos:

"Porque—dice- después de exponer el Tribunal lo que se deja transcrito en el punto anterior, y con la intención de demostrar que no había existido la alegada enajenación, sigue diciendo la sentencia:

'Es por otra parte inaceptable el argumento del demandado ante el principio elemental que consagra el artículo 779 del Código Civil, cuyo inciso 1° es de este tenor:

'Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión.'"

En desarrollo de este cargo, dice el recurrente:

"Cabe ante todo una observación fundamental en relación con la disposición que se acaba de copiar, y es la de que ella no trata en manera alguna de los derechos indivisos que salieron del patrimonio del partícipe, según lo que se dejó antes dicho en relación con el artículo 765 del Código, sino del bien que en retorno a tal enaje-

nación recibió cada comunero en dominio individual, pleno y exclusivo.

"De tal manera que la ficción jurídica que idea esa disposición del artículo 779 transcrito, ficción de la cual se hablará luégo en extenso, toca con lo que adquirió cada comunero y no con lo que enajenó. Bien claro es por lo demás que en este litigio para los efectos del artículo 1951 del Código Civil antes citado, no nos interesa el régimen a que queda sujeto luégo lo que adquirió cada comunero, sino la enajenación misma que dio origen a la adquisición por parte de ese comunero.

"Esta consideración fue la que me movió a no enunciar bajo la letra anterior entre las disposiciones violadas el artículo 779 de que se viene hablando, porque en realidad de verdad, esta disposición nada tiene qué ver, estrictamente hablando, con la enajenación o no enajenación de un derecho proindiviso; enajenación o no enajenación que constituye la clave de este litigio.

"Con todo, como el Tribunal lo cita y transcribe en corroboración de su tesis de la no enajenación por parte de los señores Vélez de la tercera parte del bien común comprado al demandante, habré de demostrar en seguida que dicho artículo 779 también fue violado por el Tribunal.

"Se dijo antes que esta disposición establece lo que la técnica del Derecho llama una ficción jurídica.

"Estas ficciones jurídicas son de dos clases:

"O bien se finge que una cosa ha sucedido de distinto modo o con distinta naturaleza a como sucedió;

"O bien se finge que una cosa ha sucedido en época distinta a la de su ocurrencia real y efectiva.

"Puede servir de ejemplo de la primera clase de ficciones la de la representación sucesoral de que habla el artículo 1041 de nuestro Código Civil.

"Puede servir de ejemplo de la segunda clase la creada por nuestra legislación en el artículo 779 que se viene estudiando, según la cual 'se entenderá' haber poseído cada partícipe exclusivamente la parte que en la división le haya correspondido **durante todo el tiempo que duró la indivisión**, es decir, que se entiende que esa posesión exclusiva empezó mucho antes de la época en que efectivamente hubo de empezar.

"Ahora bien: según el mismo artículo 779, tiene por resultado esta ficción el que el partícipe pueda añadir el tiempo de la indivisión al de su posesión exclusiva y el de que las enajenaciones que haya hecho por sí sólo de la cosa común, y los derechos reales con que los haya gravado, subsistan sobre dicha parte si hubieren sido comprendidas en la enajenación o gravamen, y que si lo enajenado o gravado se hubiere extendido a más, no subsistirá la enajenación o gravamen contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios.

"Pero volviendo a la ficción misma que se estudia, se tiene que ella se refiere a la posesión de lo adjudicado exclusivamente a un partícipe dado.

"Aplicándola al caso concreto de los señores Lucrecio Vélez & Compañía, se tiene que es el caso de considerar que la posesión del bien exclusivo adjudicado a dicha sociedad en la escritura de división número 1524, de 22 de noviembre de 1923, pasada ante el Notario 4° del Circuito de Medellín, empezó no en la fecha del registro de tal escritura en el libro 1°, o sea el 27 de noviembre de 1923, sino el día del registro de la escritura número 759, de 2 de agosto de 1922, Notaría 4ª de Medellín, por la cual Lucrecio Vélez & Compañía compraron la cuota indivisa, o sea el 5 de agosto de 1922, fecha del registro de tal escritura.

"La **posesión**, acto unilateral, viene como consecuencia de la tradición del bien enajenado, y a su turno la tradición misma debe estar precedida del título traslaticio de dominio (acto bilateral), como la venta, por ejemplo, título que, es bien sabido, no se confunde con el modo dicho de la tradición, de donde es obvio que el hecho de que, por ficción, y para ciertos efectos, la posesión de Lucrecio Vélez & Compañía del lote exclusivo que se le adjudicó en la división del bien común hubiera empezado como se acaba de expresar, el 5 de agosto de 1922, no quiere decir, en manera alguna, que lo que vendió Aurelio Vélez a Lucrecio Vélez & Compañía fuera justamente el lote que en propiedad exclusiva se les adjudicó a éstos más tarde. (Véanse artículos 740, 745, 756 y 1880 del Código Civil).

"Si se pudiera admitir que eso fue lo vendido, tendría razón el Tribunal al sostener que Lucrecio Vélez & Compañía no hizo enajenación ninguna al dividirse el bien común, habiendo quedado en la respectiva escritura de división sólo determinados y alinderados los lotes de cada comunero, entre ellos el de la sociedad expresada, según la venta que mucho antes le había sido hecha de ese mismo lote por el mencionado Aurelio Vélez.

"De lo contrario carecerá en absoluto de razón el Tribunal. Por lo demás no puede admitirse lo de la venta directa sin crear una nueva ficción, ya de más entidad que la relacionada con la fecha en que empezó la posesión exclusiva, por referirse no a cuestión de simple tiempo sino al fondo mismo de lo ocurrido, mas esa ficción no puede crearse por el Tribunal, porque la creación de ficciones, por contrariar éstas la verdad, no es función del Juez sino del legislador, porque crearla sería violar el artículo 765 del Código Civil, según el cual la división de bienes comunes constituye un título traslaticio de dominio, no siendo por tanto un acto equivalente a un simple alinderamiento, porque su creación conduciría al absurdo, ya que en caso de evicción del lote adjudicado a uno de los comuneros y aunque la evicción no fuera jurídicamente posible con respecto a las parcelas de los otros adjudicatarios, estaría obligado, no la comunidad, como es lo lógico y lo jurídico, a responder por la evicción, sino el respectivo vendedor de la cuota en el bien común.

"De consiguiente la teoría del Tribunal de que la adjudicación debe mirarse como una simple determinación (o alinderamiento) de lo vendido por Aurelio Vélez a Lucrecio Vélez & Compañía, no sólo no halla fundamento en el artículo 779 del Código Civil, sino que está en oposición con la disposición en él contenida, y de ahí la violación acusada de tal disposición.

"Mas como el Tribunal sienta también, muy campante, la teoría de que los derechos indivisos adquiridos por la parte demandada no han salido de su patrimonio, se tiene que viola el artículo 765 del Código Civil, que, como ya se dijo, asigna el carácter de título traslaticio de dominio a la división de bienes comunes y que es aplicable al caso del pleito.

"Parece que el honorable Tribunal creyera que el comunero después de la partición es dueño de una cuota indivisa en el bien común, y al propio tiempo dueño exclusivo del lote adjudicado en la partición.

"La violación así de los artículos 779 y 765 del Código Civil condujo al Tribunal a violar el artículo 1951 antes

citado, aplicable al caso del pleito, y que ha debido servir de fundamento para absolver a la parte demandada, por razón de la enajenación de que se ha venido hablando y que esta disposición legal contempla."

Como se ve, todas las razones aducidas por el recurrente en este segundo motivo, están fundadas en el mismo concepto ya expuesto por él en el punto que precede, esto es, que la partición es título traslaticio de dominio, entre los herederos o copartícipes, porque entre éstos se efectúa una recíproca cesión de bienes, pues—dice—del patrimonio de cada partícipe salen unos derechos indivisos que enajena, y en retorno de esos derechos recibe un bien en dominio individual.

Con ese criterio, el recurrente hace aplicación del artículo 779 del Código Civil al caso del pleito, y, por una parte, conviene en que la posesión del lote de terreno que en propiedad exclusiva le fue adjudicado a Lucrecio Vélez & Compañía en la escritura de división, no comenzó el 27 de noviembre de 1923, fecha del registro de esa escritura, otorgada el 23 del mismo mes, bajo el número 1524, sino el 15 de agosto de 1922, fecha del registro de la escritura número 759, por la cual el demandante Marco Aurelio Vélez vendió a la expresada sociedad la cuota indivisa que en la sucesión de su padre doctor Carlos Vélez le correspondió en el terreno cuya división se hizo por medio de la citada escritura número 1524; pero, por otra parte, observa a continuación, que, como la posesión viene como consecuencia de la tradición del bien enajenado, y esa tradición a su vez, debe estar precedida del título traslaticio de dominio, como la venta por ejemplo, "es obvio que el hecho de que, por ficción, y para ciertos efectos, la posesión de Lucrecio Vélez & Compañía del lote exclusivo que se le adjudicó en la división del bien común hubiera empezado como se acaba de expresar, el 5 de agosto de 1922, no quiere decir, en manera alguna, que lo que vendió Aurelio Vélez a Lucrecio Vélez & Compañía, fuera justamente el lote que en propiedad exclusiva se les adjudicó a éstos más tarde."

Pero se observa que, como el caso que en este juicio se contempla es, únicamente, el de división de un bien hereditario que pasó en propiedad, proindiviso, a los tres herederos del doctor Carlos Vélez, y en la cual uno de éstos estuvo representado por sus cesionarios y causahabientes, Lucrecio Vélez & Compañía, la cuestión aquí planteada es sencillamente la misma que fue materia del cargo y de las consideraciones que preceden.

El recurrente trata de darle un aspecto muy distinto, situándola en el terreno del artículo 779, que es de este tenor:

"Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión.

"Podrá, pues, añadir este tiempo al de su posesión exclusiva y las enajenaciones que haya hecho por sí solo de la cosa común, y los derechos reales con que la haya gravado, subsistirán sobre dicha parte si hubiere sido comprendida en la enajenación o gravamen.

"Pero si lo enajenado o gravado se extendiere a más, no subsistirá la enajenación o gravamen, contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios."

No cambia sustancialmente la cuestión dilucidada en el punto que precede, por la simple consideración de que no se trata propiamente de partición de un bien de una sucesión, sino de división de un bien común, pues, sea que se sitúe la cuestión bajo el dominio del artículo 1401 del Código Civil o del 779 de la misma obra, siempre se llega a la misma conclusión, esto es, que ni las sentencias de adjudicación en juicios divisorios, ni los actos legales de partición en juicios de sucesión, pueden reputarse actos atributivos, sino meramente declarativos de propiedad entre los herederos o copartícipes, pues el principio que entraña el artículo 779 del Código Civil, es el mismo que consagra el 1401 ibídem; y, además, en todo caso, ha de tenerse presente que, los derechos y obligaciones que resultan de la división de las cosas comunes, se sujetan a las reglas de la partición de herencia, en cuanto no se oponga a las disposiciones especiales sobre aquella materia; y ninguna de esas disposiciones especiales impone una interpretación del artículo 779, en desacuerdo con el 1401, en el sentido de que cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión, y que, a la vez, durante ese mismo tiempo, es condómino en todas y cada una de las otras partes que integraban la cosa dividida y que fueron adjudicadas a los otros partícipes: lo primero por ficción legal, y lo segundo por la realidad de las cosas, que es la tesis que parece insinuar el recurrente.

Tercer motivo.

Violación del artículo 1947 del Código Civil, proveniente de error de derecho, o de error de hecho, en la apreciación de las pruebas aducidas acerca del justo precio de la cosa vendida, en desacuerdo con lo establecido en los artículos 589 y 592 del Código Judicial.

En desarrollo de este cargo dice el recurrente:

"a) Establece el artículo expresado (el 1947 del Código Civil), que el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende, y que el justo precio se refiere al tiempo del contrato.

"Se observa que el precio o valor en dinero de una cosa no es propiedad de la cosa misma, como sí lo es el color, la forma, el peso, la composición química, la incorruptibilidad, etc. De ahí que ese valor no tenga el carácter de absoluto. En atención a las circunstancias de tiempo y de lugar puede cambiar, depende muchas veces de la moda y de hechos con frecuencia completamente extraños a la cosa misma, como, por ejemplo, una máquina, sin que se haya operado un cambio en ella puede llegar a no tener valor alguno en el mercado cuando se descubre una nueva máquina más eficiente o de instalación más barata.

"Por tanto, si el valor o el precio en el mercado de un bien no es una cualidad o propiedad del bien en sí mismo considerado, es obvio que dicho precio del mercado es el que le fijan compradores y vendedores al mencionado bien.

"Y de ahí que, si comprador y vendedor libremente y sin vicio alguno en el consentimiento le fijan un precio al lote de terreno vendido, ese será el justo precio de dicho bien, mientras no se compruebe de un modo pleno y absoluto que el justo precio era otro.

"A esa comprobación no puede llegarse sino mediante el establecimiento de que, si ese mismo bien hubiera sido ofrecido a otras personas cuando tuvo lugar la venta, la habrían comprado por un precio mayor.

"De consiguiente, si se supone existente una prueba bastante a demostrar que pequeños terrenos vecinos fue-

ron vendidos en ese mismo tiempo a precios mayores, comoquiera que un terreno no se confunde con otro, y es necesario tener en cuenta también la extensión de unos y otros, ello vendría a constituir un simple indicio de que, si el lote extenso en cuestión hubiera sido ofrecido a otras personas hubieran dado por él un precio mayor al recibido por el vendedor.

"Sentado lo anterior, cumple ahora examinar los fundamentos que tuviera el Tribunal para dar por probada la lesión enorme. Dijo éste, en efecto, lo siguiente:

"Las aducidas (declaraciones) para establecer que la vara cuadrada de ochenta centímetros valía en la época del contrato a más de $ 0-50, son el mayor número estimando las recibidas en ambas instancias; con esta afirmación está acorde el perito Escobar T. y las escrituras que relacionan ventas verificadas en esa época en terrenos contiguos y de condiciones inferiores al de La Alpujarra.

"Con estos elementos queda comprobado suficientemente que sí hubo lesión enorme por parte del vendedor. (Véanse folios 6 vuelto y 7 de la sentencia).

"Inmediatamente después de lo transcrito, entra el Tribunal a fijar el justo precio del lote vendido para los efectos del artículo 1948 del Código Civil, esto es, para determinar lo que la parte demandada debería pagar en caso de que ella no consintiera en la rescisión.

"El Tribunal incurrió en error de derecho al estimar las pruebas de que habla en la parte de la sentencia que antes se transcribió, porque esas declaraciones, las escrituras que las respaldan y el dictamen pericial del señor Escobar T., sólo demuestran que hubo venta en terrenos vecinos a mayor precio del asignado al lote comprado al señor Vélez, por lo cual es de colegirse que el precio de venta de este lote no fue el precio justo.

"Pero como según el artículo 589 del Código Judicial, un solo indicio no hace prueba plena o completa, a menos de ser indicio necesario (del cual indudablemente no se trata aquí), se tiene que hubo error de derecho en la apreciación de las pruebas.

"Se dirá acaso que el Tribunal estimó como un indicio el resultante de las declaraciones, como otro el resultante de las escrituras y como otro el parecer del perito Escobar, mas si ello fue así, se presenta también el caso de error de derecho en la apreciación de las pruebas, toda vez que, según el artículo 592 del Código citado, cuando muchos indicios se refieren a un solo hecho y cuando los argumentos de un hecho dependen todos de un solo argumento, la suma de éstos, por numerosos que sean no forman una plena prueba, y todos ellos no constituyen sino un solo indicio y un solo argumento.

"Y si se alega que el Tribunal tuvo en cuenta la disposición de que se acaba de hablar, si bien en ninguna parte la menciona, y que aceptó que los indicios en cuestión no se refieren a un solo indicio, ni los argumentos a un solo argumento, se tendría que el Tribunal incurrió en un error de hecho evidente, toda vez que todos los expresados indicios y argumentos se refieren a un solo hecho, cual es el de que se vendieran por la misma época pequeños lotes vecinos a mayor precio, que era justo por haber mejorado en ese tiempo la situación económica del país.

"Pues bien, estos errores de derecho o de hecho condujeron al Tribunal a violar el artículo 1947 del Código Civil al declarar la existencia de la lesión enorme, siendo así que esa lesión no está comprobada, con violación también de los artículos 542 y 543 del Código Judicial, que señalan al demandante la carga de la prueba so pena de tener que venir necesariamente la absolución del demandado."

Se observa:

Con relación al justo precio del terreno vendido, el actor aduce como fundamento de su demanda que "en agosto de 1922 la vara de ochenta centímetros en el globo de terreno que vendió a Lucrecio Vélez & Compañía, valía a más de cincuenta centavos, en aquel tiempo" (punto 4°); y, para probar esa afirmación, hizo valer el testimonio de varias personas, unas que habían comprado, otras que habían vendido, y otras que habían visto vender terrenos en esa época y en ese lugar, y en otros más alejados de la ciudad, al precio de ochenta centavos, de un peso, y de un peso treinta centavos la vara cuadrada; asimismo hizo valer varias escrituras sobre ventas de terrenos, en la misma época y en los mismos lugares, en las cuales consta que los precios fueron $ 0-89, $ 1-02 y $ 1-30, respectivamente. Cada una de esas escrituras prueba plenamente el precio que en ella se estipuló, y cada uno de esos hechos así comprobados constituye un indicio de que en aquella época la vara cuadrada de terreno en el globo de que se trata, valía más de cincuenta centavos. No es, pues, como lo afirma el recurrente, que todas las escrituras y todos los testimonios de que se ha hablado concurran apenas a probar un solo indicio, y, por consiguiente, no viola el artículo 589 del Código Judicial, el concepto del Tribunal de que esos elementos probatorios acreditan plenamente el hecho afirmado de que en el año de 1922 la vara cuadrada de terreno, como el que es materia de esta litis, valía más de cincuenta centavos.

Ahora, como este hecho constituye uno de los principales fundamentos de la demanda, no puede decirse que aquellos indicios se refieren a un hecho meramente circunstancial, sino a un hecho fundamental, y, por consiguiente, tampoco incurrió el Tribunal en el error de derecho de que lo acusa el recurrente, con violación del artículo 592 del Código Judicial.

En cuanto al error de hecho, se anota que el Tribunal halló demostrado con los testigos de la parte demandante y con las escrituras públicas que obran en el expediente, estos hechos:

a) Que en la misma época en que Marco Aurelio Vélez vendió a Lucrecio Vélez & Compañía el terreno de que trata este proceso, Juan de la Cruz Escobar, Miguel Jiménez, compraron terrenos en el paraje nombrado Guayaquil, a un peso treinta la vara cuadrada.

b) Que de la inspección practicada en este juicio por la Sala sentenciadora, resulta que esos terrenos, situados al sur de La Alpujarra, hacia el puente, son de condiciones inferiores a las del terreno materia de este juicio.

c) Que en abril de 1921, Climaco Velásquez compró 6.000 varas de terreno, a $ 0-50 la vara; en mayo del mismo año, Pablo Moreno y Enrique Velásquez, compraron terreno al mismo precio, y Jesús M. Escobar compró a $ 4 la vara; y en octubre del mismo año Bernardo Bernal & Compañía compraron a $ 3 la vara.

d) Que en 1922, en el mismo mes de agosto en que se verificó la venta de que se trata, Climaco Velásquez compró un terreno a $ 1-30 la vara, y Juan de la Cruz Escobar compró también al mismo precio; en el mes de septiembre Bernardo Mora, Juan C. Restrepo, compraron a $ 0-89 la vara; en octubre el Banco Sucre compró a $ 1-02 la vara; y Miguel M. Jiménez y Arturo Escobar también

compraron un terreno, en el mismo mes de agosto, a $ 1-30 la vara.

Cada una de estas operaciones las considera el Tribunal como un indicio de que en el mes de agosto de 1922 la vara cuadrada del terreno vendido por el demandante valía más de cincuenta centavos, por estimar que los precios fijados en ellos tienen relación más o menos íntima con el precio de este terreno y que, cada una de esas operaciones, sirven para encaminar la razón a la creencia de que es cierto el hecho afirmado por el demandante como fundamento de su acción, todo ello corroborado por el concepto del perito Escobar T. y por el convencimiento personal adquirido por el Tribunal sentenciador en la inspección ocular que practicó "para juzgar con más acierto." No es, pues, exacto el concepto del recurrente de que "todos los expresados indicios y argumentos se refieren a uno solo, cual es el de que se vendieron por la misma época pequeños lotes vecinos a mayor precio."

Por lo demás, es oportuno reproducir aquí la observación que se hizo en casación de 10 de octubre de 1923, de que "el recurrente en casación puede atacar la prueba de indicios en que se apoyó el Tribunal sentenciador, demostrando que tales indicios no están probados, pero no criticando la apreciación que de ellos ha hecho el Tribunal para hacer ver que no tienen la fuerza probatoria que el juzgador les asignó. Esta apreciación escapa a la casación." (Gaceta Judicial, XXX, 350, 3°).

Tampoco hay lugar a casar la sentencia por este motivo.

Cuarto motivo.

Estima el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho, en el párrafo de la sentencia que dice:

"Siendo contradictorias unas con otras las declaraciones solicitadas para determinar ese precio, y existiendo pluralidad respecto de cada parte en la estimación, es de aplicación estricta la disposición del artículo 75 de la Ley 105 de 1890, dando así crédito al mayor número, ya que ningún elemento se presentó para estimar la calidad y fama de los testigos."

Conceptúa el recurrente que "esta apreciación de la prueba testimonial a base de mayoría, hecha con fundamento en el artículo 75 citado de la Ley 105 de 1890, implica un error de derecho, por cuanto dicho artículo se refiere a contradicción de las declaraciones acerca de hechos, que es sobre lo que deponen los testigos y no acerca de conceptos sobre precios, discrepancia de estimación en la cual se hace radicar tal contradicción. Naturalmente el error de derecho toca también con el artículo 595 del Código Judicial, según el cual es testigo el que declara sobre los hechos controvertidos en el juicio.

"Y es, por lo demás, bien extraño que se tuviera en cuenta la simple mayoría numérica de los testigos para aceptar determinada estimación del precio y se desechara en cambio el parecer de la mayoría numérica de los peritos sobre el mismo asunto.

"El expresado error de derecho en la apreciación de las declaraciones lo indujo a desechar las de la parte contraria y a darles valor irrestricto a las primeras, llegando así a la conclusión de la existencia de la lesión enorme con violación, como ya se dijo, del artículo 1947 del Código Civil."

Se observa:

a) El testigo que, como en el caso de que se trata, expresa el precio por el cual compró, vendió o vio comprar una cosa, no emite un concepto sino que depone sobre hechos. Además, el Tribunal no fundó su concepto únicamente en el dicho de los testigos a que se refiere el recurrente, sino en los precios comprobados con nueve escrituras públicas que obran en el expediente, citadas en la sentencia.

b) El Tribunal no desechó el dictamen de la mayoría de los peritos para acoger el de la minoría, sino que, como según el artículo 79 de la Ley 105 de 1890, vigente cuando se dictó la sentencia, "corresponde a los Magistrados y Jueces fijar el precio o la estimación de las cosas que deben ser apreciadas o estimadas para decidir la controversia," apreció la exposición de los tres peritos, y, teniendo en consideración las razones en que se fundan y las demás pruebas que figuran en el expediente, fijó el precio de la cosa materia de la apreciación en cantidad muy distinta de la indicada por la mayoría y por la minoría de los peritos.

Por estas consideraciones, el cargo es infundado.

Quinto motivo.

Anota el recurrente el hecho de que el Tribunal, hallando contradicción entre las declaraciones de los testigos de la parte demandante con las de los testigos de la parte demandada, prefirió las primeras, y observa que "existiendo la contradicción sólo en cuanto a la apreciación del precio, no había motivo en ningún caso para desatender las declaraciones en cuanto a la oferta, no aceptada, hecha a varias personas del terreno en cuestión a un precio menor o igual al del contrato con los señores Lucrecio Vélez & Compañía."

Esta observación del recurrente sería muy atendible si la Corte hubiera de entrar a fallar en instancia, previa invalidación de la sentencia recurrida; pues así podría entrar a considerar si resulta demostrado que las personas a quienes se propuso el terreno en cuestión a un precio menor o igual al del contrato en referencia, no aceptaron esa oferta porque no les convino ese precio, o porque no necesitaban el terreno; pero, "la Corte tiene decidido en repetidas ocasiones que los Jueces de fondo son soberanos en la apreciación de los indicios ordinarios, lo cual no es dable cambiar en casación." (Gaceta Judicial, XXVII, 24, 1°).

Sexto motivo.

Afirma el recurrente que el Tribunal violó los artículos 1947 y 1948 del Código Civil, por los siguientes motivos:

1° Porque, en su concepto, "el argumento consistente en que vecinos al terreno de La Alpujarra se vendieron algunos lotes a precio mayor, constituye un indicio levísimo"; y

2° Porque—dice—"el Tribunal no tuvo en cuenta en sus cómputos la escritura número 2843, de 5 de diciembre de 1922, Notaría 3ª de Medellín, de la cual aparece una venta alrededor de $ 0-50 la vara cuadrada. Si el Tribunal no hubiera incurrido en este error de hecho, siguiendo su propio criterio de apreciación, habría fijado en una suma menor a la fijada lo que él creyó justo precio.

"Como se ve—dice en conclusión—los errores demostrados en esta letra y la anterior originaron la violación de los antes citados artículos 1947 y 1948 del Código Civil al decretarse una rescisión por lesión enorme sin estar comprobada tal lesión y al fijarse determinado precio como justo sin estar éste comprobado."

Se observa:

En lo referente al primero de estos dos argumentos, la Corte se remite a lo dicho en respuesta al fundamento que precede, a lo que conviene agregar que, como se ha dicho en varias decisiones, "la apreciación de la gravedad o importancia de los indicios no necesarios, o que no inducen presunción legal, no está, ni puede estar, sometida a reglas generales; de donde se sigue que no cabe alegar error evidente en la apreciación que el Tribunal hace de la prueba de indicios." (Casación, 12 de diciembre de 1912, XXII, 219, 1ª).

"Cuando los indicios no son necesarios, el grado de fuerza y su relación más o menos estrecha con el hecho que se trata de demostrar, son materia inductiva del juzgador, que escapa a la casación, desde luégo que en esa operación de la inteligencia, que es una serie de razonamientos, no puede caber el error evidente de hecho, indispensable para poder variar la estimación de la prueba hecha por el sentenciador. Sobre este punto es constante la jurisprudencia de la Corte." (Casación, 30 de noviembre de 1920, XXVIII, 267, 3ª).

En lo referente al segundo argumento, se anota que el Tribunal tomó en consideración los precios de las ventas de terrenos efectuadas en Medellín, en los años de 1921 y 1922, por medio de las nueve escrituras detalladas en la sentencia recurrida, entre las cuales figuran dos de esas operaciones al precio de $ 0-50 la vara cuadrada; cierto es que entre esas escrituras no figura la número 2843, citada por el recurrente; pero, también lo es, que no resulta demostrada la tesis sentada por él, esto es, que si el Tribunal hubiera tenido en cuenta en sus cómputos la referida escritura, habría tenido que fijar el justo precio del terreno vendido por Marco Aurelio Vélez a Lucrecio Vélez & Compañía en una cantidad que no comportara la causal de rescisión de que se trata.

Por lo dicho, el cargo en examen es también infundado.

Séptimo motivo.

Violación de los artículos 542 y 543 del Código Judicial y de los artículos 1947 y 1948 del Código Civil.

Señala el recurrente como motivo de este cargo, el concepto del Tribunal consignado en este párrafo de la sentencia:

"La disparidad de elementos de relación que se nota al adoptar los precios de terrenos de inferior calidad al de La Alpujarra para fijar el de éste desaparece si se atiende a que lo comprado a Lucrecio Vélez (sic) fueron acciones en un indiviso de considerable extensión. Esta circunstancia compensa esa desigualdad."

A esto arguye así el recurrente:

"Pues bien, tal compensación la hace arbitrariamente el Tribunal. Porque si el Tribunal admite que la indivisión y la considerable extensión son elementos que influyen desfavorablemente en el precio, ha debido exigir al demandante prueba de que tales factores no afectaban ni en lo mínimo el precio medio, $ 1-16 por vara, fijado por el mismo Tribunal, ni tampoco la cifra necesaria para dar por cumplida la lesión. No exigió esa prueba, que ha podido perfectamente darse, y sin embargo se condenó a la parte demandada, a base de una suposición absolutamente arbitraria, para la cual no se señala fundamento alguno, como es la de dicha justa y precisa compensación. Se excusó así al actor del suministro de una prueba que le correspondía dar como demandante, y por cuanto que afirmaba que cualesquiera que fueran las circunstancias y la extensión del derecho vendido en La Alpujarra a la parte demandada, en el año de 1922, valía en todo él la vara cuadrada a más del doble del precio de venta.

"Esta excusa de la obligación de probar de un modo completo hecha al actor implica violación de los artículos 542 y 543 del Código Judicial, que señalan en casos como el presente la carga de la prueba al demandante, y consiguiente violación de los artículos 1947 y 1948 del Código Civil, el primero por haberse decretado la rescisión sin estar comprobada la lesión, y el segundo por igual motivo, ya que mal puede ordenarse el completo de precio alguno sin estar efectivamente comprobada la lesión."

Se observa:

El concepto del Tribunal que motiva este cargo se refiere a las circunstancias que obraron en su ánimo al apreciar las pruebas del proceso para fijar el precio justo del terreno vendido en un peso diez y seis centavos la vara cuadrada, estando demostrado que terrenos vecinos, de inferior calidad, habían sido vendidos en esa misma época a mayor precio. Tal apreciación la hizo el juzgador en uso de la atribución que le confería el artículo 79 de la Ley 105 de 1890; y como ese concepto del Tribunal, señalado por el recurrente como motivo de su acusación, no es un hecho afirmado por el demandante y negado por el demandado, no es aplicable al caso lo dispuesto en los artículos 542 y 543 del Código Judicial, y por lo mismo no pudieron ser violadas por el Tribunal esas disposiciones legales, ni tampoco fueron violados los artículos 1947 y 1948 del Código Civil, como consecuencia de aquella violación.

Octavo motivo.

Aunque en el alegato de casación presentado ante la Corte están refundidos todos los argumentos expuestos en el escrito en que se fundó el recurso ante el Tribunal, aparece en este documento esta acusación no reproducida en la misma forma en la ampliación del recurso, es, a saber:

Violación de los artículos 542 y 543 del Código Judicial, de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y directa del artículo 1759 ibídem."

En desarrollo del cargo por errores de hecho y de derecho, dice el recurrente:

"Dos puntos decidió el Tribunal, como básicos para reconocer el derecho invocado o reclamado por el actor: que el inmueble o derecho vendido tenía, el día de la venta, un precio superior o mayor al doble del que dieron Lucrecio Vélez & Compañía por él al señor Aurelio Vélez, y que ese precio era el mismo día de un peso y diez y seis centavos. Para llegar a tan desconcertante conclusión, que ha pasmado a quienes la conocen, tuvo que cometer errores de derecho, en cuanto que dio a unas pruebas un valor que no tienen, y de hecho, en cuanto que apreció sus circunstancias en desacuerdo con la verdad.

"Para determinar que el valor del terreno era mayor que el doble del que pagaron Lucrecio Vélez & Compañía, tuvo en cuenta únicamente declaraciones, como se ve por esta parte del fallo.

"Siendo contradictorias unas con otras las declaraciones solicitadas por ambas partes para determinar ese precio, y existiendo pluralidad respecto de cada parte, en la estimación del precio, es de aplicación estricta la disposición del artículo 75 de la Ley 105 de 1890, dando al

crédito al mayor número, ya que ningún elemento se presentó para estimar la calidad y fama de los testigos.

"Las aducidas por el actor para establecer que la vara cuadrada de ochenta centímetros valía, en la época del contrato, a más de $ 0-50, son en mayor número, estimando las recibidas en ambas instancias; con esta afirmación está acorde el dictamen del perito Escobar T. y las escrituras que relacionan ventas verificadas en esa época en terrenos contiguos y de condiciones inferiores al de La Alpujarra.

"De suerte que para mi intento de anular el fallo me basta comprobar el error sufrido por el Tribunal en esas declaraciones, o mejor dicho, al apreciarlas."

Seguidamente hace el recurrente un minucioso e interesante análisis de las referidas declaraciones, y concluye diciendo:

"a) Que hubo error de hecho en la apreciación de esas pruebas, porque ellas no se refieren en concreto a los puntos discutidos, y porque no son precisas.

"b) Que como para apreciar si el valor del terreno el día de la venta era más del doble del que se pagó por él, no se desechó ningún testimonio, sino que únicamente se contaron, hubo error de hecho en la apreciación de la prueba, pues Santiago Ortiz, Bernardo Restrepo G., Bernardino Mondragón, Antonio J. López, Clímaco Velásquez y Daniel Peláez dicen que el precio justo fue el que pagaron Lucrecio Vélez & Compañía, con excepción de Velásquez, quien dice que el precio era inferior.

"c) Que como las declaraciones se refieren a la vara y no al derecho de tercera parte en el común, que fue materia del contrato, es claro que por este aspecto ha habido también error de hecho."

Pero más adelante observa:

"Extrañará al Tribunal que haya entrado en el análisis de esas declaraciones, relativas a mi parte, cuando dijo que no se apoyaba en testigos para determinar el verdadero precio del inmueble, y que para determinar si era mayor del doble del pagado por Lucrecio Vélez & Compañía, desechó las que a éste favorecían; pero a pesar de ésto entró en el análisis de ellas, con el mal criterio que he expuesto, y como al apreciar en favor del demandante declaraciones que no son claras, ni precisas, ni determinan la cosa u objeto sobre que versan, y que se refieren al valor de terrenos distintos del que es materia del litigio, y a una unidad de valor que no se tuvo en cuenta para el negocio, la vara, cometió error de hecho; e igualmente lo cometió al desechar testimonios que tienen todos los requisitos legales, que se refieren a la misma cosa del litigio, y son precisos."

La Corte observa que, aunque es cierto que el Tribunal apreció como un indicio las declaraciones analizadas por el recurrente para determinar el verdadero precio del inmueble, y con esa base decidir la controversia, también lo es que no fuese ese el único indicio que tuvo en cuenta como fundamento de aquella determinación, sino que también apreció los indicios resultantes de nueve escrituras públicas que dan cuenta de los precios por los cuales se vendieron terrenos en Medellín en la misma época de la venta del que ha motivado esta litis.

El recurrente hace extensivo a esas escrituras el cargo que se examina, porque los inmuebles a que se refieren esas escrituras, tenidas en cuenta por el Tribunal para la determinación del verdadero precio de que se ha hablado, "no son homogéneos con el de La Alpujarra; porque los terrenos a que se refieren las escrituras no son exactamente iguales—ni siquiera remotamente—ni es el mismo el lugar donde están situados, ni las operaciones coinciden en cuanto al tiempo; porque el Tribunal ha aplicado el medio aritmético o estadístico en un caso en que faltan todas las condiciones para que su uso sea aceptado; porque la media se tomó de valores medios y no de valores individuales." Larga y eruditamente diserta el autor de ese alegato para demostrar esas proposiciones, llegando a conclusiones que, en su mayor parte, debieran ser materia de dictamen pericial, pero que como meros conceptos del recurrente, aunque muy respetables, no pueden servir para fundar la casación del fallo.

Por último, el recurrente acusa la sentencia de "error de derecho al considerar como pruebas legales para fijar el precio, las declaraciones de testigos y las escrituras" tántas veces citadas, no obstante lo preceptuado en el artículo 651 del Código Judicial; pero esta acusación tampoco es fundada, porque el Tribunal adoptó su decisión acerca del precio en referencia, apreciando la exposición de los peritos y tomando en consideración las razones en que éstos fundaron su dictamen, y las demás pruebas que figuran en el expediente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 105 de 1890.

La violación directa del artículo 1759 del Código Civil se hace consistir en que "Lucrecio Vélez & Compañía no fueron parte en las escrituras; ni son causahabientes de las otras partes, y, sin embargo, contra ellos se les da el valor de plenas pruebas." Pero para desechar ese cargo basta observar que lo que el Tribunal halló plenamente probado en cada una de las referidas escrituras, es el precio que aparece estipulado por los respectivos otorgantes en cada uno de los contratos de compraventa de terrenos que allí se hizo constar, tomando cada uno de esos precios como indicio del precio corriente de ese artículo en la época y el lugar que ha motivado este juicio.

Las consideraciones que preceden, ajustadas a las rígidas normas del recurso de casación, obligan a la Corte a negar la invalidación del fallo, impetrada por la parte recurrente, sin que ello entrañe—en modo alguno—un concepto desfavorable a la honorabilidad y buena fe con que procedieran los demandados, señores Lucrecio Vélez & Compañía, en la celebración del contrato cuya rescisión ha sido decretada en este juicio.

Con esta constancia, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a infirmar el fallo recurrido, proferido por el Tribunal Superior de Medellín el seis de julio de mil novecientos veintiocho.

Con costas a cago de la parte recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado 1º del Circuito de Ambalema, Dominga Ochoa, por medio de apoderado, instauró juicio ordinario contra José Parra o Montoya, para que se hicieran estas declaraciones:

"1ª Que se decrete la simple separación de bienes de la mencionada sociedad conyugal.

"2ª Que como consecuencia, disponga que, una vez ejecutoriada la sentencia en que decrete la separación, se proceda a la división de los gananciales de acuerdo con las reglas que señala el Capítulo V del Título XXII del Libro IV del Código Civil, y se entreguen a la señora Dominga Ochoa de Parra o Montoya los bienes que le correspondan por razón de esa división, más los bienes propios que el marido esté o pueda estar obligado a restituirle en especie."

Se funda la demanda en estos hechos:

"1º El día veintiuno de julio de mil ochocientos ochenta y seis, en la iglesia parroquial de Venadillo contrajeron matrimonio católico el demandado señor José Parra o Montoya y la señora Dominga Ochoa, según consta del certificado de origen eclesiástico que acompaño.

"2ª El señor José Parra y el señor José Montoya son dos nombres con que se conoce y se ha conocido a una misma e idéntica persona, quien es el marido legítimo de la señora Dominga Ochoa.

"3ª Cuando el citado matrimonio se celebró entre mi mandante y el actual demandado, éste no tenía bienes de ninguna especie.

"4ª Durante el matrimonio de mi mandante y el demandado, y en virtud del trabajo y el ahorro de ambos, el marido adquirió bienes por valor mayor de mil pesos, los cuales forman parte del haber de la sociedad conyugal.

"5ª El demandado señor José Parra o Montoya ha vivido amancebado a lo largo de los quince o últimos veinte años.

"6ª José Parra o Montoya se embriaga habitualmente.

"7ª José Parra o Montoya ha dado un trato cruel y ha ultrajado gravemente a mi mandante, hasta llegar a poner en peligro la propia vida de su legítima esposa, o por lo menos esos hechos hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos.

"8ª José Parra o Montoya ha abandonado de manera absoluta y desde hace muchos años, sus deberes de marido legítimo de la señora Dominga Ochoa, y lo mismo ha hecho con sus deberes de padre."

El demandado se opuso a la acción. Aceptó como cierto el hecho 1º y negó los demás.

El veintiocho de julio de mil novecientos treinta el Juez de la causa pronunció sentencia absolutoria del demandado, y por apelación de la actora, el Tribunal Superior de Ibagué confirmó la de primera instancia.

La misma parte interpuso casación. La Corte admitió el recurso por auto de fecha diez y seis de febrero de mil novecientos treinta y tres.

El recurrente alega contra la sentencia la causal primera de casación.

En el primer motivo acusa el siguiente concepto de la sentencia:

"En suma—dice el Tribunal—no se acreditó el trato cruel que diera Parra a su esposa."

Sostiene el recurrente que con el dicho de los testigos José y Escolástico Ochoa y Camilo Quijano, se prueban plenamente los hechos que ellos relatan en sus declaraciones, y que en la apreciación de estas pruebas el Tribunal incurrió en error de derecho, violando los artículos 599, numeral 2º, y 648 del Código Judicial.

En relación con las pruebas de segunda instancia, dice el Tribunal:

"En esta instancia trajo el actor estos testimonios: el de los hermanos de la actora, llamados José, Eustaquio y Escolástico Ochoa; el de sus hijos Tirso y Eutiquio Parra, hijos también de José Parra. No debió el Magistrado decretar la recepción de los testimonios de los Parras contra su padre, por prohibirlo el artículo 604 del Código Judicial y no pueden apreciarse tales testimonios."

El recurrente acusa esta conclusión del Tribunal:

"Por error de derecho en la estimación de la prueba de testigos, consistente en las declaraciones de los señores Tirso y Eutiquio Parra, por haberlas dejado de apreciar siendo el caso de hacerlo y por no haber dado a las mismas el valor de plena prueba que la ley les asigna.

"Por violación del artículo 604 del Código Judicial, por errónea interpretación del mismo, por haberse dado a dicha disposición un alcance distinto del que rectamente le corresponde.

"Por violación del artículo 607 del Código Judicial, porque no se aplicó dicha disposición al caso del pleito, debiendo haberse aplicado y debiendo haberse dado a las dos declaraciones mencionadas el valor de plena prueba que tal disposición legal les asigna.

"Por violación del artículo 347 del Código Civil, 22 de la Ley 57 de 1887, en cuanto dejó de aplicar tales disposiciones al caso del pleito y en cuanto el sentenciador dio por establecida la calidad de hijos de los Parras, sin que dicha calidad se hubiese probado en conformidad con lo que establecen los artículos mencionados."

Se considera:

Para poner de relieve lo infundado del cargo, se copian en seguida los siguientes apartes de la sentencia:

"Los hechos imputables al marido, que autorizan el divorcio, son, conforme al artículo 154 del Código Civil: el amancebamiento del marido; la embriaguez habitual; el abandono del marido de sus deberes de esposo y padre y los ultrajes, el trato cruel a la esposa en que peligra la vida de ésta o se haga imposible la paz y el sosiego doméstico.

"Estas últimas causales han sido alegadas por el actor como motivo de separación de bienes en esta causa.

"Sin embargo todas las probanzas las encaminó el actor a comprobar el abandono del marido de sus deberes como esposo y el trato cruel dado a ésta.

"Al efecto, en la primera instancia, fuera de los testimonios presentados para acreditar que José Montoya y José Parra son una misma persona, adujo los de Arcadio, Camilo y Florentino Quijano, Ricardo Silva, Valentín Cruz y Escolástico Ochoa, hermano de la demandante.

"De estos testimonios, el 1º, 3º, 4º, 5º y 6º hablan del abandono en que ha estado la Ochoa, por parte de su marido, que ha tenido que subsistir prestando servicios domésticos; de trato cruel hablan Camilo Quijano y Escolástico Ochoa. Este último citado también como testigo por el demandado, asevera que Dominga Ochoa hace muchos años que no va a la casa de José Parra y que nunca ha presenciado ultrajes de éste para su esposa. Ya se vio que Escolástico es hermano de la Ochoa.

"Florentino Quijano, testigo también de la actora, llamado a declarar por el demandado, dice que Parra es hombre correcto, honrado, etc., y que ha oído decir que Dominga Ochoa ha tenido relaciones ilícitas con algu-

nos sujetos, entre ellos Pedro Saavedra, con quien dicen abandonó el hogar.

"Ricardo Silva, cuñado de Dominga Ochoa y su testigo, interrogado por la parte contraria, expuso:

'Que la señora Dominga Ochoa, hace mucho tiempo, más de quince años, abandonó la casa de José Parra, saliéndose con el hoy finado Pedro Saavedra, y desde entonces no ha vuelto a ella.'

"El demandado, además de los tres testimonios de que acaba de tratarse, trajo los de Guillermo Cabrera, Roque Osorio, Cristóbal Cruz, Sebastián Urueña, Angel Machado, José Herrera, Teodoro Varón, Carmela Méndez, Lorenzo Urueña, Sinforiano Salazar, José Hernández, Eliseo Varón, Antonio Parra y Cornelio Herrera, diez y siete por todo.

"Estos testigos declaran sobre la mala conducta de la Ochoa que abandonó el hogar, algunos sobre que le daba buen trato su esposo, que cuidaba de la educación de sus hijos conforme a sus facultades, menos de una tontica, que se llevó la Ochoa; que los hijos del matrimonio son mayores de edad; que Dominga Ochoa, dicen algunos, abandonó el hogar por irse con Pedro Saavedra."

Es posible que el Tribunal se hubiera equivocado al apreciar los testimonios de José, Eustaquio y Escolástico Ochoa, hermano de la actora y el de sus hijos Tirso y Eutiquio Parra; pero es menester no olvidar que el Tribunal basa las conclusiones a que llegó, en lo concerniente al abandono y al trato cruel, en diez y siete declaraciones aducidas por el demandado.

El cargo es infundado.

Segundo y último cargo.

"El Tribunal—dice el recurrente—asevera el hecho del abandono voluntario como comprobado en autos. Ni uno solo de los testigos presentados por el demandado afirma haber presenciado la salida de la esposa del hogar, ni haber sabido las causas determinantes de ella, ni haber presenciado los hechos materiales del abandono, para poder calificar la voluntariedad del mismo.

"Ellos afirman el abandono por haberlo oído decir y todos los que por causa distinta lo afirmaron, al ser contrainterrogados, rectificaron su afirmación, manifestando no conocer las circunstancias de hecho relativas al abandono, ni el momento en que éstas se hubiesen llevado a efecto; sin embargo, el Tribunal afirma haber sido voluntario el abandono, cometiendo con ello error de hecho evidente en la apreciación de la prueba de testigos aducida por el demandado en la primera instancia, porque de tal prueba no se deduce la conclusión a que llega el Tribunal, en consecuencia, esta entidad dio por probados hechos que no lo fueron con las pruebas presentadas y negó la separación de bienes demandada."

Se considera:

Fundado en el dicho de los testigos Florentino Quijano, Ricardo Silva, Guillermo Cabrera, Roque Osorio, Cristóbal Cruz, Sebastián y Lorenzo Urueña, Angel Machado, Teodoro y Eliseo Varón, José Herrera, Carmela Méndez, Sinforiano Salazar, José Hernández, Antonio Parra y Cornelio Herrera, dice el Tribunal que "estos testigos declaran sobre la mala conducta de la Ochoa que abandonó el hogar, algunos sobre que le daba buen trato a la esposa, que cuidaba de la educación de sus hijos menos de una tontica que se llevó la Ochoa; que los hijos del matrimonio son mayores de edad; que Dominga Ochoa, dicen algunos, abandonó el hogar por irse con Pedro Saavedra."

Y concluye el Tribunal:

"En suma, pues, no se acreditó el trato cruel que diera Parra a su esposa, y si ella abandonó el hogar por su propia voluntad por seguir a otro sujeto, no puede considerarse a Parra como que hubiera abandonado absolutamente sus deberes de esposo y padre, que justifiquen la acción de separación de bienes."

Las declaraciones de Teodoro Varón, Ricardo Silva, Guillermo Cabrera y Cristóbal Cruz ponen de manifiesto el abandono de la casa por parte de Dominga Ochoa y las relaciones de ésta con Pedro Saavedra.

"Hace varios años (más de catorce)—dice el testigo Guillermo Cabrera—encontré a la señora Dominga Ochoa de Parra en un punto del camino que viene de la finca La Mejora a esta población, a la señora Dominga Ochoa, ya dicha y a Pedro Saavedra, estando éste sentado en una piedra y la Ochoa sentada en las piernas de éste."

"Sé que la señora Dominga Ochoa de Parra—dice el testigo Cristóbal Cruz—es mujer de mala conducta, porque la he visto andando y viviendo con otro hombre que no es su marido, cuando se salió de su casa, en La Palmilla y Piloto, de esta jurisdicción, y estos actos los vi ejecutar con mis propios ojos, en las condiciones de que andaban juntos la Ochoa y Pedro Saavedra, habiendo sido varias veces que se han ejecutado estos actos, con las circunstancias que dejo narradas, actos continuos desde mil novecientos catorce, me consta que dicha señora abandonó el hogar de su marido voluntariamente por ella, no había ninguna circunstancia, ni en virtud de maltrato que le diera José Parra, su marido legítimo, ese abandono del hogar lo presencié no por haber vivido en la misma casa que habitaban los esposos Parra y Ochoa, sino por ser su vecino, y también trabajador allí."

El testigo Teodoro Varón dice:

"Sí señor, vivo y he vivido desde hace muchos años cerca de la finca de José Parra La Mejora, donde éste reside, del Municipio de Venadillo, y por eso he tenido ocasión de saber por directa percepción que la señora Dominga Ochoa de Parra hace mucho tiempo (más de quince años), abandonó la casa del peticionario, saliéndose con el hoy finado Pedro Saavedra, y desde entonces nunca ha vuelto a ella, siendo voz pública del vecindario que dicha mujer observa mala conducta y ha tenido relaciones ilícitas con distintos individuos."

"Soy cuñado de Dominga Ochoa de Parra—dice el testigo Ricardo Silva—me consta por directa percepción que hace muchos años, más de quince, que esta señora no va a la casa de José Parra y nunca he presenciado que éste la haya ultrajado hasta poner en peligro su vida. Vivo y he vivido desde hace muchos años cerca de la finca de José Parra La Mejora, donde éste reside, y por eso he tenido ocasión de saber por directa percepción, que la señora Dominga Ochoa de Parra hace mucho tiempo, más de quince años, abandonó la casa de José Parra, saliéndose con el hoy finado Pedro Saavedra y desde entonces no ha vuelto a ella."

Es doctrina constante y uniforme de la Corte que los Tribunales son soberanos en la apreciación de la prueba testimonial, apreciación que no puede ser modificada por la Corte en casación, sino en el caso de que el

sentenciador haya incurrido en error de hecho que aparezca de modo evidente en los autos. En el caso que se estudia, el Tribunal no incurrió en error al apreciar la prueba testimonial en que se cifra la sentencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

1ª No es casable la sentencia recurrida, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Ibagué, con fecha primero de abril de mil novecientos treinta y dos.

2ª Condénase al recurrente en las costas del recurso.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

Se pide aclaración de la parte motiva de la sentencia definitiva que le puso término al recurso de casación, fechada el cuatro de agosto de mil novecientos treinta y tres. La Corte ha establecido la jurídica doctrina de que la ley faculta a las partes para pedir aclaración de la parte resolutiva de una sentencia y no de la parte motiva, según consta en un sinnúmero de fallos de antigua y reciente data.

En fallo de veinticinco de abril de mil novecientos treinta y dos, dijo la Corte Plena:

"El artículo 842 del actual Código Judicial no autoriza al juzgador—como tampoco lo autorizaba el artículo 100 de la Ley 105 de 1890—para entrar nuevamente en el fondo del asunto, so pretexto de aclarar frases oscuras o dudosas.

"Lo que el peticionario llama aclaración, implicaría otro examen y una nueva decisión de todos los motivos en que fundó su demanda de inexequibilidad." (Gaceta Judicial, tomo XXXVII, número 1858, mayo 20 de 1932).

Respecto del artículo 100 de la Ley 105 de 1890, ha dicho la Corte:

"Para que pueda prosperar la causal de casación consistente en tener la sentencia disposiciones contradictorias, es preciso que la contradicción se refiera a la parte resolutiva y que se haya pedido aclaración de la sentencia oportunamente." (Jurisprudencia de la Corte, tomo I, número 1280).

"La ley no autoriza aclaración de frases oscuras o dudosas, sino cuando ellas se encuentran en la parte resolutiva de la sentencia, y no cuando se encuentran en la parte motiva." (Jurisprudencia de la Corte, tomo II número 63).

"Cuando la petición de aclaración se refiere a la sentencia del Tribunal, que revisa la Corte en casación, la solicitud debió hacerse ante aquella corporación, no ante la Corte, la cual sólo puede aclarar, si fuere el caso, la parte resolutiva de su fallo." (Jurisprudencia de la Corte, tomo III, número 83).

"Las frases oscuras o de doble sentido que haya en la sentencia, cuya aclaración puede solicitarse cuando ofrecen motivo de duda, son las que se encuentran en la parte resolutiva del fallo." (Gaceta Judicial, índice y Jurisprudencia del tomo XXXVI, número 23).

"La sentencia que falla la demanda sobre inexequibilidad de leyes o decretos acusados como inconstitucionales, es sentencia definitiva, no puede adicionarse o modificarse por vía de aclaración en vista de alegatos posteriores en que se hacen nuevos argumentos de acusación contra la ley, sobre cuya validez o eficacia ya se decidió. Estos fallos no pueden reformarse por el mismo sentenciador sino en lo referente a frutos, intereses, perjuicios o costas, en los casos del artículo 17 de la Ley 169 de 1896; o para aclarar frases oscuras o de doble sentido (artículo 100 de la Ley 105 de 1890), o para corregir un error aritmético (artículo 862 del Código Judicial). Reformas éstas que se refieren a la aclaración o adición de la parte resolutiva de la sentencia." (Gaceta Judicial, índice y Jurisprudencia del tomo XXXVI, número 807).

La sentencia censurada por el apoderado del recurrente, se defiende por sí sola en lo jurídico y en lo moral. Basta leerla con ánimo sereno.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, declara que no es el caso de acceder a la aclaración solicitada.

Notifíquese.

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez y siete de agosto de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Arango).

Abel Ramírez G. demandó a Luis F. Ramírez para que se hicieran estas declaraciones:

"1ª Que queda rescindido por lesión enorme y sin ningún valor ni efecto el contrato de compraventa de la nuda propiedad de las siguientes fincas ubicadas en jurisdicción de La Mesa, celebrado entre el señor Abel Ramírez G. y Luis F. Ramírez G., por medio de la escritura pública número 182, de fecha diez y seis de mayo de mil novecientos veintisiete, otorgada en la Notaría de La Mesa:

"a) La conocida con los nombres de **Santa Ana, Chiquinquirá, San Fernando y el Cural**, comprendida dentro de los siguientes linderos:

'Partiendo del camino seccional que va para la hacienda de **Santa Lucía**, por una cerca de piedra lindando con tierras de Angel María Díaz, denominada **La Paz**, hasta dar con un terreno de Florentino Riaño, donde termina la cerca de piedra en la quebrada de **Santa María**; ésta arriba, hasta su nacimiento, donde principia una cerca de piedra y por esta cerca hasta encontrar un mojón marcado con el número tres (3); de este mojón, por una zanja abajo, hasta encontrar otro mojón, marcado con el número dos (2); de aquí, toda una cerca de piedra, hasta encontrar otro mojón de piedra marcado con el número uno (1); de aquí, por el camino que va para **El Colegio**, de una cerca de alambre, a dar con el terreno del señor Francisco Ramírez, hasta dar con la orilla de la quebrada de **El Tigre**, quebrada arriba, hasta lindar con terrenos de Angel María Díaz; de aquí, por una cerca de piedra, hasta dar a la orilla del camino nacional, lindando con terrenos de los herederos de Juan Tribiño, y de aquí, camino nacional abajo, hasta el extremo de la cerca de piedra en la orilla de la quebrada de **El Tigre**, primer lindero.'

"b) La casa de habitación construida de pared maestra y teja metálica, y las mejoras, una y otras de la finca expresada en la letra anterior, compuestas éstas de potreros de pasto artificial y cercas de piedra y alambre.

"c) Un terreno que pertenecía al antiguo globo de San Martín, alinderado el terreno así:

'De la punta de la cerca de la quebrada de Santa María, por esta cerca, hasta encontrar la quebrada de Santa Ana, hasta llegar a un mojón de piedra, marcado con el número tres (3); quebrada abajo, hasta encontrar un mojón de piedra marcado con el número dos (2), y por esta cerca de piedra, hasta encontrar un mojón de piedra marcado con el número cuatro (4), a la orilla del camino nacional; camino abajo, hasta encontrar un mojón de piedra marcado con el número uno (1), y de aquí, línea recta, hasta encontrar un mojón marcado con el número dos (2), a la orilla de la quebrada de Santa María, deslindando con tierras de Florentino Riaño, y de aquí, quebrada arriba, a la punta de la cerca, primer lindero.'

"d) Las mejoras de pastos artificiales, cercas de alambre y de piedra, de la finca determinada en la letra anterior c).

"2ª Que como consecuencia de la declaración anterior, queda sin ningún efecto ni valor la escritura número ciento ochenta y dos, al principio indicada, contentiva del referido contrato de compraventa, y debe ordenarse la cancelación del registro de ésta.

"3ª Que el demandado debe restituir al demandante, en el término que usted señale, la nuda propiedad de las fincas materia de la rescisión, relacionadas en los puntos a), b), c) y d) de esta petición.

"4ª Que el mismo demandado está en la obligación de purgar previamente, en el plazo que usted le fije, la nuda propiedad de las fincas de cualquier hipoteca o derecho real que haya constituído en ella, especialmente del gravamen hipotecario que consta en la escritura número mil setecientos treinta y dos, de fecha diez y ocho de julio del presente año, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, por el señor Luis F. Ramírez G. a favor del señor José J. Jaramillo J., para asegurarle a éste el pago de la suma de diez mil pesos ($ 10,000) oro colombiano, acuñado, que el primero recibió a mutuo del segundo.

"5ª Que el demandado debe pagarle al demandante las costas de este juicio."

El Juez del conocimiento absolvió al demandado de los cargos de la demanda y el Tribunal de Bogotá, en grado de apelación, confirmó el proveído del Juez.

El demandante interpuso recurso de casación que fue admitido, y hoy, tramitado como está el negocio, se procede a estudiar y fallar el recurso.

Los antecedentes del asunto son éstos: por escritura número 182, de diez y seis de mayo de mil novecientos veintisiete, Abel Ramírez le vendió a su hijo Luis F. Ramírez, la nuda propiedad de unos globos de terreno que componen la finca llamada Santa Ana, reservándose el vendedor el usufructo durante su vida; por escritura número 1732, de diez y ocho de julio de mil novecientos veintinueve, Luis F. Ramírez se constituyó deudor del señor José J. Jaramillo J., por la cantidad de diez mil pesos ($ 10,000) oro acuñado, y para garantizar ese crédito hipotecó la nuda propiedad de la hacienda de Santa Ana; en ocho de agosto de mil novecientos veintinueve, por escritura número 1857, Ramírez le vendió a Jaramillo la nuda propiedad de Santa Ana, escritura que no se pudo registrar porque se había registrado en la Oficina de Registro de La Mesa, donde está ubicada la finca, una demanda de rescisión por lesión enorme del contrato por el cual Ramírez padre vendió a su hijo la nuda propiedad de Santa Ana. Ramírez hijo contestó la demanda en estos términos:

"Quisiera defenderme de esta acción negando el derecho y los hechos en que se apoya; pero me veo precisado a declarar con sereno criterio y recta conciencia, que no tengo medios de hacerlo ni la ley me brinda recursos para oponerme a la razón y a la justicia que favorecen al demandante. Esa oposición sería baldía e infundada y me colocaría además en el caso de ser condenado en costas.

"Por todo esto, tengo a mi pesar que convenir en todos los hechos y en el derecho alegados y en lo que exige el demandante en la acción intentada contra mí. Y en consecuencia, le pido a usted, con la atención debida, que cite para sentencia, de conformidad con lo que dispone el artículo 145 de la Ley 105 de 1890."

El recurrente ataca el fallo por violación de los artículos 1946, 1947 y 1948 del Código Civil, por cuanto el sentenciador conceptuó que el contrato de venta de la nuda propiedad de una hacienda reservándose el vendedor el usufructo de por vida, era un contrato aleatorio y que teniendo ese carácter, escapaba a la acción rescisoria por lesión enorme.

Dice el recurrente:

"De acuerdo con los principios, la esencia de los contratos aleatorios estriba en que haya un riesgo, una contingencia de ganancia o pérdida en la respectiva prestación.

"Los contratos son conmutativos o aleatorios o de suerte. Los primeros son aquellos en que cada una de las partes tienen en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación, pecuniariamente apreciable, equivalente que tiene que ser cierto y determinado desde el momento mismo de la celebración del contrato. Los segundos son aquellos en que cada una de las partes tiene también en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación apreciable en dinero, pero no un bien determinado en el momento de la celebración del contrato, y sí dependiente de un acontecimiento incierto, corriendo los contratantes un riesgo de ganancia o pérdida.

"De suerte que en los contratos aleatorios el riesgo de ganancia o pérdida, que constituye su esencia, por una eventualidad más o menos posible, o probable pero no cierta, tiene que ser recíproco y a él tienen que quedar sometidos todos los contratantes. Por tanto si la contingencia sólo la corre uno solo de los contratantes, el contrato no puede considerarse como aleatorio, ya que estos contratos son aquellos cuya materia es un hecho fortuito o eventual.

"El Tribunal sentenciador no ha dado la razón fundamental en que apoya el concepto de que el contrato de compraventa de la nuda propiedad que ha dado lugar a este juicio, sea un contrato aleatorio, simplemente se dio a la tarea de prohijar y transcribir textualmente las razones que adujo el fallador de primera instancia que no resisten el análisis de la lógica, para sostener que sí es aleatorio dicho contrato, y concluir en el fallo que no tiene cabida la acción rescisoria de la demanda.

"Dicho concepto es erróneo e injurídico.

"Quien compra la nuda propiedad de una finca raíz no compra nada incierto, sino al contrario, una cosa cierta y determinada, como es la desnuda propiedad, es decir, la propiedad despojada del elemento denominado usufructo y el precio de esa nuda propiedad no está sujeto a ninguna contingencia.

"Es incontrovertible que en una convención de esa naturaleza no se arriesga nada; el comprador adquiere por el registro de la escritura el derecho a la nuda propiedad y el vendedor la suma de dinero estipulado como precio, nada más, nada menos.

"En la venta de una nuda propiedad lo incierto es la llegada del día en que ha de consolidarse la propiedad por la muerte del usufructuario, pero es obvio que ese hecho no constituye la esencia de la venta ni el objeto de ella. Lo vendido es la nuda propiedad; cosa cierta y determinada desde el momento mismo de la celebración del contrato y por tanto la compra no está sujeta a ninguna eventualidad.

"El concepto del sentenciador de que el contrato de compraventa de una nuda propiedad es aleatorio, y que por eso no es rescindible la venta, no tiene apoyo ni en la ley ni en la doctrina.

"En efecto, en ninguna parte de nuestro Código Civil se ha dicho que el contrato de compraventa de una nuda propiedad sea aleatorio y no se pueda rescindir por lesión enorme.

"El sentenciador al estudiar el contrato que contiene la escritura número 182 de diez y seis de mayo de mil novecientos veintisiete, otorgada ante el Notario principal de La Mesa, y en virtud de la cual mi poderdante, señor Abel Ramírez G., le vendió a Luis F. Ramírez G. la nuda propiedad de los terrenos alinderados en dicha escritura, afirma que dicho contrato, si bien es oneroso, no tiene el carácter de conmutativo, porque si bien es cierto que el vendedor recibió un precio determinado, que no estaba sujeto a ninguna variación, no pasa lo mismo respecto del comprador, porque lo recibido por él representa una utilidad más o menos variable, ya que la adquisición del dominio con todos sus atributos, que en definitiva implica la compra, está sometida a un día cierto, pero indeterminado, elementos éstos que lo colocan en la categoría de contrato aleatorio.

"Este concepto de la Sala falladora no se apoya en ninguna razón que tenga mérito jurídico ni que resista el más ligero análisis. Cae ante la ley y ante una sana lógica.

"Si contrato conmutativo es aquel en virtud del cual cada una de las partes recibe un equivalente efectivo no subordinado a una contingencia, y que puede ser avaluado inmediatamente, es claro que el contrato de venta de una nuda propiedad pertenece a la clase de los contratos conmutativos, porque el objeto de cada uno de los derechos de las partes es equivalente. La nuda propiedad se compra descontando el usufructo habida consideración a la edad del usufructuario, de suerte que el precio y la nuda propiedad son equivalentes y no están sujetos a ninguna contingencia.

"Es pues palmaria la violación en que incurre el Tribunal sentenciador al interpretar en la forma en que lo hizo el artículo 1498 del Código Civil, para considerar el contrato de que se trata como aleatorio y desconocerle su carácter de conmutativo y por eso infringió por errónea interpretación el acotado artículo."

Se considera:

Es de toda verdad que en nuestro Código Civil no hay ninguna disposición que consagre el principio de que los contratos aleatorios escapan a la acción de rescisión por lesión enorme, pero también es de toda evidencia que esa doctrina está aceptada por jurisprudencia similar a la nuestra y los comentadores así lo reconocen y enseñan. En los anales jurídicos del país, esa doctrina no es peregrina, ella ha sido consignada en fallos judiciales, como el del Tribunal de Cundinamarca, según sentencia de fecha doce de agosto de mil ochocientos noventa y tres, (**Registro Judicial de Cundinamarca**, número 242, página 1171), en tratándose de la venta de una mina.

El comentador nacional, doctor Fernando Vélez, dice al respecto:

"La venta de un inmueble puede ser aleatoria, es decir, puede depender de hechos que impliquen ganancia o pérdida, porque no sea posible apreciar exactamente el precio de la cosa vendida, como cuando se trata de la venta de un usufructo o de la nuda propiedad (artículos 669, 824 y 825), o porque no se pueda saber si el precio es el equivalente exacto de la cosa, lo que ocurre principalmente cuando la venta constituye una renta vitalicia (artículos 2287 y 2290). En estas ventas ¿podrá haber lesión enorme? En principio nó, porque la naturaleza aleatoria del contrato no permite establecer con certidumbre la relación que existe entre el precio estipulado por el vendedor y el justo precio. Sin embargo, si admitiendo que se efectúen los hechos más favorables a la parte que se crea perjudicada, resulta que es clara la lesión de que habla el artículo 1947, como si un inmueble no expuesto a desmejoras se da en cambio de una pensión anual que sea inferior a la mitad de la renta neta que el inmueble produzca anualmente (artículo 1975), habrá lugar a la rescisión del contrato por lesión enorme."

Esta misma doctrina ha sido acogida por esta Sala en sentencia de fecha nueve de mayo del corriente año.

Sentado que la acción rescisoria por lesión enorme no tiene cabida respecto de los contratos aleatorios, resta examinar si el contrato de compraventa de la nuda propiedad de una hacienda, reservándose el vendedor el usufructo de por vida, es un contrato aleatorio.

El artículo 1498 del Código Civil dice:

"El contrato oneroso es **conmutativo**, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente constituye una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama **aleatorio**."

Los expositores concuerdan al considerar que el riesgo o contingencia puede correrse para ambas o para una de las partes, y como se presume que en la mayoría de los casos, quien efectúa una operación de compraventa, tiene en mira un lucro, la ventaja que ha de derivar del negocio, cuando esa ventaja depende de un acontecimiento incierto como es la muerte del usufructuario para que se consolide la propiedad, el contrato es aleatorio porque la ganancia o ventaja depende del menor o mayor tiempo que viva el usufructuario; el riesgo es elemento indispensable de la convención y no se concibe un contrato aleatorio sin que uno u otro de los contratantes tome a su cargo riesgos y peligros.

En la venta de la nuda propiedad la ventaja o ganancia que pudiere reportar el comprador, está subordina-

da al tiempo que dure el usufructo, porque mientras menos dure, la ganancia será mayor, pues más pronto se consolida el dominio y el comprador puede más ligero aprovechar los frutos y producto del inmueble.

Ahora, si esa ganancia depende de un hecho indeterminado cual es la muerte del usufructuario, no se puede justipreciar el valor de esa nuda propiedad al tiempo del contrato, porque ese valor está sometido al cumplimiento de la condición, que no se sabe cuándo llegará. Está fuera de duda, según lo expuesto, que el contrato de que se trata es aleatorio y por tanto no hay dato cierto ninguno que sirva de patrón o norma para saber si el precio que se pagó por la nuda propiedad sea el justo en el momento del contrato, porque él depende de un hecho que no se sabe cuándo se realiza.

Hay que advertir que los contratos aleatorios revisten ciertas modalidades que les son peculiares, ya que en unos, los riesgos los corren ambos contratantes, y en otros uno de ellos; en algunos lo que se compra es una cosa incierta, como una cosecha futura, y entonces el álea consiste en la cosa comprada; en otros, aunque lo comprado sea cosa cierta, la contingencia de ganancia o pérdida depende de un hecho futuro e incierto.

Sentado como queda que los contratos aleatorios escapan a la acción rescisoria por lesión enorme y que el contrato de compra de la nuda propiedad cuando el vendedor se reserva de por vida el usufructo, es aleatorio, como sucede al presente, inútil es entrar en el estudio de los motivos de casación que alega el recurrente sobre apreciación de pruebas por parte del Tribunal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha octubre diez de mil novecientos treinta y dos.

Segundo. Las costas son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JOSE MIGUEL ARANGO — José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto diez y ocho de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Nannetti).

El doctor Guillermo García, como apoderado de la señora Matilde Mendoza de Mogollón, demandó ante el Juez del Circuito de Pamplona al señor Marco Aurelio Mogollón, en su carácter de esposo legítimo de su poderdante, para que con su audiencia se decretara la simple separación de bienes entre dichos cónyuges, y se verificara la entrega a la citada señora de todos los que le corresponden, ya por formar parte de su patrimonio exclusivo, ya por gananciales en la sociedad conyugal que formó con su marido.

Fundó esta demanda en los hechos siguientes:

"1° Matilde Mendoza de Mogollón y Marco Aurelio Mogollón contrajeron matrimonio por el rito canónico el día veintisiete de octubre de mil novecientos dos.

"2° La señora es dueña de algunos bienes que adquirió por herencia de sus padres, como son los terrenos de San Javier y Mónoga, y otros.

"3° El señor Mogollón, en uso de la potestad marital, administra todos los bienes de la sociedad conyugal como los de la esposa, y se sirve de los frutos de los últimos.

"4° La sociedad conyugal existente posee varios bienes inmuebles y de otras clases, y todos los administra el marido.

"5° La demandante señora de Mogollón adquirió con fondos propios los derechos que le traspasó su madre, señora Catalina Jaimes de Mendoza, por escritura número 695, de fecha primero de diciembre de mil novecientos diez y ocho.

"6° Hace más de un año que el demandado administra fraudulentamente los bienes de la señora y de la sociedad conyugal.

"7° Hace también más de un año que dicho demandado ha abandonado a su esposa, dejándola en completa indigencia y abandonando en absoluto los deberes de esposo y de padre, pues no ha suministrado a su dicha esposa lo más mínimo para que atienda a su congrua sustentación y a sus más apremiantes necesidades personales, habiendo tenido que alojarse en casa del señor Luis María Luna, esposo de su única hija, y allí recibe gratuitamente los alimentos.

"8° La señora no goza ni del producto de sus bienes propios, ni de los productos de los bienes sociales, pues el demandado es quien los usufructúa por completo, y vive separado de hecho de su esposa.

"9° La señora de Mogollón, por el contrario, ha cumplido siempre con todos los deberes legales y morales de esposa y de madre."

El fundamento de derecho, dijo, "consiste en que cuando el marido maneja mal los bienes que por razón de la potestad marital le corresponde administrar, y abandona en absoluto los deberes de esposo y jefe del hogar, la mujer tiene derecho a que se liquide la sociedad conyugal, y a que se le entreguen todos los bienes que le pertenezcan por cualquier título, y a usufructuar de sus propios bienes."

Contestó el demandado negando la mayor parte de los hechos, y oponiéndose a la acción.

El Juez del conocimiento decidió así la controversia:

"Decreta la separación de bienes entre los cónyuges Marco Aurelio Mogollón y Matilde Mendoza de Mogollón; para lo cual se devolverán a la mujer los suyos, y en cuanto a la división de los gananciales, se seguirá lo ordenado en el capítulo 5° del Título 22, del libro 4°, del Código Civil. Se ha señalado la suma de cien pesos ($ 100) con que el marido debe contribuir para las expensas de este juicio."

El Tribunal Superior de Pamplona revocó la sentencia anterior, y en su lugar absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda, y en consecuencia, dispuso el levantamiento de las medidas preventivas que se habían decretado.

El apoderado de la señora de Mogollón interpuso contra la sentencia anterior recurso de casación, que la Corte procede a resolver, una vez que fue admitido oportunamente.

Alega el recurrente la primera causal de casación, señalada en el artículo 520 del Código Judicial, por ser la sentencia violatoria, en su sentir, de ley sustantiva, por indebida aplicación e interpretación errónea, como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

El Tribunal analiza las declaraciones de los testigos presentados por la demandante, señores Ibáñez, Fonse-

ca, Luna, Mendoza, para demostrar el absoluto abandono en que el señor Marco Aurelio Mogollón ha dejado a su esposa, señora Matilde Mendoza de Mogollón, y es de concepto que con tales testimonios no se ha comprobado la causal de separación de bienes que se alega.

Dice el sentenciador:

"En efecto: los testigos Ibáñez, Fonseca, Luna y Mendoza dicen que les consta, por percepción ocular y directa, que Mogollón ha dejado en absoluto abandono a su esposa, desde luégo que no le ha suministrado lo más mínimo para que pueda atender a su subsistencia y a sus más apremiantes necesidades personales, y que por tal motivo se vio la señora de Mogollón precisada a alojarse en casa de su hija, la esposa del señor Luis María Luna, donde recibe gratuitamente los alimentos, es decir, se limitaron a expresar el mismo hecho que la demandante adujo como causal de la separación de bienes impetrada, sin indicar hechos precisos de ninguna naturaleza, de los cuales pueda deducirse ese abandono, como serían, por ejemplo, el que a la señora le fue suministrada la alimentación gratuitamente o a crédito por tal o cual persona, o que tuvo que hacer préstamos de dinero para atender sus demás necesidades personales durante el tiempo que permaneció en San Javier, al lado de su marido, y cuando éste se abstuvo —según lo afirma—de suministrarle lo más mínimo para atender 'a su congrua sustentación y sus apremiantes necesidades.'

"Así, pues, concluye el Tribunal, la demandante no ha comprobado los hechos que adujo como razones para separarse del lado de su marido, abandonar su hogar e irse a vivir a otra parte, rompiendo así los vínculos de afecto o deber, en cuyo caso, la demandante sí aparece faltando al cumplimiento de los deberes de esposa y no el demandado, precisamente porque aquélla no dio la prueba de las causas y de los hechos que constituyen el abandono absoluto de los deberes de esposo que imputó a Mogollón, todo lo cual hace procedente la infirmación del fallo apelado, sin entrar en consideraciones de otro orden, por innecesarias."

Dice el recurrente que los testimonios de Ibáñez, Luna, Mendoza y Portilla, rechazados por el Tribunal, son completos, uniformes y satisfactorios en cuanto a la razón de sus afirmaciones, pues dan cuenta de los hechos referentes al marido en la forma siguiente:

"Que les consta, por percepción ocular y directa, que Marco Aurelio Mogollón, hace ya diez y siete meses (para junio de mil novecientos treinta y uno, según unos, y mucho más de un año, según otros), ha dejado á su esposa, doña Matilde Mendoza de Mogollón, en absoluto abandono, dejando así de cumplir con los deberes de esposo, pues no le ha suministrado en todo ese tiempo lo más mínimo para que pueda atender a su subsistencia y a sus más apremiantes necesidades personales, habiendo tenido que alojarse la señora Matilde Mendoza en casa de su hija Matilde, esposa del señor Luis María Luna R., en Labateca, donde recibe gratuitamente los alimentos, precisamente porque su esposo, el señor Mogollón, la ha dejado en la indigencia, pues no le envía dinero ni efectos que le sirvan para cubrir sus más urgentes necesidades, circunstancia que ha obligado a la señora a vivir arrimada en casa de su hija; y que Mogollón vive separado de hecho de su esposa, a la cual mira con la mayor indiferencia y con gran desprecio.

"El texto de estos testimonios prueba—dice el autor del recurso—que el abandono de parte del marido ocurrió principalmente cuando ambos esposos vivían en San Javier, hacienda de la señora, y fue allí donde ésta se vio abandonada, despreciada y mirada con la mayor indiferencia por su marido, y donde se vio privada de toda clase de recursos para atender a sus necesidades personales, etc., etc., ya que así debe entenderse la forma gramatical empleada, al decir que la señora se vio abandonada, **habiendo tenido que alojarse en casa de su hija.**

"El gerundio **habiendo** denota una causa anterior a la determinación de abandonar San Javier para ir a buscar asilo en casa de su hija, y esa causa preexistente fue el abandono, el desprecio, la privación de recursos, etc., a que sometió Mogollón a su señora."

Incurrió, pues, el sentenciador—concluye el recurrente—en error de hecho evidente o manifiesto, al declarar que no probó la actora la causal alegada del absoluto abandono de los deberes del señor Marco A. Mogollón, su esposo, para con ella, violando así de modo indirecto los artículos 154, ordinal 4º, del Código Civil, y 3º de la Ley 8ª de 1922, e incurrió en error de derecho, en cuanto reconocen como causal de separación de patrimonios el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de los deberes de esposo, y las disposiciones sustantivas de los artículos 538, 539 y 607 del Código Judicial, que rigió hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos treinta y uno, por estar vigente cuando se rindió la prueba en su mayor parte (artículo 39 de la Ley 153 de 1887).

Considera la Corte que el Tribunal echa de menos en las declaraciones de los testigos, que señala el autor del recurso, como mal apreciadas, una discriminación de hechos concretos, de los cuales pudiera deducirse la privación de recursos a que estuvo sometida la señora Mendoza de Mogollón, tales, dice, como sería, por ejemplo, el que a la señora le fue suministrada la alimentación gratuitamente o a crédito, por tal o cual persona, o que tuvo que hacer préstamos de dinero para atender a sus demás necesidades personales durante el tiempo que permaneció en San Javier, al lado de su marido, y cuando éste se abstuvo, según lo afirma, de suministrarle lo más mínimo para atender a su congrua sustentación y sus apremiantes necesidades personales; pero a esto se observa que los testigos que podían declarar sobre lo que ocurrió en la intimidad de la casa de los esposos Mogollón, o sean la hermana de la señora, su yerno, una antigua criada de la casa y un amigo, por percepción personal y directa exponen, esto es, como testigos presenciales, que el marido no suministraba a su esposa lo más mínimo para subvenir a sus necesidades, habiéndose visto forzada por ello a refugiarse en la casa de su hija Matilde, esposa de Luis María Luna, donde recibe gratuitamente los alimentos.

Si los testigos dan razón de su dicho, esto es, si presenciaron los hechos relativos al abandono del más elemental de los deberes del marido, como es el de proveer a la subsistencia de su esposa, sobre todo teniendo el manejo de los bienes de ésta, no pueden desecharse sus declaraciones por no haber sido más explícitos y detallados, ya que reúnen los elementos que la ley requiere para que valgan sus testimonios.

Dos testigos hábiles para declarar, que concuerdan en el hecho y en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, dice el artículo 607 del Código Judicial, que es aplicable al caso, hacen plena prueba.

Los testigos citados, por razones de parentesco y por estar en capacidad de presenciar los hechos, podían perfectamente darse cuenta de lo que ocurría en la intimi-

dad del hogar de los esposos Mogollón, y podían declarar, con plena conciencia, como lo hace Luna, cuando dice:

"Me consta por percepción directa que el señor Marco Aurelio Mogollón, hace diez y siete meses que no le suministra ni lo más mínimo a su esposa, dejando así de cumplir con sus deberes de esposo, y teniendo que alojarse en mi casa, en donde gratuitamente recibe los alimentos....."

O como expone la señora Ana Rosa Mendoza:

"Me consta, por percepción ocular y directa, que el señor Marco Aurelio Mogollón ha dejado a su señora, Matilde de Mogollón, en absoluto abandono, dejando así de cumplir con sus deberes de esposo y de padre, pues no le ha suministrado en todo ese tiempo lo más mínimo para que pueda atender a su subsistencia y a sus más apremiantes necesidades personales, habiendo tenido la señora Matilde que alojarse en casa de su hija Matilde, esposa del señor Luis María Luna R., en esta población (Labateca), donde recibe gratuitamente los alimentos....."

Según estos testimonios, la señora de Mogollón se fue a vivir a casa de su hija, urgida por la necesidad de atender a su subsistencia, pues su marido, a pesar de administrar bienes de ella, no le suministraba lo más mínimo para sus gastos personales. Corroboran estas declaraciones la antigua criada de la casa, Eudoxia Portilla, y las de los testigos Miguel Ibáñez y Rafael Fonseca.

Da una idea del estado de ánimo de Marco Aurelio Mogollón respecto de su mujer, de quien dicen los testigos que era tratada por él con desprecio e indiferencia, la declaración de Luis María Luna, corroborada por la de Ramón Mora, según la cual, cuando el señor Mogollón estuvo delicado de salud, su esposa ocurría sin demora a proporcionarle cuidados, y él no la atendía, ni quiso recibirle los alimentos que por su propia mano le brindara, teniendo que valerse del señor Ramón Mora para estos suministros, a quien sí le atendía.

La copia de testimonios aducidos por el señor Marco Aurelio Mogollón, en la segunda instancia, no alcanzan a infirmar los que se dejan analizados, por cuanto los testigos conjeturan que la señora de Mogollón se separó de su marido para ir a vivir a Labateca, en casa de su hija, que reside en esa población; por el cariño de los hijos habidos en el matrimonio Luna-Mogollón, o halagada por las comodidades que brinda la vida de los pueblos, o hastiada por el cansancio que a la larga produce la vida del campo, abandonando así por su propio querer el hogar, y sin culpa ninguna de su marido."

Los testigos afirman que Mogollón cumplía ampliamente con sus deberees de esposo, pero por la circunstancia de no estar enterados de las intimidades del hogar Mogollón-Mendoza, como los parientes de la señora Mendoza de Mogollón, no pueden sus testimonios primar sobre los otros, según las reglas de la crítica jurídica, que autorizan al Juez para apreciar la prueba testimonial.

El Tribunal, pues, ha incurrido en error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba testimonial de que se ha hablado, ha violado el artículo 607 del Código Judicial, e infringiendo, en consecuencia, por falta de aplicación al caso del pleito, el inciso 2º de la Ley 8ª de 1922, en relación con el ordinal 4º del artículo 164 del Código Civil.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, pronunciada por el Tribunal de Pamplona el trece de septiembre de mil novecientos treinta y dos, y en su lugar confirma la sentencia de primera instancia.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese esta sentencia en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario en propiedad.

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

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

En el juicio promovido por la señora Albertina Arango contra su marido Benjamín Sandino, el Juzgado 3º del Circuito de Medellín dictó la sentencia de fecha cinco de noviembre de mil novecientos treinta y dos, en que dispuso:

"1º Apruébanse las diligencias de liquidación, partición y adjudicación de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal disuelta, formada por los cónyuges Benjamín Sandino y Albertina Arango de S.

"2º Tanto esta sentencia, como las diligencias de liquidación, partición y adjudicación, se inscribirán en el libro de causas mortuorias de este Circuito, y en el mismo libro de aquellos Circuitos donde hubiere bienes de la sociedad.

"3º Protocolícese el expediente en una de las Notarías de este Circuito, de preferencia en la que designen los interesados.

"4º Hágase a la cónyuge Albertina Arango de S. la entrega de los bienes que se le adjudicaron en la partición; y

"5º Expídase a los interesados copia de su hijuela, para los fines consiguientes."

Por apelación del demandado Sandino, el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de treinta y uno de enero de mil novecientos treinta y tres, confirmó la de primera instancia. La misma parte interpuso casación. La Corte admitió el recurso por auto de mayo veintitrés de mil novecientos treinta y tres.

Como el recurso fue interpuesto bajo la vigencia de la nueva Ley Judicial, está sujeto a las disposiciones de esta Ley.

Ahora, consta en el expediente que el auto en que se corrió traslado a la parte recurrente tiene fecha trece de junio de mil novecientos treinta y tres, y el memorial dirigido a los Magistrados de la Corte, fundando el recurso de casación, fue recibido en esta Superioridad el día nueve de junio de este año, es decir, antes de dictarse el auto en que se ordenó correr traslado a la parte recurrente para fundar el recurso, todo lo cual está diciendo que el recurso no se fundó dentro del término que señala la ley, y, por tanto, habrá que declararlo desierto, de acuerdo con el artículo 539 de la Ley 105 de 1931.

En un fallo reciente dijo la Corte:

"Esta decisión se ajusta a la jurisprudencia constante de la Corte sobre el particular, como puede verse, entre otros, en los fallos de 27 de agosto de 1917, tomo XXVI, página 150, 3ª; 16 de octubre de 1917, tomo XXVI, página 167, 3ª; 17 de octubre de 1917, tomo XXVI, página 168, 1ª, y número 1043, tomo II, Gaceta Judicial.

"Pero suponiendo que este recurso se rigiera por la Ley 105 de 1931, al mismo resultado llegaría la Corte, porque los artículos 530 y 532 ordenan que se funde dentro del término del traslado para ese efecto, que si no se hiciere así, se declare desierto."

En el estudio sobre reformas a la Ley 105 de 1931, que la Corte presentó al Congreso Nacional, pidió que se reformara el artículo 530 así:

"La demanda puede remitirse a la Corte por la parte o su apoderado, desde el lugar de su residencia, de modo que llegue a la Secretaría antes de dicho término o durante él."

"La reforma—dijo la Corte—consiste en permitir que la demanda pueda acompañarse antes de dar traslado a la parte recurrente para alegar, pues es muy riguroso privarla de ese recurso por el solo hecho de anticiparse a fundarlo."

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara desierto el recurso de casación interpuesto por el señor Benjamín Sandino contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, fechada el treinta y uno de enero del presente año.

No se condena al recurrente en costas, por haber sido amparado como pobre para litigar.

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

JOSE MIGUEL ARANGO.—José Joaquín Hernández, Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Ante el Juzgado 1º del Circuito de Zipaquirá, el señor Epaminondas Bernal promovió demanda ordinaria contra el Municipio de Cajicá, representado por su Personero, para que, previa la tramitación correspondiente, se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª Que el Municipio de Cajicá es responsable de los perjuicios que se me ocasionaron con la expedición y cumplimiento que las autoridades del Municipio demandado dieron al Acuerdo número 3 de 1926, expedido por el Concejo Municipal de Cajicá, especialmente del artículo 7º, que fue declarado nulo por el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo, y que se anota en los hechos anteriormente enumerados.

"2ª Que el Municipio de Cajicá debe pagarme los perjuicios ya enumerados, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, por la cantidad de cincuenta mil pesos ($ 50,000) oro, valor en que estimo los perjuicios citados, y de los cuales estoy listo a prestar el juramento del caso.

"3ª Que el Municipio de Cajicá está obligado a pagarme los perjuicios antes anotados, en subsidio de la petición anterior, por el precio que le fijen peritos nombrados, de conformidad con la ley, dentro del mismo juicio y dentro del mismo plazo de los seis días de ejecutoriada la sentencia.

"4ª Que el Municipio de Cajicá está obligado a pagarme los intereses corrientes, y cuando menos los legales, de la cantidad que se fije como valor de los perjuicios, o de los $ 50,000, según el caso, desde que se ocasionaron los perjuicios hasta el día del pago.

"5ª Que se condene al Municipio a pagarme los gastos y costas del presente juicio."

Como fundamentos de derecho se citan las siguientes disposiciones: Títulos XII, XIII y XXXIV, del Libro IV, del Código Civil, especialmente en los artículos 1613, 1614, 2341 a 2344, y en el Título IX, del Libro 2º, del Código Judicial.

Son hechos de la demanda:

"1º Por medio de las escrituras públicas números 1094, de seis de agosto de mil novecientos diez y nueve, otorgada ante el Notario 4º de Bogotá; número 245, de veintiséis de abril de mil novecientos cinco, otorgada ante el Notario de Chía, adquirí el dominio y propiedad de la Empresa o Molino llamado de La Concepción, ubicado en el Municipio de Cajicá, con todas sus anexidades usos, costumbres y servidumbres, etc., etc., entre los cuales estaba el derecho al uso de la acequia del acueducto de Cajicá, para llevar las aguas necesarias para mover el molino.

"2º La Empresa del Molino, tal como la adquirí, tiene como títulos anteriores a los ya enumerados, la escritura número 474, de trece de agosto, otorgada en Chía, constitutiva de la sociedad comercial anónima Compañía del Molino de la Concepción, la cual adquirió la empresa en cuestión, por remate en subasta pública, ante el señor Juez del Circuito de Zipaquirá, según la diligencia respectiva, en la sucesión de Olegario Martínez, quien adquirió el citado derecho de hacer uso de la zanja y agua tomada del río Frío, según consta en el contrato escriturario número 421, de diez y ocho de junio de mil ochocientos ochenta y ocho, otorgado ante el Notario de Zipaquirá, habiendo él construido el molino a sus expensas.

"3º Desde el año de mil novecientos diez y nueve, en que adquirí la totalidad del dominio sobre la empresa del molino y sus accesorios, vine ejecutando actos de dominio de manera quieta y pacífica, sin interrupción alguna, hasta el catorce del mes de febrero del año de mil novecientos veintiséis, en que el Concejo Municipal de Cajicá expidió el Acuerdo número 3 del propio año, en virtud del cual se derogaba, por el artículo 7º, el Acuerdo número 5 de 1886, que forma precisamente el contrato consignado en la escritura número 421 antes citada, y consecuencialmente se me privaba de hecho, del derecho al uso de las aguas, zanja y demás elementos para mover el molino, como aconteció por conducto del Alcalde del Municipio, y según me lo hizo saber el señor Presidente del Concejo Municipal, en oficio de fecha veintidós de marzo de mil novecientos veintiséis, y que acompaño a esta demanda, quedando suspendido el molino en todas sus dependencias, desde ese día hasta el día cinco de agosto de mil novecientos veintiséis, en que se dio cumplimiento al auto de suspensión provisional, dictado por el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Bogotá.

"4º Con la suspensión de los trabajos del molino se me ocasionaron perjuicios de mucha monta, como se puede colegir con la sola consideración de que tuve que sostener un juicio largo y muy costoso para conseguir la nulidad del artículo 7º del Acuerdo número 3 de 1926, origen de todos los daños y perjuicios que me ocasionó el Municipio de Cajicá, ya por lucro cesante y daño emergente, y demás que demostraré en el curso de este juicio.

"5º Acudí al Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Bogotá, en demanda de la nulidad del artículo 7º del Acuerdo número 3 de 1926 precitado, y la suspensión provisional de él, cosa que se ordenó en auto de diez y siete de abril de mil novecientos veintiséis. En este juicio, como era natural, intervino el Municipio de Cajicá por medio de sus legítimos representantes, quienes hicieron todo lo posible porque no se fallara de conformidad con la demanda.

"6º El molino estuvo, pues, paralizado en sus trabajos, desde el catorce de febrero hasta el cinco de agosto de mil novecientos veintiséis.

"7º El molino produce, como mínimum, en cada veinticuatro horas, treinta cargas de harina, y cada carga dejaba de utilidad la cantidad de seis pesos ($ 6) oro.

"8º El juicio ante el Tribunal Seccional de lo Contencioso me costó mucho dinero, ya por los honorarios del abogado que lo dirigió, ya por los gastos naturales de las inspecciones oculares que fue preciso practicar; honorarios de peritos, transporte del personal, alimentación de los mismos, y cuantos gastos son inherentes a un juicio como éste.

"9º Todas las utilidades del molino, mientras estuvo paralizado, las dejé de coger y dejaron de entrar a mi patrimonio, así como los desembolsos del juicio y todos los perjuicios de distinto orden que sufrí, entre otros el haber tenido que vender todas mis propiedades que tenía en el Municipio de Cajicá, para vivir en la ciudad de Bogotá, en donde la vida es más cara y exigente, pero en donde hay más seguridades civiles, todo por causa de la expedición y cumplimiento que las autoridades de Cajicá dieron al Acuerdo acusado que antes referí, implican, señor Juez, perjuicios de orden moral, material y pecuniario, que debe pagarme el responsable de ellos, como es el Municipio de Cajicá."

Por medio de apoderado, el Municipio de Cajicá contestó la demanda, oponiéndose a lo pedido en ella y a los hechos en que se funda, de los cuales sólo aceptó uno. No reconoce como causa de la demanda la invocada por el autor, porque la situación jurídica de las partes no es la que éste indica.

El Juez del conocimiento, en sentencia de veinsiete de marzo de mil novecientos treinta, absolvió al Municipio demandado de los cargos de la demanda, con costas a cargo del actor. Apelada por éste esa sentencia, el Tribunal Superior de Bogotá, ante quien se interpuso la alzada, la revocó por medio de la suya, de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos treinta y uno, y declaró:

"1º El Municipio de Cajicá es responsable de los perjuicios ocasionados al señor Epaminondas Bernal, con la expedición y cumplimiento que las autoridades del Municipio dieron al Acuerdo número tres (3) de mil novecientos veintiséis (1926), expedido por el respectivo Concejo, especialmente el artículo 7º, derogatorio del Acuerdo número cinco (5) de mil novecientos ochenta y seis (1986)

"2º Estos perjuicios son los ocasionados a Epaminondas Bernal con la suspensión de los trabajos de la Empresa denominada Molino de la Concepción, ubicada en Cajicá, desde el veintiséis de marzo de mil novecientos veintiséis, fecha en que dejó de funcionar la Empresa, a causa de la prohibición a Bernal, por parte del Municipio, de hacer uso de la toma conductora del agua que movía la maquinaria del molino, hasta el día cinco de agosto del mismo año.

"3º En posterior procedimiento sumario, de ejecución del fallo, en que ya no se discutirá la obligación de pagar perjuicios, sino la cuantía de éstos, comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante, liquídense dichos perjuicios, teniendo en consideración todos los factores, tanto generales como locales en que se desenvolvía el negocio al tiempo de la paralización de los trabajos del molino, y los que luégo hubieran ocurrido durante la suspensión al haber funcionado el molino, en relación con el negocio a que la Empresa atendía.

"4º Niégase la declaración cuarta del libelo de demanda, porque no se puede ordenar pagar intereses moratorios sobre una cantidad que está por liquidar.

"5º Se absuelve al Municipio de pagar costas."

Contra esta sentencia recurrió en casación el apoderado del Municipio de Cajicá, recurso que la Corte admitió, y, por lo mismo, debe decidir.

Aunque el recurso se rige por el antiguo Código Judicial y leyes anteriores al nuevo Código Judicial, por haber sido interpuesto en noviembre de mil novecientos treinta y uno, el recurrente alegó la causal primera, establecida en el artículo 520 del nuevo Código Judicial, y acusa la sentencia por violación de ley sustantiva, ya directamente, ya a causa de mala interpretación de algunas pruebas, y por errores de hecho y de derecho. No obstante esto, siendo igual en ambos Códigos en ese punto la causal primera, entra la Corte a estudiar el recurso.

Primer motivo.

Violación de los artículos 1759 del Código Civil y 681 del Código Judicial.

Violó el Tribunal esas disposiciones, e incurrió en errores de hecho y de derecho, dice el autor del recurso, por mala apreciación de la escritura número 241, de diez y ocho de junio de mil ochocientos ochenta y ocho, otorgada ante el Notario de Zipaquirá, y del Acuerdo número 5, de 14 de noviembre de 1886, expedido por el Concejo de Cajicá, que se halla inserto en dicha escritura. Ese Acuerdo dice textualmente:

"ACUERDO NUMERO 5

. . . . . .

"El Concejo Municipal del Distrito de Cajicá,

en uso de sus facultades legales,

considerando:

"1º Que el señor doctor Olegario Martínez, por medio de un memorial, ha ocurrido al Concejo solicitando permiso para conducir por entre la acequia o toma el agua que necesita para mover una máquina o molino que piensa establecer en el punto denominado Chitoe, en esta jurisdicción, permiso que solicita, comprometiéndose a sostener en perfecto buen estado, a su costa, la expresada toma, dejando por otra parte libre el curso del agua de que hoy se sirve el Distrito.

"2º Que la expresada respuesta inhibe al Distrito de un gasto considerable que anualmente tiene que invertir en la refacción de la toma, tanto más cuanto que la parte de ésta, que toma a su cargo el proponente, es la más costosa y difícil.

"3º Que al no aceptar esta propuesta, pierde el Distrito la ocasión de regularizar sin costo alguno el buen estado de la toma, y la aceptación no ocasiona perjuicio alguno a los intereses públicos, asegurando desde luégo los derechos que el Distrito tiene a determinada porción de agua para sus menesteres domésticos.

"4º Que la obra que se pretende construir es, sin disputa, de utilidad pública, sin la cual influirá notablemente si se regularizare en el desarrollo de la industria agrícola del Distrito y movimientos comerciales de éste y pueblos circunvecinos, hecho que está en el ánimo de todos los ciudadanos que han tenido conocimiento de que se quiere construir la obra, siendo una obligación del Concejo Municipal fomentar el establecimiento de empresas que tiendan a desarrollar el comercio e industrias locales, haciendo, si fuere necesario, erogaciones del Tesoro del Distrito, pues en ella se funda la prosperidad de los pueblos, a cuyo engrandecimiento debe esta corporación propender por los medios que estén a su alcance.

"5º Que está en el orden natural otorgar garantías al proponente del derecho que se otorgue, por ser éste la base sobre la cual procede a hacer erogaciones costosas en desarrollo de la empresa, así como el Distrito, por su parte, tiene derecho de exigir respecto de las obligaciones que a su vez contraiga el señor Martínez,

acuerda:

"Artículo 1º Concédese al señor Olegario Martínez permiso para conducir por entre la toma de propiedad del Distrito, el agua que necesite la maquinaria o molino que construya, permiso que se le otorga bajo la precisa condición de que conserve a su costa, y perfecto buen estado, la estacada y el trayecto de toma emprendida, desde la bocatoma hasta el punto en donde desvíe el agua para el ingenio.

"Artículo 2º Si dentro de dos años, contados desde la fecha de la escritura, no hiciere el señor Martínez uso del derecho que se le otorga por el artículo 1º, caducará la cesión, y pagará éste la cantidad de sesenta pesos ($ 60) como remuneración, por estar en posesión de aquel derecho, y quedar el Concejo Municipal privado de otorgar el mismo privilegio u otro que anule éste, a persona alguna, durante el lapso de tiempo ya fijado.

"Artículo 3º Si durante el tiempo a que se refiere el artículo anterior, hiciere el cesionario uso de la toma o acequia, la corporación no podrá conceder el mismo derecho a otra persona, sino siempre que por la nueva concesión no sufra perjuicio el primer agraciado.

"Artículo 4º El cesionario señor Martínez no podrá hacer uso del agua mientras no se construya a satisfacción del Alcalde y del Presidente del Concejo Municipal, una caja de piedra en el punto donde se separe el agua para la máquina, por medio de la cual se determine la cantidad de agua que debe seguir al centro de la población, de tal modo que siempre venga una misma cantidad, y lo que exceda de ella es la porción a que tiene derecho el señor Martínez.

"Artículo 5º El cesionario presentará un fiador solidario a satisfacción del Concejo Municipal, como garantía de cumplir las obligaciones que contrae, y si fuere aceptado por éste, se procederá por el Síndico suplente, y a costa del agraciado, a otorgar una escritura pública, que relacione las obligaciones que cada uno contrae recíprocamente, en la cual se insertará íntegramente la parte resolutiva del presente Acuerdo.

"Artículo 6º Autorízase al señor Síndico suplente para que, si se llena la condición a que se refiere el artículo anterior, otorgue la escritura ya dicha.

"Artículo 7º Un ejemplar de este Acuerdo le será enviado al señor Olegario Martínez para su conocimiento, como resultado de la petición que elevó a este Concejo.

"Dado en la sala de sesiones del Concejo Municipal, a catorce de noviembre de mil ochocientos ochenta y seis.

"El Vicepresidente, **Elías Moreno** — El Secretario suplente **Federico Nieto.**

—

"Alcaldía del Distrito—Cajicá, 17 de noviembre de 1886.

"Publíquese y ejecútese.

"El Alcalde, **Marcelino Martínez**

"El Secretario en propiedad de la Alcaldía, **Domingo Rodríguez.**

"El Secretario Municipal, **Elías Moreno**"

En cumplimiento del anterior Acuerdo, el Síndico Municipal de Cajicá, en representación del Distrito, procedió a otorgar, con el doctor Olegario Martínez, la escritura número 421, de diez y ocho de junio de mil ochocientos ochenta y ocho, ante el Notario del Circuito de Zipaquirá, en la cual dijo que "en su carácter de Síndico Municipal de Cajicá, otorga en nombre del Distrito que representa, al señor Olegario Martínez, el derecho para conducir por entre la acequia o toma de propiedad del Distrito el agua que necesite para el establecimiento industrial denominado **La Concepción**, cuyo permiso y derecho se le otorga con las condiciones y términos fijados en el Acuerdo número 5, expedido con fecha catorce de noviembre de mil ochocientos ochenta y seis, por el Concejo Municipal, cuya copia se agrega al protocolo y hace parte de este instrumento. El otorgante declara:

"Primero. Que el agraciado ha cumplido con la obligación impuesta por el artículo 5º del precitado Acuerdo, presentando como fiador solidario al señor Demetrio Martínez.

"Segundo. Que dicha fianza ha sido aceptada por el Concejo Municipal, según se le ha comunicado en nota oficial, de fecha quince de enero de mil ochocientos ochenta y ocho, autorizándose a la vez para que se otorgue la presente escritura.

"En consecuencia, a nombre del Distrito que representa, y habiendo el agraciado cumplido con las condiciones impuestas por el citado Acuerdo, le declara en posesión del derecho que se le ha conferido."

Para fundar el cargo, dice el recurrente:

"El Acuerdo que sirvió de base a la escritura pública número 421, y que hace parte de la misma, es perfectamente claro, y basta un examen detenido e imparcial de él para convencerse de que el Ayuntamiento de Cajicá no tuvo en mientes conferir derecho ninguno al señor Martínez, sino el de hacerle una concesión graciosa, que consistía en darle permiso o licencia, en atención a circunstancias personales, para conducir por el cauce de propiedad del acueducto del Municipio de Cajicá, la cantidad de agua que necesitara para mover una máquina de moler trigo. Para llegar a esa convicción, basta leer el preámbulo del Acuerdo, que dice:

'Acuerdo número 5, que trata sobre permiso para conducir el agua necesaria para mover una máquina de moler trigo, por entre la toma de propiedad del Distrito, con privilegio de dos años para montarla.'"

Observa el recurrente que en el primer considerando del Acuerdo se emplea tres veces la palabra **permiso o licencia**, y en el artículo 1º de su parte resolutiva se expresa igualmente que lo que se concede al señor Olegario Martínez es un permiso para conducir por entre la toma de propiedad del Distrito, el agua que necesite para mover su máquina, lo cual indica que lo que quiso y concedió a

aquél la corporación municipal, fue un permiso condicional para usar de la referida toma. Por eso no es admisible—agrega—que esta apreciación quede desvirtuada por la circunstancia de emplear también el Acuerdo las palabras "privilegio" y "concesión."

Es verdaderamente inexplicable—sigue diciendo el recurrente—que sostenga el Tribunal que entre el Municipio de Cajicá y Martínez existió un pacto bilateral, productor de derechos y obligaciones recíprocas, y que en ese convenio obraba el Municipio como persona jurídica de derecho privado, comprometiéndose a permitir a Martínez y a sus sucesores el uso del cauce del acueducto, otorgándole un derecho perfecto. En ninguna parte del Acuerdo, ni de la escritura se dice que el Municipio se obligue a nada; quien adquirió una obligación clara y terminante fue el agraciado señor Martínez. La corporación municipal, al resolver la solicitud de Martínez, obró como entidad de derecho público, otorgándole el permiso que podía, concesión que le fue hecha a Martínez intuitu personae. Si de ese permiso siguieron usando los sucesores de Martínez, fue por aquiescencia tácita del Municipio. Cuando faltó Martínez, los que entraron en la propiedad del molino han debido solicitar la continuación de la licencia, por exigencia del Personero Municipal; pero esto no se hizo, porque en esas épocas venía agua suficiente a la población, y sólo cuando se acentuaron las épocas de sequía, el Cabildo se vio en la necesidad de retirar el permiso.

Consiste el error de derecho, a juicio del recurrente, en que el Tribunal hace aparecer al Municipio como contratante, sin serlo, y el error de hecho, en que todos los antecedentes del Acuerdo demuestran que se trataba de una concesión graciosa.

La Corte considera:

El establecimiento industrial del doctor Olegario Martínez, después de varios traspasos, vino con el nombre de Molino de la Concepción, y con los usos y servidumbres constituídos, desde mil ochocientos ochenta y ocho, a poder del demandante Epaminondas Bernal, según escritura número 1094, de seis de agosto de mil novecientos diez y nueve, otorgada en la Notaría 4ª de este Circuito. En posesión de esa Empresa hallábase el actor, cuando el Cabildo de Cajicá, por Acuerdo número 3 de 1926, derogó expresamente el número 5, de 14 de noviembre de 1886.

No es propiamente materia de acusación de parte del recurrente, los conceptos del Tribunal, relativos al título que tenga el actor para demandar los perjuicios que reclama, pues el recurrente acepta que por aquiescencia tácita del Municipio, los sucesores de Martínez, entre los cuales figura el demandante, como resulta de la escritura número 1094 citada, adquirieron, junto con el molino, la facultad de usar de la acequia. Lo relativo, pues, a la comprobación de la propiedad del molino y al traspaso de sus anexidades, que el Tribunal halla establecida, no será objeto del estudio de la Corte.

Para apreciar mejor el cargo, conviene transcribir los pasos de la sentencia a que el recurrente se refiere, y que han sido motivo de su acusación:

"Es indiscutible—dice la sentencia—el hecho de que el Municipio, al pactar con el doctor Martínez, procedió menos con el carácter de entidad de derecho público que de persona jurídica. La escritura pública donde consta el pacto, contiene una verdadera convención de índole civil, productora de derechos y obligaciones recíprocas, porque 'contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa,' según el artículo 1495 del Código Civil; y en el referido pacto el Municipio, por medio de su Personero, autorizado previamente por el Concejo Municipal, se comprometió a permitir que el doctor Olegario Martínez condujera por entre la toma de propiedad del Distrito el agua que necesitara para mover el molino que iba a establecer el segundo en el predio de La Concepción, a cambio de que Martínez conservara a su costa y en buen estado lo susodicha toma. De consiguiente el Municipio estableció una comunidad en el servicio de la toma, con el fin de hacer correr por ella un volumen de aguas mayor del que necesitaba el acueducto de Cajicá, a efecto de que el dueño del molino pudiera aprovechar aquel exceso. Este gravamen obligaba jurídicamente al Municipio a mantenerlo en vigor, mientras no mediaran causas justificativas para suspenderlo, como hubiera sido la disminución de las aguas al límite en que ya las necesidades del acueducto no permitieran distraer ninguna cantidad a otros usos, porque merced a ella el concesionario pudo montar una valiosa maquinaria, invirtiendo un capital, confiado en el aprovechamiento de las aguas que le fue otorgado, con la mira, precisamente, de que estableciera la maquinaria, intención claramente expuesta en el Acuerdo del Concejo.....

"Fue, pues, la intención del Municipio garantizarle al concesionario el servicio de la toma mientras cumpliera con sus deberes; servicio concedido en consideración a las costosas erogaciones que implicaba el establecimiento del molino, en cuyo funcionamiento el Municipio se declaró interesado, por cuanto iba a fomentar y a desarrollar la industria agrícola de la región.

"Permitir el uso común de la acequia era, por ende, una obligación permanente y contractual del Municipio de Cajicá para con el doctor Martínez y sus sucesores en el dominio del molino, la cual, naturalmente, tenía que referirse a la época en que se estipuló, al tiempo en que empezara a funcionar el molino, y a todo el futuro de su existencia, desde que las partes dejaron sin limitar el término de la concesión; ni del Acuerdo hay pie para deducir la limitación, ni la naturaleza del derecho otorgado la impone.

"Si, pues, el Municipio en una época determinada impidió, sin causa justificada, el ejercicio de aquel derecho, incurrió en una responsabilidad civil, por cuanto faltó a la palabra empeñada, a base de la cual el concesionario vinculó su capital en el establecimiento del molino."

Se considera:

Para decidir sobre este cargo es preciso determinar la naturaleza y efectos del acto contenido en el Acuerdo número cinco (5), de noviembre de mil ochocientos ochenta y seis (1886), expedido por el Concejo Municipal, en relación con lo que expresa la escritura número cuatrocientos veintiuno (421), de diez y ocho (18) de junio de mil ochocientos ochenta y ocho (1888), otorgada ante el Notario de Zipaquirá por el Personero Municipal, en cumplimiento de aquel Acuerdo. No es óbice, para que la Corte haga tal determinación, el hecho de aparecer de autos la sentencia ejecutoriada del Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, por la cual este Tribunal anuló el artículo 7º del Acuerdo número tres (3) de mil novecientos veintiséis (1926), en que el mismo Concejo Municipal de Cajicá derogó el Acuerdo número cinco (5) de mil ochocientos ochenta y seis (1886), antes citado; y que el artículo 93 de la Ley 130 de 1913 diga que no son revisables por la justicia or-

dinaria las sentencias definitivas y ejecutoriadas, proferidas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, porque no es materia de la presente controversia la revisión del fallo de lo Contencioso, sino los efectos jurídicos que produjera para el Municipio de Cajicá y para el doctor Olegario Martínez y quienes le han sucedido en sus derechos, el Acuerdo número cinco (5), de noviembre de mil ochocientos ochenta y seis (1886), en relación con el contenido de la escritura número 421, de diez y ocho de junio de mil ochocientos ochenta y ocho, otorgada por el Síndico de Cajicá ante el Notario de Zipaquirá, en cumplimiento de dicho Acuerdo, puntos éstos que son del resorte de la justicia ordinaria.

Para hacer aquella determinación hay que tener en cuenta el origen de tales actos, y principalmente lo que dicho Acuerdo reconoció. El doctor Olegario Martínez solicitó en el año de mil ochocientos ochenta y seis, del Concejo Municipal de Cajicá, permiso para llevar por la acequia del acueducto de dicho Municipio el agua necesaria para mover la maquinaria del molino La Concepción, que iba a poner en el punto de Chitote, ofreciendo comprometerse a mantener a su costa limpia la acequia, desde la bocacaz hasta el punto donde desviara el agua para el molino, y dejando libre el agua que el Municipio necesitara para los menesteres del Distrito. El Concejo Municipal de Cajicá, por medio del Acuerdo número 5 de 1886, otorgó el permiso solicitado por el doctor Martínez, imponiéndole las condiciones de mantener a su costa limpia la acequia, desde la bocacaz hasta donde desviara el agua para el ingenio; poner previamente una caja de distribución del agua, de modo que dejara siempre libre la que el Municipio necesitara, pudiendo aquél solamente aprovecharse del sobrante para las necesidades del ingenio, asegurando tales prestaciones con una fianza (artículos 1°, 4° y 5° del Acuerdo).

Si, pues, el doctor Martínez solamente pidió un permiso, y esto fue lo que el Concejo Municipal de Cajicá le otorgó, el acto no puede tener otro carácter; cualesquiera que fueran sus considerandos, no podía ir más allá de lo que una y otra parte declararon, y el otorgamiento de la escritura número 421, de diez y ocho de junio de mil ochocientos ochenta y ocho, por parte del Síndico del Concejo de Cajicá, en cumplimiento del expresado Acuerdo, nada agregaba a la naturaleza del acto, porque dicho funcionario no podía salirse de las facultades e instrucciones que le dio sobre el particular su mandante el Concejo. El Acuerdo, con la escritura otorgada para darle cumplimiento, no podía tener el carácter de contrato bilateral, como lo entendió el Tribunal, porque recayeron sobre una cosa de uso común, destinada a un objeto especial, como son los acuerdos públicos, según los artículos 322, 324, numeral 6°, y 331 del Código Político y Municipal del Estado Soberano de Cundinamarca, vigente cuando se expidió el Acuerdo número 5 de 1886, y se otorgó la escritura para su cumplimiento, que no permitían a las entidades de derecho público enajenar esos bienes ni limitarlos con servidumbres reales de carácter civil permanente. El asunto de que trata el Acuerdo número 5 de 1886 es de derecho administrativo, porque en él obró el Concejo como entidad de derecho público, y conforme a la doctrina de los expositores de ese derecho, las entidades de derecho público, como la Nación, los Departamentos y los Municipios, pueden, en general, y sin perjuicio de la enajenabilidad de los bienes de uso público que administran, otorgar a favor de empresas de interés público concesiones, y éstas tienen únicamente el carácter de permisos administrativos, temporales y revocables por el cedente, por razones de buen servicio público, siempre que la revocación no se haga de manera intempestiva o inopinada. (Véase **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público Francés**, por M. Hauriou, páginas 718 a 721). El expositor del mismo Derecho, M. G. Gastón Jeze, trae los mismos principios en su obra titulada **Los principios generales del Derecho Administrativo** (páginas 313 a 326). Y si esos permisos otorgados a las empresas de interés público son temporales y revocables, con mayor razón los concedidos a empresas de carácter particular, como la de que se trata.

De manera que al ver el Tribunal en el Acuerdo número 5 de 1886, expedido por el Concejo Municipal de Cajicá, y la escritura otorgada por el Síndico del mismo Municipio, en su cumplimiento de un contrato bilateral de naturaleza civil, y no un simple permiso temporal y revocable, interpretó erróneamente el contenido de dichos documentos, incurriendo en error de hecho y de derecho, con los cuales violó los artículos 1759 del Código Civil y 681 del Código Judicial anterior, violaciones que dan lugar a casar parcialmente la sentencia, conforme al artículo 539 del actual Código Judicial, sin necesidad de considerar los demás cargos.

Para resolver en instancia, se considera:

En el primer capítulo del libelo de demanda se pide se condene al Municipio de Cajicá, en la persona de su representante legal, al pago de los perjuicios ocasionados al actor con la suspensión de los trabajos del molino de **La Concepción**, por la prohibición del uso de la acequia del acueducto público, por donde lleva el agua para el funcionamiento de dicho molino, en el concepto de tener el demandante, como sucesor en el dominio de tal Empresa, derecho a mantener tal servicio, en virtud del Acuerdo número 5 de 1886, del Concejo Municipal de Cajicá, y de la escritura número 421, de diez y ocho de junio de mil ochocientos ochenta y ocho, otorgada ante el Notario de Zipaquirá, en cumplimiento de ese Acuerdo, es decir, por haber mediado un contrato entre el favorecido con la concesión y el expresado Municipio. Más, como se dijo atrás, el Acuerdo citado y la escritura que lo complementó, no implican un contrato de carácter civil, sino un permiso administrativo, de naturaleza temporal, y revocable por el nombrado Concejo Municipal que lo otorgó. Por consiguiente, en esa fuente de obligaciones que reglamentan los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, que cita el demandante Bernal en apoyo de su demanda, no pueden reconocérsele perjuicios. Tratándose de un simple permiso que el Concejo Municipal de Cajicá podía revocar, los mismos expositores de Derecho Administrativo, antes citados, admiten que hay lugar a reconocer perjuicios, no por el hecho de retirar el permiso administrativo que concedan las entidades de derecho público, en casos como el presente, sino por el retiro brusco e inopinado que se haga, sin dar un tiempo prudencial al empresario para tomar en defensa las medidas que el caso requiera.

No aparece en el caso de que se trata, que el Concejo Municipal de Cajicá, en representación del Municipio del mismo nombre, si bien con la facultad de retirar el permiso otorgado al dueño del molino de **La Concepción**, hubiera dado aviso previo a aquél de que iba a suspender o retirarle ese permiso; luego al hacerlo sin esa formalidad le causó perjuicio, que debe indemnizarle. Ello no quiere decir que hoy, restablecido como fue tal permiso con la anulación del artículo 7° del Acuerdo número 3

de 1926, no pueda el Concejo Municipal suspender aquel permiso, dando al empresario un tiempo prudencial para precaverse de los efectos inmediatos que la acarrearía una suspensión repentina.

Si, pues, los perjuicios en este caso se deben por el simple hecho de haber sido intempestiva la revocación del permiso, no puede tener la amplitud de los perjuicios contractuales ordinarios, por no haber mediado contrato, ni tampoco la extensión de los perjuicios que reconocen las disposiciones del Título XXXIV del Código Civil, que también cita el actor en su demanda, porque siendo temporal el permiso concedido, el demandante debía saber que se le podía revocar por parte del Concejo. De modo que los perjuicios deben limitarse a los que fueron consecuencia inmediata y directa de tal medida, en tiempo que la Corte prudencialmente estima en un mes, a partir del día en que se comunicó al demandante la orden de suspensión del uso de la acequia municipal, y con ella el servicio del agua.

No hay en autos prueba que sirva para determinar en este fallo la cuantía de dichos perjuicios, no solamente porque no se perfeccionó el dictamen pericial producido en el juicio, sino porque tienen causa distinta de la que tuvieron en cuenta esos peritos para la estimación en el caso; pero, conforme al artículo 480 del Código Judicial, deben fijarse las bases para determinar aquella cuantía al ejecutar el fallo.

Los perjuicios en este caso consisten únicamente:

1º En los que hubiera sufrido el demandante por no haber podido llevar a efecto las operaciones de moledura de trigo, listo para moler, ya por cuenta propia o a maquila.

2º Los provenientes de no haber podido cumplir aquél los compromisos contraídos con ese objeto en el término de un mes.

3º Los sueldos y salarios de empleados que con motivo de la suspensión tuviera que pagar en el mismo tiempo.

No comprende esta estimación las costas de este juicio o de otros, porque no fueron consecuencia inmediata de la suspensión del permiso.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos treinta y uno, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este juicio, en los puntos primero, segundo y tercero de la parte resolutiva, y en su lugar resuelve:

1º Condénase al Municipio de Cajicá, representado por su Personero Municipal, a pagar al demandante Epaminondas Bernal los perjuicios provenientes de la suspensión brusca e inopinada del permiso concedido al empresario del molino de La Concepción, situado en el punto llamado Chitosc, del mismo Municipio, según el Acuerdo número cinco (5), de noviembre de mil ochocientos ochenta y seis (1886), y la escritura número 421, de diez y ocho de junio de mil ochocientos ochenta y ocho, otorgada por el Síndico del mismo Municipio ante el Notario de Zipaquirá.

2º La cuantía de esos perjuicios la determinará y comprobará el demandante al ejecutar este fallo, sobre las bases que atrás se dejan establecidas.

3º Quedan en vigor los puntos marcados con los números 4º y 5º de la parte resolutiva de dicho fallo.

4º En estos términos queda reformada la sentencia de primera instancia; y

5º No hay costas en el recurso de casación.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto treinta de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Ante el Juez del Circuito de Riosucio, Inocencio Guerrero, Israel Tapasco, Benito Guerrero, Manuel Ascensio Vargas, Emilio Guerrero y José de Jesús Fernández, diciéndose miembros del pequeño cabildo de la parcialidad de indígenas de Cañamono y Lomaprieta, comunidad en parte radicada en el Municipio de Riosucio y parte en el de Supía, Departamento de Caldas, demandaron en vía ordinaria a Celedonio Gómez, en mil novecientos veinticinco, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª Que la comunidad de indígenas de Cañamono y Lomaprieta es dueña y tiene mejor derecho de dominio que Celedonio Gómez al lote de terreno que se encuentra ubicado en el paraje de La Rueda, en jurisdicción de este Municipio, y dinstinguido por los siguientes linderos:

'Del alto del Cerro del Carbunco, en línea recta, a las partidas del Monterredondo; de aquí, por todo el camino que viene del Peñol para esta capital, hasta salir a la Lomagrande; de aquí, dejando el camino y tomando a la izquierda, hasta el canalón del Saladero; de aquí, en línea recta, a la quebrada de Lesmes, donde hay dos grandes piedras; quebrada arriba, hasta la confluencia de la quebrada de Guadualejo; de aquí, línea recta, al alto del Cerro del Carbunco, su primer lindero.'

"2ª Que en virtud de que la comunidad mencionada reivindica el lote determinado en el numeral anterior, el señor don Celedonio Gómez H. está en la obligación de entregarlo, o permitir que usted, señor Juez, lo entregue con todo lo accesorio, es decir, con todo lo que por su conexión se encuentre adherido al terreno.

"3ª Que el mismo señor Gómez H. está en la obligación de pagar a la comunidad el lucro cesante y daño emergente que ha ocasionado con la destrucción de sementeras, bosques, arbolados y rastrojeras para regar pastos, con lo cual se inutiliza el terreno para el objeto que lo tenía destinado la comunidad, que era para la agricultura.

"4ª Que asimismo está en la obligación de pagar a la comunidad los frutos civiles y naturales que ha percibido de este lote, y no sólo los percibidos sino también los que la comunidad hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, al haber estado el terreno en su poder durante la retención indebida.

"5ª Que son de cargo del señor Gómez H., nuestro demandado, las costas de este juicio, ya que por su obstinación en retener el terreno nos ha obligado a demandarlo en el presente juicio."

Como razones de derecho invocan los demandantes el Título XII, Libro 2º, del Código Civil, que trata de la reivindicación, especialmente los artículos 946 y siguientes de dicha obra, y como razón de la demanda dice:

"Causa—Esta consiste en que don Celedonio Gómez H., sin un título que arranque del que tiene la Comunidad,

mayor de doscientos años, se llama dueño del lote determinado en el numeral 1° de esta demanda, y se ha dado a la tarea de hacer perder a los comuneros sus labranzas con juicios de carácter transitorio, como ocurrió el día seis del presente mes, que por efecto de un juicio de deslinde y amojonamiento, que ante el señor Juez Municipal de esta ciudad estableció en contra del comunero Pedro Sabas Cataño, quedó determinada la línea, abarcando para don Celedonio Gómez H. la casi totalidad de las mejoras de Cataño, sin que hubiera el Cabildo podido intervenir, a pesar de presenciarlo, por no ser parte en ese juicio, viniendo así la Comunidad a quedar completamente privada del goce del lote demandado, quedando en la singular condición de dueña de una cosa de la cual no está en posesión, y por esto la reivindicación se impone para recuperarlo."

Como hechos invocaron los demandantes los siguientes:

"Difícilmente relacionaríamos los hechos, ya que es una historia que no le conocemos su origen, pues unas veces dicen que los títulos provienen de un señor Gallo, otras que de un señor Cock, otras que de un señor Ospina, otras que de una señora De la Roche, pero no sabemos si esos títulos tendrán una continuidad de derecho, desprendida de los títulos de la comunidad de indígenas de Cañamomo y Lomaprieta, cuyos orígenes reposan en Bogotá, y las copias se encuentran protocolizadas en la Notaría de este mismo Circuito en el protocolo correspondiente al año de mil novecientos dos o mil novecientos tres, que dan cuenta de los siguientes linderos: desde la quebrada que llaman de Anillo, hasta la piedra Pintada; cogiendo de dicha piedra, a la quebrada vertiente a Riosucio; Riosucio abajo, hasta el desemboque en el río de Supía; de aquí, por el río de Supía arriba, hasta el desemboque de la quebrada de Anillo; ésta, arriba, hasta sus nacimientos, punto de partida'; y como el lote cuya reivindicación demandamos es parte integrante de ese Resguardo, no dudamos de la declaratoria pedida, mediante la tramitación que señala el Código Judicial en los artículos 929 y siguientes."

El demandado contestó la demanda negando los hechos y el derecho invocado por el actor; se opuso a que se hicieran las declaraciones demandadas, y alegó en su favor las siguientes excepciones:

1ª La de prescripción ordinaria y extraordinaria adquisitiva del dominio.

2ª La carencia de acción, consistente en que los indígenas no tienen título de lo que reclaman; y

3ª La general del artículo 52 de la Ley 105 de 1890.

Por sentencia de ocho de julio de mil novecientos veintinueve, el Juez de Riosucio absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda.

Por apelación que contra dicho fallo interpuso el Cabildo de la parcialidad demandante, el Tribunal Superior de Manizales revocó el fallo de primera instancia en sentencia de diez y ocho de febrero de mil novecientos treinta y uno, y falló la controversia así:

"1ª La parcialidad de indígenas de Cañamomo y Lomaprieta es dueña del globo de terreno ubicado en el paraje de La Rueda, en jurisdicción del Municipio de Riosucio, demarcado por los siguientes linderos: 'del alto del Cerro del Carbunco, en línea recta, a las partidas del Montemedondo; de aquí, por todo el camino que viene del Peñol para esta capital, hasta salir a la Lomagrande; de aquí, dejando el camino y tomando a la izquierda, hasta el canalón del Saladero; de aquí, en línea recta, a la quebrada de Lesmes, donde hay dos grandes piedras; quebrada arriba, hasta la confluencia de la quebrada de Guadualejo; de aquí, en línea recta, al alto del Cerro del Carbunco, su primer lindero'; y tiene por lo mismo dicha Comunidad mejor derecho al dominio del inmueble que el mueble que el demandado señor Celedonio Gómez.

"2ª Como consecuencia de la anterior declaratoria, se condena al demandante Gómez a restituir a la mencionada Comunidad el globo de tierra alinderado en el punto anterior, tres días después de ejecutoriado este fallo, con derecho a retener el inmueble hasta que la parte demandante le pague las mejoras o se las asegure a su satisfacción.

"3ª Se condena asimismo al demandado Gómez a pagar a la mentada Parcialidad los frutos civiles y naturales del inmueble, y no sólo los percibidos, sino los que el demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad si hubiera tenido la cosa en su poder, frutos que debe abonar desde la contestación de la demanda, por considerársele poseedor de buena fe.

"4ª Se absuelve al demandado Gómez de los demás cargos de la demanda; y

"5ª Se declaran inadmisibles las excepciones propuestas por el demandado en este juicio. Sin costas."

La parte demandada interpuso recurso de casación contra dicho fallo, recurso que es admisible, y por ello procede la Corte a decidirlo.

Se invocaron las causales primera y segunda de las que reconocía el artículo 2° de la Ley 169 de 1896, vigente cuando el recurso fue interpuesto.

Causal segunda.

Arguye el recurrente que alegó las excepciones perentorias de prescripción ordinaria y extraordinaria adquisitivas de dominio, carencia de acción, y todo hecho en virtud del cual las leyes declaran extinguida la acción; pero que el Tribunal no falló tales excepciones, sino que se limitó a decir que eran inadmisibles, por lo cual el fallo no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y el Tribunal violó no solamente el artículo 13 de la Ley 89 de 1890, sino el artículo 835 del Código Judicial que dejó de regir.

Se observa:

Si el Tribunal, como aparece, declaró inadmisibles las excepciones propuestas por el demandado, no dejó de fallarlas, y, por consiguiente, no es el caso de la causal segunda, sino que pudo haber incurrido en errores de hecho o de derecho al rechazarlas, lo que es materia de la causal primera. El cargo no es, pues, admisible. Pero como el recurrente acusa la sentencia por el mismo motivo dentro de la causal primera, en el estudio de ésta se tendrá en cuenta ese cargo.

Causal primera.

Comprende varios motivos: primero del capítulo 1° de la demanda, y primero y segundo del capítulo 2°.

Violación de los artículos 946 y 950 del Código Civil, por aplicación indebida al caso del pleito y por error de derecho, y violación de los artículos 1758 y 2606 del Código Civil, y 678, 679 y 686 del Código Judicial anterior, y 12 de la Ley 89 de 1890.

Entre otros conceptos invocados por el Juez de primera instancia para negar la reivindicación demandada, figura el de que la copia de la diligencia de entrega presentada como título de dominio por la Comunidad demandante para obtener la reivindicación, no es siquiera prueba especial supletoria del título de dicha Comuni-

dad, de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 89 de 1890, porque tal copia no demuestra una posesión no disputada por el término de treinta años, y porque no hay demostración de que tal Parcialidad haya perdido sus títulos "por caso fortuito o por maquinaciones dolosas y especulativas de alguna persona."

El Tribunal contesta lo siguiente, después de transcribir los argumentos del Juez y la diligencia de posesión citada:

"Verdad es que en rigor legal esta diligencia no puede tomarse como título de dominio....., pero sí demuestra la posesión inmemorial que los indígenas han tenido sobre esos terrenos. Y aunque la ocupación es uno de los modos de aquirir las cosas que carecen de dueño, res núllius, y aunque los indígenas fueron los dueños naturales de tales terrenos, es lo cierto que ellos perdieron el dominio de sus tierras por razón del descubrimiento y conquista de América, motivo por el cual las tierras descubiertas se declararon de propiedad del Soberano español. 'Por emancipación de las colonias españolas a principios del pasado siglo—continúa el Tribunal—la Nación colombiana adquirió el dominio de las tierras que ella comprende, como sucesora de los antiguos soberanos, quienes habían hecho concesiones de terrenos a los indígenas, con el objeto de constituír un patrimonio en beneficio de la raza, y procurar su reducción a la vida civilizada, según puede verse en las Leyes 5ª, de 4 de abril de 1532, expedida por el Rey Felipe II; 9ª, de 11 de junio de 1594, y la de 14 de noviembre de 1578, expedida por el mismo Soberano; la 18, de 16 de marzo de 1642, y 19, de 30 de junio de 1642, expedidas en Madrid por el Rey Felipe IV. Iguales propósitos exhibió la República desde los primeros días de su constitución, como puede verse en la Ley de 11 de octubre de 1821. En ese acto legislativo se dijo lo siguiente:

.....

'Artículo 3º Los Resguardos de tierras asignados a los indígenas por las leyes españolas, y que hasta ahora han poseído en común, o en porciones distribuídas a sus familias sólo para su cultivo, según el Reglamento del Libertador Presidente, de 20 de mayo de 1820, se les repartirán en pleno dominio y propiedad, luégo que lo permitan las circunstancias, y antes de cumplirse los cinco años de que habla el artículo 2º.

'Artículo 4º A cada familia de indígenas, hasta ahora tributarios, se asignará de los resguardos la parte que le corresponda, según la extensión de éstos y número de individuos de que se componga la familia.

'Artículo 5º El Gobierno mandará formar inmediatamente listas muy exactas de los indígenas que en cada pueblo tengan derecho al repartimiento, y tomará informe de la extensión de los resguardos, de las dificultades que ofrezca la división y de los medios de verificarla, de los gastos que deban hacerse y de dónde deban abonarse. De todo lo cual dará cuenta al próximo Congreso.

'Artículo 6º Entretanto, los resguardos continuarán poseyéndose por los naturales, bajo las mismas reglas que se han observado hasta ahora; mas en donde haya terreno sobrante, o que sea necesario para el cultivo de las familias, deberá arrendarse, para satisfacer la dotación de las escuelas de primeras letras y estipendio de los curas, conforme a lo prescrito o que en adelante se prescriba.'

"De esta Ley aparece—continúa el Tribunal—que la República reconoció las asignaciones de los terrenos llamados resguardos, hechos a las parcialidades de indígenas por las leyes españolas, pero sometiéndolas por altas consideraciones de orden público a la división y distribución entre sus miembros, con el objeto de que la propiedad y posesión común se mudara, cuando las circunstancias lo permitieran, en la propiedad de las familias o de los individuos por la asignación de sus parcelas.

"De lo dicho hasta aquí se deduce rectamente—continúa el Tribunal—que el título de propiedad de los resguardos lo constituye la ley que les otorgó la concesión de los terrenos ocupados por ellos, 'confirmándoles en lo que ahora tienen, y dándoles de nuevo lo necesario para labrar y hacer sus sementeras y crianzas,' como lo dice la Ley 14, de 20 de noviembre de 1578, expedida por Felipe II."

Dice el recurrente, en apoya del cargo que se considera, que no obstante reconocer el Tribunal que la copia presentada por la Parcialidad de indígenas demandante no es título de los resguardos; concluye que ese título de propiedad de éstos lo constituye la ley que les otorgó la concesión de los terrenos ocupados por ellos, "confirmándoles en lo que ahora tienen, y dándoles de nuevo lo necesario para labrar y hacer sus sementeras y crianzas," como lo dice la Ley 14, de 20 de noviembre de 1578, expedida por Felipe II." Pero que leyendo con atención las leyes españolas que cita el Tribunal, y que en parte cita el recurrente, se ve que ellas inclinan la mente a la afirmación de que tales leyes no reconocieron ningún derecho de dominio a favor de los indígenas, especialmente la 14 de 1578 y la 19 de 1646. Que el Tribunal cita también en su fallo la Ley de 11 de octubre de 1821, para concluír que la República reconoció las asignaciones de los terrenos llamados resguardos, hechas a las parcialidades de indígenas, conforme a las leyes españolas, con el objeto de que la propiedad y posesión común se mudaran cuando las circunstancias lo permitieran; pero que una atenta lectura de las disposiciones de la Ley últimamente citada lleva a la conclusión de que el legislador de ese año (1821), no consideró a los indígenas como propietarios de las tierras, puesto que el artículo 2º de dicha Ley establece que los resguardos, o eran poseídos en común, o ya estaban distribuídos en porciones entre las familias de indígenas, únicamente para su cultivo, según el decreto del Libertador, de 20 de mayo de 1820; de lo cual no se puede concluír—arguye el autor del recurso—que tuvieran la propiedad, porque si ya la tenían con anterioridad a dicha disposición, era inútil el mandato del legislador de que esas tierras "se les repartirán en pleno dominio y propiedad, luégo que las circunstancias lo permitan," como lo indica el tiempo futuro del verbo repartirán. Que lo mismo dijo la Ley 11, de 24 de abril de 1874, que mandó reconocer el dominio de los territorios de Casanare y San Martín a favor de los indígenas de estos territorios, que los estuvieran ocupando con trabajos agrícolas. De modo que si los indígenas eran propietarios o dueños de los terrenos por las leyes españolas y las anteriores a la República, ¿porqué el legislador de 1874 les iba a reconocer el dominio como una concesión o gracia?

En apoyo de la misma tesis cita el recurrente disposiciones del Decreto del Libertador, de 15 de octubre de 1820, Leyes de 1832, 1834, 1843, 1849, y por último, las Leyes 89 de 1890, 55 de 1905, 104 de 1919, 32 de 1920, 38 de 1921 y 19 de 1927, que establecen normas para dar la propiedad de la tierra que ocupan los indígenas, y en ninguna de ellas—dice el recurrente—se les reconoce o asigna la calidad de dueños, sólo por ocuparlas o poseerlas,

sino que, por el contrario, un artículo de la Ley 89, el 38, califica a los indígenas de simples usufructuarios, agregando que esa calidad la han tenido siempre. Y que si antes de dictarse todas las leyes anteriores hubieran sido propietarios de tales tierras, el legislador, cuya sabiduría hay que suponer, no habría tenido motivo para exigir ciertas formalidades o requisitos previos para reconocer esa propiedad. Por consiguiente—continúa el autor del recurso—si de la legislación no resulta que el Estado, por medio de leyes haya reconocido como dueños a los indígenas, ¿cómo puede ser la ley el título de propiedad de las parcialidades de indígenas? Y, en consecuencia, al reconocer la sentencia que los indígenas sí tienen esa propiedad, violó los artículos 946 y 950 del Código Civil, por indebida aplicación, máxime si se tiene en cuenta que, conforme a la ley citada de 1832, el tributo era lo único que daba derecho al resguardo, y el demandante no probó que lo rindiera; que la Ley 89 de 1890 establece la manera de probar el derecho sobre los resguardos, en caso de haberse perdido los títulos; que el artículo de la Ley 19 de 1927 impone a la comisión partidora de un resguardo el examen de los títulos de propiedad; que si la ley fuera el título de propiedad de los indígenas, no se explicaría cómo la Ley 89 de 1890 ordena a los empleados públicos y a los Notarios dar a los indígenas copias de los títulos de los resguardos. Que no se ha dado por la parcialidad demandante título en este caso, ni puede ser la ley que reconoció el derecho de dominio a los indígenas, porque para que el derecho se radicara en las parcialidades era preciso la demostración de ciertos hechos, especialmente el de la posesión visible en treinta años, caso de no presentarse el título, prueba que no ha dado la parcialidad demandante.

Por último, dice el recurrente, que si la Corte no acepta la tesis de que los indígenas, mientras permanezcan en división, son simples usufructuarios, tendrá al menos que reconocer la ausencia de título alguno que muestre el dominio de la parcialidad demandante; y que reconocer a quien no tiene título de dominio el derecho para ejercitar la acción reivindicatoria, como lo hace la sentencia, es aplicar indebidamente los artículos 946 y 950 del Código Civil. Que el Tribunal incurre en error de derecho al apreciar la diligencia de posesión presentada el año de mil setecientos veintidós, y con esa apreciación violó las disposiciones anteriores.

Considera la Sala, respecto de la primera parte del cargo, que la Corte en pleno declaró, por sentencia de treinta de octubre de mil novecientos veinticinco (**Gaceta Judicial números 1655 y 1656, tomo XXVII**), que la República de Colombia reconoció a los indígenas "las asignaciones de los terrenos llamados resguardos, hechas a las parcialidades de indígenas por las leyes españolas, pero sometiéndolas por altas consideraciones de orden público a la división y distribución entre sus miembros, con el objeto de que la propiedad y posesión comunes se mudara, cuando las circunstancias lo permitieran, en propiedad de las familias o de los individuos por la asignación de sus parcelas.

Según este fallo, fundado en las leyes que allí se citan, y que obliga a todos los poderes públicos, no puede la Sala reconocer que el Tribunal hubiera violado las disposiciones que cita el recurrente, al declarar que la ley dio título de propiedad a los resguardos de indígenas. Ahora: el Tribunal no ha declarado que con sólo invocar los resguardos la ley general que les reconoció dominio, puedan ejercitar con éxito la acción reivindicatoria. Si así hubiera sido, tendría razón el recurrente, porque para que la sola ley sirva de título de propiedad de inmuebles, es preciso que en ella misma se determinen los bienes por su situación y linderos, o de otro modo inequívoco expresado también en ella, y en las leyes generales, como tales, no se hizo esa determinación. Y prueba de que no fue ese el concepto del Tribunal, es la que en seguida tuvo en cuenta la diligencia de posesión del año de mil setecientos veintidós, presentada por la parcialidad demandante, para reconocer la acción reivindicatoria instaurada en este juicio. De modo que en esos dos puntos no es fundado el cargo.

Pero en el resto de él dice el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al estimar la copia de la diligencia de posesión presentada por el demandante, del año de mil setecientos veintidós, como prueba de la posesión inmemorial del resguardo de Cañamomo y Lomaprieta, y que también violó, por error de hecho y de derecho, varias disposiciones sustantivas, de que habla en el motivo primero del capítulo 2º de la demanda de casación. Habrá, pues, que considerar esta última parte del primer cargo, unida con el primer motivo del capítulo 2º citado, por ser uno mismo.

En apoyo de estos reparos—arguye el autor del recurso—que según el artículo 1758 del Código Civil, es instrumento público o auténtico, el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario; que el artículo 678 del Código Judicial anterior, vigente cuando se interpuso el recurso, establecía cuáles eran los instrumentos auténticos, y en el numeral 2º se refiere a los que se hallen en los archivos públicos de carácter oficial, y a las copias de estos documentos, autorizadas por los empleados respectivos; que el artículo 679 del propio Código Judicial determinaba las condiciones o requisitos para que tales documentos pudieran tenerse como pruebas, entre ellas la de que se pidan durante el juicio por el Juez de la causa a la oficina donde reposaran sus originales, y, por último, que el artículo 686 del mismo Código agrega que "los documentos auténticos se expedirán en copia bajo la responsabilidad de los empleados encargados de la custodia de los originales....."

No hay disposición legal—continúa diciendo el recurrente—según la cual una copia de una diligencia, como la que obra en autos, del año de mil setecientos veintidós, pueda ser título del derecho de dominio, ni de la posesión. El artículo 12 de la Ley 89 de 1890, dice que caso de haber perdido una parcialidad de indígenas sus títulos, por caso fortuito o por maquinaciones dolosas y especulaciones de algunas personas, comprobará su derecho sobre el resguardo por el hecho de la posesión judicial, o no disputada por el término de treinta años, caso que no se cuente con esa formalidad, y de acuerdo con el Código Civil. De suerte que ni siquiera la copia de la copia de esa diligencia puede suplir—dice el recurrente—la existencia del título, ni para comprobar la posesión, pues si en el caso de la facultad del título, el derecho al resguardo se comprueba con el hecho de la posesión, esta posesión que la parcialidad demandante hubiera tenido alguna vez en las tierras del resguardo, ha debido probarse con el testimonio de cinco testigos de notorio abono, examinados en la forma prescrita por el artículo antes citado. La copia de la diligencia, aparte que no es la prueba de la posesión, ni título de dominio, no vino a los autos en la forma legal, pues ni se pidió al archivo oficial donde reposa original la diligencia, ni está expe-

dida bajo la responsabilidad del funcionario encargado de la custodia del original. Ni vale decir que el hecho de estar protocolizada la copia auténtica le dé fuerza legal a la copia expedida por el Notario, porque, conforme al inciso 2º del artículo 2606 del Código Civil, por la protocolización no adquiere el documento protocolado mayor fuerza de la que originalmente tenga. Por la protocolización no se podía convertir la copia protocolada en pieza original. Que como por el hecho de la protocolización fue por lo que el Tribunal apreció como auténtica dicha copia, violó por este aspecto el artículo últimamente citado y los artículo 678, 679 y 686 del Código Judicial, vigentes cuando se interpuso el recurso, y el artículo 12 de la Ley 89 de 1890; y que como esa prueba influyó en el Tribunal para reconocer la calidad de dueña de la parcialidad demandante, dando fuerza de prueba a la posesión inmemorial, posesión que lleva o induce al dominio, violó también los artículos 946 y 950 del Código Civil.

Se considera:

El Tribunal no tomó la copia de la diligencia de posesión dada a la parcialidad demandante el año de mil setecientos veintidós como título de dominio, porque dijo que éste lo constituía la ley general, que reconoció a los resguardos de indígenas el dominio de ellos. Tomó el sentenciador la copia de la diligencia como prueba de la posesión inmemorial de dicha parcialidad sobre el terreno disputado.

Ahora, cualquiera que sea el valor probatorio de dicha copia, no era suficiente para ordenar la reivindicación demandada, porque no pudiendo ser la ley general el título inmediato de dominio de la parcialidad demandante, debido a que no se determinaron en ella los inmuebles para cada caso, el actor debió presentar ese título inmediato del terreno de que se trata. Y no habiéndolo presentado, se encontraba en el caso del artículo 12 de la Ley 89 de 1890, disposición según la cual, para que sea admisible la prueba de la posesión judicial que sirva para reconocer el derecho al resguardo, es preciso que se compruebe la pérdida fortuita o por maquinaciones dolosas de algunas personas, del título directo del resguardo. Y esta prueba no la adujo el demandante.

Tampoco sería el caso de la posesión no disputada por el término de treinta años, porque este lapso debe contarse hacia atrás, desde la posesión del demandado, y comprobarse con el dicho de cinco testigos de notorio abono, para que supla el título de los resguardos. El hecho de que la parcialidad demandante hubiera obtenido posesión en el año de mil setecientos veintidós, no acredita que la conservara ciento cincuenta y seis años después, o sea en el año de mil ochocientos setenta y ocho, en que el señor Fortunato Gallo compró el terreno disputado entró en posesión de él, lo mismo que sus sucesores, hasta llegar al demandado Gómez, según los títulos que éste ha presentado en el juicio.

De modo que al estimar el Tribunal que con la copia de la diligencia de posesión a favor del demandante, del año de mil setecientos veintidós, quedaba completo el título de dominio de los resguardos de Cañamano y Lomaprieta, y era si procedente la acción reivindicatoria deducida por dicha parcialidad, incurrió en error de hecho y de derecho, violando con ellos el artículo 12 de la Ley 89 de 1890, y también los artículos 946 y 950 del Código Civil, relativos a la reivindicación, y por ello debe casarse la sentencia, sin necesidad de considerar los demás cargos formulados en la demanda de casación.

Para resolver en instancia, basta observar que, si como queda dicho en la casación, los demandantes no han acreditado el dominio ni la posesión que han alegado, conforme a la ley, no es procedente la acción reivindicatoria ejercitada por ellos en el juicio, ni las demás que son consecuenciales de dicha acción, sobre entrega del terreno y frutos. Y no siendo procedente la acción, no hay lugar a considerar las excepciones.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de fecha diez y ocho de febrero de mil novecientos treinta y uno, proferida por el Tribunal Superior de Manizales en este juicio, y en su lugar confirma la de primera instancia. Sin costas en la instancia y en el recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

El diez de julio de mil novecientos veinticinco, el Juez 3º del Circuito de Cali libró mandamiento ejecutivo de pago a favor del doctor Alberto Holguín y en contra de los señores Luis A. y Ricardo Puente R., Mercedes Puente de Ortiz y Aristides Ortiz, por la suma de cinco mil pesos y sus intereses al doce por ciento anual, a partir del diez y nueve de enero de mil novecientos veinticuatro, y al diez y ocho desde el ocho de mayo del año siguiente, hasta el día del pago.

Sirvió de recaudo un documento privado de deber, otorgado por los ejecutados al ejecutante.

Como aquéllos, al ser notificados del mandamiento, no presentaron bienes para el embargo, éste les denunció "los derechos o acciones de dominio que, por valor de $ 926-70, $ 1,695-48 y $ 465-73, sobre un avalúo de $ 3,122, se les adjudicaron en la partición de bienes en la sucesión de Pacífica Reyes viuda de Manzano, en una finca de campo, ubicada en el sitio de Buchitolo, jurisdicción del Municipio de Candelaria, finca compuesta de plantaciones de cacao, café y pastos artificiales, guadual, unas matas de hiraca y tres palmas de coco, alinderada así: Norte, camino público que va de Candelaria a Puerto Mallarino; Sur, callejón que va de Buchitolo al Zaino, en parte, y en parte, fincas de Judas Tadeo Zamorano y José Muñoz; Oriente, en parte, callejón que va de Buchitolo al Arenal, en medio, finca de Numa Zamorano y finca que perteneció a Jorge Nieto, y en parte finca de José Muñoz; y Occidente, finca de Rodolfo Sinisterra y manga de Pedro Ortiz."

Fue decretado el embargo, depósito y avalúo de estos derechos por auto del diez de diciembre de mil novecientos veinticinco.

Por medio de apoderado, el señor Lucindo Sanclemente introdujo una demanda de tercería excluyente para que se declarara su mejor derecho al dominio y la posesión de los bienes embargados, singularizados en el hecho 1º del libelo, y se ordenara consecuencialmente su desembargo;

Hé aquí la exposición de los hechos:

"1° En un juicio ejecutivo que sigue ante usted el señor doctor Alberto Holguín Ll., contra Luis Antonio y Ricardo Puente R., Arístides Ortiz y Mercedes Puente de Ortiz, por suma de pesos, ha sido declarado el embargo de bienes que en escrito de siete (7) de diciembre de mil novecientos veinticinco (1925), denunció el ejecutante como propios de los ejecutados, consistentes, dice, en "los derechos o acciones de dominio que por valor de $ 926-79, $ 1,095-48 y $ 466-73, sobre un avalúo de $ 3,122, se les adjudicaron en la partición de bienes en la sucesión de Pacífica Reyes viuda de Manzano, en una finca de campo, ubicada en el sitio de Buchitolo, jurisdicción del Municipio de Candelaria, finca compuesta de plantaciones de cacao, café y pastos artificiales, guadual, unas matas de hiraca y tres palmas de coco, alindada así: Norte, camino público que va de Candelaria a Puerto Mallarino; Sur, callejón que va de Buchitolo al Zaino, en parte, y en parte, finca de Judas Tadeo Zamorano y José Muñoz; Oriente, en parte, callejón que va de Buchitolo al Arenal, en medio; finca de Numa Zamorano y finca que perteneció a Jorge Nieto, y en parte finca de José Muñoz; y Occidente, finca de Rodolfo Sinisterra y manga de Pedro Ortiz." El auto de embargo de estos bienes lleva fecha diez (10) de diciembre citado, el cual se registró en Palmira el día veintiuno (21) de este citado mes, partida número 74, folios 85 y 86 del libro respectivo de la Oficina de Registro de instrumentos públicos.

"2° Por comisión librada por ese Juzgado al señor Juez Municipal de Candelaria, para el avalúo y depósito de los bienes embargados a que alude el hecho precedente, este empleado llevó a efecto ambas diligencias, el día diez y siete (17) de junio último, verificándose el depósito en la persona de mi poderdante señor Lucindo Sanclemente, designado al efecto por el comisionado, quien antes de suscribir la diligencia sobre avalúo y depósito, dejó constancia expresa de que él, Sanclemente, es dueño exclusivo de la propiedad relacionada, expresando además que 'todas las mejoras existentes han sido puestas por él.'

"3° En su testamento otorgado bajo el número 199, con fecha diez y seis (16) de abril de mil novecientos seis, ante el Notario primero de este Circuito, la señora Pacífica Reyes viuda de Manzano, declara, cláusula tercera, que deja como bienes suyos **'los derechos** que me corresponden en una finca de campo compuesta principalmente de cacao y potrero de pasto artificial, situada en el sitio de **Buchitolo**, jurisdicción de **Palmira**, siendo entendido (agrega) que yo soy la, condueña de mayores derechos, los cuales me vienen por herencia de mis padres (Julián Reyes y Juana María Pretel, había dicho atrás, cláusula primera), y de uno o dos de mis hermanos por compra y mejoras que he hecho.'"

Y en la cláusula quinta dijo:

"No tengo legitimarios o sean herederos forzosos y por lo mismo dispongo libremente de mis bienes como mejor me lo dicta mi voluntad, así: a Germán Nieto, mi sobrino, le dejo cinco mil pesos ($ 5,000); a Angelina Puente, mi sobrina, diez mil pesos ($ 10,000); a Juana y María Luisa Reyes, mis sobrinos, veinte mil pesos ($ 20,000); a María Jesús Salazar, mi ahijada, dos mil pesos ($ 2,000); a Jorge Salazar, hermano de María Jesús, mil pesos ($ 1,000); a Rafael Reyes Pretel, hermano mío, diez mil pesos ($ 10,000); a la Iglesia de La Merced, de esta ciudad, (Cali), cinco mil pesos ($ 5,000); a San Francisco, id., dos mil pesos ($ 2,000); al Cementerio Católico, ídem, mil pesos ($ 1,000); a la Iglesia de Candelaria, en el Distrito del mismo nombre, cinco mil pesos ($ 5,000); y el valor de las treinta misas de San Gregorio, en beneficio de mi alma."

En la cláusula séptima, dijo:

"Nombro por mis únicos y universales herederos a mis sobrinos Ricardo y Mercedes Puente, de esta manera: dos terceras partes de mi herencia para el primero y la otra tercera parte para la segunda," agregando en la octava cláusula:

"Declaro que para las asignaciones que he hecho, he presupuesto una base de doscientos mil pesos ($ 200,000) papel moneda; de manera que si a mi muerte mis bienes no alcanzaren a este valor, mi voluntad es que la mitad del acervo bruto, sea para mis dos herederos, en la proporción que he indicado y la otra mitad para gastos y legados."

4° Al inventariarse en la sucesión de Pacífica Reyes viuda de Manzano, levantada y concluida en el Juzgado 1° de este Circuito, de donde se trajo al protocolo de la Notaría segunda y protocolizó el veintisiete (27) de febrero postrero, bajo el número 300, los bienes relictos de que no dispuso antes de su muerte, el tenedor de ellos y albacea de la sucesión, señor Ricardo Puente R., hizo figurar como propios de la causante, en absoluto, "una finca de campo, ubicada en el sitio de Buchitolo, jurisdicción del Distrito de Candelaria, compuesta de cacao, café, unas matas de hiraca, tres palmas de coco, potrero de pasto artificial, guadual, finca que tiene los siguientes linderos: Norte, camino público que va de la Candelaria a Puerto Mallarino; Sur, callejón que va de Buchitolo al Zaino, en parte, y en parte, finca de Judas Tadeo Zamorano y José Muñoz; por el Oriente, en parte, callejón que va de Buchitolo al Arenal, de por medio, con finca de Numa Zamorano y con finca que perteneció a Jorge Nieto, y en parte, con la finca de José Muñoz; y por el Occidente, finca de Rodolfo Sinisterra y manga de Pedro Cruz." Esta propiedad se estimó por los peritos concurrentes a tal inventario, en un total de tres mil ciento veintidós pesos ($ 3,122) moneda legal.

5° Pacífica Reyes viuda de Manzano, declaró en su testamento y en la cláusula tercera de él, a que he hecho alusión en el hecho 3° supra, que deja como bienes suyos, "los derechos que le corresponden por herencia de sus padres Julián Reyes y Juana María Pretel, de uno o dos de sus hermanos, y por compras y mejoras que hizo, en una finca de campo, compuesta principalmente de cacao y potrero de pasto artificial, situada en el sitio de Buchitolo, en jurisdicción de Palmira," y su albacea y tenedor de tales derechos en la propiedad aludida, señor Ricardo Puente R., hizo levantar el inventario aludido en el hecho 4° precedente, incluyendo en él no derechos de dominio en la finca alinderada y situada en Buchitolo, en jurisdicción del Municipio de Candelaria, que aparece singularizada en tal acto judicial, sino esta propiedad toda, como perteneciente, en absoluto e íntegramente, a la causante, la cual murió sólo dos días después de la fecha de su memorado testamento, no meses, sin que a partir de la citada fecha testamentaria en adelante hubiera adquirido nuevos bienes o los derechos de los otros condóminos que le faltaban para completar su dominio exclusivo sobre la mitad de la finca campestre supranombrada, lo cual sólo se explica admitiendo un claro error de entendimiento en el denunciante o de conocimiento de

los bienes en su cuantía cuando los relacionó para el inventario y avalúo referidos. Este error lo observó y combatió en el propio juicio sucesional el hermano y legatario de la causante, señor Rafael Reyes Pretel, quien, por vía de una simple articulación, solicitó se excluyeran de los inventarios los derechos de dominio de los demás condóminos en la propiedad inventariada, incluídos indebidamente; y si no alcanzó el pretendido derecho solicitado, se debió, ante todo, a la forma y vía empleadas, en lugar de ejercitar la ordinaria en juicio independiente, según así se colige del fallo negativo resolutorio de la articulación.

6ª En el juicio de sucesión del señor Julián Reyes, padre de Pacífica viuda de Manzano, seguido, fenecido y protocolizado en Palmira, bajo escritura 239 de seis de octubre de mil ochocientos noventa y dos, Notaría primera, se inventariaron y avaluaron los bienes relictos en la siguiente forma:

Una arboleda de cacao, con quinientos treinta y ocho árboles, avaluados:

Cuatrocientos, a $ 2, en	$	800 ..
Y ciento treinta y ocho, a $ 1-60 cada uno, en		220 80
Un potrero con pasto guinea, con veintinueve plazas, en mal estado, a $ 40		1,160 ..
Cien de árboles de cacao, pequeños, recién sembrados, a $ 0-30 cada uno, en		30 ..
Doscientos árboles de café, a $ 0-30 cada árbol, en		60 ..
Una casa pajiza, paredes de embutido, en mal estado, en		50 ..
Una ramada empezada a empajar, sobre horcones de madera, en		70 ..
Ciento setenta y cinco piezas de tierra, en el Zaino, a $ 6, en		1,050 ..
Y en semovientes, herramientas, alhajas, etc., un valor de		1,078 60
Lo que da un total de	$	4,619 40

La finca donde se contienen las sementeras, edificios y pastos enunciados, todo en Buchitolo de Candelaria, aparece delimitada en el inventario, así: "por el Norte, el camino real que conduce de Cali a Candelaria; por el Sur, el callejón de Buchitolo; por el Oriente, callejón de por medio, con las fincas del señor Joaquín Escobar y Alejandro Nieto; por el Poniente, con la finca del señor Rodolfo Sinisterra." Anotan los peritos avaluadores, que el valor de la tierra donde se radican los pastos, sementeras y edificios, que dejan valorizados, tierra que, dicen, es la comprada a Francisco Antonio Núñez, y los nueve derechos en Párraga, denunciados por Juana María Pretel, está incluído en el avalúo dado a las sementeras y pastos, y que, por ello, no dan su precio aparte.

7ª En la cuenta de liquidación y partición de los bienes de esa sucesión de Julián Reyes, se hizo adjudicación en los bienes inmuebles relacionados en el hecho 6º precedente, en la siguiente forma y extensión de derecho:

La casa pajiza y ramada ubicadas en la finca de Buchitolo, en sus avalúos	$	120 ....
Los cuatrocientos árboles de cacao cargados, en		800 ....
Los ciento treinta y ocho árboles de cacao, avaluados en		220 80
Los cien árboles de cacao pequeño, avaluados en		30 ....
Los doscientos árboles de café, avaluados en		60 ....
Un derecho en las 175 plazas tierras del Zaino, de valor de quinientos setenta pesos	$	570 ....
Un derecho en el potrero de pasto de guinea, de veintinueve plazas, de valor de		639 50

A PACIFICA REYES DE PRETEL

Un derecho en las 175 plazas de tierras en el Zaino, por valor de		68 37,95/10,000
Un derecho en el potrero, de 29 plazas de pasto, por valor de		68 37,95/10,000

A ROSALIA REYES DE P.

Un derecho en la 175 plazas de terreno del Zaino, por valor de		150 77,15/10,000
Un derecho en el potrero de 29 plazas pasto en Buchitolo, por valor de		136 ....

A MARIA IGNACIA REYES P.

Un derecho en las 175 plazas, terreno del Zaino, por valor de		100 77,15/10,000
Un derecho en el potrero, de 29 plazas de pasto, por valor de		148 ....

A RAFAEL REYES P.

Un derecho en las 175 plazas de terreno, en Zaino, por valor de		42 ....
Un derecho en el potrero, de 29 plazas de pasto, por valor de		42 760/1,000

A ADOLFO REYES P.

Un derecho en el potrero, de 29 plazas de pasto, por valor de		50 ....
Un derecho en las 175 plazas de tierra del Zaino, por valor de		49 960/10,000

A JULIO REYES P.

Un derecho en las 175 plazas de tierra en Zaino, por valor de		47 11,75/10,000
Un derecho en el potrero, de 29 plazas, pasto, por valor de		54 84,25/10,000

A BUENAVENTURA REYES P.

Un derecho en las 175 plazas de tierra del Zaino, por valor de		21 ....
Un derecho en el potrero de 29 plazas de pasto en Buchitolo, por valor de		20 518/1,000

Quinto. Las adjudicaciones en bienes muebles complementarias de las legítimas de estos herederos y derechos conyugales de la señora Pretel de Reyes, por ser impertinentes con los fines que perseguiré en la acción que intento en este escrito.

8.º Por causa de muerte de la señora Juana María Pretel de Reyes, se levantó, siguió y feneció el juicio de sucesión en el Juzgado Civil del Circuito de Palmira, protocolizándolo en la Notaría 2ª de la citada ciudad, bajo escritura número 187 de 29 de abril de 1897. En los inventarios y avalúos en ésta practicados, aparece que se colacionaron y valorizaron los siguientes bienes inmuebles:

Una casa pajiza de habitación, avaluada en	$	400 ....
Una ramada nueva avaluada en		250 ....
Una plantación de 500 árboles de cacao, a $ 300 cada uno		1.500 ....
Doscientos árboles más, empezando a cargar, a $ 150 cada uno		3.000 ....
Una plaza de platanar, ms. mos., avaluada en		40 ....
El derecho de $ 639,50 en el potrero, de 29 plazas de pasto en		1,500 ....

Y la cuenta de partición de estos bienes, se distribuyeron así:

Para Alejandro Nieto, por valor de gastos:

Un derecho de valor de ciento veintisiete pesos sesenta centavos, en el de quinientos setenta pesos de

derecho en las 175 plazas de terreno el «Zaino» que se le adjudicó a la Pretel en la mortuoria de Julián Reyes..... $ 127 60

Para Julio Reyes P.

Los cuatrocientos cuarenta y dos pesos cuarenta centavos restantes en el derecho de quinientos sesenta pesos en las 175 plazas de tierra del Zaino..... 442 40
Treinta pesos de derecho en la casa pajiza, avaluada en $ 400..... 30 ....
Treinta pesos sesenta centavos en la ramada nueva, avaluada en $ 250..... 30 60
Derecho de treinta pesos en los 200 árboles de cacao empezando a cargar..... 30 ....
Pesos ocho, sesenta centavos, de derecho en la plaza de platanar..... 8 60
Un derecho de $ 25 en los cuatrocientos árboles de café, avaluados en $ 400..... 25 y
48 $\frac{690,625}{1.000,000}$ de derecho en la plantación de cacao, en terreno propio avaluados en $ 1,500.... 48 $\frac{690,625}{1.000,000}$

Para Concepción Reyes de N.

Un derecho por valor de $ 372 $\frac{896,875}{11\,000,000}$ en el de $ 639,50 que la sucesión posee en el potrero de 29 plazas de pasto artificial adjudicado en la de Julián Reyes, y que en aquélla se avalúo, en $ 1,500..... 372 $\frac{896,875}{1.000,000}$

Para Rosalía Reyes P.

Igual adjudicación a la anterior, en el mismo bien..... 372 $\frac{896,875}{1.000,000}$

Para Adolfo Reyes P.

Derecho en el de pesos 639,50 cs. en el potrero, de 29 plazas de pasto avaluado en $ 1,500, por valor de..... 754 $\frac{208,250}{1.000,000}$

Derecho en la casa pajiza por valor de..... 66 00
Derecho en la ramada nueva por valor de..... 40 00
Derecho en los doscientos árboles de cacao empezando a cargar por valor de..... 50 00
Derecho en la plaza de plataar por valor de.. 6 00
Derecho en la plantación de cacao, en terreno propio avaluada en pesos 1,500, por valor de.... 66 $\frac{484,375}{1.000,000}$

Para Pacífica Reyes P.

Derecho en la casa pajiza de habilación, por valor de..... 66 00
Derecho en la ramada nueva, por valor de.... 25 00
Derecho en la plaza de platanar, por valor de.. 6 60
Derecho en ochocientos árboles de cacao empezando a cargar, por valor de..... 30 00
Derecho en la plantación de cacao en terreno propio, avaluada en $ 1,500, por valor de..... 62 $\frac{296,875}{1.000,000}$

Para María Ignacia Reyes P.

Derecho en la plaza de platanal, por valor de. 6 60
Derecho en doscientos árboles de cacao empezando a cargar, avaluados en $ 300, por valor de..... 30 00
Derecho en la casa pajiza de habitación, por valor de..... 30 00
Derecho en la ramada nueva por valor de..... 25 00
Derecho en la plantación de cacao, avaluada en $ 1,500..... 31 $\frac{296,875}{1.000,000}$

Para Buenaventura Reyes P.

Derecho en la casa pajiza de habitación, por valor de..... $ 138 00
Derecho en la ramada nueva, por valor de..... 95 40
Derecho en los doscientos árboles de cacao empezando a producir por valor de..... 110 00
Derecho en la plaza de platanar, por valor de.. 6 10
Derecho en la plantación de cacao en terreno propio avaluado en $ 1,500 por valor de..... 170 $\frac{434,375}{1.000,000}$

Para Rafael Reyes P.

Derecho en la casa pajiza por valor de..... 70 00
Derecho en la ramada nueva, por valor de..... 34 ....
Derecho en los doscientos árboles de cacao empezando a cargar, por valor de..... 50 00
Derecho en la plaza, de platanar, por valor de 6 10
Derecho en la plantación de cacao, avaluada en $ 1,500 por valor de..... 100 $\frac{796,875}{1.000,000}$

Anotaron los peritos en el inventario que todo lo que han avaluado; excepto los 200 árboles de café situados en el Zaino, está en un solo globo en Buchitolo, demarcado así: por el Oriente, callejón de por medio, con finca de Alejandro Nieto; por el Occidente, limítrofe con el potrero de Rodolfo Siniesterra; por el Sur, callejón de por medio, con finca y terrenos de la misma mortuoria de la señora Juana María Pretel; y por el Norte, con el callejón público que conduce de Candelaria a Cali.

9° En la liquidación de las mortuorias de los esposos Alejandro Nieto y Concepción Reyes de Nieto seguidas acumulativamente y protocolizadas el 27 de junio de 1903, bajo el número 282, en la Notaría 2ª de Palmira, se adjudicó al señor Jorge Nieto el derecho por valor de ciento veintisiete pesos sesenta centavos ($ 127,60) que en las 175 plazas de tierra en el «Zaino» se le destinaron en la sucesión de Juana María Pretel al señor Alejandro Nieto.

10 Adolfo Reyes Pretel vendió a su hermano Rafael Reyes P., por medio de la escritura de 26 de abril de 1906, número 229, de la Notaría 1ª de este Circuito de Cali, *todos los derechos y acciones* que le correspondan o puedan corresponderle por herencia de sus (sic) sus padres Julián Reyes y Juana María Pretel, según sus hijuelas respectivas que entregó al comprador, y también por la herencia y adjudicaciones que se le hicieron en la sucesión por causa de muerte de su hermano Buenaventura Reyes. Excluyó sólo de esta transmisión, cuatro plazas que había vendido Pedro Antonio Ortiz y dos al finado Obdulio Mejía. Dio como límites del terreno donde se encierran los derechos enajenados a Rafael Reyes, éstos: por Oriente, callejón de por medio, con finca de los herederos de Alejandro Nieto y el callejón de «Papayal» hasta encontrar el zanjón del Vijo; por Occidente, con potrero de Rodolfo Siniesterra y Poseverde; por el Norte, el callejón público que conduce al «Arenal»; y por el Sur, con el zanjón del Vijo. Encerró, pues, con estos límites, no sólo el fundo donde están las sementeras y potreros de pastos de 29 plazas de extensión, sino también todo el indiviso llamado Buchitolo, donde radican las 175 plazas ubicadas en tierra del «Zaino», de que en las sucesiones atrás nombradas se ha hecho mérito como a tales partes.

11. Buenaventura Reyes Pretel murió célibe. Su mortuoria se siguió y protocolizó en Palmira bajo escritura número 241 de la Notaría 1ª, con fecha 14 de agosto de 1926. En ella se adjudicó a Rafael Reyes P., en la hijuela de gastos, los veintiún pesos y centavos que en las 175 plazas de tierra en el «Zaino» se adjudicaron a Buenaventura Reyes P. en la sucesión de Julián Reyes. Y no sólo esta adjudicación se le hizo sino que, además, se le adjudicaron y destinaron todos los demás bienes inventariados y avaluados como propios de su mortuoria, sin exclusión alguna, para pagarle la hijuela de deudas y gastos formada y adjudicada a él por el contador partidor, hijuela cuyo valor superó en mucho al de los bienes todos inventariados, quedando los demás hermanos herederos de Buenaventura Reyes fuera de toda participación en el haber sucesional. Este haber se compuso según consta del inventario y avalúo practicados en la mortuoria, de todos los derechos que en las mortuorias de Julián Reyes y Juana María Pretel de Reyes se adjudicaron a Buenaventura Reyes P., a título de heredero legitimario en los bienes que se relacionan en los hechos 6°, 7° y 8° precedentes del derecho de $ 372 $\frac{896.875}{1.000,000}$ que a Rosalía Reyes P. de Puente se adjudicó en el potrero de pastos de 29 plazas, en Buchitolo, en la sucesión de Juana María Pretel de Reyes, de que se hace

relación en el hecho 8°, el cual derecho le compró Buenaventura Reyes, por escritura número 152, otorgada en Candelaria el 31 de julio de 1897, ante el notario primero del Circuito de Palmira; del derecho de $ 42 $\frac{760}{1.000}$ adjudicados a Rafael Reyes P. en la sucesión de Julián Reyes, en el potrero de 29 plazas de pastos situado en Buchitolo, el cual derecho lo compró Buenaventura Reyes por medio de la escritura número 113, otorgada en el mismo lugar y ante el propio Notario que el anterior el día 8 de abril de 1893; y del derecho de $ 54 $\frac{8425}{10.000}$ que en el potrero de 29 plazas de pastos, en Buchitolo, se adjudicó en la sucesión de Julián Reyes al heredero Julio Reyes P. y que a éste compró Buenaventura Reyes, por medio de la escritura número 255, otorgada ante el Notario citado en Candelaria, el 13 de agosto de 1893;

12. Liquidada la sucesión de Pacífica Reyes, arrojó el resultado siguiente: la formación de sólo cuatro hijuelas: una para Luis Antonio Puente R., a quien se reconoció el doble carácter de legatario y de acreedor por el valor general de los gastos invertidos en el secuela del juicio de sucesión sin ser ni lo uno ni lo otro, porque Pacífica Reyes no lo instituyó en su testamento como lo primero, ni el Juez lo declaró tál, ni pudo hacer gasto alguno en el seguimiento del juicio sucesorio, porque en él no tenían el más mínimo interés personal, ni tenía tampoco con qué hacerlos, siendo como es, y ha sido, un paupérrimo jóven jornalero, que a duras penas come y viste, miserrísimamente, siendo el valor de esta hijuela el de $ 926-79; otra para Ricardo Puente R., como heredero, por valor de $ 1,305-18 otra para Mercedes Puentes de Ortiz, también heredera, por valor de $ 465-73; y otra para el señor presbítero Maximiliano Sanclemente, como subrogatario de Mercedes Puentes de Ortiz, en una parte de sus derechos en la sucesión ameritada, por valor de $ 34; siendo de observar, que en la hijuela de Ricardo Puente R. se incluyen los valores que se destinaron para la satisfacción de los legados y deudas hereditarias, que sumaron $ 806, y que la adjudicación de los bienes para satisfacer estas cuatro hijuelas, comprendió todo lo que fue inventariado y avaluado, según se expresó en el hecho 5°, resultando así que se destinó, para esos cuatro adjudicatarios, bienes que, en parte, no eran del dominio de la sucesión liquidada, según se expresó en el citado hecho 5°.

13. Ricardo Puente R. y Rafael Reyes P., por medio de la escritura pública número 492, de veintiocho de agosto de mil novecientos ocho, pasada en la Notaría 1ª de este Circuito de Cali, vendieron al señor Lucindo González, todos los derechos de dominio que Pacífica Reyes P. y su sucesión, por causa de muerte, tenían adquiridos de las sucesiones de sus padres Julián Reyes y Juana María Pretel, más por compras hechas a Patrocinio Bohórquez (originada de la hijuela de Rosalía Reyes), y a su hermano y a su sobrina señores Julio Reyes P. y Jorge Nieto (dice la escritura). Tal venta de todo lo dejado por Pacífica Reyes P., a su muerte, la hicieron a González los citados Ricardo Puente R. y Rafael Reyes P., invocando como fuentes de derecho para realizarla válidamente, éstas: el primero, el tener derechos vinculados en los bienes relictos como heredero instituido por la causante de la sucesión y la facultad legal civil que le da su calidad de albacea con tenencia de los bienes con que la Reyes (Pacífica), lo invistió en su testamento; y el segundo, Rafael Reyes P., la calidad personal suya y la de sus menores hijas, a quienes representa legalmente, llamadas Juana María y Luisa Reyes S., delegatarias instituídas por Pacífica Reyes P., y además su cargo de albacea con tenencia de los bienes que ésta le confirió en su testamento, al igual que a Ricardo Puente R., albaceazgo que alega Rafael Reyes P. como fundamento de la capacidad legal civil que tuvo para poder realizar válidamente la venta antes dicha en favor de González. Del texto de la citada escritura 492, aparece: que éste compró todos los bienes que pertenecieron a Pacífica Reyes P. y que le enajenaron Ricardo Puente y Rafael Reyes, por un precio de contado de cuarenta mil pesos ($ 40,000) en papel moneda, por los derechos hereditarios de Puente R. y los legados de Reyes P. y sus dos citadas hijas Juana María y Luisa Reyes S., y que se obligó a pagar, además, con otros dineros complementarios del precio real de lo transmitido, todos los demás legados y deudas que se reconocieron en definitiva a cargo de la mortuoria y en la liquidación de ella.

14. Mercedes Puente de Ortiz y Aristides Ortiz, esposos, por escritura número 691 del veintiséis de octubre de mil novecientos once, pasada en la Notaría primera de Cali, vendieron al mismo Luis Lucindo González, todos los derechos o acciones de dominio hereditarios que correspondan o puedan corresponder a la otorgante Puente de Ortiz, como heredero universal, en la sucesión de Pacífica Reyes P.; sin exclusión de otra cosa que de cinco plazas en el terreno montuoso e indiviso de Buchitolo y el Zaino; así, con sólo esta pequeña exclusión por parte de Mercedes Puente de Ortiz, reunió Lucindo González en su poder el haber todo dejado a su muerte por Pacífica Reyes P., garantizada la adquisición por las dos nombradas escrituras números 492 y 691, otorgadas a su favor por Ricardo Puente R. y Rafael Reyes P., Aristides Ortiz y Mercedes Puente de Ortiz; y esto porque si a Ricardo Puente se impuso la obligación del pago de legados y deudas hereditarias y se le destinaron bienes para ello junto con la cuota por él heredada, como ya tenía vendido todo a González y éste se obligó para con él a satisfacer dichos legados y deudas, con parte del precio de esa venta, resulta claro que Puente R. quedó, por este pacto, exento de pagar deudas y legados en cuya obligación los subrogó González; pero éste, a su vez, quedó exclusivo único dueño de todo lo por aquél adquirido en la sucesión y vendido como albacea de Pacífica Reyes P. al propio Lucindo González.

15. Este mismo señor González compró al citado Rafael Reyes P., por escritura número 730, de veintiuno de diciembre de mil novecientos siete, pasada en la Notaría 1ª de esta ciudad, los derechos de dominio que poseía en los terrenos incultos y proindivisos de Buchitolo, en jurisdicción de Candelaria, y principalmente en el terreno que especialmente alinderó en el instrumento que es el mismo por el que se ha hecho el embargo, avalúo y depósito aludidos en los hechos 1° y 2°; derechos de dominio que tenía el vendedor a título de comprador de Adolfo Reyes P., de lo que éste poseía como heredero y se le adjudicó en las sucesiones paterna y materna; como (compra) adjudicatario en la sucesión de Buenaventura Reyes P., de todos los bienes dejados por ésta a su muerte, que fueron los derechos relacionados en el hecho 11, adjudicación que se le hizo para pagarle la hijuela de deudas y gastos que se le destinó, y por su personal herencia en la sucesión de su madre, señora Juana María Pretel.

16. El citado Lucindo González adquirió de los esposos Francisco Escobar T. y María de Jesús Nieto de Escobar, por escritura número 554, de veinticuatro de septiembre de mil novecientos diez, pasada en la Notaría 1ª de Cali,

los derechos hereditarios, paterno y materno, que por adjudicación hubo la señora María Ignacia Reyes Pretel en todos los bienes aludidos en los hechos 1º y 2º, los cuales ésta enajenó a Francisco Escobar T., por medio de la escritura número 491, de veintisiete de agosto de mil novecientos ocho, pasada en la Notaría 1ª de esta ciudad, y los derechos hereditarios en los mismos citados bienes que la vendedora Nieto de Escobar heredó de su madre Concepción Reyes de Nieto, siendo ésta adquiriente de derechos en esos dominios a título de heredera legitimaria en las sucesiones de sus padres Julián Reyes y Juana María Pretel; adquirió además González, por la citada escritura número 554, el derecho en los mismos bienes que en la sucesión de Concepción Reyes de Nieto se adjudicaron al legitimario Martiniano Nieto R., el cual adquirido de éste por Jorge Nieto, lo enajenó éste a González a su vez; siendo de advertir aquí que sólo en la sucesión de Juana María Pretel le fue adjudicado a Concepción Reyes de Nieto derecho en los bienes a que se contrajo el embargo, avalúo y depósto relacionado en los hechos 1º y 2º, pues en la del señor Julián Reyes no se le hizo adjudicación alguna allí, lo que funda el hecho que se afirma de que ninguno de los tres hijos de Concepción Reyes de Nieto, llamados Martiniano Nieto R., María Ignacia de Jesús Nieto R., esposa de Francisco Escobar T. y Guillermina Nieto, esposa de Leonidas Fajardo, tuvo parte alguna en los aludidos bienes derivada de la sucesión de Julián Reyes, su abuelo, sino en la que del mismo heredó su abuela Juana María Pretel y que en parte se transmitió por su muerte a Concepción Reyes de Nieto.

17. Recogida por Lucindo González, en su dominio particular, toda la capacidad del potrero de 29 plazas en Buchitolo, con todas las mejoras existentes en el terreno alinderado donde él demora y provenicnte de las mortuorias de Julián Reyes, Juana María Pretel, Concepción Reyes de Nieto y Pacífica Reyes P., en razón de las adquisiciones de que dan cuenta los hechos 13, 14, 15 y 16, precedentes, con la sola exclusión del pequeñísimo derecho heredado por Guillermina Nieto de Fajardo en la mortuoria de su madre Concepción Reyes, que no compró, hizo transmisión de dicho potrero, de las mejoras todas a él anexas y de todos los demás derechos de dominio por él adquiridos en el proindiviso Buchitolo y el Zaino, de los herederos en aquellas cuatro mortuorias y de Francisco Escobar y Jorge Nieto, a favor del presbítero doctor Maximiliano Sanclemente, comprador, según así lo hicieron constar en la escritura número 101 de veintinueve de septiembre de mil novecientos doce, otorgada ante el Notario Público de Pradera, con sólo dos leves exclusiones que no se individualizan por inconducentes.

18. Por medio de las escrituras números 123, de diez y siete de diciembre de mil novecientos doce; 68, de catorce de agosto de mil novecientos trece, y 25, de treinta de julio de este último año, otorgadas las dos primeras en la Notaría de Candelaria y ante el Secretario del Concejo Municipal del Espejuelo o Miranda, la última, el presbítero doctor Maximiliano Sanclemente vendió al señor Cristóbal Uribe D. todos los derechos de dominio por él adquiridos en el proindiviso de Buchitolo y el Zaino, en el potrero de 29 plazas de pastos y mejoras de café, cacao, plátano, caña de azúcar, casa de habitación, un puente sobre el río Fraile, anexado todo esto al potrero que adquirió de los señores Lucindo González, según lo dicho en el hecho precedente número 17; de Rafael Antonio Sánchez, por medio de la escritura 287, de cuatro de noviembre de mil novecientos doce, pasada en la Notaría 2ª de Cali; de Aristides Ortiz y Mercedes Puentes, por escritura de veintiséis de octubre de mil novecientos once, otorgada en la Notaría de esta ciudad, y de otros varios individuos, según se hace especificación y determinación en las susodichas escrituras 123 y 68.

19. Cristóbal Uribe V., hizo a su vez enajenación de lo que adquirió del presbítero doctor Sanclemente, relacionado en el 18 precedente, en favor del señor Lucindo Sanclemente, lo que consta en la escritura número 19, de doce de febrero de mil novecientos diez y seis, pasada en la Notaría 1ª del Circuito de Palmira.

20. Este señor Lucindo Sanclemente conserva hasta el presente lo que adquirió de Uribe V. por la escritura 19 antes citada, habiendo completado su dominio sobre la integridad del potrero de las 29 plazas de pasto y todas las mejoras de cacao, café, caña de azúcar, platanar, árboles frutales, mata de guadua, etc., que pertenecieron a las sucesiones atrás ameritadas y se adjudicaron a sus herederos nombrados, aumentando Sanclemente las mejoras dichas rehaciendo los pastos primitivos extinguidos por abandono, levantando nuevos edificios por cuanto los existentes cuando las mortuorias se liquidaban se destruyeron por vetustez, complemento del todo, el aludido, que se operó con la compra del último derecho que en el potrero y sus mejoras adyacentes tuvo la señora Guillermina Nieto de Fajardo, según consta en la escritura que le otorgó el señor Jorge Nieto, adquiriente de tal derecho, bajo el número 107, de veintisiete de diciembre de mil novecientos diez y nueve, ante el Notario de Candelaria. Y este potrero de 29 plazas y estas mejoras o sementeras, dentro de los linderos descritos en el hecho 1º de este libelo comprendidos, son exactamente el mismo bien o los mismos bienes que a los señores Luis Antonio y Ricardo Puentes R. y Arístides Ortiz y Mercedes Puente de Ortiz, ha embargado el doctor Alberto Holguín Ll., como propios de éstos, por habérseles adjudicado en la sucesión de Pacífica Reyes P., donde se incluyeron totalmente cuando sólo la causante era dueña de un mínimo derecho, que tampoco se les pudo adjudicar válidamente, por haber dispuesto antes de la liquidación de la sucesión los albaceas y los herederos y legatarios de él o cuando menos tal adjudicación debe entenderse hecha para el solo beneficio y dominio del comprador Lucindo González y sus sucesores en la propiedad de tal derecho, si se aplican los artículos 1875 y 1871 del Código Civil, pertinentes al caso.

21. La adjudicación de derechos ad valórem en inmuebles de la sucesión de Pacífica Reyes a un extraño a la misma sucesión, como lo es Luis Antonio Puente R., para satisfacerle el simulado crédito por valor de gastos de seguimiento del juicio sucesional, gastos que éste no pudo hacer ni hizo realmente, se repite, es perfectamente ilegal y adolece, por ende, del vicio de nulidad.

22. El crédito constante en el documento con el cual el señor doctor Alberto Holguín Ll. pidió que se librara la ejecución en que se han embargado, avalúado y depositado los bienes que se dejan singularizados en el hecho 1º de esta demanda, procede del valor de los honorarios que los ejecutados se obligaron a satisfacer al doctor Holguín Ll para que les prestara como les prestó, el servicio de abogado apoderado suyo en la terminación del juicio de la sucesión de Pacífica Reyes P.; y

23. Luis Antonio y Ricardo Puente R., Arístides Ortiz y Mercedes Puente de Ortiz, ejecutados por el doctor Alberto Holguín Ll., al notificarles el mandamiento ejecu-

tivo de pago en el juicio aludido en este libelo y exigirles bajo juramento que manifestasen si tenían bienes propios y cuáles presentaban para el pago, manifestaron que no tenían bienes de ninguna clase, y en efecto se abstuvieron de presentar bien alguno, por lo cual la ejecución se trabó sobre lo que les denunció como propios el señor ejecutante, y las hizo embargar, avaluar y depositar, y que resultaron no estar en poder de los ejecutados."

Admitida la demanda de tercería, el apoderado de los ejecutados rechazó la acción, si bien agregó que Mercedes Puente y su esposo Aristides Ortiz no tenían inconveniente, con la autorización del Juez, en otorgarle escritura de venta al señor González, antecesor de Sanclemente.

Rechazóla asimismo el ejecutante, negando en absoluto el mejor derecho invocado por el tercerista.

Adelantado el juicio, fue fallado así por el Juez en sentencia de seis de marzo de mil novecientos veintinueve:

"Por las razones expuestas, el Juzgado 3º del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

"Resuelve:

"Decretar el desembargo de los derechos de $ 1,695-40 y $ 465-79, embargados en esta ejecución como de propiedad de los ejecutados Ricardo Puente R. y Mercedes Puente de Ortiz, derechos que les fueron adjudicados en una finca situada en el Municipio de Candelaria, región de Buchitolo, alinderada así: por el Norte, camino público que va de Candelaria a Puerto Mallarino; por el Sur, callejón que va de Buchitolo al Zaino, en parte, y en parte fincas de Judas Tadeo Zamorano y José Muñoz; Oriente, con finca de Numa Zamorano y finca de Jorge Nieto, callejón al medio en parte, y en parte con finca de José Muñoz; y Occidente, finca de Rodolfo Sinisterra y manga de Pedro Ortiz. Se declara también insubsistente la diligencia de depósito y avalúo verificada por el señor Juez Municipal de Candelaria, por comisión de este Juzgado, el día diez y siete de junio de mil novecientos veintiséis."

Apelada esta sentencia por el ejecutante, y, en lo desfavorable, por el tercerista, fue revocada por sentencia de diez y nueve de mayo de mil novecientos treinta, del Tribunal Superior de Cali, por cuanto esta corporación la halló incompleta.

En nueva sentencia proferida por el Juez, fueron absueltos los demandados de los cargos de la tercería.

Interpuso recurso de apelación el apoderado del tercerista, y el Tribunal Superior, en sentencia de diez y ocho de julio de mil novecientos treinta y dos, confirmó la de primer grado.

La parte tercerista introdujo recurso de casación, que la Corte admitió mediante providencia de veinticuatro de octubre siguiente.

En la demanda, el recurrente critica algunas irregularidades de la secuela del juicio y dice que la cuestión jurídica planteada en el debate puede enunciarse así:

"¿El heredero que ha vendido sus derechos a la sucesión con mucha anterioridad a la partición de la misma, recobra el dominio sobre dichos derechos, verificada ésta?"

Invoca las causales primera y segunda de casación.

Respecto de ésta, sostiene que la sentencia no se halla en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Hay constancia en los autos, por propia confesión de los Puente, de que vendieron sus derechos a la sucesión, de que nunca han ejercitado actos de dominio ni sobre los derechos vendidos ni sobre las cosas donde se hallaban radicados esos derechos, de que al terminar la sucesión de Pacífica Reyes, ninguna porción de tierra les fue entregada a título de herederos, de que los gastos de la sucesión de Pacífica Reyes los hicieron Rafael Reyes P. y el presbítero Maximiliano Sanclemente, y de que Luis A. Puente ninguna suma de dinero entregó para gastos de la mortuoria de Pacífica por no haber poseído nunca la cantidad gastada ni en todo ni en parte.

De estos hechos se deducen las conclusiones planteadas por el señor Sanclemente en el juicio y no se ve la razón para que el Tribunal pase por alto esas pruebas y fulmine contra el tercerista un fallo que se lleva por delante pruebas, jurisprudencia y derecho.

Se considera:

Es improcedente el concepto en que se aduce la causal segunda.

El Tribunal, al absolver a los demandados, falló acerca de las pretensiones sustentadas por las partes. Si para proferir el fallo cometió errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, o incidió en violaciones de la ley, ello es materia propia de la primera causal.

En lo tocante a ésta, se acusa la sentencia por haber violado leyes sustantivas, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea.

En primer término se alega el quebrantamiento del artículo 1401 del Código Civil.

Dentro de nuestro sistema legal—manifiesta el recurrente—la partición es pura y simplemente una distribución ad valórem en cualquiera de los casos en que pueda tener lugar. Ella no es otra cosa que el acto o constancia en que se compendia, se resume, se concreta la liquidación de un estado de comunidad; o, en otros términos, la partición no hace otra cosa que determinar, concretándolos en cada persona, los derechos indeterminados que sobre los bienes comunes poseen los copropietarios o comuneros. La partición produce efecto meramente declarativo (cuestión ésta de vital importancia que no debe dejarse pasar inadvertida), pues se limita a declarar qué personas adquirieron en el momento de la muerte del de cujus el dominio sobre ciertos bienes. Todo el artículo 1401, citado, apoya la argumentación acerca del valor simplemente declarativo de la partición.

"La partición de bienes en un juicio de sucesión no confiere por sí sola el dominio de los bienes al partícipe. Y el Tribunal de Cali, al negar el despacho favorable de las peticiones mías, da a las cartillas de adjudicación efecto traslaticio sobre los bienes adjudicados. Todo lo cual es un error e indica claramente que el Tribunal ha violado la letra y el espíritu del artículo 1401 del Código Civil."

Se considera:

El cargo va enderezado quizá contra el párrafo de la sentencia en que el Tribunal dice que aceptada la adquisición de Sanclemente como de simples derechos hereditarios, forzoso es concluir que sus títulos no pueden primar sobre los de los ejecutados, como que ello equivaldría a negar los efectos del registro de las respectivas hijuelas.

Contra lo cual arguye el recurrente, como se ha visto, que la partición de bienes no confiere por sí sola el dominio y que el Tribunal da a las hijuelas efecto traslativo, siendo así que la partición produce efecto simplemente declarativo.

Para la Corte, la partición tiene efecto declarativo entre los coparticipes y traslativo del causante a cada uno de ellos, según se desprende de la compaginación de los artículos 765 y 1401 del Código Civil. Si, hecha la partición, se reputa que cada asignatario ha sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en el cupo que se le adjudica y que jamás ha tenido parte en los otros bienes de la sucesión, es indudable que dicha partición deslinda, despeja o declara los derechos mutuos de los copartícipes, para que cada uno de ellos, merced a la ficción jurídica de la retroactividad, aparezca como sucesor inmediato y único del **de cujus** en su cuota; con lo cual se cumple el doble fenómeno de que acaba de hablarse y quedan satisfechos los dos artículos citados.

La partición en un juicio de sucesión no confiere por sí sola el dominio al asignatario, si el causante no era dueño de los bienes partidos y adjudicados; pero sí lo confiere en el caso contrario, pues de otra suerte sería letra muerta el inciso 3º del susodicho artículo 765.

En el concepto del Tribunal, que se acusa en el actual motivo, no advierte la Sala que haya violación directa ni por errónea interpretación del artículo 1401, si bien ese concepto es inaceptable por otro aspecto, cual se verá en seguida.

En segundo término, el recurrente alega la violación de los artículos 740, 745, 752 y 1857 del Código Civil.

Expresa que la circunstancia de presentarse unas hijuelas registradas, hace que el Tribunal de Cali dé mayor fuerza a éstas que a los títulos aducidos por él, lo cual es un grave error.

Al cesionario de una herencia, según doctrina de la Corte, competen los mismos derechos que al cedente de ella, supuesto que la venta no hace sino cambiar la persona del heredero, aunque no se transmita el título y la calidad de tal por ser éstos inherentes a la persona.

Ahora bien: si en virtud de varias compras Sanclemente vino a ser cesionario de todos los derechos que Ricardo y Mercedes Puente tuvieran en la sucesión de Pacífica Reyes, se sigue lógicamente que sobre los bienes que en la partición se adjudicaron a los cedentes, vienen a poder del cesionario los derechos que a tal título se les hayan adjudicado.

Con la escritura de compra de los derechos y con la hijuela de adjudicación a los cedentes, claro es que el tercerista completa su título de propiedad sobre los bienes adjudicados. Como los derechos que vinieron a quedar representados en el inmueble de Buchitolo ya habían sido vendidos por los Puente y en la actualidad el recurrente se halla en posesión de dicho inmueble y de tales derechos, forzosamente ha de admitirse que la cartilla de adjudicación nada transmite a los hoy ejecutados, sobre todo si se tiene en cuenta que la escritura fue registrada con mucha anterioridad a la hijuela.

Los Puente vendieron sus derechos en la sucesión y de aquí que nada tenían que se les adjudicara, y si la adjudicación se efectuó, ella redunda en favor del dueño o comprador de los derechos respectivos, ya concretados en el inmueble asignado. Tan evidente es este principio, que si Sanclemente no estuviera, como está, en posesión de los derechos comprados y radicados especialmente, bien podría reivindicar las cosas representativas de esos derechos de otro poseedor que derivara la posesión de los mismos vendedores.

Compendiando la cuestión, se tiene:

El recurrente ha demostrado ser cesionario de los derechos de los herederos Puente en la sucesión de Pacífica Reyes; esos derechos se concretaron en la finca de Buchitolo, que es la misma que se adjudicó a aquellos señores; los ejecutados no están en posesión de la finca: luego hay una necesaria relación de dominio entre las especies hereditarias y el titular del derecho hereditario.

No es otra cosa el derecho de herencia que la facultad de suceder al difunto en todos sus derechos y obligaciones y entre los derechos está como principal el de dominio sobre los bienes del mismo difunto. Precisa, por tanto, reconocerle este dominio al que acredite ser el titular de los derechos hereditarios. Si, además, se halla establecido que los bienes en disputa están poseídos por la persona cesionaria de aquellos derechos, es ineludible concluir que su derecho no puede serle arrebatado en forma alguna, por más ingeniosa que parezca.

En sentir de la Corte—agrega el recurrente—vendidos por el heredero sus derechos en la sucesión antes de registrarse la sentencia de partición, ya nada tiene que se le adjudique, o mejor dicho, la adjudicación que se le haga redunda en provecho del dueño o comprador de los derechos del vendedor. (Sentencia de casación pronunciada el quince de diciembre de mil novecientos veintitrés).

La tradición es un modo de adquirir el dominio y para que ella valga se requiere un título traslaticio, título que ha de ser válido respecto de la persona a quien se confiere (artículos 740 y 745 del Código Civil). Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren otros derechos que los transmisibles del tradente; pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición, con arreglo al artículo 752 ibidem, el cual puede perfectamente aplicarse al caso actual por analogía en su segunda parte, si se continúa manteniendo la tesis de que los Puente tienen mejor derecho por poseer una hijuela registrada con posterioridad a las ventas de esos derechos adjudicados. La venta de una sucesión hereditaria se reputa perfecta cuando se ha otorgado por escritura pública, dice el artículo 1857 ibidem.

"Pues bien: el fallo del Tribunal de Cali viola todos los anteriores artículos del Código Civil que dejo citados por no darles aplicación."

Se considera:

El derecho de herencia es un derecho real sobre una universalidad de bienes con la expectativa de concretarse, mediante la partición, en el dominio de uno o más bienes que constituyen la comunidad universal llamada herencia. Así lo reconoce la jurisprudencia, su desarrollo de principios legales. (Casación de veintiuno de febrero de mil novecientos veinte. **Gaceta Judicial**, tomo **XXVII**).

Cedido ese derecho, al cesionario le tocan los mismos derechos y obligaciones que al cedente. Si aquél, con arreglo al artículo 1377 del Código Civil, interviene en la partición, en su favor se forma la hijuela correspondiente al derecho hereditario que adquirió. Mas si

por no presentarse el cesionario, se hace esa hijuela en favor del cedente, ¿a quién pertenecen los bienes en ella comprendidos?

Para resolver el punto, el Tribunal citó en su apoyo una doctrina de la Corte, expuesta en sentencia de casación de veinticinco de mayo de mil novecientos catorce (tercería excluyente de Heliodoro Monroy, en la ejecución de Domingo Acero contra Teresa Amaya y Antonio Caipa, **Gaceta Judicial**, tomo XXIV).

De conformidad con dicha doctrina, con un desnudo título que acredita haberse adquirido cosas incorporales, no se puede probar el dominio de cosas corporales, aunque haciendo valer aquel título se pueda llegar a la adjudicación de semejantes cosas corporales; y si, por no haber intervenido el cesionario en la partición, la adjudicación se le hace al cedente, mientras esa partición no se desvirtúe por algún medio legal, hay que tener por dueño de los bienes al cedente, porque éste adquirió por el registro de la hijuela el dominio de las especies adjudicadas. De lo contrario, quedarían subvertidos los principios del Derecho Civil referente a la tradición del dominio por el registro del título.

Empero, en esta sentencia no se trató la cuestión en orden al artículo 752 del Código Civil cuya violación no fue acusada por el recurrente y así no podía la Corte situarse en un punto de vista no invocado.

En cambio, en posteriores fallos ha sido explícita acerca del alcance del citado artículo en casos como el que se contempla en la actual tercería.

En la citada casación de veintinueve de febrero de mil novecientos veinte, expuso:

"4ª Que fue infringido el artículo 762 del Código Civil, por cuanto habiendo sido el objeto de la venta a los Rincones, derechos indeterminados, no puede considerárseles verdaderos poseedores, conforme a lo dispuesto en tal artículo, que exige que sea determinada la cosa poseída.

"Para contestar este reparo, basta tener en cuenta que las señoritas Tarazonas vendieron a los Rincones todos los derechos y acciones que por herencia de sus padres pudieran corresponderles en dos predios que especificaron por su situación y linderos, de modo que la adquisición al posterior cesionario de cuotas determinadas en esos predios vino a fijar para los Rincones, por virtud de los artículos 1401 y 752 del Código Civil, y con efecto retroactivo, la cuantía de lo vendido." (Juicio de Príncipe y Cándido Rincón contra José del Carmen Escobar).

En casación de quince de diciembre de mil novecientos veintitrés, dijo que, "como una asignataria había vendido sus derechos a la sucesión, nada tenía que se le adjudicara, y que si la adjudicación se hizo, ella redunda en favor de los dueños o compradores de los respectivos derechos, ya concretados en las especies asignadas. De tal suerte que si los compradores de los derechos no estuvieran en posesión, bien podrían reivindicar las cosas representativas de esos derechos de la vendedora y acaso de otro poseedor que derivara la posesión de la misma vendedora." (Tercería de Antonio y Hernando Rojas, en la ejecución de Juan de D. y Abelardo Rojas contra Dolores Duque de Rojas. **Gaceta Judicial**, tomo XXX).

Y ciertamente, si por la cesión del derecho hereditario, el heredero se desprende de sus derechos en la sucesión, al verificarse la partición y adjudicarse en ella una hijuela al cedente y por no haber comparecido el cesionario, no se ve motivo para desconocer que la hijuela, en la cual se concretaron los derechos del cedente, consolida retroactivamente en el cesionario esos derechos, una vez registrada. El efecto retroactivo de la tradición es muy de la índole de la legislación civil colombiana, como se advierte en los artículos 742, 743, 752, 767, 1874 y 1875 del Código de la materia.

La tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en la respectiva oficina de registro; mas esta disposición legal hay que ponerla en armonía con aquellas otras en que, como las citadas, se establece la retroactividad del efecto de la tradición, o, si se quiere, la sanción retrospectiva de la tradición.

En el caso de la presente tercería, hay prueba de que Ricardo Puente R., heredero testamentario de Pacífica Reyes de Manzano, vendió a Lucindo González todos sus derechos en la sucesión, mencionando expresamente los derechos que a la señora Reyes correspondían en la finca de Buchitolo. González vendió estos derechos, junto con otros adquiridos de distinta fuente, al presbítero Maximiliano Sanclemente; éste a su turno se los vendió a Cristóbal Uribe V., y el señor Uribe V., por último, los vendió a Lucindo Sanclemente.

Mercedes Puente de Ortiz, también heredera testamentaria de Pacífica Reyes, vendió, autorizada por su marido, a Lucindo González, sus derechos hereditarios, con especificación del inmueble de Buchitolo y reserva de cinco plazas de terreno, que luégo vendió al presbítero Sanclemente. Estos derechos tuvieron la misma serie de traspasos que los de Ricardo Puente, hasta parar en poder del tercerista.

Con posterioridad a todas estas transmisiones, se efectuó la partición de los bienes de la sucesión de Pacífica Reyes de Manzano, y en ella, por no haber intervenido Lucindo Sanclemente, se les adjudicaron a los herederos cedentes Ricardo y Mercedes Puente, sendos derechos de mil seiscientos noventa y cinco pesos, cuarenta y ocho centavos, y cuatrocientos sesenta y cinco pesos, setenta y tres centavos, respectivamente, en el inmueble de Buchitolo.

Son éstos los embargados en la ejecución de Holguín contra los Puente y los mismos cuyo desembargo persigue el tercerista, junto con el derecho reconocido a Luis A. Puente, por estimar que es dueño de ellos.

Si por la venta de esos derechos hereditarios, Ricardo y Mercedes Puente nada tenían en la sucesión, las adjudicaciones que en las hijuelas se les hicieron deben entenderse en provecho del actual cesionario. Es claro que los derechos hereditarios llevaban consigo la expectativa de quedar concretados en el inmueble de Buchitolo; luego quien crea, como el Tribunal, que el registro de las hijuelas en que se adjudican derechos de dominio en el inmueble a los cedentes, hizo a éstos dueños de semejante derecho, ha de admitir también que en virtud de esta adquisición de los cedentes, la transmisión al cesionario se efectuó desde la tradición de los derechos hereditarios, con arreglo al artículo 752 del Código Civil.

Por no admitir esta conclusión, el Tribunal ha infringido el citado artículo 752 y debe ser infirmado el fallo respecto de los derechos de Ricardo y Mercedes Puente.

Sin embargo, es preciso estudiar los restantes motivos de casación, para ver si alguno de ellos afecta el derecho asignado a Luis A. Puente en la sucesión de Pacífica Reyes, derecho contra el cual se encamina asimismo la demanda de tercería.

En tercer término, el recurrente arguye que la sentencia quebranta los artículos 762 y 789 del Código Civil.

El está en posesión de la finca embargada, como consta en el acta o diligencia de avalúo, y tiene a su favor la presunción del artículo 762, según la cual el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo. El acreedor no ha demostrado que los ejecutados estén en posesión; luego al tercerista tiene que otorgársele el derecho que le asiste y el sentenciador, al negarlo, viola el artículo citado.

Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, y mientras ésta subsista, el que se apodera de la cosa no adquiere posesión ni pone fin a la posesión existente. Siendo esto así, de conformidad con el artículo 789, el Tribunal lo ha violado porque niega los efectos de la inscripción de los títulos del recurrente; y los niega porque les da mayor valor a las hijuelas cuando éstas en manera alguna cancelan la inscripción de aquéllos, sino que la completan.

Se considera:

Carece de razón el recurrente al formular el actual reparo.

La presunción del artículo 762 acerca de que el poseedor material se reputa dueño mientras otra persona no justifique serlo, se modifica al aducirse títulos inscritos, evento en el cual la cuestión del dominio ha de ser juzgada a la luz de ellos. Si el que presenta la contraparte del poseedor es posterior al principio de la posesión material de éste, se prefiere la posesión material; si es anterior, la presunción se torna inaplicable.

En el caso de esta litis, el punto del dominio del tercerista no podía ser decidido con sola su posesión material, pues que habiendo títulos de parte y parte, era preciso calificarlos en su origen y enlace para deducir cuáles son prevalentes.

Ni ha habido quebrantamiento del artículo 789, en el sentido propuesto, porque la mera inscripción de las escrituras de venta de los derechos hereditarios no equivale a la posesión inscrita sobre determinadas especies; y es por la ficción jurídica de la retroactividad de la tradición, merced al registro de la partición, como se logra la equivalencia.

La infracción cometida por el sentenciador ha sido en otro sentido, antes explicado, o sea en el desconocimiento de esta retroactividad, la cual no puede alegarse en lo tocante a la hijuela de Luis A. Puente.

En cuarto término se le increpa a la sentencia la transgresión de los artículos 2512, 2518, 2528 y 2529 del Código Civil.

La prescripción—se argumenta—es uno de los medios de adquirir el dominio y ella favorece a Sanclemente, aun en el supuesto de que el solo registro de las hijuelas hubiera conferido dominio a los Puente. Estos se desprendieron de sus derechos en 1908 y en 1911, y el recurrente entró en posesión en 1916; y como él puede, al tenor del artículo 778 del Código Civil, agregarle la de sus antecesores, se sigue que en el año de 1925, época del registro de las hijuelas de los ejecutados, tenía más de los diez años que señala el artículo 2529 para adquirir el dominio de los bienes raíces.

"El Tribunal de Cali, al fallar en mi contra, viola todos los capítulos del Código Civil que establecen la prescripción, y de manera especial los artículos 2512, 2518, 2528 y 2529 de la misma obra."

Se considera:

Para desestimar este motivo de acusación, basta tener presente que el tercerista no adujo en la demanda la prescripción ordinaria o extraordinaria como título de su acción; por donde dicha cuestión viene a ser un punto nuevo en casación, es decir, no planteado ni debatido en las instancias, y como tal resulta inaceptable.

En quinto y último término, se acusa la violación de los artículos 2313 y 2315 del Código Civil.

No estudió el fallador el caso contemplado con la hijuela de Luis A. Puente, el cual caso es muy sencillo.

A este Puente se le hizo una hijuela de gastos en la partición de los bienes de Pacífica Reyes, sin que en verdad hubiera erogado suma alguna; y en tales condiciones hay un caso clásico de pago de lo no debido.

Siempre que una persona recibe en calidad de pago una cantidad de dinero o cualquiera otra prestación que no se le debe, está obligada a devolver la cosa recibida, pues falta causa legítima que justifique la apropiación que de ella hiciera.

El pago puede haber tenido origen en un error o en otra causa, sin que sea preciso distinguir si se trata de error de hecho o de derecho, ni de parte de quién ha provenido tal error, si de la persona que paga o de la que recibe o de un tercero: basta la materialidad del hecho para que proceda la repetición de lo pagado, con intereses o frutos si hubo, como en el caso presente, mala fe de parte de quien recibió el pago a sabiendas de que nada se le debía.

No es posible dar crédito a una hijuela formada en semejantes circunstancias, a una hijuela dolosa porque va a cancelar una deuda por concepto de gastos, que no se debe.

Es un hecho que no se remite a duda que Luis A. Puente no podía haber efectuado los gastos de la mortuoria, entre otras razones, porque no tenía con qué. Puente, jornalero humilde, cuyo esfuerzo muscular apenas le alcanza para alimentarse pobremente, vive la tragedia de todos los jornaleros.

Está plenamente probado en autos, que quien hizo los gastos de la mortuoria, en su mayor parte, fue Rafael Reyes, y en su menor parte, el presbítero Maximiliano Sanclemente.

El Tribunal, al reconocerle validez a la hijuela de Luis A. Puente, ha violado el artículo 2313 del Código Civil, juntamente con el artículo 2315, pues acepta como válido un pago que carece a todas luces de fundamento.

Se considera:

La transgresión de los artículos 2313 y 2315 del Código Civil, en el sentido que se increpa, no es directa: de existir, ella provendría de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinadas pruebas, es decir, o de un error manifiesto de hecho o de error de derecho.

Empero, el recurrente no ciñó su acusación en esta parte a la técnica del recurso de casación, pues se limita a aseverar que Luis A. Puente no hizo los gastos de la sucesión porque no tenía con qué y que está plenamente comprobado que quienes los hicieron fueron Rafael Reyes y el presbítero Sanclemente.

Ha debido citar una a una las pruebas omitidas o mal apreciadas por el sentenciador y mostrar el error evidente de hecho o el de derecho cometido por aquél en la estimación de tales pruebas.

En casación no aprovecha aducir en general las pruebas, porque en este remedio extraordinario no se halla facultada la Sala para obrar con la libertad de los falladores de instancia: han de presentársele los cargos debidamente concretados.

Hé aquí porqué, sin entrar en observaciones de otra naturaleza, se desecha este motivo, último de los aducidos en sostén de la primera causal.

Para resolver en instancia lo que corresponda a la parte que se casa del fallo recurrido, téngase presente que, con arreglo a lo ya explicado, el señor Sanclemente ha de ser reputado dueño de los derechos adjudicados en la partición a Ricardo y Mercedes Puente. Por tanto, hay que revocar en este punto la sentencia de primer grado, para reconocer el mejor derecho del tercerista y decretar el desembargo.

En la sucesión de la señora Reyes de Manzano se inventarió íntegramente la finca de Buchitolo, siendo así que ella no era dueña de todo el inmueble y que el tercerista tiene allí más derechos conseguidos de personas distintas de los Puente; pero no pudiéndose infirmar todo el fallo del Tribunal, pues que hay que mantener la hijuela de Luis A. Puente, a la Sala no le es dado otra cosa que reconocer el derecho de Sanclemente a las cuotas adjudicadas a Ricardo y Mercedes Puente, con la advertencia de que tales cuotas se entienden en relación al avalúo general de tres mil ciento veintidós pesos dado a la finca en el inventario. Mas es claro que quedan a salvo las acciones que el mismo tercerista o extrañas personas tuvieren en orden a la partición o a reclamaciones de otra clase.

Lo denunciado por el señor ejecutante fueron los derechos de los ejecutados en el inmueble y sin embargo lo depositado fue la finca como cuerpo cierto. El señor Juez habrá de ver si es el caso de rectificar la diligencia de depósito.

Resta advertir que la tercería excluyente procede en la parte ya indicada, en virtud de lo estatuído en el artículo 227 de la Ley 105 de 1890, vigente cuando se instauró la oposición (artículo 1228 de la Ley 105 de 1931).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, infirma parcialmente la sentencia que es objeto del presente recurso, o sea, en cuanto confirma la resolución negativa dada por el Juez de primera instancia a la solicitud del tercerista sobre mejor derecho al dominio de los derechos adjudicados a Ricardo Puente R. y Mercedes Puente de Ortiz en el inmueble de Buchitolo, adjudicación verificada en la partición de los bienes de la sucesión de Pacífica Reyes de Manzano, y en su lugar resuelve:

Declárase que Lucindo Sanclemente tiene mejor derecho que el ejecutante Alberto Holguín y los ejecutados Ricardo Puente R., Mercedes Puente de Ortiz y Arístides Ortiz, al dominio de los derechos de mil seiscientos noventa y cinco pesos con cuarenta y ocho centavos y cuatrocientos sesenta y cinco pesos con setenta y tres centavos, en relación a un avalúo de tres mil ciento veintidós pesos, adjudicados respectivamente a los expresados Puente en la partición de los bienes de la sucesión de Pacífica Reyes de Manzano, sobre la finca de Buchitolo, cuya ubicación y linderos se indican en la demanda de tercería; derechos que fueron embargados en la ejecución de Holguín contra Ricardo y Luis A. Puente y Mercedes Puente de Ortiz.

En consecuencia, se decreta el desembargo de tales derechos y su exclusión de la traba ejecutiva. El Juez hará cancelar la inscripción del embargo de ellos.

Queda reformada en estos términos la sentencia de primera instancia, proferida el veintiséis de mayo de mil novecientos treinta y uno.

De la sentencia del Tribunal permanece en vigor la parte que confirma, aunque sin las costas de la segunda instancia, la de primer grado, en cuanto ésta niega la demanda de tercería excluyente respecto del derecho embargado como de propiedad de Luis A. Puente R. y absuelve en dicho punto a los demandados.

Sin costas en el actual recurso.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en audiencia y en la **Gaceta Judicial**, y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ—**Tancredo Nannetti**—**Francisco Tafur A.**—**Augusto N. Samper**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, primero de septiembre de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado 2º del Circuito de Pereira, la señora Camila González viuda de Jaramillo inició juicio ordinario contra la Empresa Eléctrica de Pereira, para que se hicieran estas declaraciones:

"a) Que la Empresa Eléctrica de Pereira no ha cumplido las obligaciones que para con Luis Jaramillo W. contrajo, según escritura número 500, de nueve de julio de mil novecientos trece, Notaría de Pereira.

"b) Que mientras exista el contrato, la Empresa Eléctrica de Pereira está en la obligación de continuar cumpliendo todas las obligaciones que contrajo, de acuerdo con la citada escritura, y principalmente dejando correr el agua necesaria para el movimiento de máquinas en La Julia, y el cumplimiento del contrato con José Carlos Villegas, en cantidad igual a la que corría cuando el contrato se celebró.

"c) Que la Empresa Eléctrica de Pereira está obligada a permitir a la demandante la vigilancia de la bifurcación de las aguas en todo tiempo, y que no podrá oponer obstáculos para que el agua corra hasta La Julia, como antes corría.

"d) Que la Empresa Eléctrica de Pereira carece de derecho para echar la acequia de La Julia, a continuación del lugar de la bifurcación de las aguas, durante las horas del día en que se suspende el trabajo en La Palma, el agua que con el fin de mover sus máquinas usa, y que debe dar salida a estas aguas por otra parte.

"e) Que la Empresa Eléctrica de Pereira carece de derecho para usar el acueducto que queda entre el lugar de la bifurcación de las aguas y la Empresa de La Julia, ya para hacer obras en él, ya para derramar aguas en determinadas horas del día.

"f) Que se condene a la Empresa Eléctrica de Pereira a pagar a la demandante el valor de los perjuicios que le ha ocasionado y le cause por el incumplimiento del contrato que consta en la citada escritura número 500, perjuicios que estima en diez mil pesos oro; y

"g) Costas."

En sentencia de fecha quince de marzo de mil novecientos veintiséis, el Juez de la causa falló el pleito así:

"1º La Empresa Eléctrica de Pereira no ha cumplido con todo lo pactado en la escritura pública número 500, de nueve de julio de mil novecientos trece, otorgada en la Notaría de esta ciudad, especialmente en la parte en

que se obligó a suministrar el agua que necesitaba la Empresa de **La Julia** para el movimiento de sus máquinas; Empresa hoy de propiedad de la señora Camila González viuda de Jaramillo.

"2ª La Empresa Eléctrica de Pereira está obligada a cumplir las condiciones estipuladas en el contrato de que se ha hecho mérito, y como tal, mantendrá en posesión a la Empresa de **La Julia**, de la cantidad de ciento treinta y siete litros de agua por segundo, sin perjuicio de la mayor cantidad que la señora doña Camila González comprobare—en juicio separado- haber poseído en la época del contrato; salvo fuerza mayor o caso fortuito.

"3ª La Empresa Eléctrica de Pereira carece de derecho para echar sobre el acueducto de **La Julia**, en el lugar de la bifurcación, los sobrantes de agua que se desalojen de la planta por cualquier motivo, y consecuencialmente debe darle salida a tales sobrantes por otra parte, sin perjudicar la Empresa de **La Julia**.

"4ª La Empresa Eléctrica de Pereira está en la obligación de permitir la vigilancia por parte de la señora Camila González o de sus agentes en el lugar de la bifurcación de las aguas, a fin de que se le mantenga en el dominio del agua que le corresponda.

"5ª La Empresa Eléctrica de Pereira es responsable de los daños y perjuicios causados a la Empresa de **La Julia** por la carencia de agua para el movimiento de las máquinas de ésta, y por los derrames que ha dejado correr por el acueducto de **La Julia**, causando inundaciones; y consecuencialmente debe a la señora doña Camila González viuda de Jaramillo, el valor de los daños y perjuicios, los cuales deberán comprobarse mejor en juicio separado; y

"6ª No hay lugar a hacer las demás declaraciones solicitadas."

Por apelación de ambas partes, el Tribunal Superior de Pereira, en sentencia de fecha veintiocho de julio de mil novecientos treinta y dos, "confirma la sentencia apelada, con las reformas que implica el siguiente enunciado:

"1ª Mientras la Empresa Eléctrica de Pereira no dé a **La Julia** el aviso de que ya no le conviene hacer uso del agua, está dicha Empresa Eléctrica de Pereira en la obligación de cumplir estrictamente el contrato celebrado con el finado don Luis Jaramillo W., en conformidad con lo estipulado en la escritura número 500, de nueve de julio de mil novecientos trece, otorgada ante el Notario del Circuito de Pereira, y, por consiguiente, obligada, entre otras cosas:

"a) A dejar correr libremente y de preferencia a la de su planta eléctrica, el agua necesaria para el movimiento de sus máquinas de la empresa de café de **La Julia**, y la comprometida con el señor José Carlos Villegas; la primera, a razón de ciento cincuenta y nueve litros y tres decilitros por segundo, y la última, en la cantidad que se demuestre y fije en juicio por separado, que se consumia en la finca de **El Jardín**, por contrato entre Jaramillo W. (finado) y Villegas.

b) A dejar ejercer libremente sus derechos a **La Julia**, en relación con el uso y goce de estas aguas, permitiendo a la actora, doña Camila González viuda de Jaramillo, o a quien sus derechos represente, el control y vigilancia de las aguas que le corresponden, en el lugar de su bifurcación o distribución.

"2ª La Empresa Eléctrica de Pereira carece de derecho para convertir la acequia de **La Julia**, del punto de la bifurcación en adelante, en desagüe o escape del caudal de agua que usa para su planta eléctrica, y debe, por consiguiente, darle escape por otra parte. Asimismo carece de derecho para ejecutar obras de cualquier naturaleza en el acueducto de **La Julia**, a partir del lugar de bifurcación o distribución de aguas, en adelante.

"3ª Por haber cumplido imperfectamente sus obligaciones, violando con ello el contrato contenido en la citada escritura número 500, de nueve de julio de mil novecientos trece, condénase a la Empresa Eléctrica de Pereira a pagar a doña Camila González viuda de Jaramillo, como indemnización de perjuicios, el equivalente, a razón de ciento sesenta y seis pesos sesenta y seis centavos ($ 166 66) mensuales, por el lapso comprendido entre el treinta y uno de diciembre de mil novecientos veinte y el diez y nueve de diciembre de mil novcientos veintitrés, o sea la cantidad de cinco mil setecientos treinta y ocho pesos con sesenta y cinco centavos ($ 5,738-65), pago que hará en esta plaza dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

"4ª Se absuelve a la parte demandada de los demás cargos formulados; y

"5ª No se hace condenación en costas."

La parte demandada interpuso casación. La Corte admitió el recurso por auto de fecha diez y seis de febrero de mil novecientos treinta y tres.

El recurrente alega contra la sentencia la causal primera de casación.

Dice el recurrente:

"Me propongo seguir paso a paso los párrafos de la sentencia en que el Tribunal analiza los hechos.

"1º Dice así la sentencia:

'De modo que puede decirse que, según tal querella, hasta diciembre de mil novecientos veinte, las partes vivieron en armonía completa, ya que a los hechos atentatorios de los derechos de **La Julia** les da doña Camila en ella—fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos veintiuno—una existencia de cuatro meses de anterioridad.'

"No se encuentra razón para que el Tribunal fije la armonía de las partes en el mes de diciembre de mil novecientos veinte, ni tampoco para decir que la querella tiene fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos veintiuno. En el cuaderno de pruebas de la primera instancia corre copia, debidamente solicitada en juicio, de dicha querella. De ahí se sabe que la fecha de la demanda es octubre catorce de mil novecientos veintiuno, que la contestación es de octubre veinticuatro de mil novecientos veintiuno, y el memorial de transacción, de diciembre nueve de mil novecientos veintiuno.

"De modo que hay en la apreciación del Tribunal un error de hecho evidente, así en la fecha que le da a la querella como al tiempo que señala como ruptura de la armonía entre las partes. Esto último se confirma relacionando con la fecha de la querella, catorce de octubre de mil novecientos veintiuno, con el tiempo que el ordinal 11 de la misma señala la querellante a los actos de perturbación. La fijación de esta fecha tiene importancia cardinal en el presente juicio, y de ahí que empiece por reparar en este al parecer insignificante error, pues suponiendo que llegara a reconocerse violación del contrato por parte de la Empresa, es obvio que el tiempo de la violación influiría en el avalúo de los perjuicios. De manera que ahí tenemos por lo pronto más de un año de sobreestimación de la violación del contrato.

"Me parece que a este respecto no hay para qué buscar disposición legal infringida:

'El error en que haya incurrido el Tribunal al desechar o desconocer las pruebas del actor, error que lo condujo al desconocimiento del derecho, puede alegarse como causal de casación, es decir, no es necesario citar la disposición legal infringida por tal error.' (**Gaceta Judicial**, XXIX, 230, 3ª).

"Creo que esta doctrina es perfectamente aplicable al caso anterior, y, por consiguiente, alego como causal de casación, desde ahora, el cargo de los errores apuntados."

Se considera:

Realmente incurrió el Tribunal en un error manifiesto. De acuerdo con lo que consta en el juicio, la querella de policía se estableció el catorce de octubre de mil novecientos veintiuno, se contestó el veinticuatro de octubre del mismo año, y las partes presentaron el memorial de transacción el nueve de diciembre de mil novecientos veintiuno.

El ordinal 11 de la querella de policía, prueba única en que se apoya la sentencia para decidir que los perjuicios datan de diciembre de mil novecientos veinte, dice así:

"Hace menos de seis meses, y quizá menos de cuatro, el señor José Antonio Londoño, como Gerente de la Sociedad Empresa Eléctrica de Pereira, dio principio a una obra de reparación, lesionando mis derechos; hizo un tanque más abajo del lugar en donde estuvo la bifurcación de las aguas durante más de siete años; construyó un edificio y cambió el curso del agua o del acueducto, el cual entra a ese edificio, que se encuentra regularmente cerrado con puertas de cerradura."

La lectura del pasaje transcrito lleva al ánimo la certidumbre de que el Tribunal incidió en error evidente al afirmar "que a los hechos atentatorios de los derechos de La Julia, les da doña Camila una existencia de cuatro meses de anterioridad." Es preciso observar que la demandante no señala en la demanda época fija respecto de la violación del contrato. Mas es claro que tal violación se verificó por lo menos al establecerse la querella de policía, es decir, el catorce de octubre de mil novecientos veintiuno.

El cargo es fundado, y casable parcialmente la sentencia.

En instancia se observa que hubo tres avalúos para fijar la cantidad a que ascienden los perjuicios que ha de pagar la Compañía por la violación del contrato, practicados en los años de mil novecientos veinticinco, mil novecientos veintisiete y mil novecientos veintiocho. Conforme a la doctrina jurídicamente establecida por la Corte, el Tribunal obró con acierto al apreciar la prueba pericial, de acuerdo con la legislación que regía cuando se practicó la prueba.

En sentencia de casación de tres de julio de mil novecientos treinta y tres, dijo la Corte:

"Esto es razonable, porque el valor de una prueba tiene que estimarse a la luz de la disposición que la establecía y reglamentaba, porque ella así constituía, dentro del sistema probatorio, una especie de derecho adquirido para la parte que la invocaba, que no puede ser desconocida por leyes posteriores, ya que la prueba de un derecho no puede quedar a voluntad del legislador para lo pasado.

"Esta no es doctrina nueva de la Sala. Ella está consagrada en sentencia de la Corte, de fecha veintisiete de junio de mil novecientos veintinueve, tomo XXXI, página 49, que dice:

'Preciso se hace en este caso examinar si habiendo entrado en vigencia el nuevo Código Judicial, ha de aplicarse el parágrafo del artículo 760, que excluye peritazgos posteriores a los practicados antes, cuando éstos no adolecen de error comprobado o de incapacidad o incompetencia de parte de los individuos que intervinieron como peritos; y si ha de aplicarse también la regla del artículo 770, sobre apreciación de las dos pruebas periciales practicadas en este juicio, o si, por el contrario, debe darse cumplimiento a las disposiciones del antiguo Código Judicial, que se hallan en oposición con las citadas arriba.

'Practicadas las dos pruebas periciales en este juicio cuando regía el Código Judicial adoptado por la Ley 57 de 1887, y tratándose al presente, cuando un nuevo Código de Procedimiento está en vigor, de apreciar la fuerza probatoria de esos peritazgos y de su admisibilidad, esto es, tratándose de formalidades de fondo—**decisoria litis**—hay que atenerse al principio de que la ley aplicable es la del tiempo en que acaeció el hecho que se trata de probar, y que el juzgador puede usar del deber de apreciación que le imponía el artículo 79 de la Ley 105 de 1890.'"

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Pereira el veintiocho de julio de mil novecientos treinta y dos, y en su lugar decide:

1ª Mientras la Empresa Eléctrica de Pereira no dé a La Julia el aviso de que ya no le conviene hacer uso del agua, está dicha Empresa Eléctrica de Pereira en la obligación de cumplir estrictamente el contrato celebrado con el finado don Luis Jaramillo W., en conformidad con lo estipulado en la escritura número 500, de nueve de julio de mil novecientos trece, otorgada ante el Notario del Circuito de Pereira, y, por consiguiente, obligada, entre otras cosas:

a) Dejar correr libremente, y de preferencia a la de su planta eléctrica, el agua necesaria para el movimiento de las máquinas de la empresa de café de La Julia, y la comprometida con el señor José Carlos Villegas; la primera, a razón de ciento cincuenta y nueve litros y tres decilitros por segundo, y la última, en la cantidad que se demuestre y fije, en juicio por separado, que se consumía en la finca de El Jardín, por contrato entre Jaramillo W. (finado) y Villegas.

b) A dejar ejercer libremente sus derechos a La Julia, en relación con el uso y goce de estas aguas, permitiendo a la actora, doña Camila González viuda de Jaramillo, o a quien sus derechos represente, el control y vigilancia de las aguas que le corresponden, en el lugar de su bifurcación o distribución.

2ª La Empresa Eléctrica de Pereira carece de derecho para convertir la acequia de La Julia, del punto de la bifurcación en adelante, en desagüe o escape del caudal de aguas que usa para su planta eléctrica, y debe, por consiguiente, darle escape por otra parte; asimismo carece de derecho para ejecutar obras de cualquier naturaleza, en el acueducto de La Julia, a partir del lugar de la bifurcación o distribución de aguas, en adelante.

3ª Por haber cumplido imperfectamente sus obligaciones, violando con ello el contrato contenido en la citada escritura número 500, de nueve de julio de mil novecientos trece, condénase a la Empresa Eléctrica de Pereira a pagar a doña Camila González viuda de Jaramillo, como indemnización de perjuicios, el equivalente, a razón de

ciento sesenta y seis pesos sesenta y seis centavos ($ 166-66) mensuales, por el lapso comprendido entre el catorce (14) de octubre de mil novecientos veintiuno (1921) y el diez y nueve (19) de noviembre de mil novecientos veintitrés (1923), o sea la cantidad de cuatro mil ciento noventa y cuatro pesos con veintisiete centavos ($ 4,194-27), pago que hará en Pereira dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

4ª Se absuelve a la parte demandada de los demás cargos formulados; y

5ª No se hace condenación en costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO — **José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.**

—

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Germán B. Jiménez.

Acepto el fallo que precede, con la única observación de que el motivo de casación que en él se declara justificado no comprende toda la sentencia recurrida, sino que apenas afecta una parte de ella; estimo que era del caso entrar a considerar los otros motivos referentes a la parte no afectada por el motivo reconocido. Hago esta observación sin desconocer que el procedimiento adoptado por la mayoría de la Sala se ajusta a la letra del artículo 538 del nuevo Código Judicial (Ley 105 de 1931), que no reprodujo la disposición del artículo 12 de la Ley 90 de 1920, a pesar de que la Corte hizo presente la necesidad de esa reproducción.

Bogotá, septiembre 1º de 1933.

Germán B. Jiménez

—

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre dos de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

El doctor Belisario Cala, recurrente en el juicio que lleva con los señores Eusebio Rendón y Leonardo Cala, pidió al señor Magistrado sustanciador que ordenara al Registrador de instrumentos públicos de Girardot la cancelación del registro de la demanda.

Se fundó en que habiéndose verificado el registro a petición suya, como demandante, tiene derecho, conforme a las leyes, a desistir de tal inscripción, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 461 y 463 del Código Judicial.

El señor Magistrado negó lo solicitado, en atención a que en el juicio no sólo tiene interés el demandante sino el acreedor hipotecario demandado, quien por separado sigue un juicio ejecutivo, en el cual está embargada la finca que el demandante persigue, de modo que al ordenar la cancelación del registro de la demanda, se perjudica al ejecutante.

Contra esta decisión, el recurrente ha interpuesto el recurso de súplica, y a resolverlo se procede.

Conforme al artículo 4º de la Ley 57 de 1887, todo Juez a quien se presente una demanda civil ordinaria sobre la propiedad de un inmueble, ordenará que se tome razón de ella en el libro de registro de demandas civiles, luégo que el demandado haya sido notificado de la demanda.

Esta disposición, al par que protege al demandante, tiende a realizar uno de los principales objetos del registro, que es el de dar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los bienes raíces, o le imponen gravámenes o limitaciones al dominio de éstos, poniendo al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble, esto es, tiene por objeto el beneficio de terceros.

De allí que mientras el juicio no haya terminado por sentencia o desistimiento, no puede cancelarse la inscripción, que les advierte a todos los interesados que la finca raíz está en litigio.

Así lo deja entender claramente el último inciso del artículo 42 citado de la Ley 57 de 1887.

El ordenamiento de la inscripción es un deber del Juez, y no puede sostenerse que es un derecho del actor en un juicio en que se ventila el derecho de dominio de bienes raíces, y que en cualquier tiempo puede pedir la cancelación del registro de la demanda mientras dure el juicio, pues que ello redundaría en perjuicio de terceros, cuya fuente de información para sus transacciones sobre inmuebles es la Oficina de Registro.

Por tanto, la Sala declara que no es el caso de reconsiderar el auto suplicado.

Publíquese en la **Gaceta Judicial** y vuelva el expediente al Magistrado sustanciador.

JOSE MIGUEL ARANGO — **Tancredo Nannetti—Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Tancredo Nannetti).

Ante el Juez del Circuito de Tuluá, el señor Jenaro Lozano demandó a los señores Tomás Cipriano Gómez, Miguel Escobar, Rubén Lozano, Ana María Mora, Roberto, Fortunato, Antonio, Georgina Lozano, Eduardo y Alfonso Sarmiento Lora, para que, previa la tramitación de un juicio ordinario, se hiciesen las siguientes declaraciones:

"1ª Que es nula la partición material verificada en el juicio de partición material de un globo de terreno llamado **Guayabal del Santísimo**, lote que se halla en este Municipio de Tuluá, encerrado por los siguientes linderos: Oriente, lote de herederos de Jesús Sarmiento; Norte, terreno común de los Lozanos; Occidente, camino llamado de **El Rincón**, y Sur, con terrenos de herederos de Manuel J. Mora y Eulogio Lozano. Esta partición fue verificada el once de julio de mil novecientos veintisiete por el señor Miguel Barón R., y fue modificada después por el señor Bernardino Ochoa.

"2ª Que en virtud de esa nulidad debe rehacerse esa partición.

"3ª Que esta nulidad proviene de no haberse ajustado a la ley, en perjuicio de mis intereses, causándome grave daño.

"4ª Que los costos de este juicio sean pagados por el opositor u opositores a esta demanda, por ser notorio el perjuicio que con ella me causan, y desde luégo ser temeraria su oposición."

Por medio de apoderado reformó el señor Lozano la demanda anterior para que se declarase:

"1ª Que Jenaro Lozano es poseedor regular, a título de comunero, en el globo precomunal denominado **Guayabal del Santísimo**, ubicado en este Distrito, de un lote de tierra cultivada de pasto, plátano, caña, y casa de ha-

bitación, que ocupa con su familia quieta y pacíficamente, desde hace más de diez años, determinado por los siguientes especiales linderos: por el Sur, con terreno de los herederos del General Mora, y por los otros puntos cardinales, con tierras del mismo comunero ya nombrado, el que a su vez se alindera así: Oriente, terreno de los herederos de Jesús Sarmiento; Norte, terreno común de los Lozanos; Occidente, camino llamado de **El Rincón**, y Sur, terreno de los herederos del General Manuel J. Mora y Eulogio Lozano.

"2ª Que en tal virtud, y de conformidad con lo que disponen los artículos 68 y 69 de la Ley 30 de 1888, tiene él (Jenaro Lozano) derecho a que en el repartimiento de las dichas tierras **del Guayabal del Santísimo** se le adjudique preferentemente ese lote, y a que se le complete la parte que corresponda a sus derechos con tierra adyacente.

"3ª Que en tal virtud es ilegal, errónea y dolosa la adjudicación que se le hizo a don Tomás Cipriano Gómez en el juicio de división material del terreno del **Guayabal del Santísimo**, del lote de tierra que posee Jenaro Lozano, desde antes de iniciarse el juicio de división, a título de comunero, con cultivos permanentes y casa de habitación, que ocupa con su familia; y que es también errónea, dolosa e ilegal la adjudicación que se le hizo a Jenaro Lozano en un sitio distinto, dentro del mismo juicio, para cohonestar así tan ilegal procedimiento.

"4ª Que por tal razón es nula y rescindible la partición y adjudicaciones hechas en el mencionado juicio de división material del terreno llamado **Guayabal del Santísimo**, y quedan, en consecuencia, rescindidas en todas sus partes, para que el partidor las rehaga en la forma que indican los artículos 68 y 69 de la Ley 30 de 1888.

"5ª Que es nula también, o al menos queda sin efecto alguno, la sentencia aprobatoria de esas partición y adjudicaciones dolosas, debiéndose ordenar y llevar a efecto la cancelación de la nota de registro de dicha sentencia y de las hijuelas respectivas, o al menos de la que aparece formada a favor del mencionado don Tomás Cipriano Gómez.

"6ª Que las costas de este juicio son de cargo del que se oponga a esta demanda.

"7ª Subsidiariamente (para el caso improbable de que se dijera que no es nula la partición), que es ésta al menos reformable, y debe reformarse en el sentido de adjudicarle a Jenaro Lozano la porción correspondiente a sus derechos reconocidos en el comunero **Guayabal del Santísimo**, en el lote que él tiene cultivado, y que posee y ocupa con su casa de habitación, debiéndole completar su cabida con terreno adyacente a ese lote."

Fundó la demanda así reformada en el Título X, Libro 3º, del Código Civil; artículos 1280 a 1291 del Código Judicial; 68 y 69 de la Ley 30 de 1888, y en los hechos siguientes:

"1º En el Juzgado al digno cargo de usted se inició y adelantó el juicio de división material y adjudicaciones respectivas del terreno comunero denominado **Guayabal del Santísimo**, ubicado en este Distrito, y cuya alinderación ya se hizo.

"2º En dicho juicio fue reconocido Jenaro Lozano como comunero con los demandados, en el dominio del expresado terreno.

"3º A ese título, y desde mucho antes de iniciarse la división, el mismo Jenaro Lozano ocupó con cultivos de pasto, plátano, caña y casa de habitación, un lote inferior a la cuota del derecho que le fue reconocido.

"4º El partidor, doctor Miguel Barón R., dolosamente, y con el propósito proditorio de favorecer a don Tomás Cipriano Gómez, no tomó nota ni de los cultivos de Lozano ni de la casa en que allí habita con su familia, y al formar los lotes respectivos, adjudicó a Gómez íntegramente el lote de Lozano, a pesar de ser elemental el derecho que todo comunero tiene a que se le respete su posesión.

"5º No sólo fue despojado Lozano arbitrariamente de su posesión y de sus cultivos y casa de habitación, sino que, además, en el lote que en otra parte se le formó, no se le asignó toda la cabida de tierra que corresponde a los derechos que tiene reconocidos en el juicio de división.

"6º Hubo, pues, dolo manifiesto, o sea intención positiva en el partidor de perjudicar a Lozano para mejorar a Gómez, pues no de otra manera se explica que habiéndose hospedado en casa de Lozano el doctor Barón, cuando fue a medir el terreno, sin embargo pasó por alto esa posesión y no hizo mención de ella en el plano, para que no pudiera el perjudicado objetar con éxito la partición."

Los señores Fortunato, Antonio, Georgina, Roberto y Rubén Lozano, Ana María Mora y Miguel Escobar aceptaron la demanda, lo mismo que los señores Sarmiento Lora, representados por su curador **ad litem**, doctor Rubén Aguilera Izquierdo.

Sólo se opuso el señor Tomás Cipriano Gómez, quien no convino ni en el derecho ni en la mayor parte de los hechos que sustentan la demanda.

Seguido el juicio por sus trámites propios, el Juez del Circuito de Tuluá absolvió a la parte demandada.

El Tribunal de Buga revocó la sentencia del inferior, y en su lugar resolvió así la controversia:

"1º Don Jenaro Lozano ha ocupado y ocupa como comunero en el terreno indiviso denominado **Guayabal del Santísimo**, ubicado en el Municipio de Tuluá, y determinado por estos linderos: Oriente, terrenos de los herederos de don Jesús Sarmiento; Norte, terreno común de los Lozanos; Occidente, camino llamado de **El Rincón**, y Sur, terreno de los herederos del General Manuel J. Mora y Eulogio Lozano, un lote de dicho terreno, alinderado especialmente así: Sur, tierras de herederos del General Manuel J. Mora, y por los otros puntos cardinales, con tierras del indiviso descrito antes.

"2º El señor Jenaro Lozano tiene derecho a que se le adjudique ese lote de terreno ocupado por él, en la división del indiviso indicada, en cuanto corresponda a los derechos que se hayan reconocido. Así como también tiene derecho el mismo señor Lozano a que se le complete en terreno adyacente lo que pudiera faltar para formar el lote que hubiese de corresponderle, si fuere el caso.

"3º Es nula, por error, la partición verificada por el doctor Miguel Barón R., del terreno de que se ha hablado, y presentada al Juzgado 1º del Circuito de Tuluá, el once de julio de mil novecientos veintisiete. En consecuencia, quedan sin efecto la sentencia aprobatoria de dicha partición y las adjudicaciones que en ésta se hicieron a los interesados, y por tanto, deben cancelarse las inscripciones que se hubiesen hecho de la sentencia en cuestión y de las hijuelas correspondientes.

"4º Como resultado de esto debe rehacerse la partición, observando lo dispuesto en el presente fallo y los principios legales aplicables al caso. Sin costas."

El señor Tomás Cipriano Gómez interpuso contra esta

sentencia recurso de casación, que el Tribunal concedió, y que la Corte ha declarado admisible.

El demandante acompañó a su demanda una copia mandada extender por el Tribunal Superior de Buga, de la demanda de partición, del trabajo del partidor, de las objeciones hechas a ese trabajo y de varios autos del Juez y del Tribunal, que resolvieron los memoriales de objeciones, y sobre esa prueba pidió que se declarase la nulidad de la partición y de la sentencia que la aprueba, más la cancelación de la nota de registro de dicha sentencia y de las hijuelas respectivas.

El recurrente sostiene que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente en la apreciación de esa prueba, y en error de derecho, por cuanto admitió que estaba demostrada la partición de un inmueble y la sentencia aprobatoria de la partición, sin haber presentado las copias de esas piezas con la correspondiente inscripción.

Enumera así los artículos del Código Civil que considera quebrantados por el sentenciador:

"Conforme al artículo 765 del Código Civil, las sentencias de adjudicación en juicio divisorio, pertenecen a la clase de los títulos traslaticios de dominio; conforme al artículo 756 ibidem, la tradición del dominio de inmuebles se efectúa por la inscripción del título en el Registro; conforme al artículo 759 ibidem, los títulos traslaticios de dominio que deben registrarse, no darán o transferían la posesión respectiva mientras no se haya verificado ese registro; conforme al artículo 1760 del mismo Código, la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la la ley requiere esa solemnidad, y se mirarán como no ejecutados o celebrados; conforme al artículo 2637 de esa obra, entre los objetos del registro se halla el de servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces; conforme al artículo 2652 del propio Código, la partición de un inmueble y la sentencia aprobatoria de la misma, están sujetas al registro o inscripción, así como toda sentencia como tál, y así como todo acto o contrato que cause mutación o traslación de la propiedad de bienes raíces, y conforme al artículo 2673 del mismo Código Civil, 'ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio, ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código.'"

Considera la Corte que, evidentemente, el pleito carece de base, pues se ha pedido la declaración de nulidad de la partición del fundo denominado **Guayabal del Santísimo**, y de la respectiva sentencia aprobatoria, sin hallarse demostrada jurídicamente dicha partición, desde luégo que estando sometida la partición de una finca raíz y la sentencia que la aprueba, a la formalidad del registro, conforme al artículo 2652 del Código Civil, no aparece la prueba de que los títulos presentados al efecto hayan sido inscritos, y por lo mismo, no hacen fe en juicio ante ninguna autoridad, conforme lo dispone de modo perentorio el artículo 2673 del Código Civil.

El Tribunal incurrió, pues, en error de derecho, y quebrantó los artículos del Código Civil que se dejan mencionados, por lo cual debe casarse la sentencia y resolver el litigio, absolviendo al demandado de todos los cargos de la demanda; pues, como se ha dicho, no están jurídicamente demostradas, ni la partición ni la sentencia cuya nulidad se demanda.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia que ha sido objeto del presente recurso, proferida por el Tribunal Superior de Buga, el veintisiete de junio de mil novecientos treinta y uno, y confirma la sentencia de primera instancia. Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese esta sentencia en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ.—**Tancredo Nannetti**— **Francisco Tafur A.**—**Augusto N. Samper**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

En el escrito o libelo de demanda con que se inició este juicio, fechado el 15 de junio de 1927, y repartido al Juzgado 5° del Circuito de Bogotá, el doctor Eduardo Vallejo, apoderado de Alberto Mejía & Compañía, expuso lo siguiente:

"1° Según póliza de seguros número 15573534, de 20 de agosto de 1925, la Sun Insurance Office, Sociedad anónima, domiciliada en Inglaterra con oficina principal en Londres, se obligó a pagar o indemnizar a los señores Alberto Mejía & Compañía, sociedad mercantil colectiva, domiciliada en Manizales, el valor de la propiedad destruída o el importe del daño sufrido por causa de incendio de las mercancías indicadas en la misma póliza, hasta por un valor de dos mil libras esterlinas (£ 2,000). Por endoso número 1925|328, de 2 de octubre de 1925, se adicionó dicha póliza en el sentido de incluir en el aseguro telas extranjeras y del país.

"2° Según póliza de seguros número 975580, de 28 de agosto de 1925, la Eagle Star & British Dominions Insurance Company Limited, domiciliada en Londres, se obligó a pagar o indemnizar a la Compañía colombiana sobredicha el valor de la propiedad destruída o el importe del daño sufrido por causa de incendio de las mercancías indicadas en esta póliza, hasta por un valor de mil quinientas libras esterlinas (£ 1,500).

"3° Según póliza de seguros número 20601, de 30 de septiembre de 1925, la Harfort Fire Insurance Co., con oficina principal en la ciudad de Hartfort, en el Estado de Connecticut, de los Estados Unidos de América, se obligó a pagar o a indemnizar a la Compañía colombiana sobredicha el valor de la propiedad destruída o el importe del daño sufrido por causa de incendio de las mercancías indicadas en dicha póliza, inclusive de las extranjeras y del país, hasta por un valor de tres mil libras esterlinas (£ 3.000).

"4° Según póliza de seguros número 3484023, de 20 de octubre de 1925, la Union Assurance Society Limited, domiciliada en Inglaterra, con oficina principal en Londres, se obligó a pagar o indemnizar a la Compañía colombiana sobredicha el valor de la propiedad destruída o el importe del daño sufrido por causa de incendio de las mercancías indicadas en dicha póliza, hasta por valor de diez y siete mil quinientos pesos moneda corriente colombiana ($ 17,500).

"5° Según póliza de seguros número 13555863, de 26 de febrero de 1926, la Commercial Union Assurance Co.,

Limited, domiciliada en Londres, se obligó a pagar o indemnizar la Compañía colombiana sobredicha el valor de la propiedad destruída o el importe del daño sufrido por causa de incendio de las mercancías indicadas en dicha póliza, hasta por un valor de diez mil pesos moneda corriente colombiana ($ 10,000).

"6º Según póliza de seguro número 10004382, de 8 de agosto de 1925, la Royal Insurance Co. Limited, domiciliada en Inglaterra con oficina principal en Liverpool, se obligó a pagar o a indemnizar a Alberto Mejía & Co., sociedad mercantil colectiva domiciliada en Manizales, el valor de la propiedad destruída o el importe del daño sufrido por causa de incendio de las mercancías indicadas en esa póliza, que son las mismas aseguradas en las otras pólizas de que va hecha mención, hasta por un valor de mil quinientas libras esterlinas (£ 1,500). Esta póliza la ha perdido la Compañía asegurada, pero fue oportunamente extendida a favor de la misma, en documento privado semejante en un todo a las demás pólizas inglesas mencionadas.

"7º Las mismas mercancías se aseguraron también en las siete Compañías alemanas enumeradas en la póliza contra **riesgo de incendio de ultramar**, expedida en Bremen el 5 de marzo de 1926, que va adjunta a esta demanda, por las respectivas cantidades determinadas en dicha póliza, hasta por un valor total de cinco mil pesos moneda corriente de los Estados Unidos ($ 5,000).

"8º Las mercancías en referencia estaban depositadas en local de propiedad del señor Alberto Mejía, determinado en las pólizas. En cada una de las pólizas se hace constar en sus correspondientes casos, el seguro o seguros que antes amparaban las mismas mercancías; de suerte que las partes, aseguradores y asegurado, han convenido y entendido, respectivamente, que las pólizas sobredichas amparaban el mismo riesgo a prorrata de las respectivas cantidades de dinero aseguradas por cada póliza.

"9º La Compañía asegurada cubrió oportunamente las primas estipuladas, o sea la retribución o precio del seguro correspondiente al año comprendido entre las fechas que fija cada póliza.

"10. El 20 de marzo de 1926 ocurrió en la ciudad de Manizales un incendio que destruyó varias manzanas completamente, entre ellas la que está situada frente al local en que estaban depositadas las mercancías en referencia.

"11. Por la inminencia del peligro, pues el incendio devoraba la manzana del frente, hubo de procederse al salvamento de las mercancías amparadas por las pólizas sobredichas; para lo cual urgían además, los agentes de algunas de las dichas Compañías, que estaban en Manizales al momento de aquel incendio.

"12. Por causa de dicho salvamento se averió parte de las mismas mercancías y otra parte desapareció.

"13. La Compañía asegurada cumplió con la obligación de comunicar oportunamente y por escrito a las Compañías aseguradoras dicho siniestro, y de presentar también por escrito su reclamación con estado de las pérdidas, con relación de los seguros que existían sobre las mercancías en referencia, que eran solamente los antes mencionados, y demás detalles indicados por los modelos que para formular reclamaciones por pérdidas de incendio acostumbran suministrar los ajustadores.

"14. La Compañía asegurada perdió por causa del siniestro mencionado la cantidad de quince mil ochocientos treinta y ocho pesos con ochenta y nueve centavos ($ 15,838-89) y gastó en el salvamento cuatrocientos cuatro pesos ($ 404), por lo cual formuló su reclamación a las Compañías aseguradoras por el total de diez y seis mil doscientos cuarenta y dos pesos con ochenta y nueve centavos moneda corriente ($ 16,242-89).

"15. El ajustador designado por las Compañías aseguradoras para liquidar los siniestros del incendio de Manizales, y entre ellos el siniestro de que se trata, o sea el señor Víctor E. Algrant a nombre de Windle, Burlingame & Dargan, Inc., presentó a la Compañía asegurada una liquidación, según la cual el monto de las existencias al momento del incendio, monto verificado por el ajustador en mayo 24 de 1926, era de setenta y siete mil diez y ocho pesos con ochenta y cinco centavos ($ 77,018-85).

"16. Dicho ajustador reconoció, como pérdidas y daños amparados por las pólizas en referencia, la suma de dos mil quinientos sesenta y un pesos con cincuenta y dos centavos ($ 2,561-52), en la cual quedaron incluídos los cuatrocientos cuatro pesos ($ 404) de gastos de salvamento; y rechazó, siguiendo instrucciones según se dice, el reclamo de los asegurados por mercancías desaparecidas, de quince mil ochocientos treinta y ocho pesos con ochenta y nueve centavos ($ 15,838-89).

"17. Cada una de las Compañías aseguradoras se negó a pagar la cantidad reclamada, alegando que su respectiva póliza no ampara las mercancías desaparecidas.

"18. Cada una de las Compañías aseguradoras se negó igualmente a designar árbitro o peritos que fijaran el monto de la indemnización, alegando la misma circunstancia.

"19. Cuando ocurrió el siniestro referido estaban vigentes todas y cada una de las pólizas de que se ha hablado.

"20. El señor Guillermo Escobar, mayor de edad y vecino de este Municipio, es apoderado general en Colombia de las dos Compañías de Seguros Sun Insurance Office y Hartford Fire Insurance Co., y maneja en este país los negocios de seguros de esas dos Compañías.

"21. Los señores G. Pradilla & Compañía son apoderados generales en Colombia de las Compañías de Seguros denominadas Eagle Star & British Dominions Insurance Co. y Royal Insurance Co. Limited, y manejan en este país los negocios de seguros de estas dos Compañías.

"22. G. Pradilla & Compañía es una sociedad mercantil, colectiva, con domicilio en Bogotá y otras plazas del país, de la cual son socios administradores, con derecho al uso de la firma social, los señores Gustavo Pradilla H., Jorge y Antonio María Pradilla Pinto, mayores de edad y vecinos de este Municipio, y Gustavo Pradilla Pinto, mayor y vecino de aquí.

"23. Los señores Urquhart, Carvalho & Compañía son apoderados generales en Colombia de la Compañía denominada Commercial Unions Assurance Co. Limited, y manejan en este país los negocios de seguros de la misma Compañía.

"24. Urquhart, Carvalho & Co. es una sociedad inglesa, de la cual es apoderado en este país el señor Warden Urquhart, mayor de edad y vecino de Bogotá.

"25. Los señores Tracey Brothers Limited son apoderados generales en Colombia de la Compañía denominada Union Assurance Society Limited, la cual no ha registrado en este país los documentos de su constitución, ni el extracto de los mismos ni del poder de sus represen-

tantes ni ha, en general, cumplido con las obligaciones que al respecto imponen nuestras leyes a las compañías extranjeras; pero, repito, Tracey Brothers Limited manejan en Colombia los negocios de seguros de la citada Union Assurance.

"26. Tracey Brothers es una sociedad inglesa, de la cual es apoderado general en Colombia el señor D. R. Mac Millan, mayor de edad y vecino de Bogotá. Esta compañía tampoco ha registrado el extracto del poder conferido a dicho señor, pero él maneja en este país los negocios de la Compañía, y su poder consta en escritura número 525, de marzo 24 de 1923, Notaría 3ª de Bogotá.

"27. Alberto Mejía & Compañía es una sociedad mercantil, colectiva, domiciliada en Manizales, de la cual es socio administrador, con derecho al uso de la firma social, el señor Alberto Mejía, mayor de edad y vecino de Manizales, quien a nombre de ella me confirió poder general para pleitos."

Posteriormente, en escrito fechado el 30 del mismo mes de junio, el demandante pidió al Juzgado que en lo referente a la Commercial Union Assurance Co., se notificara la demanda "al señor Donald Ritch Mac Millan, mayor de edad, vecino de Bogotá y como apoderado general de Tracey Brothers Limited, que son los representantes en Colombia de la sobredicha Commercial Unions Assurance Co. y manejan en este país los negocios de seguros de la misma."

Fundado en esos hechos, pide se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Las seis Compañías aseguradoras en referencia están obligadas a pagar o indemnizar, a prorrata de sus respectivas pólizas, a Alberto Mejía & Compañía, el importe del daño sufrido por éstos a causa del incendio ocurrido en Manizales el 20 de marzo de 1926, computando en el prorrateo la póliza de las Compañías alemanas a que se hace referencia en el hecho 7º de esta demanda.

"Segunda. Las mismas seis Compañías aseguradoras pagarán a prorrata de sus respectivas pólizas y dentro del término que en la sentencia se les señale, a la casa de Alberto Mejía & Compañía, la cantidad de diez y seis mil cosclentos cuarenta y dos pesos con ochenta y nueve centavos ($ 16,242-89) en concepto del daño en referencia, quedando a salvo la facultad que los aseguradores tienen de optar por el reemplazo de los objetos averiados o desaparecidos, y computando en el prorrateo lo correspondiente al aseguro de las Compañías de que trata el hecho 7º

"Tercera. Las Compañías demandadas pagarán a la Casa asegurada, como rédito de la suma debida por cada una, el mayor interés corriente en la plaza desde que se causó a deber hasta que se verifique el pago.

"En subsidio de la segunda declaratoria, pido que se condene a las Compañías demandadas a pagar a la casa asegurada, dentro del término que en la sentencia se le señale y a prorrata de sus respectivas pólizas, la cantidad de dinero que durante el juicio se demuestre como total importe del daño sufrido en el siniestro referido, y no sólo el proveniente de mercancías averiadas, también de la mercancía desaparecida en el salvamento; más los intereses corrientes más altos en la plaza, liquidados sobre la cantidad debida desde que se causó a deber hasta que el pago se verifique, y siempre con la salvedad de reemplazo a favor de ls Compañías demandadas, y computando en el prorrateo lo correspondiente a las Compañías alemanas de que trata el hecho 6º

"Pido finalmente que en la sentencia se fije la fecha desde la cual corren los intereses sobre la suma debida, y que se condene a las Compañías demandadas al pago de las costas del juicio, conforme a derecho."

Los representantes de las Compañías de seguros demandadas contestaron la demanda, manifestando cada uno de ellos: "me opongo formalmente a todas y a cada una de las declaraciones formuladas en la demanda, y desde ahora pido que se absuelva a la parte demandada y se condene en costas a la demandante." Negaron el derecho, causa o razón de la demanda, y, en cuanto a los hechos, manifestaron no constarles algunos y no ser ciertos los otros.

En primera instancia terminó la controversia por sentencia de 30 de marzo de 1930, por medio de la cual se absuelve a las Compañías demandadas de todos los cargos de la demanda. Apeló de ese fallo el actor, y el Tribunal Superior de Bogotá, que conoció del recurso, lo confirmó en sentencia de 19 de abril de 1932.

La parte demandante interpuso el recurso de casación, que, concedido por el Tribunal, la Corte ha declarado admisible y procede a fallarlo.

Alégase, como motivo de casación, el primero de los que enumera el artículo 520 del Código Judicial; y para fundarlo, señala el recurrente, como materia sujeta a su acusación, los siguientes conceptos del Tribunal:

"Como se ve dice el fallo recurrido—el argumento cardinal en que se apoya la sentencia apelada consiste en que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 703 del Código de Comercio Terrestre, cuando los aseguradores son compañías extranjeras que no tienen en el país sino meros agentes, el seguro se rige por la ley del país donde el asegurador tiene su domicilio.

"No habiendo disposición especial aplicable al presente litigio que establezca que compañías de seguros como las aquí demandadas estén domiciliadas en Colombia, ni apareciendo esto de sus estatutos, hay que concluir que dichas Compañías no tienen domicilio en el país, máxime si se tienen en cuenta los términos claros del artículo 703 al disponer que las compañías de seguros que tienen meros agentes en Colombia se rigen por la ley del país de su domicilio. Vale decir, que por el hecho de que tengan representantes en el país, autorizados por el Poder Ejecutivo, no se consideran domiciliados ni residentes aquí."

A esto arguye el recurrente:

"a) La sentencia viola principalmente el artículo 703 del Código de Comercio, directamente, por aplicación indebida y por interpretación errónea de dicho precepto al caso del pleito. Dice así esta disposición del Código Mercantil en su inciso primero, que es el pertinente:

'703. La presente sección se refiere a los seguros en compañías, o por aseguradores que residan en el Estado. Cuando los aseguradores no tengan en él sino meros agentes, el seguro se regirá por las leyes del país donde los primeros tengan su domicilio.'

"Repárase en que el artículo no habla de domicilio sino de residencia. Y si esto no se desprendiera del tenor literal de la primera proposición del artículo 703 y de los obvios y universales efectos del mandato, el resto del primer inciso del mismo artículo refuerza la interpretación que estoy sosteniendo. No cabe la menor duda de

que, en efecto, la segunda oración complementa el sentido de la primera cuando dice que un seguro se rige por las leyes del país del asegurador cuando éste tiene en Colombia meros agentes. Ahora, que un apoderado no es mero agente, me parece que no es cosa que necesite demostración.

"b) Pero si esto no fuere así, si fuere dudosa la interpretación que dejo expuesta, la Ley 105 de 1927 vendría en apoyo de la ley nacional, pues su artículo 1º dice que 'toda compañía que se ocupe o pretenda ocuparse en negocios de seguros en Colombia queda sometida a las leyes de la República'; terminante precepto que es de orden público y que tiene por consiguiente aplicación inmediata, el cual también acuso de violado, indirectamente, por no haberlo aplicado la sentencia al pleito, siendo el caso.

"c) La sentencia violó igualmente el artículo 59 de la Ley 4ª de 1913, según el cual 'las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes,' en cuanto no se tuvo en cuenta para aplicar la ley colombiana a las Compañías demandadas y para aplicar el artículo 1º de la Ley 105 de 1927.

"ch) También acuso de violado el artículo 7º del Decreto número 155 de 1935, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, reglamentario del artículo 13 de la Ley 26 de 1922, y publicado en el Diario Oficial de 7 de mayo de 1935; y el propio artículo 13 de la Ley 26 de 1922, pues de todos estos preceptos legales se deduce la sujeción de las Compañías demandadas a la ley colombiana, o mejor dicho, la aplicabilidad de la ley colombiana. El artículo 7º del Decreto dice así:

'Artículo 7º Las compañías de seguros, tanto nacionales como extranjeras, acreditarán en cada lugar del país donde hagan negocios, un representante legal allí residente, y además un agente general en el lugar en donde sea el asiento principal de sus negocios en Colombia, con poderes suficientes para representar a la compañía en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales que puedan ocurrir. El agente principal o apoderado deberá tener plenas autorizaciones, debidamente legalizadas, de la oficina principal de su compañía, para aceptar solicitudes, emitir pólizas y cubrir el valor de los siniestros. Todas estas autorizaciones constarán claramente en un poder que le será extendido por sus representados y del cual se dejará una copia auténtica en la Superintendencia Bancaria.'

"d) Este Decreto se expidió por el Gobierno a virtud de la potestad constitucional reglamentaria, y obliga por consiguiente, al tenor del artículo 12 de la Ley 153 de 1887, en relación con el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución, quebrantados también."

Se observa:

No son procedentes los cargos por violación del artículo 1º de la Ley 105 de 1927 y del artículo 7º del Decreto número 155 de este mismo año, porque, sin entrar en consideraciones de fondo, basta hacer notar que esas disposiciones son posteriores a la celebración de los contratos de seguro que son materia de esta litis. En consecuencia, también es improcedente la acusación por violación del artículo 120 de la Constitución, en su ordinal 3º

Como lo declara el artículo 703 del Código de Comercio, las disposiciones sobre seguro contra incendio que éste consagra en la sección segunda, capítulo 2º, Título 8º del Libro 2º, se refieren a los seguros contratados con compañías domiciliadas en Colombia o con aseguradores que residan en este país, pues si se ha contratado con aseguradores residentes en el Extranjero, que no tengan en Colombia sino "meros agentes," el seguro se regirá por las leyes del país del domicilio del asegurador. La expresión "meros agentes," sólo puede referirse a simples intermediarios que, sin ser apoderados de los aseguradores, se dedican por cuenta de éstos, mediante la celebración de contratos ad referéndum, a la consecución de solicitudes de seguros; pero nó a aquellas personas a quienes las compañías aseguradoras domiciliadas en país extranjero, han confiado su representación en Colombia, en calidad de apoderados, con las formalidades establecidas por las leyes de la República. Al agente así constituído con facultades para representar a los aesguradores y para obrar en nombre de ellos, no se le puede reputar simple intermediario o mero agente de los aseguradores, sino como la propia persona de éstos, y el seguro ajustado con tales apoderados, se rige por la ley colombiana en cuanto no se halle previsto en la póliza. Es, por tanto, fundado el cargo que el recurrente le hace a la sentencia recurrida de indebida aplicación del artículo 703 del Código de Comercio.

La sentencia ha de ser casada por este motivo, pues aunque en el fallo de instancia la Corte llega, por otras razones, a la misma conclusión a que llegó el Tribunal, el nuevo Código Judicial no reprodujo la disposición del inciso final del artículo 12 de la Ley 90 de 1920, que ordenaba no invalidar el fallo del Tribunal, cuando ello ocurría, y hoy, según lo dispuesto en los artículos 537 y 538 de la Ley 105 de 1931, hay que infirmar el fallo acusado y decidir sobre lo principal del pleito o sobre los capítulos comprendidos en la casación.

Para dictar la sentencia que ha de reemplazar la del Tribunal, se considera:

Consta en cada una de las pólizas que obran en el proceso, expedidas por las Compañías demandadas y en las cuales fundan los demandantes el derecho que contra éstas hacen valer, que el objeto del contrato de que ellas dan cuenta fue garantir a los asegurados "contra pérdidas y daños causados por incendio," en las propiedades detalladas en esos documentos. Así, pues, de acuerdo con el artículo 768 del Código de Comercio, y en cuanto de esas pólizas no resulte expresa estipulación en contrario, son de cargo de los aseguradores no sólo las pérdidas y deterioros causados por la acción directa del incendio, sino también "las pérdidas y deterioros que sean una consecuencia inmediata del incendio, como los causados por el calor, el humo o el vapor, los medios empleados para extinguir el fuego, la remoción de muebles y las demoliciones ejecutadas en virtud de orden de autoridad competente."

En el caso de autos no se trata de pérdidas y deterioros causados por la acción directa del incendio, toda vez que éste no llegó al local de propiedad de los demandantes, determinado en las pólizas, y en en el cual se hallaban las mercancías aseguradas. Trátase únicamente de pérdidas y deterioros que los demandantes estiman a cargo de los aseguradores como causados por hechos o circunstancias reputados consecuencias inmediatas del incendio, toda vez que, como lo expresan en los fundamentos de su demanda, distinguidos en el libelo con los numerales 11 y 12, "por la inminencia del peligro, pues como el incendio devoraba la manzana del frente, hubo de procederse al salvamento de las mercancías amparadas por las pó-

lizas sobredichas...." y "por causa de dicho salvamento se averió parte de las mismas mercancías y otra parte desapareció."

En representación de las compañías demandadas, el ajustador, Víctor E. Algrant, se trasladó a Manizales a liquidar el siniestro de que se trata, y en tal carácter reconoció e hizo constar este hecho: que, según inventario de los demandados, comprobado por él, el día del incendio (26 de marzo de 1926), aquéllos tenían en depósito mercancías amparadas por seguros, cuyo justo valor ascendía a setenta y siete mil diez y ocho pesos ochenta y cinco centavos ($ 77,018-85); y que de las operaciones del traslado de esas mercancías (esto es, en conformidad con lo expuesto por los demandantes en los fundamentos 11 y 12 de su demanda), resultó lo siguiente:

Un lote de mercancía en estantes, sin avería, cuyo justo valor el día del incendio era .... $	11,795 ..
Un lote de mercancía en bultos, sin avería, cuyo justo valor, antes del incendio era	22,471 42
Un lote de mercancía con una avería del 2 por 100, cuyo justo valor antes del incendio era	3,923 ..
Un lote de mercancía con una avería del 5 por 100, pero cuyo justo valor antes del incendio era	17,315 86
Un lote de mercancía con una avería del 10 por 100, pero cuyo justo valor antes del incendio era	1,393 48
Un lote de mercancía con una avería del 15 por 100, pero cuyo justo valor antes del incendio era	4,868 04
Un lote de mercancía con una avería del 20 por 100, pero cuyo justo valor antes del incendio era	572 10
Un lote de mercancía con una avería del 30 por 100, pero cuyo justo valor antes del incendio era	1,963 39

Sumadas esas partidas y deducido el justo valor de las mercancías existentes en el almacén de los demandantes ($ 77,018-85), falta un lote de mercancías, al cual correspondía, el día del incendio, un justo valor de $ 12,713-46.

Los demandantes, en la relación que hicieron a los aseguradores, reclamaron de éstos el pago de esa partida, como proveniente de "mercancía desaparecida," pero los aseguradores traducen esa expresión por mercancías robadas, y se niegan a pagarla, porque en sus pólizas "el seguro no comprende los objetos robados en el siniestro o después de él."

Pero como desaparecimiento no es sinónimo de robo, hay que desechar ese concepto y situar la cuestión en el terreno que le corresponde.

Si el incendio se hubiera comunicado al almacén de los demandantes, habría de presumirse que toda la mercancía desaparecida lo había sido por la acción directa del incendio, salvo prueba en contrario que, en tal caso, corre a cargo de los aseguradores; pero en el caso de autos, en que el incendio no llegó al almacén donde se hallaban las mercancías aseguradas, corresponde a los asegurados dar la prueba del hecho o la circunstancia que produjo la pérdida o el deterioro de esas mercancías, para poder apreciar si ese hecho, o esa circunstancia, son consecuencia inmediata del incendio, y, si de acuerdo con la ley y con las estipulaciones de la póliza, la pérdida o el deterioro de que se trata corre a cargo de los aseguradores.

En el caso de autos, los aseguradores reconocieron y liquidaron a su cargo los deterioros que las mismas mercancías averiadas demostraban ser una consecuencia inmediata del incendio; pero en cuanto a las que resulten desaparecidas, como no aparece demostrada la causa inmediata, si fuera el incendio o alguna otra ocurrida, no por él, sino con ocasión de él, o alguna expresamente excluida de la póliza, no hay lugar a reconocer a cargo de los aseguradores la indemnización de esa pérdida.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá el diez y nueve de abril de mil novecientos treinta y dos, y, en su lugar, resuelve:

Confírmase la sentencia de primera instancia, proferida en este mismo juicio por el Juzgado quinto del Circuito de Bogotá el treinta y uno de marzo de mil novecientos treinta.

Sin costas.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

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

(Magistrado ponente, doctor Germán B. Jiménez).

Los señores Teresa Wills de Restrepo, Josefa María Restrepo de Vásquez, Soledad, Pastora, Luis, Pablo, José y Jesús Restrepo W., Antonio Arango Lalinde en representación de su esposa doña Berta Restrepo, y Julio Restrepo W., en su propio nombre, y como apoderado del representante legal de la menor Fanny Bónitto, presentaron una demanda ante el señor Juez 3º del Circuito de Medellín.

En ella expusieron estos hechos:

"1º Por escritura pública pasada ante el Notario 1º del Cantón, bajo el número 573, el nueve de octubre de mil ochocientos cincuenta y cuatro, fundaron los señores José Manuel y Luciano Restrepo E. una sociedad regular colectiva de comercio, con la razón social de Restrepo & Compañía.

"2º Por escritura número 1597, pasada ante el Notario 1º de de este Circuito, el treinta y uno de julio de mil ochocientos setenta y cinco (1875), ingresaron a la Sociedad los señores Luis y Julio M. Restrepo.

"3º Por escritura número 1174, pasada ante el Notario 1º de este Circuito, el veintiséis de septiembre de mil ochocientos ochenta y dos, entró a formar parte de la misma Sociedad de Restrepo & Compañía, el señor Alejandro Villa Latorre.

"4º Por escritura número 579, pasada en la Notaría 1ª de este Circuito, de veintiocho de junio de mil ochocientos ochenta y siete, ingresaron a la misma Sociedad los señores Josefa María Díaz Granados y José Manuel Restrepo, con la modificación en los estatutos de que la Sociedad, cuya duración era por tiempo indefinido, se limitaba a seis años, a contar del primero de enero de dicho año.

"5º Por escritura número 1618, pasada ante el Notario 1º de este Circuito, el diez y nueve de octubre de mil ochocientos noventa y seis, se separó de la Sociedad el señor Luis Restrepo G.

"6ª Por escritura número 16, pasada en la Notaría 1ª de este Circuito, entró a formar parte de la misma Sociedad de Restrepo & Compañía el señor Ricardo Restrepo Wills.

"7ª Por escritura número 541, pasada en la Notaría 1ª de este Circuito, de once de marzo de mil novecientos diez y seis, se separó de la Compañía el socio Alejandro Villa Latorre.

"8ª Por escritura número 455, pasada en la Notaría 1ª de este Circuito, de siete de marzo de mil novecientos diez y ocho, los señores Julio M. Restrepo, José Manuel Restrepo G. y Ricardo Restrepo W. hicieron constar que la Sociedad Restrepo & Compañía, fundada por la escritura número 573, de nueve de octubre de mil ochocientos cincuenta y cuatro, otorgada ante el Notario 1º de este Cantón, aunque había sido modificada por varias escrituras, conservaba sus pactos esenciales; que el término de la duración de la Sociedad expiraba el día once de marzo de mil novecientos diez y ocho; y que los otorgantes, como únicos socios a la sazón de la expresada Compañía, habían resuelto, de común acuerdo, prorrogar su duración por dos años más, contados desde el día once expresado.

"9ª El diez y nueve de julio de mil novecientos diez y nueve murió el socio Julio M. Restrepo, por lo cual quedó disuelta la Sociedad por ministerio de la ley; entonces los dos socios sobrevivientes y los representantes de la sucesión de don Julio M., otorgaron la escritura número 1469, pasada en la Notaría 1ª de este Circuito, de diez de julio de mil novecientos diez y nueve, por la cual reconocieron el hecho de la disolución de la Sociedad por causa de la muerte de don Julio M., y nombraron liquidadores de ella a los señores José Manuel Restrepo G. y Ricardo Restrepo Wills, quienes aceptaron el cargo y recibieron los bienes de la Sociedad.

"10. Los mismos comparecientes de la escritura anterior otorgaron ante el Notario 3º de este Circuito el instrumento número 1802, de treinta de agosto de mil novecientos veintiuno, por el cual reemplazaron los liquidadores nombrados, señores José Manuel y Ricardo Restrepo, por el señor Francisco N. Jaramillo, e hicieron constar los otorgantes que obraban en representación del finado Julio M. Restrepo; que esto no les impide ejercitar los derechos que creen tener por causa de los negocios ejecutados después de la muerte del señor Restrepo dicho, derechos que se reservan y que harán valer cuando lo crean conveniente.

"11. Los señores José Manuel Restrepo G. y Ricardo Restrepo W. ejercieron el cargo de liquidadores de la Sociedad de Restrepo & Compañía, desde el diez de julio de mil novecientos diez y nueve hasta el treinta de agosto de mil novecientos veintiuno, según aparece de las escrituras adjuntas de las fechas expresadas.

"12. El treinta de junio de mil novecientos diez y nueve se hizo un balance general de las cuentas de Restrepo & Compañía, y el saldo deudor de la cuenta 'Diversos deudores' (en el pasivo), ascendía a quinientos cuatro mil trescientos sesenta pesos y ochenta centavos ($ 504.360-80). (Posiciones adjuntas, absueltas por el señor José Manuel Restrepo G., a petición de Soledad Restrepo W., postulado 5º).

"13. El treinta y uno de diciembre de mil novecientos veinte se practicó otro balance en general en los libros de Restrepo & Compañía, y el saldo deudor de la cuenta 'Diversos deudores' (en el pasivo), ascendió a seiscientos mil ochocientos noventa y seis pesos y ochenta y ocho centavos ($ 600,896-88). (Posiciones citadas, postulado 6º).

"14. Este aumento del pasivo de Restrepo & Compañía se verificó durante el tiempo de la administración, como liquidadores, de los señores José Manuel Restrepo G. y Ricardo Restrepo W.

"15. Estos dos señores, en su carácter de liquidadores, verificaron operaciones comerciales a nombre de Restrepo & Compañía, que no les correspondían en su carácter de liquidadores. (Posiciones citadas, postulados 9º a 12, 16).

"16. Cuando a los señores José Manuel y Ricardo Restrepo se les entregaron los bienes de Restrepo & Compañía para que con el activo pagaran el pasivo, tenía la Sociedad un capital de $ 308,489-37 oro; de suerte que a la sucesión, o a los herederos de don Julio M. Restrepo, les correspondía en los negocios de Restrepo & Compañía la suma de $ 174,029-94, según balance hecho por los exsocios señores José Manuel Restrepo y Ricardo Restrepo Wills, el treinta de junio de mil novecientos diez y nueve, esto es, once días después de fallecido don Julio M. Restrepo. Y en la sucesión de don Julio, según los inventarios, figuró un capital, derivado de su capital como socio, de $ 16,163-20. De modo que los señores liquidadores deben ser responsables de la diferencia, o sean $ 157,866-74, para con los herederos de don Julio M. Restrepo.

"17. Los señores liquidadores podrán obrar separada o conjuntamente, pero no eran solidarios; y ya con el señor Restrepo Wills se arregló su responsabilidad por medio de un arbitramento, de manera que el señor Manuel Restrepo queda sólo responsable por la mitad de aquella cantidad, es decir, por $ 78,933-37.

"18. La cláusula contenida en la escritura número 1597, de treinta y uno de julio de mil ochocientos setenta y cinco, de que la Sociedad no quedaba disuelta por la muerte de alguno de los socios, hay que tenerla por no estipulada, o sea el convenio allí expresado por no celebrado, en virtud del artículo 533, inciso 3º, del Código de Comercio, porque al morir el socio Julio Restrepo dejó hijas casadas como herederas."

Formularon así la parte petitoria:

"De todos los asignatarios del señor Julio M. Restrepo, el único que no firma esta demanda es el señor Ricardo Restrepo Wills; y nosotros pedimos que se nos indemnicen los perjuicios causados por los liquidadores, a prorrata, de nuestros derechos en la Sociedad de Restrepo & Compañía, rebajando del todo lo que pudiera corresponderle al heredero Ricardo Restrepo Wills."

Manifestaron fundar su demanda, de manera especial, en los artículos 537 y 538 del Código de Comercio.

El señor Restrepo G., en la contestación de la demanda, rechazó la acción deducida, y compendió así su pensamiento:

"Negados los hechos en que fundan su derecho los signatarios del memorial de demanda, niego también que tengan participación en la Sociedad de Restrepo & Compañía, pues cuando más tendrán derecho en lo que pueda corresponderle al socio difunto Julio M. Restrepo, cuando se liquide esa Sociedad definitivamente. Niego de la misma manera que sean aplicables las disposiciones del Código de Comercio Terrestre actual a una Sociedad organizada desde el año de mil ochocientos cincuenta y cuatro (1854), ya que se trata de derechos sustantivos. Los actos de administración ejecutados por mí, a nombre de Restrepo & Compañía, con posterioridad a la muerte

de Julio M. Restrepo, obedecieron más a mi carácter de socio que he sido y soy de esa firma, con interés mayor de lo que al final pueda tener cualquiera de los firmantes de la demanda, que al acto de nombrárseme liquidador de ella, sin convenir honorarios conmigo al respecto, y sin recibir hasta ahora remuneración alguna por mis servicios.

Alegó el demandado las excepciones perentorias de ilegitimidad de la personería de los demandantes, inepta demanda, y todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida, si alguna vez existió.

El veintiocho de mayo de mil novecientos veintinueve se dictó la sentencia de primera instancia, en la cual se niegan "las declaracioens solicitadas en la demanda que ha sido materia de esta sentencia."

Por apelación de los demandantes subió el asunto al Tribunal Superior de Medellín, quien, en sentencia de veintitrés de abril de mil novecientos treinta, confirmó la de primer grado.

Los mismos demandantes interpusieron recurso de casación, que fundaron ante el Tribunal, y que la Corte admite por hallarlo ajustado a la ley.

Sólo la parte no recurrente constituyó apoderado ante esta Superioridad.

Los recurrentes invocan la causal primera del artículo 2° de la Ley 169 de 1896, y en primer término alegan la violación del artículo 537 del Código de Comercio.

Es oportuno y necesario hacer constar aquí, que aunque la demanda de casación no se ajusta a los preceptos del artículo 9° de la Ley 90 de 1920, a los cuales debió sujetarse, ya se ha dicho en casos análogos que "la Corte puede admitir un recurso de casación por benigna interpretación de la ley, aunque él deje mucho qué desear en materia de método, claridad y acierto, si el recurrente cita las disposiciones legales que cree infringidas" (**Gaceta Judicial, XXX, 268, 2°**), esto es, que no hay lugar a declarar desierto el recurso "si el recurrente cita en su demanda algunas leyes sustantivas como violadas, ya directamente, ya por virtud de errores de hecho y de derecho, aunque no señale determinadamente prueba alguna en cuya apreciación se hubiera incurrido en tales errores" (**Gaceta Judicial, XXXI, 87, 1°**). Pero ello no ha de entenderse en el sentido de que la demanda puede prosperar, aunque los motivos o razones en que se funda no se ajustan a las reglas que para el efecto ha establecido la ley, de acuerdo con la naturaleza de este recurso extraordinario.

Con esta observación preliminar, se procede al examen de los motivos aducidos para sustentar el recurso.

Citan los recurrentes lo dispuesto en los artículos 537 y 538 del Código de Comercio, y dicen:

"En la violación de estas disposiciones sustantivas y de la del artículo 63 del Código Civil, fundamos el recurso de casación."

Luégo exponen:

1. En la escritura en que fueron nombrados liquidadores Ricardo Wills y José Manuel Restrepo, se dijo:

"Sexto. Queda en poder de los socios liquidadores el activo de la Sociedad, con cargo de atender al pago del pasivo de la misma.

"Este fue el único encargo expreso que les hicieron los socios a los liquidadores nombrados, y lejos de cumplirlo, aumentaron ese pasivo a una cantidad extraordinaria."

Afirman que el demandado Restrepo, en posiciones que absolvió, dijo:

"Que es cierto sabe que, según el balance general hecho por Restrepo & Compañía el día treinta de junio de mil novecientos diez y nueve, el saldo deudor de la cuenta 'Diversos deudores' (en el pasivo), ascendía a la suma de quinientos cuatro mil trescientos sesenta pesos y ochenta centavos."

A la 6ª:

"Que es cierto sabe qué, según el balance practicado por Restrepo & Compañía el treinta y uno de diciembre de mil novecientos veinte, el saldo deudor de la cuenta 'Diversos deudores' (en el pasivo), ascendió a la cantidad de seiscientos un mil ochocientos noventa y seis pesos y ochenta y ocho centavos."

A la 7ª:

"Que sabe que, en consecuencia de lo expuesto en los dos postulados anteriores, el pasivo de Restrepo & Compañía, en el transcurso de tiempo comprendido entre el treinta de junio de mil novecientos diez y nueve y el treinta de diciembre de mil novecientos veinte, se aumentó en la suma de noventa y siete mil quinientos treinta y cinco pesos y noventa y nueve centavos."

Con relación a estos puntos, dice la sentencia recurrida que los balances a que aluden los hechos 9° y 10 de la demanda, no aparecen comprobados del expediente, y que las copias traídas por el actor no tienen ningún valor.

"La estimación de esas piezas—agrega—es necesaria para conocer la diferencia obtenida en la cuenta 'Diversos deudores' de esos balances, lo que constituye el monto de los perjuicios."

Observan los recurrentes que en los numerales 9° y 10 de la demanda no se alude a ningunos balances; "pero los que se practicaron fueron reconocidos en posiciones por el demandado, lo que les da valor de plena prueba."

Esta objeción entraña el cargo de que el Tribunal erró de hecho o de derecho en la apreciación de las posiciones a que el recurrente se refiere; pero como tal cargo no se ha formulado, no hay lugar a considerar la objeción, quedando en pie ese fundamento del fallo.

2. Alegan igualmente los recurrentes que el demandado, al absolver la posición 8ª, dijo que es cierto que el aumento del pasivo de Restrepo & Compañía fue el resultado de operaciones hechas por él y su coliquidador; pero con la modificación de que en ese resultado influyeron otras operaciones existentes o iniciadas antes de la escritura de liquidación de la Sociedad.

Con relación a este punto, dice el Tribunal que "el demandado confiesa que durante la liquidación se verificaron otras operaciones que no estaban dentro del radio de sus funciones, tales como el desempeño y atención de la agencia de la Compañía Frontino Bolivia.

"Mas para deducir la responsabilidad consiguiente a esta extralimitación de funciones, la parte actora no produjo ninguna prueba, es decir, no comprobaron los socios demandantes el perjuicio que hubiera sufrido la Sociedad en razón de esas operaciones."

Refiriéndose a esos conceptos del Tribunal, dice el recurrente que "con las confesiones de la parte demandada, que constan en las posiciones que se dejan copiadas, se comprueba plenamente que el señor José Manuel Restrepo, en su carácter de liquidador de los bienes de la Sociedad de Restrepo & Compañía, verificó operaciones

que no eran tendientes al cumplimiento de su encargo, con violación de lo dispuesto en el artículo 538 del Código de Comercio; y que por causa de esas operaciones indebidas, se aumentó el pasivo de la Sociedad, es decir, que causaron perjuicios en los bienes de la Sociedad, de que debe responder, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 537 de la obra citada."

Luégo agrega:

a) Que se disculpa Restrepo de haber tomado dinero a interés para la Sociedad, manifestando que era para pagar deudas de la misma, cosa que no está probada; además, este era un medio que le estaba vedado, según el artículo 538 citado.

b) Que con las confesiones del demandado queda comprobado que durante su administración como liquidador, se disminuyó el capital de la Sociedad, por lo cual su administración debe reputarse dolosa, conforme al artículo 63 del Código Civil.

c) Que la modificación introducida por él mismo en la respuesta que dio a la posición '8', no está probada, y, por ende, queda en firme su confesión, de que por causa de operaciones indebidas se aumentó el pasivo de la Sociedad.

d) Que con las confesiones del mismo demandado se comprueba que él, en su carácter de liquidador, ejecutó operaciones que no tendían al cumplimiento de su encargo, violando así el artículo 538 precitado, y causando con ellas perjuicios a la Sociedad, de los cuales debe responder, de acuerdo con el artículo 537 del Código de Comercio.

Dice, además, que a pesar de lo expuesto, el Tribunal conceptúa que de las posiciones y demás declaraciones, "no surge ninguna luz," y que, "por falta de prueba previa, carece de mérito legal la apreciación de los peritos."

Se observa:

Como claramente se ve, lo que en estos cargos de los recurrentes se dice, es que obran en el juicio unas posiciones absueltas por el demandado, en las cuales confiesa éste que por causa de las operaciones indebidas, ejecutadas por los liquidadores, se aumentó el pasivo de Restrepo & Compañía; que con esas posiciones se comprueba plenamente que el señor Restrepo, en su carácter de liquidador de los bienes de la expresada Sociedad, verificó operaciones que no eran tendientes al cumplimiento de su encargo, con violación del artículo 538 del Código de Comercio, y que por causa de esas operaciones indebidas se aumentó el pasivo de la Sociedad; "que el aumento del pasivo está pregonando que hubo perjuicios," y que, por tanto, es erróneo el concepto del Tribunal, de que de las referidas posiciones "no surge ningún dato de luz," y de que "por falta de prueba previa carece de mérito legal la apreciación de los peritos." Era, pues, del caso, haber formulado la acusación por errores de hecho y de derecho; pero como el recurrente no lo hizo así, la Corte no puede suplir esa omisión, inventando el cargo y atribuyéndole tal recurrente un propósito que no consta que fuera el suyo.

3. Después de los reparos que se dejan anotados y de algunos otros referentes al dictamen de los peritos, cuestión subordinada a las de que aquí se hace mérito, termina la demanda de casación con la siguiente exposición, que parece puesta ahí como resumen de todo lo dicho anteriormente, y como para concretar así los cargos que motivan el recurso:

"Fundamos—dicen—el recurso de casación que interponemos, en la causal primera del artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

"Las disposiciones violadas son:

"1º El artículo 537 del Código de Comercio.

"Porque es una cosa notoria y bien probada en el expediente, que en la administración del liquidador, señor José Manuel Restrepo, hubo gran pérdida, y la sentencia no le exige la responsabilidad debida.

"2º El artículo 538 del Código de Comercio.

"Porque el señor José Manuel Restrepo verificó operaciones comerciales que le estaban vedadas en su carácter de liquidador, con lo cual causó gravísimos perjuicios en los bienes de la Sociedad de Restrepo & Compañía; y a pesar de estar esto comprobado con la confesión misma del señor Restrepo, la sentencia hizo caso omiso del asunto.

"La sentencia no dio valor alguno a la exposición de los peritos, que estimaron en algo los perjuicios causados por los liquidadores, y sólo dio su asentimiento a la del doctor Francisco E. Tobar, que es absurda, por cuanto sostiene que habiendo aumento del pasivo, no hay disminución de capital.

"La exposición de los peritos no es de por sí plena prueba; ella debe ser apreciada por el Juez, dice el artículo 79 de la Ley 105 de 1890; y la Corte Suprema, por auto para mejor proveer, puede disponer se practique un nuevo avalúo, por peritos que la misma Corte nombrará, y según el artículo 78 de la misma Ley 105.

"3º El artículo 63 del Código Civil.

"Dice la sentencia de primera instancia:

'De acuerdo con los cargos de la demanda, hay que averiguar también si ese aumento del pasivo tuvo por causa la administración dolosa o culpable del liquidador, demandado, es decir, si fue debido a un positivo deseo de causar daño en el patrimonio social, elemento intencional que es el que constituye el dolo.'

"Ese sofisma es el gran fundamento de la sentencia. Nosotros ni siquiera mentamos la palabra dolo en nuestra demanda. Pedimos indemnización de perjuicios, causados por una administración desastrosa, fundándonos en los artículos 537 y 538 del Código de Comercio."

Copia el recurrente lo que dice el artículo 63, y agrega que era imposible que hubiera habido aumento en el pasivo de la Sociedad, si los liquidadores se ciñen al cumplimiento de sus funciones, y que no hay necesidad de buscar las intenciones del liquidador para saber si cometió dolo, porque el citado artículo lo declara así expresamente; y, por último, que como la sentencia recurrida confirma la de primera instancia, sin ninguna salvedad, le corresponde lo que deja dicho con relación al dolo.

Para rechazar estos cargos, basta reproducir aquí la jurisprudencia que sobre este particular tiene sentada y mantiene la Corte:

"La Corte no puede tener en cuenta los motivos de casación, consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustantivas, cuando el recurrente no expresa el concepto de la infracción." (Gaceta Judicial, XXX, 23, 3º).

"Para que exista violación directa de una disposición legal, es necesario que el fallo contenga disposiciones contrarias a ese precepto." (Gaceta Judicial, XXIX, 325, 3º).

"Aun cuando una sentencia pudiera acusarse por error evidente de hecho y aun de derecho de ciertos puntos,

la Corte no puede considerar tales causales, si por ese aspecto no hay acusación." (Casación, 26 de julio de 1920. **Gaceta Judicial**, XXVIII, 128, 1ª).

"No procede la primera causal de casación por violación de determinados preceptos de la ley, cuando esta violación es indirecta, como resultante de error de derecho en la apreciación o aplicación de la prueba, o de error de hecho evidente, no alegados por el recurrente." (Casación, 18 de febrero de 1922. **Gaceta Judicial**, XXIX, 104, 2ª).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara: no hay lugar a casar la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín el veintitrés de abril de mil novecientos treinta.

Con costas a cargo de la parte recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—**José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Arango.

Resumen los recurrentes uno de los cargos de casación, así:

"2ª El artículo 538 del Código de Comercio.

"Porque el señor José Manuel Restrepo verificó operaciones comerciales que le estaban vedadas, en su carácter de liquidador, con lo cual causó gravísimos perjuicios en los bienes de la Sociedad de Restrepo & Compañía; y a pesar de estar comprobado con la confesión misma del señor Restrepo, la sentencia hizo caso omiso del asunto"; y como fundamento de él, exponen:

"d) Que con las confesiones del mismo demandado se comprueba que él, en su carácter de liquidador, ejecutó operaciones que no tendían al cumplimiento de su cargo, violando así el artículo 538 precitado, y causando con ellas perjuicios a la Sociedad, de los cuales debe responder de acuerdo con el artículo 537 del Código de Comercio.

"A pesar de lo expuesto, el Tribunal conceptúa que de las posiciones y demás declaraciones 'no surge ninguna luz.' y que, 'por falta de prueba previa, carece de mérito legal la apreciación de los peritos.'"

A esto repara el fallo de la Corte, que no se acusó la sentencia del Tribunal por error de hecho y de derecho en la apreciación de esas pruebas.

Considero que si los recurrentes no hicieron uso de las palabras "acuso el fallo por error de hecho y de derecho al apreciar tales pruebas," que no son sacramentales, sí formularon esa acusación en otros términos, como se ve por lo ya transcrito, y en semejante caso, a mi ver, la justicia reclama cierta elasticidad en el fallador para no permanecer atado al poste del formulismo.

Además, el sentenciador reconoció que el demandado confesó que había verificado operaciones que no estaban dentro del radio de sus funciones, y si eso reconoció el sentenciador, no podía menos de hacer responsable al liquidador por la extralimitación de sus funciones, al tenor del artículo 538 del Código de Comercio; y toda violación de un contrato hace presumir que el infractor ha causado perjuicios al otro contratante, en razón de que debiendo tener por objeto toda convención una prestación útil al acreedor, la violación de ella va en detrimento del contratante, ya que no es jurídico absolver al demandado de los perjuicios causados por la violación del pacto, so pretexto de que ellos no están probados, estando comprobada esa infracción. Estos postulados están consignados en varias decisiones de la Corte.

En resumen: considero que ha debido condenarse al demandado a pagar perjuicios, cuyo monto ha podido fijarse en otro juicio.

Bogotá, 6 de septiembre de 1933.

José Miguel Arango

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre nueve de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Francisco Tafur A.).

Por sentencia de fecha seis de junio de mil novecientos treinta y dos, el Tribunal Superior de Pasto reformó la sentencia de primera instancia, pronunciada por el Juez del Circuito de Ipiales, en el juicio ordinario que Mario A. Guerrero le promovió a Emiliano Arellano, sobre nulidad de unos contratos de compraventa, celebrados por dicho demandado con Arcesio Bolaños, de parte de la finca denominada **San Francisco**, situada en el Distrito de Carlosama. En el fallo del Tribunal se absolvió al demandado de los cargos de la demanda.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la parte demandante, y la Corte lo admitió.

El recurrente no fundó su recurso ante la Corte, sino en un escrito que remitió desde su residencia, y que llegó a la Secretaría de la corporación el once de agosto de mil novecientos treinta y dos, y el término para fundar dicho recurso empezó el tres de octubre del mismo año.

La Corte en varios fallos estableció la doctrina de que, cuando el recurso de casación no se funda ante el Tribunal sino ante la Corte, pero antes de empezar a correr el término que establecía el artículo 151 de la Ley 40 de 1907, y otras, era inadmisible, teniendo en cuenta que la misma disposición señalaba ese término con el carácter de perentorio. El artículo 530 del nuevo Código Judicial no le da tal carácter a ese término, pero estatuye que "la demanda (la de casación) puede remitirse a la Corte por la parte o su apoderado desde el lugar de su residencia, de modo que llegue a la Secretaría dentro de dicho término" (de treinta días). Y el artículo 532 dice que si el recurso no se funda dentro del término legal, la Sala lo declarará desierto, y condenará en costas a la parte recurrente.

La Corte, en el estudio que hizo de las reformas que debían introducirse al nuevo Código Judicial, indicó que debían reformarse las dos disposiciones anteriores, que establecen un rigorismo exagerado, y dejan a los recurrentes de fuera de la capital, en cierta manera, a merced de las vías de comunicación, aunque remitan con anticipación sus demandas. Pero mientras no se hayan reformado tales disposiciones, la Corte se ve en el caso de aplicarlas. De modo que no habiéndose fundado el presente recurso dentro del término legal, hay que declararlo desierto.

Por las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad

de la ley, declara desierto el recurso de casación a que se refiere esta providencia, sin costas, por no haberse causado.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del señor Magistrado doctor Tancredo Nannetti.

Salvo mi voto en el fallo anterior, porque el artículo 530 del Código Judicial, en su inciso 2º, permite que la demanda de casación puede remitirse a la Corte por la parte o su apoderado desde el lugar de su residencia, de modo que llegue a la Secretaría dentro del término del traslado que del proceso se manda dar a la parte recurrente, por treinta días.

Si el escrito en que se funda el recurso llega a la Secretaría antes de que empiece a correr el término, es de evidencia inmediata que tal escrito, cuando el término empieza a correr, obra ya en los autos y queda dentro de dicho término. Otra cosa ocurre cuando la demanda de casación llega a la Corte expirados los treinta días del traslado. Entonces sí es extemporánea esa demanda.

Interpretar la disposición legal en el sentido de que el escrito en que se funda el recurso debe llegar a la Secretaría precisamente cuando están corriendo los treinta días del traslado, y no antes, es someter el derecho de las partes a la contingencia de los medios de transporte.

El retraso del correo que trae el escrito puede salvar el derecho, y su funcionamiento correcto perjudicarlo. Además, es una sanción que se impone a quienes diligentemente se apresuran a cumplir con sus deberes de litigantes.

La jurisprudencia en que el auto se apoya, se refiere al artículo 151 de la Ley 40 de 1907, que ordenaba fuera fundado el recurso en el término perentorio de los treinta días del traslado. La calificación de perentorio dada al término, no permitió a la Corte interpretar la disposición legal en el sentido amplio a que se presta el artículo 530 del Código Judicial, que suprimió tal calificativo, interpretación extensiva que, en tratándose de términos, ha dicho la Corte, salva el derecho, y no la restrictiva, que lo suprime, cuando lo probable es que la intención de la parte fuera ejercitarlo en tiempo hábil. (Véase Gaceta Judicial, tomo XXII, página 330).

Bogotá, septiembre nueve de mil novecientos treinta y tres.

Tancredo Nannetti

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, septiembre diez y siete de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor José Joaquín Hernández).

Ante el Juzgado 4º del Circuito de Tunja, Mercedes Gaona inició juicio ordinario contra su marido, señor Miguel Arias G., para que se decretara "la separación de bienes entre mi expresado esposo y yo, ordenando que se me entregue lo que me pertenezca por aporte a mi matrimonio o por gananciales adquiridos en él."

En sentencia de seis de febrero de mil novecientos treinta y uno, el Juez de la causa absolvió al demandado, y por apelación de la actora, el Tribunal Superior de Tunja, con fecha veinticuatro de junio de mil novecientos treinta y dos, "revoca la sentencia apelada, y en su lugar falla:

"Se decreta la separación de bienes entre los esposos Miguel Arias G. y Mercedes Gaona, y se ordena que, previo el cumplimiento de las formalidades legales, se entregue a Mercedes lo que le corresponda por aporte al matrimonio con Miguel, o por gananciales adquiridos durante ese matrimonio.

"Se condena al demandado al pago de las costas del juicio en la primera instancia."

El demandado interpuso casación. El Tribunal concedió el recurso, y la Corte lo declaró admisible por auto de fecha seis de junio del presente año.

Con fecha trece del mismo mes de junio se ordenó dar traslado a la parte recurrente por el término legal, el cual venció el veintisiete de julio pasado. El recurrente dejó pasar el término del traslado sin fundar el recurso, cosa que no hizo sino el dos de agosto, como se ve en la constancia del Secretario, que dice:

"Devuelto el expediente respectivo con el anterior memorial, hoy dos de agosto de mil novecientos treinta y tres, y puesto al despacho del señor Magistrado sustanciador, informando que está vencido, desde antes de esta fecha, el término conferido al recurrente."

Es, pues, el caso de aplicar la sanción establecida en el artículo 532 del Código Judicial.

Por tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara desierto el recurso interpuesto, y condena en costas a la parte recurrente.

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

JOSE MIGUEL ARANGO—José Joaquín Hernández. Germán B. Jiménez—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez y ocho de septiembre de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

El doctor M. Augusto Vernaza, en libelo de veintitrés de marzo de mil novecientos veintisiete, pidió se hicieran en sentencia definitiva estas declaraciones:

"Primera. Que la Junta Directiva del Centro Social denominado Club Colombia, que funciona en esta ciudad, procedió con intención positiva de inferir injuria a mi persona, es decir, que es responsable de dolo, al aprobar y hacer pública la proposición que me fue transcrita por el señor Secretario de la misma Junta Directiva de dicho Club Colombia, en oficio signado el cinco (5) de los corrientes, y por la cual proposición, a la vez que se resolvió que el suscrito, M. Augusto Vernaza, había perdido definitivamente los derechos de socio activo del Club, y que, en consecuencia, no podría jamás visitar ese establecimiento, ni ser presentado de nuevo como socio, diz que por haber faltado a la caballerosidad en el asunto que tal Club ventila con el señor Víctor Palacios, se dispuso también fijar esa proposición permanentemente en el tablero destinado al efecto y comunicársela a los demás socios.

"Segunda. Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene al mencionado Centro Social, de-

nominado Club Colombia, a que me indemnice de todos los perjuicios que se me han ocasionado y se me ocasionan por causa de haberse aprobado y hecho trascendental la proposición de que he hecho mérito, en la cual, a la vez que se tuvo la intención positiva de inferir injuria a mi persona, se ha ejercitado también una venganza, y se ha pretendido y se pretende, además, ocasionarme todo el mal posible, atrayéndome el odio y animadversión, no sólo de los socios del Club Colombia, sino también de cuantos visitan dicho establecimiento, quedando comprendido en el monto de dichos perjuicios el valor o importe de todas las cuotas, tanto la inicial, de treinta pesos ($ 30) moneda corriente, como todas las demás, ya ordinarias u extraordinarias, a partir del mes de febrero de mil novecientos veinte (1920) hasta el mes de febrero del año en curso.

"Tercera. Expresa condenación en costas a cargo del Club Colombia, si llegare su temeridad hasta afrontar el presente juicio."

Expuso estos hechos:

"1° Fui de los socios fundadores del Centro Social denominado Club Colombia, que funciona en esta ciudad.

"2° Dicho Club Colombia fue organizado en el mes de febrero de mil novecientos veinte, y fue entonces cuando me tocó dar la cuota inicial por valor de treinta pesos ($ 30) moneda corriente.

"3° A partir del mes de febrero de mil novecientos veinte, y hasta el mes de febrero del año en curso, en que pagué todas las cuotas, tanto ordinarias como extraordinarias que me fueron asignadas.

"4° En la sesión de la Junta Directiva del mencionado Club Colombia, que tuvo lugar el día cuatro del presente mes, fue aprobada la siguiente proposición, que me fue comunicada al día siguiente, cinco del actual, por nota signada por el Secretario de la citada Junta Directiva, que dice así:

'Cali, marzo 5 de 1927

'Señor doctor don Manuel Augusto Vernaza.

'Muy señor mío:

'Por orden de la Junta Directiva del Club Colombia comunico a usted la siguiente proposición, aprobada por unanimidad en su sesión de ayer:

'La Junta Directiva del Club Colombia, en atención a una comunicación de varios socios dirigida a ella, por la cual piden que sea borrado de la lista de socios el señor doctor Manuel Augusto Vernaza, por haber faltado a la caballerosidad en el asunto que ventila con el señor Víctor Palacios, y teniendo en cuenta que el señor Vernaza ha incurrido en la pena que expone la causal cuarta del artículo 26 de los Estatutos del establecimiento,

resuelve:

'Declarar que el señor Manuel Augusto Vernaza ha perdido definitivamente los derechos de socio activo del Club, y en consecuencia, no podrá jamás visitar el establecimiento, ni ser presentado de nuevo como socio (parágrafo 2° del artículo 26).'

'Transcríbase la presente proposición al señor Vernaza, fíjese en el tablero permanente, y comuníquese así a cada uno de los socios.

'(Firmado), J. J. Pardo, Secretario'

"5° La anterior proposición fue aprobada por los miembros de la Junta Directiva del referido Club Colombia, señores José María Restrepo P., Vicente García Córdoba, Valentín Burrewes, Francisco Ospina B., Rafael Borrero Vergara, Gustavo Zamorano, Salustio González, Alonso Rebolledo y José Joaquín Pardo, quien actuó como Secretario.

"6° La Junta Directiva del expresado Club Colombia, al aprobar y hacer trascendental la proposición preinserta, se convirtió en juez y parte, y procedió con dolo.

"7° La Junta Directiva del mismo establecimiento denominado Club Colombia, para dar apariencia de corrección a su procedimiento, fue la que redactó e hizo suscribir por mis enemigos el memorial infamante que debía darle asidero para sus maquinaciones y venganzas contra mí.

"8° El abogado del señor Víctor Palacios en el juicio ejecutivo por éste promovido y seguido contra el Club Colombia, es el doctor Joaquín Borrero Sinisterra.

"9° La Junta Directiva del referido Club Colombia lo que ha pretendido, y pretende a todo trance, es exteriorizar su odio y su venganza contra mí, y para conseguir este objeto ha creído encontrar muy expedito el camino de infamarme, a fin de ocasionarme en el ejercicio de mi profesión de abogado, todo el mal posible; y

"10. El Club Colombia, como persona jurídica, debe indemnizarme y pagarme el monto de los perjuicios que me han sido ocasionados y que se me ocasionan con los hechos llevados a cabo por su Junta Directiva en contra de mi honor, mi dignidad profesional y de cuanto constituye mi propiedad moral, al sugerir, aprobar y hacer trascendental la proposición que dejo copiada."

Agregó Vernaza:

"El derecho, causa o razón para promover esta demanda, lo encontrará usted en el artículo 63 (último inciso), 1494, 2341 y siguientes del Código Civil."

Admitió la demanda el señor Juez 2° del Circuito de Cali, y la corrió en traslado al representante de la entidad demandada.

Este, por conducto de apoderado, la contestó en el sentido de rechazar la acción y negar el derecho invocado por el actor.

A los hechos, respondió así:

"1° No me consta que el señor doctor Vernaza haya sido de los socios fundadores del Club, pero así debe ser, pues él lo afirma.

"2° Tampoco me consta este hecho, y por eso no le presto mi asentimiento, ni me consta que fueran $ 30 la cuota inicial.

"3° Tampoco me consta este hecho, y en mi carácter de apoderado del Club, por más que la palabra del doctor Vernaza me merezca crédito, no puedo prestarle mi asentimiento.

"4° La Junta Directiva aprobó una (proposición) moción en el sentido que indica el señor doctor Vernaza; pero como no tengo a la vista tal proposición, no puedo afirmar que ella sea la transcrita en la demanda, y por eso mismo no puedo asentir a este hecho, tal como está concebido.

"5° Ignoro este hecho, y por eso no le presto mi asentimiento.

"6° Niego en absoluto este hecho.

"7° No es cierto. Lo niego absolutamente.

"8° No acepto este hecho. Espero se me dé la prueba de él.

"9° No es cierto. La Junta Directiva, como tál, no es capaz de odio ni de venganza contra el doctor Vernaza ni contra nadie. Y cuanto a sus miembros, que son todos cumplidos caballeros, tampoco los creo capaces de tomar

una medida, en ese carácter, relativa al manejo del Club, por odio ni por venganza contra nadie.

"10. No es un hecho. Es una razón que no acepto.

"Derecho.

"Niego el derecho que el doctor Vernaza invoca para sustentar esta demanda. Las disposiciones citadas existen, es verdad, pero ellas no dan al actor el derecho que pretende tener."

Se pronunció sentencia de primera instancia el doce de marzo de mil novecientos treinta, en los términos siguientes:

"Estas razones son suficientes para que el Juzgado 2º del Circuito, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, niegue las peticiones del demandante, y en su lugar absuelva a los demandados de todos y cada uno de los cargos de la demanda. Con costas a cargo del demandante."

Apeló el actor, y el Tribunal Superior de Cali, en sentencia de veintiséis de marzo de mil novecientos treinta y uno, confirmó la del Juez.

El doctor Vernaza interpuso recurso de casación, que el Tribunal le concedió, y la Corte admite por hallarlo dentro de las debidas condiciones en orden a la cuantía y a la naturaleza del asunto. (Ya se había decretado el traslado al recurrente cuando entró en vigencia el actual Código Judicial, por lo cual no hubo oportunidad de decidir previamente acerca de la admisibilidad del recurso).

El apoderado del recurrente alega las causales primera y segunda del artículo 2º de la Ley 169 de mil ochocientos noventa y seis.

La segunda se hace consistir en lo siguiente:

Como Vernaza creyó que la Junta Directiva del Club Colombia había cometido un delito de injuria, presentó la acusación correspondiente, y el negocio terminó con un sobreseimiento definitivo. El Tribunal decide que la demanda es infundada, porque como se declaró que los acusados no eran responsables de aquel delito, no hay razón para condenarlos al pago de perjuicios. Pudo no cometer el delito la Junta del Club Colombia; pero si es evidente que cometió una culpa, y es responsable de los perjuicios por ella producidos. Al entender el sentenciador que la acción civil intentada para obtener la indemnización por el daño causado por la culpa, debía estar sujeta a la acción criminal, incurrió en error de derecho, y violó directamente el artículo 39 de la Ley 169 de 1896, en su parte final. La sentencia no está de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, pues en ninguna parte de la demanda se ve que el actor haya basado las suyas en un delito.

"La acción civil que incoó el doctor Vernaza fue independiente de la criminal; luego la sentencia no ha tenido porqué basarse, para resolver, en la inexistencia del delito, porque la comisión de éste no fue hecho de la demanda. En esta parte violó también el Tribunal, directamente, el artículo 637 del Código Judicial, y por esta falta de consonancia de la sentencia con la demanda, la acuso por la causal segunda del artículo 2º de la Ley 169 de 1896."

Empero, para desechar esta causal, basta considerar que el Tribunal decidió acerca de lo que fue objeto de la controversia: el pago de los perjuicios ocasionados por el dolo que se le atribuye a la Junta Directiva del Club; que no resolvió sobre ningún punto que hubiera sido propuesto en la demanda, y que si no falló sobre excepciones, fue porque no se alegaron. Si en el cuerpo de la sentencia incurrió en apreciaciones erradas respecto de las pruebas o de la aplicación del derecho, ello es materia propia de la primera causal, como lo comprendió el mismo recurrente al mezclar en la alegación de la segunda algunos reparos por infracción de leyes.

La primera causal aparece apoyada en varios motivos.

El primero consiste en que el sentenciador aplicó indebidamente al caso del pleito el artículo 1508 del Código Civil, según el cual los vicios de que puede adolecer el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo. Esa aplicación lo llevó a asimilar el procedimiento culpable de la Junta Directiva del Club Colombia a un acto o declaración de voluntad a un contrato, por lo cual la sentencia exige, para que la acción prospere, que el procedimiento de aquel Club con Vernaza hubiera consistido en arteras maquinaciones, trampas o artificios, y que en caso de que esto fuera así, se le causara por ese medio el daño cuya reparación persigue.

El dolo de que habla el actor no es el que vicia el consentimiento en los actos declarativos de voluntad y en los contratos, sino que él lleva en sí todo hecho culpable que causa daño.

Todo hombre que con sus actos produce perjuicios a otro, debe reparar el daño inferido. Este es el principio básico de la responsabilidad extracontractual, y por eso el artículo 2341 del Código Civil dice:

"El que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización."

Se responde por los delitos o las culpas. En aquéllos impera el dolo o malicia; en éstas la falta de prudencia, la negligencia, la falta de reflexión en el obrar. Pero los unos y las otras dan lugar a indemnización, por lo cual los autores dicen que aquella diferencia es puramente psicológica.

Así, pues,—prosigue el recurrente—cuando en la demanda se pidió la declaración de que el Club Colombia procedió con intención positiva de inferir injuria a la persona del doctor Vernaza, esto es, que procedió con dolo al aprobar la proposición, no hizo referencia al dolo que vicia el consentimiento en los contratos, y que le hizo decir al Tribunal estas palabras:

"El dolo, por su naturaleza, no se actúa sino en los actos y declaraciones de la voluntad, sobre todo en los contratos, en virtud de los cuales una persona se obliga para con otra a dar, a hacer o no hacer alguna cosa."

El dolo, que da lugar a la responsabilidad extracontractual, es la mayor o menor malicia con que se ejecuta el hecho inferidor del daño; y usada esta palabra, como lo hizo el demandante, no se puede tomar en un sentido restringido, sino en el amplio y significativo de que el procedimiento del Club fue culposo. Así se explica que el actor, al mismo tiempo que en derecho funda su demanda en el artículo 63 del Código Civil, cita al lado de esta disposición la del artículo 2341, que sienta el principio general de la responsabilidad. Tomar la palabra dolo en este caso, en la forma limitada en que lo ha hecho el Tribunal, es marcada inclinación a prescindir de la esencia de las cosas para seguir tras la letra inanimada de los textos legales.

"Sacar el dolo de su lugar propio en el caso de este pleito, para llevarlo—como lo hace la sentencia—al campo de los actos y declaraciones de voluntad, de que trata el artículo 1508 del Código Civil, es aplicar indebidamente esta disposición, y de este modo la violó."

Pasa la Sala a exponer el segundo motivo, por la es-

trecha conexión que tiene con el primero, para darles luégo a los dos una sola respuesta.

Dice el motivo que el artículo 63 del Código Civil se refiere a todo hecho con el cual se cause maliciosamente un mal a otro. Las artimañas y maquinaciones que lo acompañan y lo hacen aparecer destruyendo el consentimiento, no tienen porqué figurar cuando se trata de hechos a los cuales no ha presidido el acuerdo de voluntades, sino que son más bien actos unilaterales. La ofensa que se infiere a un semejante, lleva consigo el dolo, y no es una declaración de voluntad, de aquellas de que habla el Código Civil. Es que además de la culpa contractual existe la culpa fuera del contrato, el dolo, "como la violación de la obligación social de no ofender." Y la culpa o dolo no contractuales "se refieren a las faltas de diligencia incidentales en las obligaciones derivadas de la convivencia social, fuera de todo pacto contractual."

"Como el Tribunal interpretó el artículo 63 del Código Civil en el sentido exclusivo de que el dolo va siempre acompañado de la maquinación fraudulenta o de la artería o embuste, sin parar en que cuando se trata de culpa extracontractual, la culpa lata se confunde con el mismo dolo, y es fuente de reparación, violó dicha disposición por interpretación errónea.

"En otras palabras, el Tribunal interpretó el artículo 63 como si se tratara de convenciones, y ha debido hacerlo relacionándolo con la culpa extracontractual, en una forma que consultara la justicia, y diera ocasión al doctor Vernaza para volver por los fueros de su honor conculcado, visto como está, que extracontractualmente culpa lata y dolo tienden a confundirse, y que en la culpa extracontractual hay una presunción, como dicen los autores."

En seguida hace el recurrente una reseña de los elementos que acreditan la venganza, que, según lo estima él, ejerció la Junta Directiva del Club contra el demandante.

Se considera:

Afirmó el Tribunal que el dolo, por su naturaleza, no se actúa sino en los actos y declaraciones de la voluntad, sobre todo en los contratos, y exige el empleo de arterías, maquinaciones o artificios; que para la prosperidad de la acción ejercitada debía constar plenamente que el procedimiento del Club con Vernaza había sido con esta clase de medios, y que, en caso afirmativo, se le había causado el daño cuya indemnización persigue; y que como la Junta Directiva obró sin acudir a tales medios, antes bien, "ajustándose a las reglas consignadas en lo que puede llamarse su ley fundamental, que son sus estatutos," no aparecía acreditado el dolo, y la demanda quedaba desprovista de apoyo.

Estima la Corte que el Tribunal, al aseverar que el dolo, por su naturaleza, no se actúa sino en las declaraciones de la voluntad, sobre todo en los contratos, se refirió al llamado dolo contractual, con olvido del extracontractual.

En la falta extracontractual que, como es sabido, consiste en inferir un perjuicio a otro (perjuicio naturalmente distinto del que produce la inejecución de una obligación contractual), hay que inquirir si tal perjuicio se causa por malicia e intención de dañar, o apenas por omisión de aquellas precauciones que la prudencia debe inspirar a todo hombre diligente. En el primer caso existe dolo, es decir, la intención positiva de ocasionar injuria a la persona o propiedad de otro individuo, sin que para ello sea de suyo necesario el empleo de artificios, trampas y maquinaciones. Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar—establece el artículo 34 de la Ley 57 de 1887—constituye un delito; y que en materia civil puede haber dolo extracontractual, lo enseñan varias disposiciones del Código de la materia, como los artículos 299 y 1357. Con referencia al primero, por ejemplo, nadie ignora que no es por razón de contrato como el padre administra los bienes del hijo de familia, y, sin embargo, el Código admite que en el ejercicio de la administración, que proviene de la ley, ese padre puede llegar a hacerse responsable de dolo, por lo cual incurre en la sanción de poder perder la administración.

Por tanto, como en la ocurrencia que dio origen a este pleito no se trata de una falta contractual, el sentenciador aplicó indebidamente el artículo 1508 del Código Civil, que se refiere en especial a dicha falta, e interpretó erróneamente el último inciso del artículo 63, al exigir para toda clase de dolo el empleo de medios artificiosos, arteros, etc.

Empero, esto solo no sería motivo suficiente para infirmar el fallo, pues que si la falta atribuida al Club Colombia no fue cometida, no habría fundamento jurídico para condenarlo, a pesar del error del sentenciador.

En el tercer motivo se insiste en acusar este párrafo de la sentencia:

"Para que la acción ejercitada proceda, es necesario que conste de modo pleno lo siguiente:

"1º Que el procedimiento del Club Colombia, respecto del actor, haya consistido en arterías, maquinaciones, trampas o artificios; y

"2º Que en caso de ser así, se le causara por ese medio el daño cuya indemnización ha demandado."

Expone el recurrente que un cuasidelito o culpa se verifica muchas veces sin que intervenga la voluntad del responsable, y muchas quizá contra esa voluntad.

"Si el Tribunal hubiera analizado con precisión la demanda, habría encontrado que la entidad demandada ejecutó un hecho injusto y culpable, porque el hecho de inferir una injuria se traduce en hacer un daño a otra persona, ya porque se le prive de bienes materiales, ya porque se le causen daños en su organismo, o porque se la lesione en su honra y fama. Situado en este terreno, el fallador habría visto que la parte demandada es responsable de culpa, por haber ofendido al actor sin causa justa en su patrimonio moral. Ahora bien: la intención de inferir injuria, de hacer un daño, se manifiesta por un hecho claro y preciso, que se ve, que se oye, sin necesidad de que semejante hecho se verifique con engaño, astucias, trampas, etc., puesto que al ofendido se le cercena su patrimonio muchas veces sin que esté presente, o se le maltrata su cuerpo cuando él no lo pensaba, o se le enrostra un defecto que no tiene y le hiere su patrimonio moral, sin que él asista a la ejecución del hecho culposo. Para decir que un hombre correcto no es caballero, no se necesita obrar con astucia ni artificios: basta el ultraje agresivo y franco, verificado por una persona, faltando a las leyes de la decencia social, para que se cumpla la difamación; para que se cumpla la herida a la reputación del hombre ultrajado.

"Pretender que no se verifica una injuria sino por medio del engaño, de los artificios, arterías o maquinaciones, es desconocer totalmente la manera como la injuria o el insulto se producen, puesto que éstos se cumplen a espaldas o sin la anuencia del injuriado o insultado, y, por consiguiente, no hay necesidad de usar de

los elementos artificiosos y engañosos, que tánto se empeña en exigir el Tribunal fallador. Como éste creyó que no puede cometerse una culpa sino por medio de los engaños, trampas y maquinaciones, cometió error de derecho, y violó el artículo 63 del Código Civil, por interpretación errónea."

Se considera:

Propiamente el Tribunal no dijo que no sea dable cometer una culpa sino por medio de engaño, trampas y maquinaciones. Afirmó que como Vernaza le imputa dolo a la Junta Directiva, y el dolo ha menester el empleo de los citados medios tortíceros, el procedimiento del Club ha debido consistir en ellos, y en caso de ser así, ha debido causársele al nombrado señor el daño cuya indemnización pretende.

En el aserto del sentenciador no se descubre, por tanto, la errónea interpretación del artículo 63 del Código Civil, en los términos generales de la presente acusación, sino en el mismo sentido especial declarado en los anteriores motivos, o sea en cuanto aquél estimó que el dolo requiere siempre o per se el empleo de arterias, trampas y maquinaciones. Empero, este error, como ya se apuntó, no es suficiente para infirmar el fallo recurrido.

En el cuarto motivo se impugna este otro párrafo de la sentencia:.

"Según lo dice claramente el actor, la causa de la responsabilidad que imputa al reo, es el dolo que le atribuye por haber aprobado una proposición de que trata el hecho cuarto, de lo cual no deja duda el haber pedido se declare en primer término que la Junta Directiva del Club Colombia 'procedió con intención positiva de inferir injuria a mi persona (la del actor), es decir, que es responsable de dolo, al aprobar y hacer pública la proposición que me fue transcrita.'

"En la primera petición de la demanda se solicitó se declarara que el demandado procedió con intención positiva de inferir injuria a la persona del actor. El Tribunal hizo mal al no analizar la parte principal de la proposición (que la Junta había procedido con esa intención positiva), y limitarse al examen de la expresión responsable de dolo, porque con esto dejó de decidir sobre toda la cuestión propuesta. Ha debido entrar en el estudio de la parte principal de la proposición, y así se hubiera llegado al resultado apetecido por el demandante, puesto que se habría visto que el proceder con intención de inferir injuria a otro no requiere astucia, trampas, artificios ni maquinaciones.

"Al dedicarse el Tribunal exclusivamente a analizar la expresión accesoria responsable de dolo, aplicando rigurosamente la terminología usada en la demanda, sin coordinar todos los hechos, pruebas y fin de la demanda, no decidió sobre toda la cuestión materia de la petición, por lo que cometió error de derecho, y violó directamente los artículos 837 y 843 del Código Judicial."

Se considera:

Piensa la Sala que en la petición primera de la demanda aparecen como sinónimas las expresiones procedió con intención positiva de inferir injuria a mi persona, y es responsable de dolo, y, por tanto, para el sentenciador era lo mismo examinar la una o la otra.

No surge, pues, el error de derecho en el sentido en que se acusa. El error cometido, para el cual en cierta manera dio pie la relativa falta de claridad, estriba, como ya se dijo, en haber creído el Tribunal que el dolo exige siempre el empleo de maquinaciones y artificios, sin hacer la debida distinción entre el contractual y el extracontractual.

Entretanto, con el fin de desechar el presente motivo, basta tener en cuenta que, según conocida jurisprudencia, el quebrantamiento del artículo 837 del anterior Código Judicial no suministra campo para la casación: dicho artículo, en efecto, no era otra cosa que una recomendación respecto del criterio que debía guiar al Juez, y su invocación en abstracto no releva al recurrente de la obligación de demostrar los puntos precisos en que, por error de hecho o de derecho, el fallador se apartó de la verdad de los hechos, o violó determinadas disposiciones de la ley sustantiva. Cuanto al artículo 843 del propio Código, su infracción ha de ser tratada por la causal segunda de casación, o, mejor dicho, si el Tribunal dejó de resolver alguna cuestión que se ventiló en el debate, la preterm isión es materia de semejante causal, que no es la que ahora alega el autor del recurso.

En el quinto motivo se manifiesta que, con arreglo al artículo 2341 del Código Civil, todo el que ha cometido una culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; principio éste aplicable a las personas naturales y a las morales.

La Junta del Club incidió en una culpa grave al expulsar al doctor Vernaza, sin que éste hubiera cometido una falta que diera lugar a esa pena. Como la base de la proposición por la cual se le expulsó fue el asunto con Palacios, aquella Junta ha debido primero ver si el doctor era responsable de la falta que le mereciese la sanción aplicada; porque resulta grandemente injurioso que, siendo las diferencias con el señor Palacios las que suministraron margen a la proposición, aquél fuera sancionado, y la conducta del abogado de don Víctor, doctor Borrero, nó.

Cuando el Club aprobó su proposición, creyó que su procedimiento lo (acusaba) escudaba el artículo 26 de los llamados estatutos de mil novecientos veintidós, que determina cuándo se pierde el carácter de socio, y cuyo numeral 4º se contrae al caso de que se violen los dictados del honor, la moral y la caballerosidad. Para aplicar esta causal 4ª se necesita, conforme al artículo, solicitud de varios socios y unanimidad en la Junta Directiva al considerar el asunto.

La disposición a que el Club Colombia se acogió carece de fuerza, porque figura en un articulado que llama estatutos, pero que en realidad no lo son, pues para que puedan tener fuerza de tales, deben ser aprobados por el Poder Ejecutivo, según el artículo 636 del Código Civil y el Decreto número 1326, de 15 de septiembre de 1922.

En el año de mil novecientos veintisiete regían en el Club los estatutos aprobados por el Poder Ejecutivo en mil novecientos veinte, y su artículo 11 establece:

"Se pierde el carácter de socio activo o transeúnte.....

.....

"4º Por violación de las leyes que imponen el honor y la caballerosidad."

Para que la Junta pudiera declarar perdido el carácter de socio por dicha causal, era necesaria una disposición aprobada en dos sesiones distintas y por unanimidad de votos. El certificado expedido por el Ministerio de Gobierno prueba que, de mil novecientos veinte a mil novecientos veintinueve, sólo fueron aprobados por el Ejecutivo los primitivos estatutos de mil novecientos veinte y las reformas que constan en el acta de la Asamblea General de socios, de veintiséis de mayo de mil novecientos veintiocho. De suerte que el artículo 26 de los

llamados estatutos, aprobados en las sesiones de diez y siete de julio y tres de octubre de mil novecientos veintidós, no existe, y la Junta del Club procedió fuera de toda norma y de todo derecho al aprobar la proposición. La única norma que el Club podía haber tenido en este caso era el artículo 11 de los verdaderos estatutos. Hubo de parte del Club negligencia, descuido para obtener la aprobación de la reforma de los estatutos, y hubo una grave imprudencia, un descuido gravísimo en la Junta, esto es, cometió culpa grave al aplicar al doctor Vernaza un procedimiento insólito, que no era estatutuario.

Hé aquí—continúa el recurrente—un caso concreto, en que la creencia de que se ejercita un derecho, cuando éste no existe, es causa de responsabilidad civil, porque indica descuido, impericia, la falta de precaución que un hombre prudente pone en sus actos, lo que es suficiente para determinar la responsabilidad civil extracontractual.

Sea una creencia de que se ejercitaba algún derecho, sea un abuso o un exceso de funciones de la Directiva del Club, es lo cierto que el procedimiento de ésta fue doloso, gravemente culposo, y, por ende, fuente de responsabilidad y de indemnización.

Al doctor Vernaza se le infirió un daño mayor que el que causa la tormenta al abatir las montañas, o el alud al arrollar, cuando a su paso se opone un daño en el honor. La caballerosidad es parte de la propiedad moral de un individuo, porque lo que distingue esa cualidad es la hidalguía, la generosidad, el comportamiento digno, el pundonor. Un ataque a la reputación de una persona, siquiera sea a su consideración, es un daño de orden moral.

Es bueno hacer notar que la Junta no sólo aprobó la proposición, sino que, para mayor escarnio, le fijó en el lugar más visible del Club.

Como lo advierte el propio Vernaza, el Club Colombia es un establecimiento a que concurren muchos extranjeros que llegan a Cali, y numerosos nacionales que de Bogotá y de otras partes del país van a tal ciudad, lo cual se acredita con la respuesta dada por el Presidente de ese centro social a la posición 17 del interrogatorio respectivo. Luego si se relaciona este hecho con la actitud asumida por la Junta, al mandar fijar la resolución difamatoria, es forzoso concluir que alguna finalidad tenía dicho procedimiento, finalidad que no podía ser otra que hacer pública la afrenta, para que los visitantes del Club se impusieran de la infamante medida, y con ello se le alejara la clientela al expresado doctor, y sobre él cayeran el desprecio, la odiosidad y el aislamiento. La fijación en público de la resolución no podía ser para notificársela a Vernaza, porque ya se le había transmitido el día cinco de marzo: era con el fin de dar a esa medida perversa la mayor trascendencia, para restarle clientela al agraviado, y privarlo así de los medios de subsistencia.

El Tribunal mismo afirma que a Vernaza se le hizo daño con la proposición.

No hay para qué entrar a demostrar que el daño moral debe de ser indemnizado, pues ya la jurisprudencia nacional se ha enfilado bien por este camino.

"¿Cómo va a ser motivo de duda que una ofensa contra el buen nombre de un abogado a quien se agrede, despojándolo de su caballerosidad y enclavándolo en cruz de ignominia en el calvario de un centro social de importancia, llenándolo de descrédito, que le aleja su clientela, no debe repararse?"

En seguida el autor del recurso inserta algunos conceptos de tratadistas extranjeros sobre la materia; afirma que, como los perjuicios ocasionados al demandante por el procedimiento del Club, fueron avaluados pericialmente en siete mil pesos, a esta estimación debió someterse el Tribunal, y concluye así:

"Ya vimos que el artículo 2341 del Código Civil sienta el principio de que todo el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización. Como el Tribunal prescindió de la aplicación del artículo mencionado, al cual ha debido sujetarse, lo violó de una manera directa, y la Corte debe subsanar el error.

"También incidió el Tribunal en el mismo error, no aplicando el artículo 2356 del Código Civil, que es claro, y que ha debido aplicar al caso del pleito. Lo violó, pues, directamente."

Se considera:

La transgresión de los citados artículos 2341 y 2356 no puede ser directa, pues en parte alguna del fallo niega el Tribunal que el autor de un delito o culpa que ha producido daño a otro es obligado a la indemnización, ni que, por regla general, todo daño imputable a malicia o negligencia de otra persona ha de ser reparado por ésta.

De existir la transgresión, ella es consecuencia o de error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas, o de haber omitido esa apreciación, o de haber caído en error de derecho en la misma.

La comisión de la culpa que se le imputa al Club Colombia es susceptible de varias hipótesis: la de que el doctor Vernaza no le prestara a Víctor Palacios su asistencia extrajudicial en las diferencias de éste con esa entidad (asistencia que, según parece, fue lo que el Club estimó ofensivo); la de que, habiéndose prestado esa asistencia, no hubiera motivo razonable para que el Club la creyera ofensiva para él, y falta de caballerosidad por parte del socio Vernaza; la de que la asistencia hubiera sido judicial, y ofensiva en razón de sus circunstancias, punto éste a cuya infirmación le asigna mucha importancia el demandante; la de que, en caso de asistencia extrajudicial o judicial, el Club le hubiera aplicado al socio ofensor un castigo no autorizado por el reglamento, o se hubiera excedido en la aplicación, agregándole a ese castigo modalidades singularmente injuriosas, bien por malicia, bien por imprudencia o negligencia.

Todas estas hipótesis implican cuestiones de hecho, que naturalmente deben estar apoyadas en las pruebas aducidas en el expediente, y, por tanto, para llegar a conocer el carácter preciso de la culpa imputada al Club, era necesaria acusar y demostrar en concreto los errores de hecho o de derecho cometidos por el sentenciador en la estimación de las respectivas pruebas, o la absoluta omisión de la apreciación.

Que la culpa atribuida al Club no se halla en el suceso material de la expulsión del doctor Vernaza, sino en las (causales) causas, la justicia o injusticia, y las circunstancias concomitantes de ella, lo da a entender el comportamiento de ambas partes en el proceso. La demandante encaminó una porción de sus pruebas a establecer que fue correcta su conducta de abogado y socio en el incidente antijudicial del Club y el señor Víctor Palacios, y la demandada, a su turno, se esforzó en acreditar la incorrección de aquella conducta y su carácter ofensivo para el centro de que el doctor Vernaza era miembro.

Es que, en verdad, la culpa de que se sindica al Club no fue un hecho espontáneo suyo, sino un hecho reflejo, es decir, ocasionado por un proceder del doctor Vernaza, en cuya significación moral discrepan los contendores.

Tratándose, pues,—se repite—de cuestiones de hecho, era indispensable presentar el problema por el aspecto de la apreciación que el sentenciador hiciera de las pruebas en concreto—error manifiesto de hecho, omisión de la apreciación, error de derecho—con el fin de que le fuera dado a la Sala investigar si, por obra de alguno de tales errores, incurrió el fallo en la acusada violación de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil.

Hé aquí porqué no prospera el cargo de violación directa de éstos.

(La objeción relativa a que los estatutos de mil novecientos veintidós no eran tales, por no haberse sometido a la aprobación del Gobierno, será estudiada en otro motivo).

En el sexto se manifiesta que la Junta del Club Colombia, al aprobar y publicar la proposición contra el señor Vernaza, cometió una culpa, que ha inferido daño moral al agraviado, y que obliga a la entidad culpable al resarcimiento.

No define la ley qué sea culpa; mas de los artículos 34 de la Ley 57 de 1887 y 2341 del Código Civil, se desprende que ella consiste en un hecho que causa daño material o moral en la persona o en los bienes de otro; hecho voluntario o nó, pero que da, en todo caso, derecho a la persona ofendida para solicitar la reparación de los perjuicios.

No es necesario que la culpa sea cometida en virtud de un contrato, una vez que la culpa extracontractual también es fuente de obligaciones, con arreglo al citado artículo 34 de la Ley 57 y al 1494 del Código Civil.

"Sucediendo que tanto un delito como una culpa pueden cometerse sin convención, esto es, que es obra generalmente de la persona que cause el daño, sin que intervenga para nada la persona damnificada, por no haberlo entendido así el Tribunal, siendo que la culpa da origen a una obligación, que consiste en indemnizar el daño que con ella se causa, violó los artículos 1494 y 2341 del Código Civil y 34 de la Ley 57 de 1887, por no haberlos aplicado al pleito, siendo el caso de aplicarlos, y cometió error de derecho al considerar que la culpa no puede ejecutarse sino en las convenciones, siendo así que ella, cuando es fuente de obligaciones, es generalmente obra únicamente de la voluntad de la parte que la comete."

Se considera:

En este motivo se reiteran cargos expuestos en otros.

El sentenciador no sentó en términos generales que la culpa apenas puede ejecutarse en las convenciones, sino que su error ha dimanado del olvido del dolo extracontractual, olvido que lo condujo a la interpretación indebida del artículo 63, inciso final, del Código Civil, y a la aplicación inconducente del artículo 1508. Empero, ya se dijo que este error no alcanza por sí solo a producir la infirmación del fallo.

Tocante a la violación de los artículos 1494 y 2341 del Código Civil, y 34 de la Ley 57 de 1887, obsérvese que ella no ha podido ser directa, sino indirecta, y que, por lo mismo, la impugnación ha debido plantearse en el mismo campo de los hechos indicado en la respuesta al motivo precedente.

En el séptimo, se refuta este paso de la sentencia:

"Siendo, pues, el fin primordial de la demanda, que se declare que la entidad demandada es responsable de dolo, basta lo dicho para calificarla de infundada, por más que el actor hubiera comprobado que la Junta Directiva aplicó injustamente el mayor de los castigos (la pena capital del Código del Club) al actor Vernaza, por la intervención que tuvo en el asunto en que fueron partes el Club y Víctor Palacios."

El fin primordial de la demanda—replica el recurrente—es que se declare que el Club Colombia ha inferido injuria al actor, y que, en consecuencia, se le condene a pagar los perjuicios causados. Al no haberlo entendido así el Tribunal, incurrió en error de derecho en la apreciación de la parte petitoria de la demanda.

Se considera:

El cargo es repetición del cuarto, y queda contestado con lo dicho al examinar éste.

En el otrosí que se lee al fin de la demanda de casación, se advierte que el motivo octavo expone los fundamentos de la casación de la sentencia, con apoyo a la causal segunda de la Ley 169 de 1896, y ya esta causal quedó dilucidada al principio de la sentencia.

En el motivo noveno se acusa la sentencia por aplicación indebida de los artículos 641 y 642 del Código Civil.

Conforme al artículo 636, los estatutos de las corporaciones serán sometidos a la aprobación del Poder Ejecutivo, y el Decreto número 1326, de 15 de septiembre de 1922, exige que las reformas de aquéllos también sean aprobadas. La simple interpretación del artículo 636, llevá a la conclusión de que las reformas asimismo deben ser aprobadas, pues si así no fuera, podría fácilmente fundarse una sociedad que el Ejecutivo encontrara admisible, y luégo en las reformas, dictarse normas que pecaran contra la ley, las buenas costumbres y el orden público.

El error del Tribunal al estimar como estatutos del Club las reformas de mil novecientos veintidós, lo llevó a decir en la sentencia que éste dictó francamente la resolución del cuatro de marzo, "ajustándose a las reglas consignadas en lo que puede llamarse su ley fundamental, que son los estatutos." La única norma que el Club podía tener era el artículo 11 de los estatutos de mil novecientos veinte, y el error al prescindir de éstos para aplicar el artículo 26 de los pseudoestatutos de mil novecientos veintidós, hizo que el Tribunal violara el artículo 461 del Código Civil, aplicándolo indebidamente. Si el Club Colombia tenía sobre sus miembros el derecho de policía correccional, era en virtud de sus estatutos, y si éstos no existían, mal podría aquella corporación ejercer el derecho policivo contra uno de sus miembros, aplicando una disposición inexistente.

"Como el Tribunal entendió que el Club se había amoldado a sus estatutos para obrar correccionalmente, aplicó indebidamente el artículo 642 del Código Civil. Acuso la sentencia por esta aplicación indebida de los artículos 641 y 642."

Se considera:

Los primitivos estatutos del Club Colombia fueron acordados el tres de febrero de mil novecientos veinte, y el Gobierno los tuvo a la vista para dictar la resolución de siete de mayo siguiente, sobre reconocimiento de la personería jurídica del mencionado Club.

En mil novecientos veintidós, en sesiones de los días diez y siete de julio y tres de octubre, el Club reformó aquellos estatutos. Entre las reformas se hallaba la manera de proceder para declarar que un socio había perdido ese carácter por violar los dictados del honor, la

moral y la caballerosidad. Con arreglo al artículo 11 de los primeros estatutos, la proposición de expulsión necesitaba ser aprobada en dos sesiones distintas, y por unanimidad de votos, y de conformidad con el artículo 26 de las reformas, se requiere solicitud de varios socios y unanimidad en la Junta Directiva al considerar el asunto, pero no dualidad de sesiones.

El Gobierno expidió el Decreto número 1326, de quince de septiembre de mil novecientos veintidós, sobre procedimiento para las peticiones de personería jurídica, y en su artículo 3º se dispone que las alteraciones o reformas que se introduzcan a los reglamentos y estatutos de las personas jurídicas, han de ser sometidas a la aprobación del Poder Ejecutivo, quien la concederá, si no tuvieren nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres.

El Decreto, al tenor del artículo 5º, debía comenzar a regir un mes después de su publicación en el **Diario Oficial**, y fue insertado en el número doble 18503 y 18504, correspondiente al jueves veintiuno del mismo mes de septiembre, por donde su vigencia principió el veintiuno de octubre. Las reformas de los estatutos del Club fueron definitivamente adoptadas en la sesión del tres del propio octubre, es decir, cuando aún no regía el Decreto, y de aquí que, en sentir de la Sala, no tenían porqué someterse a la aprobación ejecutiva. Ni vale argumentar que, prescindiendo del Decreto, del solo contexto del artículo 636 del Código Civil se saca que también las reformas de los estatutos de las corporaciones deben presentarse a la aprobación del Gobierno, porque no está acusada la violación de este artículo por errónea interpretación.

Ahora bien: si las reformas de mil novecientos veintidós, cuyo artículo 26 fue puesto en práctica en el caso del doctor Vernaza no habían menester el examen y pase del Gobierno, tenían fuerza estatutaria, y como tal, obligatoria, y de conformidad con ellas podía el Club ejercer el derecho de policía correccional sobre sus miembros.

De aquí que no resulte establecido el quebrantamiento de los artículos 641 y 642 del Código Civil, en el aspecto alegado en el actual motivo.

En el décimo se impugna la sentencia por error de derecho en la apreciación de la prueba.

Expone el recurrente que ese error consiste en haberse estimado como prueba la copia de los estatutos del Club Colombia, o mejor, de lo que se ha creído estatutos, pedida por el apoderado de la parte demandada, la cual copia, sin ser expedida siquiera por orden de la persona que represente el Club, fue tenida como prueba, como documento auténtico, pues no de otra manera puede explicarse el concepto del Tribunal, cuando asevera que la resolución de la Junta se ajustó "a las reglas consignadas en lo que puede llamarse su ley fundamental, que son sus estatutos."

La estimación de tal prueba llevó al Tribunal a la violación del artículo 678 del Código Judicial, que dice:

"Son documentos auténticos.....

.....

"2º Los documentos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos, de carácter oficial, y las copias autorizadas por los Secretarios o empleados respectivos."

Dicho numeral 2º trae entre los documentos auténticos los estatutos que se hallen en los archivos públicos de carácter oficial, y las copias autorizadas por los Secretarios o empleados respectivos, es decir, de los mismos archivos. Luego en presencia de esta disposición, la copia compulsada por el Secretario del Club, que obra a folios 4 y 5 del cuaderno de pruebas del demandado, no es documento auténtico, y bien puede ser apócrifo.

La apreciación de la prueba citada hirió igualmente el artículo 1758 del Código Civil, según el cual, instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. El Secretario del Club Colombia de Cali no es funcionario público. En cambio, entre las pruebas del actor figura la copia auténtica expedida por el Ministerio de Gobierno, de los estatutos de mil novecientos veinte, que son los verdaderos, y a los cuales ha debido sujetarse el Club al obrar y el Tribunal al sentenciar. Queda así precisado el error de derecho.

Se considera:

La objeción sustancialmente estriba en que el sentenciador, al admitir la copia de los estatutos del Club, obtenida por el apoderado de éste, la tuvo como documento auténtico. Empero, en parte alguna del fallo se asegura que tales estatutos o su copia ofrezcan semejante carácter. Pudo el sentenciador darle fe a esa compulsa, estimándola como si fuera copia de un instrumento privado, porque los instrumentos privados también son pruebas, dentro de las condiciones legales que los gobiernan, y en este evento el error del fallo sería de distinta índole.

En otros términos: el simple hecho de que un Juez le reconozca mérito probatorio a la copia de un instrumento privado, no significa que lo crea instrumento público o auténtico, si bien puede haber en el reconocimiento algún error relacionado con las disposiciones que regulan la aducción y el valor de los instrumentos privados en juicio.

Por esto se desecha el motivo presente.

En el undécimo y último, se acusa de error evidente de hecho en la apreciación de la misma prueba.

Se hace consistir en que la prueba en que el Tribunal se basó para decir que la Junta del Club, al aprobar la proposición expulsiva del doctor Vernaza, obró ajustándose a las reglas consignadas en lo que pudiera llamarse su ley fundamental, que son los estatutos, no existe. Por la manera como la copió llegó a los autos y por la persona que la expidió, con prescindencia absoluta de funcionarios públicos, se puede afirmar que no existe legalmente prueba.

"Este error llevó al Tribunal a aplicar los artículos 641 y 642 del Código Civil, cuando dijo que la Junta del Club había obrado dentro del derecho. Al aceptar el Tribunal como prueba la mencionada copia, incurrió en un error de derecho y en error de hecho evidente, y violó los artículos 641 y 642 de la obra citada."

Se considera:

Si el Tribunal incidió en error al tomar como prueba la copia de los estatutos del Club, tal como fue solicitada y conseguida, el error no es de hecho sino de derecho.

"Es de derecho y no de hecho—ha declarado la Corte—el error que se comete al admitir como pruebas documentos a que faltan ciertas (**pruebas**) formalidades legales." (Casación de 26 de octubre de 1918, **Gaceta Judicial**, tomo XXVII).

Mas para que quedara demostrado el error de derecho, era necesario que el recurrente citara las disposiciones del Código Judicial, conforme a las cuales debían ser pre-

sentados en juicio los estatutos, con el fin de que prestaran fe probatoria, porque es claro que si la presentación no se verificó con arreglo a esas disposiciones pertinentes, la copia traida a los autos no es prueba apta, y el sentenciador erró de derecho al aceptarla.

El recurrente afirma que no existe legalmente la prueba, sin cuidarse de señalar los textos legales que regían su producción en el juicio, y que, por omisión, fueran quebrantados por el fallo, y ello es indispensable en la técnica de casación.

Siguese de aquí que no se halla acreditado el error de derecho que se atribuye al Tribunal en la apreciación de la copia mencionada, y que no se trata en este caso de error manifiesto de hecho. Y como sin desconocer cuál prueba esta copia, no es dable llegar a la conclusión de que están violados los artículos 641 y 642 del Código Civil, el actual motivo no procede.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia a que se refiere el presente recurso de casación.

No aparecen costas causadas a la parte favorecida.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia en audiencia y en la Gaceta Judicial y remítase el expediente al Tribunal de su origen.

JUAN E. MARTINEZ—Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, diez y ocho de septiembre de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Juan E. Martínez).

Doña Evangelina Espinosa de Sierra, por sí y en representación de sus menores hijos legítimos Gonzalo y Ana Dora Sierra, y los señores Blanca María y Guillermo Sierra E., demandaron al señor Salomón Gutt para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que está resuelto el contrato de compraventa celebrado entre los señores Adolfo Sierra Gaona, por medio de su apoderado señor Honorio Espinosa, como vendedor y el señor Salomón Gutt como comprador, al tenor de la escritura pública número 1944, otorgada ante el Notario 3° de Bogotá, el cinco de noviembre de mil novecientos veinticinco, del cual contrato fue materia una casa baja de tapia y teja, junto con el terreno en que está edificada, situada en el barrio de Chapinero de esta ciudad de Bogotá, en la calle 61, marcada en su puerta principal con el número 29, distinguida con el nombre de Dora, y comprendida dentro de los siguientes linderos: por el Norte, con la calle 61; por el Sur, con casa de Rafael Méndez, hoy de la señorita Baquero Ramírez, hija de Antonio Baquero; por el Oriente, con terreno de Mateo Samudio, hoy de Tomás o Manuel Abello, y por el Occidente, con terrenos de Ciro Vargas y Francisco Herrera.

"b) Que debe restituír el señor Salomón Gutt dicha casa a los demandantes, dentro del término de tres días, y pagar dentro de seis días los frutos que el expresado señor Gutt haya percibido de la casa, más los que hubieran podido percibirse con mediana actividad e inteligencia.

"c) Que si el demandado Gutt ha enajenado la casa, se condene al señor Salomón Gutt a pagar a la sucesión por causa de muerte del señor Adolfo Sierra Gaona, y a la sociedad conyugal Sierra-Espinosa, ilíquidas, lo que valga la casa vendida al tiempo de la resolución, y los perjuicios respectivos.

"d) Que deben ser cancelados los registros de la escritura número 1944, de cinco de noviembre de mil novecientos veinticinco, otorgada ante el Notario 3° de Bogotá."

Los hechos del libelo son estos:

"Primero. El señor Adolfo Sierra, por medio de su apoderado Honorio Espinosa, vendió al señor Salomón Gutt la casa denominada Dora, especificada ya por medio de la escritura pública número 1944, de cinco de noviembre de mil novecientos veinticinco, otorgada ante el Notario 3° de Bogotá.

"Segundo. La venta se hizo por el precio de trece mil pesos ($ 13,000) moneda corriente, que el comprador Gutt se obligó a pagar así: un mil pesos ($ 1,000), de contado; siete mil pesos ($ 7,000), valor de un crédito hipotecario a favor del Banco Hipotecario de Colombia; quinientos pesos ($ 500), de intereses de esta obligación, y cuatro mil quinientos pesos ($ 4,500), en el valor de nueve lotes de terreno, situados en el punto denominado Alquerías de la Fragua, jurisdicción de los Municipios de Bogotá y Bosa, con una cabida total de cincuenta mil ventiocho varas cuadradas (50,028 v. c.), y alinderados como se expresa en la citada escritura número 1944.

"Tercero. El comprador Salomón Gutt no ha cumplido con la obligación que contrajo, de entregar materialmente los lotes de terreno de que habla el hecho anterior, faltando a su obligación principal que contrajo como comprador, esto es, pagar el precio convenido de la finca comprada, y esto ha causado varios perjuicios al vendedor.

"Cuarto. El comprador Salomón Gutt entró en la posesión de la finca comprada desde la fecha de la escritura de venta.

"Quinto. El vendedor, señor Adolfo Sierra Gaona, murió dejando cónyuge sobreviviente, señora Evangelina Espinosa de Sierra, y cuatro hijos legítimos, llamados Guillermo, Blanca María, Gonzalo y Ana Dora Sierra Espinosa.

"Sexto. El juicio de sucesión por causa de muerte del señor Adolfo Sierra Gaona está radicado y cursa en el Juzgado 5° de este Circuito, y en ese juicio se reconoció a la señora Evangelina Espinosa de Sierra como cónyuge sobreviviente del señor Adolfo Sierra Gaona, y se declaró herederos a Guillermo, Blanca María, Gonzalo y Ana Dora Sierra, en su carácter de hijos legítimos."

Admitida la demanda por el Juez 3° en lo Civil del Circuito de Bogotá, el señor Gutt no le dio contestación; pero más tarde su apoderado propuso las excepciones perentorias de cumplimiento de la obligación y falta de acción.

En la sentencia de primera instancia, pronunciada el tres de noviembre de mil novecientos treinta y uno, se dispuso lo siguiente:

"1° No están probadas las excepciones perentorias propuestas.

"2° Declárase resuelto el contrato de compraventa celebrado entre los señores Adolfo Sierra Gaona, por medio de su apoderado señor Honorio Espinosa, como vendedor, y el señor Salomón, como comprador, al tenor de la escritura pública número 1944, otorgada ante el Notario 3° de Bogotá el cinco de noviembre de mil novecientos veinticinco, el cual contrato fue materia de una casa baja de tapia y teja, junto con el terreno en que está edificada, situada en el barrio de Chapinero de esta ciudad de Bogotá, en la calle 61, marcada en su puer-

ta exterior con el número 29, distinguida con el nombre de Dora, y alinderada así: por el Norte, con la expresada calle 61; por el Sur, con solar de la casa de Rafael Méndez, hoy de la señorita Baquero Ramírez, hija de Antonio Baquero; por el Oriente, con terreno de Mateo Samudio, hoy de Tomás o Manuel Abello, y por el Occidente, en su mayor parte, con terreno de Ciro Vargas, y el resto, con propiedad de Francisco Herrera.

"3° Condénase al demandado Salomón Gutt a restituir la casa, anteriormente demarcada, a los demandantes, dentro del término de seis días, y a pagar los frutos, no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder. Igualmente se condena a los demandantes a restituir a Salomón Gutt la parte que éste hubiere pagado del precio, y sus intereses. Los frutos e intereses lo son a partir de la fecha en que se celebró el contrato.

"4° Cancélese el registro de la escritura número 1944, de cinco de noviembre de mil novecientos veinticinco, otorgada ante el Notario 3° de Bogotá; y

"5° Niégase lo pedido en el punto c) de la demanda.

"Los frutos serán estimados en juicio aparte, donde se discutirá no la obligación, sino su cuantía."

Apelaron ambas partes, y el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de treinta de septiembre de mil novecientos treinta y dos, falló así la alzada:

"1° Declárase resuelto el contrato de compraventa celebrado entre los señores Adolfo Sierra Gaona, por medio de su apoderado, señor Honorio Espinosa, como vendedor, y el señor Salomón Gutt, como comprador, al tenor de la escritura número 1944, otorgada ante el Notario 3° de Bogotá el cinco de noviembre de mil novecientos veinticinco, el cual contrato fue materia de una casa baja de tapia y teja, junto con el terreno en que está edificada, situada en el barrio de Chapinero de esta ciudad de Bogotá, en la calle 61, marcada en su puerta exterior con el número 29, distinguida con el nombre de Dora, y alinderada así: por el Norte, con la expresada calle 61; por el Sur, con solar de la casa de Rafael Méndez, hoy de la señorita Baquero Ramírez, hija de Antonio Baquero; por el Oriente, con terreno de Mateo Samudio, hoy de Tomás o Manuel Abello, y por el Occidente, en su mayor parte, con terrenos de Ciro Vargas, y el resto, con propiedad de Francisco Herrera.

"2° Condénase al señor Salomón Gutt a pagar a la sucesión de Adolfo Sierra Gaona y a la sociedad conyugal Sierra Gaona-Espinosa, ilíquidas, seis días después de la notificación del auto que profiera el inferior a la llegada del expediente al Juzgado, la suma que se compruebe recibió Gutt como precio de la enajenación de la misma casa a terceros, más los frutos producidos por el inmueble durante el tiempo en que Gutt la tuvo en su poder. La liquidación de estos frutos se hará como lo ordena la ley procedimental.

"3° Condénase a Salomón Gutt a pagar a los mismos demandantes los perjuicios causados por la resolución del contrato. La liquidación de estos perjuicios también se hará por el procedimiento legal.

"4° Niégase la petición d) del libelo de demanda.

"5° Condénase al demandado en las costas del juicio causadas en las dos instancias. Tásense.

"Queda en estos términos reformada la sentencia apelada."

Salomón Gutt interpuso recurso de casación, que la Corte admitió por providencia de veintisiete de febrero del año actual.

Su apoderado presentó, con el fin de fundar el recurso, un extenso memorial, que tiene más trazas de un alegato de instancia que de una demanda de casación.

La Sala procurará extraer de esta pieza lo que contenga cargos relacionados con la naturaleza del recurso que va a decidir.

Manifiesta el recurrente que es indiscutible que en el caso actual se trata de un contrato de permutación o cambio, que se rige, como lo determina el artículo 1958 del Código Civil, por las disposiciones referentes a la compraventa, en todo lo que no se oponga a su naturaleza. Luego en la permutación cada parte es simultáneamente comprador y vendedor: comprador de la cosa que recibe en cambio de la que da, y vendedor de la cosa que da en cambio de la que recibe.

Así, pues, en el contrato contenido en la escritura número 1944, ya citada, Sierra Gaona, de su lado, vendió a Salomón Gutt, por $ 13,000, la quinta denominada Dora, ubicada en Chapinero, en la calle 61, y marcada con el número 29, y Gutt, a su vez, vendió a Sierra Gaona nueve lotes de tierra, ubicados en el sitio de La Fragua, en jurisdicción de Bogotá y Bosa, por la cantidad de $ 4,500. Con el valor de estos lotes el demandado pagó a Sierra Gaona una cuota parte del precio total de la casa Dora, y para completarle tal precio, le entregó en dinero efectivo la suma de $ 1,000, y se obligó a pagar a nombre del mismo Sierra, al Banco Hipotecario de Colombia, un crédito hipotecario por la cantidad de $ 7,000, más $ 500 que correspondían a los intereses vencidos de esa obligación, capital e intereses que ya fueron pagados.

De suerte que el señor Gutt, en este contrato, debe considerarse jurídicamente como vendedor de los nueve lotes de tierra al doctor Sierra Gaona, y éste ha de ser mirado como comprador de ellos, por la cantidad de $ 4,500.

Ahora bien: como, según lo antes dicho, a la permuta se aplican las disposiciones legales de la compraventa, importa averiguar las obligaciones de Gutt como vendedor de estos lotes.

Eran dos: la entrega o tradición y el saneamiento.

La tradición del dominio de los bienes raíces se verifica por el registro del título, y ese registro es el que da la posesión efectiva del derecho (artículos 756 y 759 del Código Civil.

"Concretándome ahora a la venta de los nueve (9) lotes de tierra que mi poderdante hizo al doctor Sierra Gaona por medio de la escritura ya citada, y con cuyo precio ($ 4,500) pagó al mismo doctor Sierra Gaona una cuota parte del valor de la finca Dora, precisa tener en cuenta esto: la venta de esos nueve lotes de tierra se verificó—como lo manda la ley—por medio de la escritura pública ya citada; tal escritura es el título traslaticio de dominio de esos lotes al doctor Sierra Gaona, adquiriente comprador de ellos; dicho título fue registrado debidamente en la oficina respectiva de Bogotá; en virtud de ese registro se verificó—por ministerio de la ley—el fenómeno jurídico de la entrega o tradición del dominio de tales lotes al comprador doctor Sierra Gaona, y ese mismo registro le dio al citado comprador la posesión efectiva del derecho sobre esos mismos lotes de tierra. Así lo ha reconocido siempre, y de manera invariable, la jurisprudencia establecida por la honorable Corte."

Cuanto al saneamiento de los lotes, él no ha sido de-

mandado hasta la fecha por los herederos de Sierra Gaona.

No hay duda de que los demandantes de don Salomón han estado y están en posesión quieta de los nueve lotes, como herederos del causante, quien adquirió la posesión efectiva en virtud de la inscripción del título.

No se arguya que Sierra Gaona no pudo tener la posesión de tales lotes, puesto que el mismo vendedor de ellos, Gutt, confiesa en las posiciones que absolvió el veintiséis de agosto de mil novecientos veintinueve ante el Juez 1° del Circuito de Bogotá, que no le entregó a éste tales lotes; porque semejantes posiciones son susceptibles de graves reparos.

El recurrente expone en el capítulo del **Análisis de la prueba única**, esos reparos, luégo los refuerza con la consideración de que Gutt, a fuer de extranjero, no conoce a fondo la legislación colombiana, y asegura que "esa confesión judicial hecha en posiciones, no puede tener, ni tiene virtud legal alguna, para destruir los hechos jurídicos ya consumados en virtud del otorgamiento y registro subsiguiente de la escritura pública número 1944, de cinco de noviembre de mil novecientos veinticinco, pasada ante el Notario 3° de Bogotá, registro en cuya virtud se verificó por ministerio de la ley la entrega o tradición del dominio de esos nueve lotes de manos del tradente vendedor señor Salomón Gutt a manos del adquiriente comprador señor Sierra Gaona, quien, por eso mismo, entró en la posesión regular de tales lotes, desde la fecha misma de la precitada escritura; posesión regular que—según el artículo 764 del Código Civil—procede de justo título, como es éste, y que ha sido adquirido de buena fe."

La confesión rendida, al contestar las posiciones, fue la única prueba que tuvieron los herederos de Sierra Gaona para promover la demanda contra don Salomón Gutt, en la cual pidieron la resolución, no del contrato de compraventa de los nueve lotes referidos, sino del contrato de compraventa de la casa **Dora**. Es decir, la confesión obtenida en las citadas posiciones, dirigida a demostrar únicamente el hecho de que los nueve lotes ubicados en **La Fragua** no le habían sido entregados materialmente al comprador doctor Sierra Gaona, ha debido servir únicamente también para pedir la resolución del contrato de compraventa de dichos lotes, con la correspondiente indemnización de perjuicios, al tenor de lo preceptuado en el artículo 1546 del Código Civil, en armonía con el 1930 ibidem. Pero resulta que, por un malabarismo jurídico del hábil mentor de los demandantes, esa confesión vino a servirles para demandar la resolución del contrato de compraventa de la quinta **Dora**, que el doctor Sierra Gaona, por medio de la escritura indicada, había dado en venta al señor Salomón Gutt, siendo así que las mencionadas posiciones para nada, en absoluto, se refieren a la negociación de la quinta de Chapinero denominada **Dora**.

Pero debe tenerse en cuenta, además, que en estricto derecho, esas posiciones no podían servir de base ni siquiera para solicitar la resolución del contrato de compraventa de los lotes, por la sencilla razón de que no estaba comprobado que Sierra Gaona o sus herederos hubieran sido perturbados en la quieta y pacífica posesión de tales predios, de donde habría nacido para el vendedor Gutt la obligación del saneamiento, al tenor de los artículos 1893 y siguientes del Código mencionado.

"El Tribunal de Cundinamarca fundado, pues, en semejante base movediza, dictó su fallo de segunda instancia decretando la resolución del contrato de compraventa de la casa **Dora**, con manifiesta violación de los intereses eternos de la justicia, con evidente aplicación errónea de la prueba y con violación manifiesta de las disposiciones legales sustantivas contenidas en los artículos 1543 y 1930 del Código Civil y de los concordantes, sobre entrega o tradición y la posesión.

"En resumen: en el libelo de demanda, mi poderdante es demandado como comprador de la casa **Dora**, y se le sentencia como vendedor de los lotes mencionados; y lo más grave es que se le condena, como comprador de dicha casa, fundándose en la única prueba de las posiciones que absolvió el señor Gutt, como vendedor de tales lotes, cambiándole así su verdadera posición jurídica, por efecto del malabarismo jurídico de que ya he hablado. Se han violado, pues, por el Tribunal, todas las disposiciones contenidas en los artículos 1880, 1882, 1884, 1886 y concordantes del Código Civil."

Más adelante agrega el recurrente:

"El Tribunal Superior de este Distrito Judicial ha violado, pues, también las disposiciones sustantivas contenidas en los artículos 740, 742, 743, 744, 745, 756, 759 del Código Civil, relativos a la tradición, y los artículos 762, 764, incisos 2°, 4°; 765, 768 y sus concordantes, relativos a la posesión; los artículos 1955 a 1958 del Título, 24, Libro 4°, del Código Civil, que trata de la permutación; los artículos 1882, 1880, 1930, en relación con el 1546 del Código Civil, y sus concordantes, relativos a la compraventa."

Se considera:

Parece que el recurrente acusa al Tribunal de haber incurrido en error de derecho, al estimar que fue compraventa y no permutación el contrato celebrado entre Sierra Gaona y Salomón Gutt; es infundada la acusación.

Con arreglo al artículo 1850 del Código Civil, cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta, en el caso contrario.

Ocurre aquí lo último. Sierra, por conducto de apoderado, le transfirió a Gutt el predio denominado **Dora**, por el precio de trece mil pesos, que se descomponían así: mil pesos, que Gutt entregó en el acto al otro; siete mil quinientos pesos, que el mencionado señor se comprometió a pagarle al Banco Hipotecario de Colombia, a quien se los debía Sierra, y nueve lotes en la urbanización del barrio de **La Fragua**, computados en cuatro mil quinientos pesos.

Con este recuento hay para deducir que la cosa que dio el demandado (los nueve lotes), valía menos que el resto del precio, que era en dinero. Luego el contrato fue de compraventa, como lo expresan sus términos literales y lo entendió el fallador.

Otro cargo estriba en que, como la tradición del dominio de los bienes raíces se verifica por la inscripción del título en la Oficina de Registro, inscripción que también confiere la posesión efectiva, con el registro de la escritura de compraventa cumplió Gutt su obligación de entregar, como vendedor de los nueve lotes, y que la otra obligación que le competía como tal vendedor, la del saneamiento, no le ha sido exigida.

Empero, de lo que se trata en la presente acción resolutoria, es de la entrega material de los lotes, que los demandantes sostienen que no hizo Salomón Gutt; entrega material que, por lo menos, es de la naturaleza del contrato, pues al vendedor Sierra Gaona no le bastaba

el registro de la escritura para tener el goce de los lotes que se le debían dar como parte del precio.

Respecto del error de hecho que se le atribuye al sentenciador en la apreciación de las respuestas a las posiciones, el reparo consiste, sustancialmente, en que esas posiciones redactadas para probar que Gutt no cumplió su obligación de vendedor de los lotes, se le ha condenado como comprador incumplido de la casa denominada Dora.

Observa la Sala que, ciertamente, al formular las posiciones se habla de la venta de los lotes por Gutt a Sierra Gaona, como si esta operación hubiera sido independiente, y el traspaso de tales lotes no constituyera una parte del precio de la compraventa del fundo llamado Dora. Sin embargo, no halla que la sentencia hubiera cometido error manifiesto de hecho, al aseverar que "Salomón Gutt confesó en las posiciones acompañadas al libelo la falta de entrega material de los nueve lotes que se comprometió a transmitir en dominio y propiedad a Adolfo Sierra Gaona."

En la posición 3ª se le preguntó a Gutt si era cierto que no había entregado a nadie los nueve lotes de tierra que había vendido a Adolfo Sierra por medio de la escritura número 1944 (la que contiene el contrato sobre la venta de la casa Dora), y contestó ser ello cierto, por las razones dichas, es decir, porque no había contratado con el mencionado Sierra. Y al contestar la última posición, reconoció la firma y el contexto de esta carta:

"Bogotá, abril 25 de 1928

"Señor don Honorio Espinosa—Presente.

"Estimado señor y amigo:

"Refiriéndome a la conferencia que tuve con usted, no tengo inconveniente ninguno en facilitarle un empleado cuando lo solicite, para que le entreguen los lotes situados en las **Alquerías de la Fragua**, lotes que vendí a usted como apoderado del señor Adolfo Sierra Gaona, y que pertenecen a la sucesión de dicho señor.

"Sin otro particular por el momento, quedo de usted muy atento, seguro servidor y amigo,

"S. Gutt"

Como se ve, con esto queda confesado por Gutt el no haber entregado ni a Sierra Gaona, ni a nadie, los lotes del contrato, y el conocimiento que tenía acerca de que había contratado con Espinosa, obrando éste como apoderado del mentado Sierra Gaona, carácter que, además, ya había sido expresado en el instrumento del contrato.

Luego no se puede afirmar que el sentenciador erró evidentemente de hecho al decir que Gutt confesó la falta de entrega material de los lotes.

De otro lado, como el contrato celebrado mediante la citada escritura número 1944, tiene unidad jurídica, no existe error de derecho al decretar la resolución de él, por haber dejado Gutt de cumplir una parte de sus obligaciones (la de entregar materialmente los lotes). Por tanto, carece de sentido el sostener que a Gutt, como comprador del inmueble de **Dora**, se le ha condenado por una infracción cometida por Gutt como vendedor de los lotes. En la escritura no hay dos compraventas yuxtapuestas, sino una sola, cuyo precio se entendía de la manera antes explicada.

Por todo lo expuesto, es forzoso concluir que la sentencia recurrida no incidió en las violaciones de los textos legales aducidos por el impugnador, y que, por lo mismo, no se halla establecido ninguno de los motivos de la causal primera de casación.

Agrega el autor del recurso que si se lee atentamente la parte resolutiva de la sentencia, se advierte que el señor Gutt ha sido condenado en mucho más de lo que solicitaron los demandantes, por lo cual es el caso de la causal segunda, al tenor del numeral 2º del artículo 520 del Código Judicial.

El recurrente no entra en detalles para demostrar este aserto, como era de su incumbencia, y la Sala no descubre el exceso de condenación de que aquél se queja, pues en sustancia, la sentencia del Tribunal hizo las declaraciones pedidas por las peticiones **a) y b)**, reformando ésta, y se abstuvo de declarar lo pedido en las letras **b)** y **d)** del libelo. Lo cual significa que no procede la causal segunda por razón del exceso en el fallo.

Para terminar, se observa que el Juez condenó a los demandantes a restituir a Salomón Gutt la parte que éste hubiere pagado del precio, y sus intereses, agregando que éstos corren desde que se celebró el contrato. Sin duda, tuvo presente que era deber suyo, aunque el demandado no hubiera promovido demanda de reconvención, proveer lo conducente a las restituciones mutuas, que son consecuencia del evento de la condición resolutoria.

Esta disposición no fue tocada por las reformas que el Tribunal le hizo al fallo de primera instancia, y, por tanto, permanece vigente, y en verdad que, sobre ser legal, es de estricta justicia, para que los sucesores del vendedor no se enriquezcan a costa del demandado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve que no es el caso de infirmar la sentencia a que se refiere el presente recurso de casación.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta sentencia. Insértese en la **Gaceta Judicial**. Devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

JUAN E. MARTINEZ - Tancredo Nannetti—Francisco Tafur A.—Augusto N. Samper, Secretario.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, trece de marzo de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

En las primeras horas de la noche del veintiocho de septiembre de mil novecientos veintinueve, y en la plaza pública de Belén de Umbría, Municipio acnocido hoy con el nombre de Mocatán, estando Julio Hincapié en un salón de billar fue atacado de manera intempestiva por Enrique Atehortúa, de quien recibió algunas bofetadas. El agredido huyó bajo la persecución de su agresor, sin que éste lograra darle alcance.

Pasado este incidente, se presentaron, algunos momentos después, Rafael y Angel Ríos, parientes de Hincapié, quienes profiriendo algunas imprecaciones, se lanzaron respectivamente al ataque contra Antonio y Aníbal Atehortúa, también hermanos entre sí, logrando Angel Ríos herir a Aníbal, mas no Rafael a su adversario, ya que éste, por medio de la fuga, logró eludir el ataque, a tiempo en que algunos circunstantes y agentes de la autoridad se interpusieron para evitar otro desenlace sangriento.

Detenidos los agresores, se adelantaron en la Alcaldía Municipal de Mocatán las diligencias informativas, que, perfeccionadas con intervención del Juzgado del Circuito de Apía, dieron lugar al llamamiento a juicio contra Angel Ríos, en proveído fechado el veintisiete de enero de mil novecientos treinta, que el Tribunal Superior de Manizales confirmó el cuatro de abril siguiente.

La sentencia de primera instancia, proferida el quince de julio del mismo año, condena al procesado a cumplir dos meses de reclusión en la Penitenciaría de Manizales, considerándolo responsable en tercer grado del delito de heridas, con aplicación del artículo 648 del Código Penal. Pero el Tribunal Superior, hallando indebidamente aplicada la ley penal, reformó el fallo en el sentido de aplicar la pena establecida por el artículo 645 del Código Penal, en su inciso 1°; y conservando la calificación de la delincuencia en tercer grado, sentenció a Ríos a la pena de seis años de presidio, y sus accesorias.

Dentro de la oportunidad legal y por medio de apoderado, recurrió en casación el sentenciado, valiéndose de escrito que es admisible para estudio en el fondo.

Se invocan las causales primera y tercera de la Ley 118 de 1931, o sea las de ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación y aplicación de la misma Ley; y la de ser la sentencia violatoria de la misma ley penal, "por haber errado el Tribunal que la dictó en la apreciación del cuerpo del delito," dice la demanda.

En cuanto a la primera causal, el recurrente estima violadas las disposiciones de los artículos 645, 648 y 660 del Código Penal; y después de aludir al sistema general del Código con respecto al delito de heridas, entra en la demostración de que para ser aplicable el artículo 645, se necesita la existencia del elemento premeditación en el hecho punible, y dice:

"El Tribunal interpretó erróneamente el artículo citado (645) por dos razones:

"1ª Porque la primera circunstancia, o sea la premeditación, y que en el caso de heridas, como en el homicidio, coloca al delito en un grado (sic) distinto y con distinta pena, debe hallarse, como lo manda el artículo 2025 del Código Judicial, plenamente probada. Y en el presente caso, el honorable Tribunal, a pesar de no haberse justificado o comprobado plenamente en el expediente esa circunstancia de la premeditación, se la recargó al procesado, aplicándole la pena que impone el artículo 645 del Código Penal.

"2ª Porque la lesión y la incapacidad sufridas por el ofendido, a consecuencia de la herida que le infirió el procesado Ríos, no son de las contempladas por el mismo artículo 645, según el cual, deben tanto la lesión o incapacidad tener el carácter de irremediablemente definitivas. De manera que contra la sentencia del Tribunal, se puede argumentar así: o al Tribunal no le importó nada la exigencia que hace el artículo 645 del Código Penal sobre la premeditación, o aceptó esa circunstancia agravante como probada. Si lo segundo, aceptó como probado un hecho que lo apareja una mayor responsabilidad al procesado, y violó, por lo tanto, la misma ley penal.

"No puede uno explicarse en qué se fundó el honorable Tribunal para acumularle al procesado la circunstancia agravante de la premeditación, cuando este grave cargo desaparece o queda descartado con la sola lectura de las primeras páginas del expediente. Además, basta la simple consideración de que la causa ocasional del suceso trágico fue el atentado de un hermano del ofendido a un pariente del heridor Ríos, para llegar a la convicción de que en ningún caso el acto de éste sea de aquellos que son el efecto de una previa deliberación o de una resolución anticipada de cometer un delito. Por el contrario, muy a las claras se ve, que el acto de Ríos es de aquellos de los cuales quedan excluidas toda deliberación y resolución anticipada de cometer un delito."

Al llegar a las conclusiones, sostiene la demanda que en lugar del 645 debió ser aplicado el artículo 648, aludiendo a la incapacidad que, en sentir del apoderado recurrente, causó la herida.

Sin ahondar en la contradicción que envuelve la demanda al considerar aplicable el artículo 648 citado, que incluye como el 645, el elemento premeditación, cabe examinar ante todo si tal circunstancia cualificativa se halla o no acreditada en los autos, ya que apareciendo su comprobación, quedaría fuera de lugar el estudio relativo a saber si en conformidad con nuestra ley penal positiva, es o nó de la esencia del delito de heridas la premeditación, por lo que toca a los artículos 645 y siguientes, que hablan de ese elemento.

La demanda no aborda convenientemente el tema tocante a la prueba de la premeditación en el caso de autos, limitándose a decir nada más que ella puede ser descartada con la sola lectura de las primeras páginas del expediente; y a hacer, de otro lado, consideraciones generales sobre el modo como ocurrieron los hechos, para deducir en esa forma la existencia de aquella circunstancia cualificativa, pero sin hacer alusión alguna a las pruebas recogidas dentro del proceso, para descubrir el error en que incidiera el Tribunal al apreciarlas.

Conforme a las principales declaraciones que comprometen la responsabilidad de Angel Ríos, tales como las de José de la Paz Jaramillo, Francisco García, Vicente Castaño, Guillermo Vallejo (folios 75 a 78), José Vicente Marín, Zoilo María Ocampo, Juan de Dios Ramírez, Marco Tulio Castro (folios 117 a 123), y otros, los hechos sucedieron como en resumen se relatan y aprecian en el encabezamiento del presente fallo.

Y pueden observarse allí dos momentos en el desarrollo de los hechos, a saber: el ataque de Enrique Atehortúa a Julio Hincapié, sobrino de los Ríos; y la acometida de éstos contra los hermanos Antonio y Aníbal Atehortúa, ligados por el mismo parentesco con Enrique, promotor del primer episodio. Aunque deficiencias en la investigación, insubsanables en el estado en que se halla el proceso, no permiten saber cuáles fueran precisamente los antecedentes de odios y enemistad existentes entre las familias Atehortúa y Ríos, es lo cierto que desde antes de los sucesos ocurridos el veintiocho de septiembre, se cernía entre ellas un ambiente caldeado por la animadversión recíproca, como carácter dominante en las relaciones de esas dos familias.

Cuál fuera el móvil directo de Enrique Atehortúa cuando procedió a atacar a Julio Hincapié, sobrino de los Ríos, no se conoce; pero al obrar así se comprende muy bien, que desde tiempo atrás mantenía rencores con los tíos, exteriorizándolos contra el sobrino, quien estaba como forastero ese día en la población de Mocatán, y como tal, desconocido por la generalidad de los habitantes de ese lugar. ¿Y porqué, siendo Enrique Atehortúa el agresor, la venganza de los Ríos se hizo sentir, no contra él, sino contra sus hermanos Antonio y Aníbal? ¿Y porqué los dos hermanos Ríos reaccionaron de una manera ar-

mónica en los designios contra los citados Atehortúa, quienes no fueron los autores del atentado contra Hincapié? No hay otra explicación posible que el rencor y el odio acumulado entre aquellas dos familias, Ríos y Atehortúa.

El ataque de que fue víctima Aníbal Atehortúa de parte de Angel Ríos, fue de aquellos que no dan lugar a quien lo recibe de ejercer otra defensa que la de movimientos musculares más o menos instintivos, conducentes a salvar la vida ante el peligro; y fue tan rápido, que la mayoría de los espectadores no pudo saber a ciencia cierta el arma qué empleara el agresor. Esto desvanece por completo la hipótesis de riña alegada por la defensa, y unido a los antecedentes en las relaciones de las dos familias, demuestra la premeditación del agente, tanto más cuanto que entre el ataque dirigido contra Hincapié y el que dio por resultado la herida de Aníbal Atehortúa, transcurrió tiempo suficiente para reflexionar.

No se trata, pues, de uno de aquellos hechos en que el actor procede con cierta perturbación en el libre uso de sus facultades mentales, impulsado por motivos en que sin faltar la plenitud del elemento intencional, sí ponen de manifiesto que no se procedió con el dolo específico de la premeditación. No se trata, pues, de un acto simplemente voluntario, sino de un hecho premeditado.

En la demanda se alude a la causa ocasional de los sucesos—el ataque a Hincapié—para sacar de allí que Angel Ríos no pudo proceder premeditadamente. Pero como esa circunstancia no puede tomarse aisladamente de las otras causas que se concretaron en el impulso criminal, esto es, la enemistad que existía entre las dos familias y el ambiente de mutuos rencores y odios (enemistad que el mismo señor apoderado recurrente admite, cuando dice: "El uno, Ríos, ha sido comerciante, y el otro, Atehortúa, es sastre de profesión. Por causas que no es del caso entrar a detallar, estos individuos han sido enemigos,") preciso es reconocer que aquella circunstancia en lugar de alejar el dolo específico de que se trata, contribuye a demostrarlo.

Por consiguiente, demostrada, como se encuentra en autos, la premeditación, es innecesario el estudio acerca del carácter esencial que tenga o pueda tener ese elemento en el delito de heridas; cuestión que, por otra parte, y cuando ha sido indispensable, se ha tratado ya por esta Sala en fallos anteriores.

Y no encontrándose justificada la primera tacha aducida contra la sentencia del Tribunal, se abre el estudio de la causal segunda, o sea la de haberse apreciado erróneamente la prueba del cuerpo del delito.

Al respecto dice la demanda:

"Como se acaba de ver en el capítulo anterior, el artículo 645 del Código Penal, además de la circunstancia de la premeditación, que es de orden puramente subjetivo, exige también otra circunstancia, no menos importante y de orden puramente objetivo, puesto que hace relación únicamente al cuerpo del delito, tal como la incapacidad o lesión que le deja al ofendido la herida, y que el mandato del artículo determina así: una enfermedad de por vida, al ofendido, o la pérdida para éste de un órgano o miembro; o una grave deformidad física notablemente perjudicial; o la perpetua incapacidad para trabajar como antes."

Y después de conceptuar que el sistema del Código, por lo que hace al daño causado, distingue entre heridas absolutamente mortales, simplemente mortales, y dentro de éstas las que dejan una incapacidad mayor o menor, según las respectivas hipótesis previstas en los artículos 645 a 648, llega a la conclusión de que la herida de que se trata no es de las que de acuerdo con el criterio de la demanda, pueden considerarse como absolutamente mortales, definidas, en su sentir, por el artículo 645, y dice:

"En efecto: ¿se puede, sin cometer un gravísimo error, considerar la herida de Atehortúa como absolutamente mortal? Claro que nó. Porque para que pueda clasificarse esta herida entre las absolutamente mortales, se necesitan dos circunstancias esenciales:

"a) Que la enfermedad o la incapacidad proveniente al ofendido hubiera sido irremediablemente definitiva, o que su muerte estuviera, actualmente, pendiente de la herida; y

"b) Que en el proceso no se hubiera determinado, como se determinó, que la incapacidad del ofendido, cuando más, pudo llegar a cincuenta y ocho días; con la circunstancia de que hay otros dictámenes que dan muchísimo menos tiempo de incapacidad al ofendido, como vamos a verlos."

Y se refiere allí, transcribiéndolos en parte, a los varios dictámenes médicos que figuran en el proceso.

El criterio del recurrente es, pues, el de que el artículo 645 no se refiere sino a las heridas que él denomina absolutamente mortales, es decir, cuando el ofendido queda como si estuviera muerto para sus normales actividades vitales; pero que cuando esos resultados admiten modificación por medio de intervenciones científicas, no es el caso de aplicar tal disposición.

Al respecto dice el señor Procurador:

"Como teoría y nada más, para darles un nombre distintivo a las heridas de que trata aquella disposición, ella es aceptable. Pero para la práctica y de acuerdo con la ley, carece de todo valor y conduce al absurdo. Lo que el artículo 645 estudia es la gravedad del hecho en razón de las graves consecuencias que él en sí produce al ofendido al dejarle lesiones, deformidades, etc., siempre que éstas tengan por causa las condiciones mismas de la herida y no una causa atribuible al herido o proveniente de un fenómeno extraño a la acción del heridor. La seguridad absoluta de que una intervención quirúrgica haga desaparecer la consecuencia o la minore, puede ser, a lo sumo, motivo para que se considere la lesión, o la incapacidad, o la deformidad menos grave, pero no para que la responsabilidad desaparezca en absoluto porque a ello se opone la circunstancia no despreciable por ningún motivo, de que la obtención de un feliz resultado de la intervención médica, es cuestión independiente de la causa que produjo la lesión, la incapacidad o la deformidad, y no puede favorecer en grado tal al causante. Menos aún si no se ha intentado buscar aquel resultado, lo cual no puede en justicia exigirse del ofendido, si la consecuencia está vigente y si hay apenas la posibilidad de que el resultado feliz se produzca. Con semejante teoría jamás tendría aplicación el artículo 645, porque los adelantos de la ciencia médica han llegado a tal extremo, que aún los casos de heridas en el corazón, que han sido de naturaleza mortal, ofrecen la posibilidad de salvamento mediante operaciones científicas y oportunas."

Para resolver, en lo que respecta al daño causado por la herida, se tiene en cuenta:

Los facultativos Germán Gartner y Angel García, quienes practicaron los reconocimientos del herido y quienes le prestaron los auxilios médicos, conceptúan así en el primer reconocimiento:

"En la noche del veintiocho de septiembre último fuimos llamados para atender al herido señor Aníbal Atehortúa, quien presentaba una herida hecha con instrumento cortante al parecer, o con instrumento punzante que estuviera a la vez muy afilado. Esta herida empezaba unos cuatro dedos debajo de la axila, en la cara interna del brazo izquierdo y continuaba sensiblemente recta hasta la región del codo; tiene, pues, unos quince centímetros de longitud. Interesó las partes blandas de la región en mucha profundidad, hasta llegar al nervio cubital, que seccionó. La incapacidad que dicha herida le produce es mayor de ocho días, pero como se ignoran las consecuencias infecciosas que pueda haber, no es posible decir aún si será o nó menor de treinta. Fuera de esta herida presenta otra en la región anterior del hombro izquierdo, superficial y que apenas interesó la piel. Parece ser el principio de la herida anterior." (Folio 16 vuelto).

En el octavo y último reconocimiento expusieron:

"... encontramos que ya está completamente cicatrizada la herida que sufrió y cuyos detalles se encuentran en el primer reconocimiento. La incapacidad que dicha herida le produjo fue de cincuenta y ocho días, no obstante el buen régimen observado por el enfermo y la asiduidad de las curaciones. Queda con una lesión consistente en la pérdida de la sensibilidad del antebrazo, exceptuando una zona en la región radial, en donde dicha sensibilidad se conserva. Actualmente el herido presenta una imposibilidad absoluta para ejecutar los movimientos voluntarios con el antebrazo y la mano izquierdos. Pero hay que tener en cuenta que la articulación del codo, base de los movimientos de ese segmento superior, está intacta y la inmovilidad actual es consecuencia de la larga quietud forzada a que estuvo sometida. Los movimientos volverán, pero como hay un nervio importante lesionado, el cubital, que comanda un importante grupo muscular, habrá naturalmente una limitación de dichos movimientos. Ese mismo nervio tiene bajo su dependencia los músculos motores de los dedos medio, anular y meñique, los cuales quedarán definitivamente insensibles e inmóviles. También lo están en la hora presente los dedos índice y pulgar, pero como los nervios motores y sensitivos de estos dedos no fueron afectados, no hay una razón anatómica aparente para que esa situación sea definitiva. Creemos, pues, que el señor Atehortúa queda con una lesión definitiva y vitalicia, consistente en la limitación de los movimientos de la articulación del codo, en la insensibilidad de la mitad interna del antebrazo y en la pérdida definitiva y total de la sensibilidad y motilidad de los tres últimos dedos." (Folio 126).

Posteriormente (folio 170), los mismos peritos aclaran que si la herida produjo cincuenta y ocho días de incapacidad, ello se debió a la infección que se produjera en ella.

A petición de la defensa, los médicos Eladio Cortés y Eloy Zapata (folio 182), reconocieron nuevamente al herido, quienes después de aludir a la cicatriz de quince centímetros, al proceso de supuración, a la analgesia y anestesia del brazo, etc., dicen:

"Carecen el antebrazo y la mano izquierdos de motilidad, y presentan el aspecto de la garra simiana, característica de las lesiones completas de los nervios cubital y mediano. En efecto, no sólo están en flexión forzada el meñique y el anular, sino también el dedo medio y el índice. Comparados los miembros superiores, vemos que el brazo, antebrazo y mano izquierdos, tienen circunferencias menores que los derechos, lo cual nos muestra que ha habido atrofias musculares acentuadas probablemente por la quietud a que ha estado sometido el miembro. Por el examen que acabamos de hacer, concluimos que hubo sección con instrumento cortante de los nervios cubital y mediano del brazo izquierdo. Como los huesos y articulaciones están normales, vemos que sólo fueron seccionadas las partes blandas, por lo cual conceptuamos que esta herida debió producir una incapacidad que en ningún caso habría sido mayor de veinticinco días, observando un buen régimen dietético y curativo."

Hacen en seguida alusión al tratamiento moderno de las heridas cuando producen la sección de nervios, y concluyen:

"Conceptuamos que si al señor Aníbal Atehortúa se le hubiera practicado la sutura nerviosa inmediata, habría recobrado las funciones sensitivas y motoras en el miembro superior izquierdo, y por tanto, habría quedado sin lesión alguna, es decir, podría utilizar su miembro para el trabajo como antes de ser herido."

También los médicos Marco Tulio Jaramillo y Guillermo Echeverri fueron interrogados respecto a la herida causada a Atehortúa, y su concepto, que aparece al folio 176, dice en lo sustancial:

"Es verdad que por medio de una operación quirúrgica y apropiada e inmediata para tratar de obtener la continuidad del nervio cubital, podía el ofendido señor Atehortúa, a que se refieren estas diligencias, haber recuperado las funciones motoras y sensitivas, como antes de ser herido.

"Del mismo modo es cierto que si el dicho ofendido hubiera sido tratado en la forma indicada en el punto anterior, observando prescripciones higiénicas y con un buen régimen dietético y curativo, la incapacidad para trabajar como antes producida por las heridas que recibió y que aparece descrita en los reconocimientos que tenemos a la vista, no hubiera sido mayor de veinte días."

Los doctores Ricardo Jaramillo Arango y Alfonso Alvarez J., médicos legistas de Manizales, después de practicar un atento examen en la persona de Atehortúa, dicen: (folio 58, cuaderno 2º):

"... hallamos que tiene una lesión grave de la mano, del antebrazo y del brazo izquierdos, consistente en la pérdida de los movimientos de los dedos, habiéndole quedado en flexión forzada 'garra neurítica del mediano y del cubital, mano simiana.' Los movimientos de las articulaciones del puño y del codo son muy limitados, pudiendo efectuar apenas una pequeña flexión y una extensión incompleta. Hay además una anestesia completa del miembro, a excepción de una pequeña faja situada en la región del borde externo. También encontramos una atrofia muy marcada del miembro lesionado. Esta lesión, que nosotros consideramos grave, es consecuencia de una herida que el ofendido recibió con arma cortante en el brazo izquierdo y que le interesó los tejidos blandos, seccionando por completo el nervio cubital y fibras nerviosas del mediano y del radial, como lo indica la atrofia de la mano y de la extremi-

dad inferior del antebrazo. La incapacidad de Atehortúa, si la herida hubiese sido aséptica, y si se hubiese suturado, científicamente, por un cirujano competente, no habría sido menos de tres meses (caso improbable de una restitución íntegra del movimiento), y el herido habría podido volver a su profesión de sastre. Desgraciadamente, o la herida se infectó con el arma heridora, o se atendió tarde, o se saturó mal, o la desinfección no hizo el efecto requerido, o se soltaron las suturas del cirujano. En todo caso la operación que se le practicó no dio el resultado que en estos casos es de esperarse, y debido a una de esas causas la lesión ya descrita se confirmó definitivamente. El herido no puede volver a ocuparse en sastrería, su mano **le quedó irremediablemente perdida.**

"**Nota.** Los resultados de una sutura nerviosa son en general favorables, pero no se puede siempre estar cierto del éxito. La primera condición para dicho éxito, aquí como siempre, es la evolución **aséptica** de la herida; el empleo de sustancias **antisépticas** debe ser **absolutamente evitado** en el curso de las operaciones de suturas nerviosas, porque todos los antisépticos son más o menos tóxicos y alteran el tejido nervioso.' Leccene, profesor de cirugía en París.

"En resumen: nosotros consideramos que Atehortúa sufrió una herida, la cual le dejó una lesión de carácter grave y cuya incapacidad no habría sido menor de tres meses, aun habiendo sido tratada científicamente."

Del conjunto de estos dictámenes se desprende que la herida de Atehortúa le dejó como consecuencia la pérdida irreparable de la mano izquierda, convertida en garra neurítica o simiana; y limitaciones considerables en los movimientos de las articulaciones del puño y del codo, dejando el brazo con pequeños movimientos de flexión y extensión. Consta que la herida fue causada con instrumento punzante, afilado, que, al salir de las carnes de la víctima, produjo desgarraduras, adecuadas sin duda para facilitar el proceso de supuración consiguiente al arma séptica o infectada que abrió tal herida. Los médicos del lugar, doctores Gartner y García, quienes prestaron con la mayor prontitud posible sus auxilios al herido, apuntan que no obstante el buen tratamiento y el buen régimen observado por el enfermo y la asiduidad de las curaciones, se produjo una incapacidad de cincuenta y ocho días, o sea el tiempo requerido para la cicatrización de la herida.

Atehortúa recibió, pues, todos los cuidados científicos que en las circunstancias de tiempo y lugar estaban a su alcance. No omitió de su parte ninguna cosa que pudiera retardar la curación o los resultados favorables de la intervención médica, ni se entregó a excesos, que pudieran haber agravado las consecuencias de la herida. Por consiguiente, cualesquiera teorías modernas sobre suturas de nervios sensitivos o motores, y el éxito alcanzado por cirujanos, cuya intervención se practicara en circunstancias muy distintas de aquellas en que se encontraban Atehortúa y sus médicos en un lugar escaso de recursos, es lo cierto que tales consideraciones abstractas no pueden formar criterio acertado en este caso particular, máxime cuando el ofendido prestó su voluntad a seguir cuidadosamente el tratamiento prescrito por los facultativos, y para cumplir en la medida de su deber todo aquello que hacía esperar el mejor resultado posible. No cabe aplicar un criterio absoluto inspirado en las teorías médicas más modernas, sino el de relatividad a los medios científicos de que pudo disponerse en Mocatán para tratar la herida de Atehortúa, y el ningún obstáculo presentado por el ofendido para conseguir el éxito.

Y si a pesar del tratamiento médico llevado a cabo con buena voluntad, tanto de parte de los facultativos como del herido, se llegó al resultado de quedar inutilizada la mano izquierda de Atehortúa, y menoscabado en forma bastante apreciable el funcionamiento y constitución del respectivo brazo, el aspecto objetivo del caso conduce a estimar que a la herida es aplicable la pena señalada por el inciso 1°, artículo 645 del Código Penal, pues concretada la lesión tal como resulta en la práctica y como habrá de sufrirla de por vida el ofendido, sin que ello pueda ser imputado a negligencia en seguir los tratamientos o a excesos de su parte, es preciso convenir que se trata de una lesión grave, según la estimaron los médicos legistas de Manizales, y más si se entra en la consideración de que la incapacidad para trabajar como antes en su profesión de sastre, aparece como duración indefinida o perpetua, según lo anotan esos mismos facultativos.

Parece fuera de dudas que Atehortúa no podrá volver en lo sucesivo a su ocupación habitual de sastre, y menos aún progresar en el ejercicio de ese arte, como pudiera haberlo esperado legítimamente. Y si en alguna forma pudiere dedicarse al trabajo, será dedicándose a aquellos menesteres u ocupaciones sencillas, en las que apenas alcanzará a sustentar con dificultad la vida.

Las consideraciones hipotéticas sobre lo que pudiera lograrse en ciertos centros científicos con la práctica de suturas nerviosas, no conduce siquiera a considerar como leve la lesión sufrida por Atehortúa, puesto que la objetividad del caso está mostrando lo contrario. Digan lo que se quiera aquellos postulados, aplicables en general y como un avance en los progresos de la ciencia, es lo cierto que si las disciplinas médico-quirúrgicas avanzan, no es lo probable que Atehortúa pudiera aprovechar de tales progresos, y su suerte será la de quien con una mano atrofiada y un brazo marchito e insensible casi en absoluto, va pregonando su incapacidad para el trabajo, a despecho de la ciencia, que no pudo mejorar su condición. Esa pérdida de la mano y el menoscabo profundo en el funcionamiento del brazo, tienen la gravedad que comporta la aplicación del artículo 645, en su inciso 1°, aunque en otros casos se presenten lesiones todavía más graves.

Y como el Tribunal aplicó precisamente tal disposición, no hay lugar a infirmar la sentencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador y en alguna parte de acuerdo con él, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia recurrida, lo cual decide administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Parmenio Cárdenas. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, quince de marzo de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

En las horas del medio día, el cuatro de marzo de mil novecientos treinta, se presentaron en Tunja, procedenten

tes de Monquirá, Luis o Aristides Maldonado y Carlos Castillo o Cadena, y buscaron alojamiento en la casa ocupada por Nepomuceno Perilla y su familia. Este los obsequió con algún alimento y licor, y los viajeros salieron a la calle para luégo regresar a la misma casa, a eso de las cinco de la tarde. Nuevamente Perilla les dio de comer y de beber, y ordenó que se les preparara lecho para pasar allí la noche. Estaban ya acostados aquellos dos sujetos, cuando se suscitó entre ellos un altercado por motivos insignificantes, quizá como consecuencia del alcohol que habían ingerido; se cruzaron palabras ofensivas, y como Castillo o Cadena empuñara un revólver en ademán agresivo, los dueños de la casa mediaron, con el fin de calmar a sus huéspedes, sin resultado alguno, puesto que en esos momentos Castillo disparó el arma, dándole muerte instantánea a Maldonado, y emprendió la fuga.

El Juez 1º Superior de Tunja abrió la respectiva causa criminal, con fecha veintiocho de enero de mil novecientos treinta y uno, en auto confirmado por el Tribunal el nueve de abril del mismo año. Y el Jurado que en ella intervino profirió su veredicto así:

Cuestión primera.

"¿El acusado Carlos Castillo Forero o Carlos Cadena es culpable de haber dado voluntariamente muerte violenta a Luis o Aristides Maldonado, por medio de una herida causada con proyectil de arma de fuego, de pequeño calibre, hecho ocurrido como a las nueve y media de la noche del día cuatro de marzo del año próximo pasado, en la casa de Nepomuceno Perilla, en esta ciudad?"

El Jurado contestó:

"Sí, en el momento de recibir ofensas."

Cuestión segunda.

"¿El acusado Carlos Castillo F. o Carlos Cadena es culpable de haber cometido el hecho a que se refiere la pregunta anterior, a traición o con alevosía, o sorprendiendo descuidada o indefensa a la víctima?"

El Jurado contestó:

"Sí, en momentos de recibir ofensas, sorprendiendo a la víctima descuidadamente."

Por la sentencia de primera instancia, el Juez Superior condenó a Castillo a la pena de diez y seis años de presidio y sus accesorias, como responsable en primer grado de homicidio voluntario, y en calidad de reincidente; pero el Tribunal Superior, en su fallo proferido el diez y nueve de septiembre último, la reformó, en el sentido de aplicar nada más que doce años de presidio, conservando el aumento correspondiente a la reincidencia, y situando en tercer grado la responsabilidad.

Oportunamente se introdujo el recurso de casación, sobre la base de las causales primera y cuarta del artículo 3º, Ley 118 de 1931, las que vienen sustentadas en un mismo motivo, que permite el estudio de fondo, sin necesidad de abrir dos capítulos.

Afirma la demanda que la agregación contenida en el veredicto acerca de que Castillo o Cadena consumó el homicidio "en el momento de recibir ofensas," hace aplicable al caso el artículo 604 del Código Penal, en lugar del 600, que se tuvo en cuenta para proferir la condenación.

Considera el recurrente que como el Jurado no calificó las ofensas, el cuidado de determinar si fueron levísimas, leves o graves, correspondía al Juez de derecho, y parece dar a entender que debió reunirse de nuevo el Jurado para que explicara su veredicto, y también que el Tribunal no hubiese hecho el estudio del caso, o al menos aparenta olvidar lo que al respecto consta en el fallo condenatorio.

Estima el recurrente que las ofensas fueron graves, y saca en conclusión que se violó la ley penal, y que la condenación no está proferida en armonía con el veredicto.

Se considera:

El artículo 604 del Código Penal se refiere al que "siendo provocado por alguna ofensa, injuria o deshonra grave, cometidas hacia su propia persona o la de alguna de las expresadas en el artículo 587, mate en el acto mismo al provocador." Ello significa que la agresión ha de consistir en ofensa, injuria o deshonra graves, que produzcan en el agredido una reacción actual incontrolable; de suerte que si el veredicto del Jurado no dice que se trataba de tal clase de ofensas, ni consta en los autos ese carácter, la simple manifestación de que el homicidio se cometió en el momento de recibir ofensas, indica nada más que ellas provocaron en el agente un arrebato pasional, que coloca el delito dentro de la hipótesis prevista por el ordinal 6º del artículo 587, y no en el caso especial de homicidio voluntario atenuado, a que se refiere el 604.

La sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja estudia con buen detenimiento el caso de autos, y analiza las ofensas que recibiera el matador por parte de la víctima para fijarles su verdadero carácter. De manera que el examen a que el recurrente alude para echarlo de menos, lo hizo el sentenciador en forma que la Corte encuentra oportuno y conveniente reproducir:

Dice aquel fallo:

"Empero, sucede que el Tribunal de hecho adicionó su respuesta afirmativa con la expresión "en momentos de recibir ofensas," y tal pareciera que con ésta hubiera querido atenuar el homicidio voluntario que se cometió, de manera especial, es decir, que lo haya querido colocar en el caso contemplado por el artículo 604 del Código Penal.

"Dice el referido artículo 604:

'El que siendo provocado por alguna ofensa, injuria o deshonra grave, cometidas hacia su propia persona o a la de alguna de las expresadas en el artículo 587, mate en el acto mismo al provocador, sufrirá una reclusión de seis meses a un año.'

"Importa, pues, saber el alcance que tenga tal disposición, porque si la ofensa, deshonra o injuria no tienen el carácter de grave, el homicidio simplemente voluntario que se cometiera no caería bajo su sanción benigna.

"Sobre este tópico, el Tribunal, en sentencia que lleva fecha diez de marzo del corriente año, dijo lo siguiente:

'Como se ve: la ofensa, injuria o deshonra ha de ser grave, y deben éstas despertar una reacción inmediata, porque si no hay esa gravedad, y la reacción no fue actual, no tendrá aplicación la citada disposición (artículo 604), sino la del inciso 1º del artículo 587 de la citada obra, y la pena no sería de seis meses de reclusión, sino de seis años de presidio. ¿Y qué debe entenderse por ofensa, injuria o deshonra grave? Sin duda el legislador ha querido que se entienda como tál, no una simple expresión vulgar, grosera, sino aquellas palabras o expresiones que en alguna forma afecten el honor, la dignidad personal, etc., atendiendo a las costumbres, medio

social, y aun a la clase de la persona ofendida; pues no de otra manera hubiera bajado la pena de seis años de presidio a seis meses de reclusión, tomando el mínimum, pues nótese bien que el homicidio contemplado en el artículo 604 también es simplemente voluntario. Pero la ofensa grave ha de ser también injustificada, esto es, que se produzca sin que medie motivo alguno que la determine, pues si lo hay, seguramente ya no se podrá alegar la atenuación consagrada en la disposición que se viene comentando. Asimismo, la reacción que provoque la ofensa debe ser proporcionada a ésta, de tal manera que a una ofensa que no tenga caracteres de gravedad, no se podría corresponder con un homicidio en el provocador, y en tal caso no se podría alegar atenuación. Pero lo que lleva especialmente al homicidio simplemente voluntario a colocarlo bajo la sanción del artículo 604, es que se mate al provocador en el acto mismo de recibir la ofensa, injuria o deshonra grave. Y por acto mismo debe entenderse el tiempo necesario para reaccionar violentamente, sin que se haya podido determinar la inteligencia y la voluntad en otro sentido.

'En síntesis: la disposición de que se viene hablando consagró la teoría conocida en el derecho penal con el nombre de impulso de la cólera, y que como atenuante de la responsabilidad de los delitos de homicidio y heridas, tiene su fundamento en la perturbación intensa que ocasiona en el espíritu del individuo una ofensa grave e inmotivada que se le cause.'

"En el caso concreto de que se viene ocupando el Tribunal, el Jurado dijo que se cometió el delito de homicidio en el momento de recibir ofensas, sin expresar si ellas fueron o nó graves, y, por lo mismo, le toca al sentenciador hacer esa apreciación con base en los elementos de prueba que obren del proceso.

"Tanto el victimario como la víctima, y ello se constata en el expediente en forma nítida, cuando ocurrieron los sucesos de que nos ocupamos, eran personas avesadas al crimen y compañeros de aventuras, recíprocamente sabedores de sus fechorías. Con estos antecedentes, ¿las expresiones 'robagallinas, gran pendejo, ladrón, infeliz,' dirigidas por la víctima al victimario, y determinantes de la provocación, pueden considerarse como graves? La respuesta tiene que ser negativa por las razones siguientes:

"1ª Es verdad que dichas expresiones son vulgares y groseras, pero, sin embargo, no atacaban el patrimonio moral del victimario, dada su propia condición, pues aparece que había sido condenado como autor de los delitos de homicidio y de robo, a la pena de veinte años de presidio y tres de reclusión.

"2ª La ofensa que recibió el matador no fue injustificada, pues aparece que entre los protagonistas se dirigieron voces ofensivas, recíprocamente; y

"3ª En razón de no poderse considerar la ofensa que recibió el acusado, como lesiva de su patrimonio moral, como que no afectaba su honor y su dignidad personal, la reacción que provocó, dándole muerte a su compañero, no fue en ningún caso proporcionada.

"Si, pues, la ofensa que recibió el matador no puede estimarse como grave, el homicidio debe tenerse como simplemente voluntario, como cometido en el arrebato súbito e inesperado de una pasión (ordinal 6º, artículo 587, del Código Penal), y la disposición sancionadora es la del artículo 600 ibidem."

El recurso de casación se intenta precisamente contra la sentencia del Tribunal, y el recurrente se halla, por lo mismo, en el deber de rebatir los argumentos presentados en la parte motiva para llegar a la condenación. En el caso de autos, el fallo debe quedar en pie, pues el alegato de casación, muy superficial por cierto, no estudia ni rebate en manera alguna los fundamentos transcritos, limitándose a afirmaciones sin demostración.

Es claro que si el veredicto no le da el carácter de graves a las ofensas, ni consta que lo fueran, no era el caso de aplicar el artículo 604, a pesar de la agregación introducida en el veredicto, como acertadamente lo demuestra el Tribunal. Y quedan así sin fundamento alguno los reparos aducidos contra su fallo condenatorio.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal de Tunja, materia del presente recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Parmenio Cárdenas. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, diez y seis de marzo de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

En el auto de proceder, de fecha once de noviembre de mil novecientos treinta y uno, proferido por el Juzgado 1º Superior de Manizales, y confirmado por el Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial el once de febrero siguiente, se relatan los hechos juzgados en la presente causa, como se transcribe en seguida:

"El sábado diez y siete de octubre pasado (mil novecientos treinta), ocurrió una trifulca o pelotera entre varios ciudadanos en la plaza de la ciudad de Apía, y durante ella, el occiso Blandón dio a Juan Bautista Luna una palmada en la cara, reventándole en sangre la nariz, por lo cual, uno y otro fueron conducidos a la cárcel.

"Estando en aquel establecimiento, Luna manifestó el encono que guardaba para con su agresor, diciendo que algún día saldría de allí para vengarse; así lo dio a entender en los momentos en que entró a la cárcel, como premeditando desde entonces el delito, que al salir de ella, consumó.

"Tres días después o sea el lunes diez y nueve del mismo mes de octubre, como a las diez de la mañana, se hallaba Blandón recostado a la puerta que da entrada al billar que en la población del Municipio al principio nombrado, tiene Manuel Mesa, departiendo amigablemente con Miguel Angel Hincapié, Luis R. Ríos y otras personas, cuando se presentó allí Luna, quien con el rostro demudado empezó a mirar, en silencio o sin pronunciar palabra alguna, a Blandón, de hito en hito, o de arriba abajo, retirándose luégo de aquel lugar.

"Cinco minutos habrían transcurrido, cuando volvió a presentarse Luna al mismo lugar, donde todavía se encontraba Blandón, a quien de manera súbita o repentina acometió con un cuchillo grande, de los que llaman matagánado (pues es de advertir que Luna es carnicero de profesión), y sorprendiéndolo descuidado, indefenso

y desapercibido, le tiró una fuerte cuchillada, la que, para asegurar mejor, apoyó una de sus manos sobre el hombro de Ríos, abriéndole con ella una mortal y feroz herida en el pecho, con la cual se fue pocos instantes después a tierra, y se extinguió su vida, saliendo en seguida el homicida en precipitada fuga, refugiándose en la casa de Avelina Escobar, donde fue poco después aprehendido por la autoridad y reducido a detención."

Al Jurado se le sometieron las siguientes cuestiones, que contestó así:

"¿El acusado Juan Bautista Luna es responsable de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente a Isaías Blandón, por medio de una herida que le infirió con arma cortante y punzante (cuchillo), hecho que ejecutó en la ciudad de Apía, el diez y nueve de octubre de mil novecientos treinta y uno?"

"Sí, sin premeditación."

"¿El acusado Juan Bautista Luna cometió el hecho que se menciona en la cuestión anterior con las siguientes circunstancias o alguna o parte de ellas: con alevosía, e traición y sobreseguro, sorprendiendo descuidada, indefensa y desapercibida a la persona del occiso?"

"Nó."

Con aplicación del artículo 600 del Código Penal, y calificada la responsabilidad en tercer grado, el Juez Superior condenó al procesado a seis años de presidio y las penas accesorias, en su fallo del dos de julio de mil novecientos treinta y dos. Pero el Tribunal elevó la calificación de la delincuencia a segundo grado, e impuso nueve años de presidio en la sentencia del diez y siete de octubre último, contra la que, en oportunidad, se interpuso recurso de casación, admisible para estudio de fondo.

Invoca Luna las causales primera y segunda de la Ley 118 de 1931, esto es, ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta y por indebida aplicación de la misma, y ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se dictó—dice—sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley.

"Cumple, pues, examinarlas en orden inverso, para saber ante todo si existen o nó vicios sustanciales en el procedimiento, que impliquen la reposición de lo actuado."

Dice la demanda que cuando a Luna se le llamó a juicio, no tenía aún veintiún años, y que, sin embargo, se le consideró como mayor de edad, por existir prueba supletoria al respecto, pero sin que el Juez hubiese pedido la respectiva partida de bautismo, como prueba principal, la que manifiesta existir en la parroquia de Santa Bárbara (Antioquia). Y afirma que, por cuanto se le nombró defensor y no curador, la actuación se halla viciada de nulidad, a partir del auto de enjuiciamiento, inclusive.

No se refiere la alegación a determinada causal de nulidad, de las que taxativamente enumeran los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887, fuera de las cuales no puede ordenarse la reposición de lo actuado, cualesquiera que sean las omisiones o las irregularidades que en él se noten (artículo 266 ibidem).

Frente a las alegaciones del recurrente, relativas a su menor edad, que no constituyen prueba alguna, al folio 65 del cuaderno 1º, existe la exposición pericial practicada antes del enjuiciamiento, por la cual a Juan B. Luna se le atribuyó la edad de veintiún años, como término medio entre la menor y la mayor que representaba, en atención al desarrollo, aspecto físico y demás características que influyen la fijación de la edad.

Al folio 72 aparece la notificación del auto de proceder hecha personalmente al acusado, quien manifestó su voluntad de nombrar determinada persona como a su defensor, lo que significa que aceptó la calificación de edad que se le había hecho. Y claro está que el Juez, en esas circunstancias, no obró en forma ilegal al aceptar y darle posesión al defensor nombrado, con cuya asistencia se llevó a cabo el juicio; la defensa fue completa, y no hay motivo alguno que haga necesaria la reposición de lo actuado.

Para sustentar la causal primera, ataca el recurrente la calificación de la delincuencia, que el Tribunal hizo en segundo grado, y que la demanda estima debió situarse en el más benigno, por considerar que en calidad y en número hay mayoría de atenuantes sobre las agravantes que la sentencia menciona. Cita en su apoyo un fallo de la Corte, en donde se dice que una sola circunstancia agravante no permite calificar la delincuencia en segundo grado, y concluye pidiendo que el fallo se infirme, en el sentido de aplicar nada más que la pena de seis años de presidio, con calificación de la responsabilidad en tercer grado.

No es el caso de examinar el valor que tenga la doctrina de la Corte sobre el número de agravantes para la calificación en segundo grado, por lo que respecta al fallo que ahora ha de dictarse, pues que no solamente una sino varias circunstancias agravantes tuvo en cuenta el Tribunal para sostener el grado medio, tales como la alevosía en el ataque, la indefensión de la víctima, la publicidad del sitio en que se cometió el delito, y la mayor necesidad de escarmiento que tiene la sociedad por la frecuencia con que se están presentando los de esa clase.

El recurrente niega tales circunstancias, pero no razona para demostrar su aserto, y se limita a decir que hay más atenuantes que agravantes, citando en su favor la buena conducta, y otras que no aduce ni determina. En consecuencia, la Corte no halla ningún fundamento al reparo contra el fallo de segunda instancia.

Aunque el Jurado negó la existencia de circunstancias de asesinato, su negativa no puede referirse a esas circunstancias, sino en cuanto tengan carácter específico, o sea virtud para cambiarle al homicidio la fisonomía jurídica, convirtiéndolo en asesinato, pero no en cuanto tales circunstancias valgan como accesorias, relativas al grado de delincuencia, pues la apreciación de éstas ya no es atribución del Jurado sino del Juez de derecho para los efectos de aplicar la pena. Esta es doctrina de la Corte, repetida en numerosos fallos.

Debe, pues, permanecer firme la sentencia del Tribunal.

Y por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo del Tribunal de Manizales, que ha sido materia del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la oficina de su procedencia.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—Parmenio Cárdenas, Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintiuno de marzo de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

El Juez 2º Superior del Distrito Judicial de Manizales sometió al Jurado reunido en la presente causa, las cuestiones que en seguida se transcriben:

"¿El acusado Rafael o Rafael Emilio Luna, conocido también con el nombre de Pedro, es responsable del hecho de haber dado muerte, premeditada y voluntariamente, a Lisandro Jiménez, por medio de varias heridas causadas con proyectiles o perdigones de un arma de fuego, o sea de una escopeta, hecho que acaeció en el paraje de La Hondita, del Corregimiento de Viterbo, del Municipio de Apía, dentro de este Distrito Judicial, en las primeras horas de la noche del día veintidós de marzo del año próximo pasado?"

Tres miembros del Jurado contestaron:

"Sí, pero bajo la impresión de amenaza o temor"; y los dos restantes dieron una respuesta pura y simplemente afirmativa.

"¿El acusado Rafael o Rafael Emilio Luna, conocido también con el nombre de Pedro, cometió el hecho que se menciona en la cuestión principal con las siguientes circunstancias, o con alguna o algunas, o parte de ellas, a saber: con alevosía, a traición y sobreseguro, sorprendiendo descuidado, indefenso y desapercibido al occiso Lisandro Jiménez?"

Cuatro Vocales dijeron:

"Nó," y el restante manifestó: **"Sí, sorprendiéndolo descuidado."**

En desarrollo del veredicto, el Juez Superior, por sentencia proferida en cinco de agosto de mil novecientos treinta y dos, condenó al procesado a la pena de seis años de presidio y sus accesorias, como responsable en tercer grado de homicidio voluntario, con aplicación del artículo 600, en concordancia con el ordinal 2º, artículo 587 del Código Penal. Pero el Tribunal Superior, a donde fue elevado el asunto en consulta, reformó el fallo, en el sentido de aplicar el artículo 595 del mismo Código, de tal manera que, sin variar la calificación de la delincuencia, hizo la condenación a doce años de presidio, por homicidio premeditado.

Contra la sentencia de segunda instancia, que es de fecha cinco de octubre de mil novecientos treinta y dos, interpuso oportunamente el procesado recurso de casación, invocando las causales de "ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se dictó el fallo de segunda instancia sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley; y estar la sentencia recurrida en desacuerdo con el veredicto del Jurado."

Para sustentar la primera de tales causales, alega el recurrente que tanto el artículo 272 de la Ley 57 de 1887 como el 284 ibídem, establecen, respectivamente, que el Juez señalará día y hora para el sorteo del Jurado y para la celebración del juicio, sin embargo de lo cual, el Juez Superior de Manizales, en sus autos de treinta de mayo de mil novecientos treinta y dos (folio 138 vuelto), y del seis de junio siguiente (folio 139 vuelto), se limitó a decir: "se dispone señalar el día miércoles próximo, a las dos de la tarde, para sortear el Jurado que debe reemplazar a dicho designado"; "para dar principio a la celebración del juicio, se señala el día jueves próximo, a la una de la tarde"; señalamientos que—en sentir del recurrente—no fijan la fecha para tales actos. Y deduce de allí que se ha incurrido en las nulidades previstas por los ordinales 1º, artículo 265, y 5º del 264, ambos de la Ley 57 de 1887.

Estos reparos son ineficaces para demostrar la causal de casación propuesta, ya que el Juez sí señaló el día y hora para la celebración de aquellas diligencias o actuaciones, como resulta ser exacto a la simple lectura de los respectivos autos y de las actas correspondientes. En el proveído de folio 138 vuelto, dictado el treinta de mayo de mil novecientos treinta y dos, dispuso el Juez que el miércoles próximo, a las dos de la tarde, se verificara el sorteo parcial para reemplazar a uno de los designados; y en el acta (folio 139), consta que esa diligencia se llevó a cabo el día primero de junio, a las dos de la tarde, o sea el día miércoles, según el calendario. En el auto del seis de junio (folio 139 vuelto), dispuso el Juez que principiara la celebración del juicio el próximo jueves; y en el acta consta que se dio principio a las audiencias el nueve de junio, o sea el día jueves señalado, según los datos del calendario. Por consiguiente, los motivos que se alegan como vicios sustanciales en lo actuado, carecen de fundamento y aun de seriedad. El día y hora para aquellas actuaciones lo señaló el Juez, en forma tal, que no da cabida a la menor duda en cuanto a la fecha, con sólo consultar el calendario; y ello demuestra, además, que la alegación es inexacta.

Pudiera creerse que el Juez habría acertado mejor si hubiese señalado la fecha del respectivo día, pero como son ajenas al procedimiento las fórmulas sacramentales, no cabe reparo alguno a la conducta de ese funcionario, desde luégo que hizo el señalamiento en forma clara y precisa, y nada más exige la ley para guardar los intereses de las partes.

Además, las notificaciones personales de los referidos autos aparecen hechas correctamente a quienes debieron ser sabedores de lo resuelto en los mismos proveídos; el acusado concurrió al sorteo, y tanto él como su defensor asistieron a las audiencias. Y si el defensor no se presentó al primero de tales actos (el sorteo), estuvo en plena libertad de hacerlo, y su omisión bajo ningún aspecto puede viciar el procedimiento.

Sucede sí, que al formular los cuestionarios para el Jurado, incurrió el Juez en error acerca de la fecha en que el delito se cometiera, motivo por el cual la Sala de Decisión del Tribunal, en su proveído del veintiocho de junio último (folio 153), dispuso que el Juez convocara y reuniera de nuevo "el Jurado que ha intervenido en la causa, y le someta para su resolución las cuestiones pertinentes, de acuerdo con el auto de enjuiciamiento," dice la nombrada providencia. Sobre esta base, y por cuanto no se celebraron nuevas audiencias a las que concurrieran las partes, se alega en casación, como segundo motivo de la causal que se estudia, estar viciado el procedimiento de nulidad, según el numeral 5º, artículo 264, Ley 57 de 1887, y se cita al respecto la doctrina de esta Sala, consignada en su fallo del cuatro de diciembre de mil novecientos veinticinco.

Agrega la demanda:

"En este caso vemos que en la diligencia o acta firmada por el Juez el dos de agosto de mil novecientos treinta y dos, no figura allí el hecho de que las partes hubieran tomado parte en la audiencia, pues se prescindió de esa formalidad, a la cual tenían perfecto derecho de asistir para defenderse de nuevo, porque si al Jurado reunido con anterioridad se le había formulado la

cuestión, haciendo consistir el hecho como cometido el día veintiséis de marzo de mil novecientos treinta y uno, siendo así que el delito fue cometido el veintidós de marzo de mil novecientos treinta y uno, en esta segunda audiencia ha podido muy bien el acusado comprobar perfectamente bien que en ese día estaba en lugar distinto del en que el hecho se cometió, o bien haber iniciado una nueva defensa por otros aspectos, lo que no se pudo hacer, porque el señor Juez de la causa no permitió que las partes asistieran a dicha audiencia, lo que indica claramente la existencia de la nulidad consagrada en el numeral 5º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, disposiciones todas estas que creo violadas."

Aunque se tratara sólo de corregir el error de fecha en que incidió el Juez al formular las preguntas para el Jurado, pues dijo veintiséis de marzo donde ha debido expresar veintidós del mismo mes, resulta cierto que el Tribunal, en su proveído del veintiocho de junio, ordenó retrotraer la actuación al estado de convocar y reunir de nuevo a las Jueces de hecho que han intervenido en la causa, para someterles las cuestiones pertinentes, según el auto de proceder. Dispuso así que se celebraran nuevas audiencias, y por ello, si la reunión del Jurado se llevó a la práctica sin la asistencia del procesado, que estaba preso entonces, como se encuentra ahora, no bastaba haberle notificado el auto que señalaba fecha para ese acto, sino que, para evitar la nulidad, fue preciso, además, permitirle la asistencia, ya que no estaba en libertad de concurrir, a pesar de la notificación personal que se le hacía, debido a su condición de preso.

Esta doctrina, expuesta en el citado fallo del cuatro de diciembre de mil novecientos veinticinco, ha tenido oportunidad de repetirla esta Sala de la Corte en varios otros fallos; tiene fundamento en los principios que informan el artículo 26 de la Constitución, y en el motivo concluyente de que la formalidad de la notificación personal sería letra muerta, si al que, procesado o preso, no se le dieran las facilidades necesarias para concurrir a las audiencias de su causa, o a ciertos actos trascendentales en el plenario.

"Tan cierto es esto dijo la Sala—que aun faltando tal notificación, si las partes concurren, no hay nulidad por esa informalidad."

Y como, efectivamente, al folio 157 puede verse que la nueva reunión del Jurado se llevó a cabo sin la asistencia de las partes, no hay duda de que la actuación se encuentra viciada a partir de allí, por la cual se justifica infirmar el fallo

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

Declárase nulo lo actuado en el presente juicio, a partir del auto del primero de agosto de mil novecientos treinta y dos, inclusive, visible al folio 155, cuaderno 1º, y se ordena, en consecuencia, la reposición de lo actuado, a fin de que se cumpla estrictamente el proveído dictado por el Tribunal Superior con fecha veintiocho de junio último.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Parmenio Cárdenas. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, marzo treinta y uno de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

En virtud de apelación, legalmente surtida, debe esta Sala de la Corte revisar el auto de fecha cinco de noviembre del año próximo pasado, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, "llama a juicio de responsabilidad, siguiendo los trámites ordinarios, a Benjamín Trespalacios M., por haber tomado para sí, en su carácter de Juez 1º del Circuito de Sopetrán, la suma de mil quinientos cincuenta y un pesos ($ 1.551), depósito de dinero que en el Juzgado había, perteneciente a la sucesión por causa de muerte de Domingo A. Londoño y a los pleitos de Manuel María Macías con Fernando S. Coronado, Ignacio Ospina con Ernesto Kropell (consignación de Ricardo Gaviria) y María de las Mercedes Mena con María de Jesús de igual apellido, y otros; y por haberse apropiado esa suma que estaba a su cargo, hechos que se cometieron en el Municipio de Sopetrán, más o menos, desde diciembre de mil novecientos veintinueve hasta hoy, y los cuales están comprendidos en el capítulo 4º, Título 10, Libro 2º, del Código Penal, y en el capítulo 6º, Título 3º, Libro 3º, de la misma obra."

Al propio tiempo dispuso el Tribunal, en el mismo auto, lo siguiente:

"El Juez Benjamín Trespalacios será reducido a prisión sin el beneficio de la libertad provisional.

"Para cumplir la orden de prisión, que es de efecto inmediato, pídase a la Sala de lo Civil la suspensión del empleo de Juez de Circuito, que ejerece el encausado, lo que se hará antes de notificarle a Trespalacios este auto, remitiéndole a dicha Sala una copia legalizada de la presente providencia."

Agotada la tramitación del negocio en esta segunda instancia, se procede a resolver lo que fuere legal, para lo cual se considera:

A la investigación del presente asunto dio lugar un oficio dirigido al señor Procurador General de la Nación por el Alcalde de Sopetrán, oficio al cual acompañó algunas actas de visitas practicadas a los Juzgados de la población. En alguna o algunas de tales actas seguramente encontró aquel alto funcionario irregularidades, en cuanto a depósitos de dinero provenientes de juicios que cursaban en el Juzgado 1º del Circuito de Sopetrán, pues en el acto dirigió al Alcalde de este Municipio el siguiente telegrama, que figura a la cabeza del informativo:

"Acabo de recibir su oficio número ciento cuarenta y nueve (149), de fecha cuatro corrientes, así como también actas visitas Juzgados esa población. Virtud su contenido, proceda inmediatamente instruir sumario contra Juez 1º Circuito, por no haber dado cumplimiento ley depósitos dineros, ni haberlos presentado momento visita, ni haber indicado qué personas tiénenlos en depósito legalmente. Proceda mayor actividad, rigor.

"Sírvase informar.

"Servidor,

"Clodomiro Ramírez"

De acuerdo con el telegrama anterior, de fecha veinte de noviembre de mil novecientos treinta, procedió el Alcalde a instruir el sumario respectivo, el cual, perfeccio-

nado hasta donde más ha sido posible, fue calificado por el Tribunal Superior de Medellín en la forma en que se ha visto.

El acta de visita, que dio margen indudablemente al telegrama del señor Procurador, que se acaba de transcribir, dice:

"En el Municipio de Sopetrán, República de Colombia, Departamento de Antioquia, a los tres días del mes de noviembre de mil novecientos treinta, el suscrito Alcalde, en asocio del señor Personero Municipal y del Secretario de la Alcaldía, se constituyó en visita oficial en el Juzgado 1º del Circuito, para lo que dispone el artículo 242 de la Ley 153 de 1887, cumplir también las exigencias telegráficas de los señores Procurador General de la Nación y del Secretario de Gobierno del Departamento de Antioquia, en sus respectivos telegramas de fechas veintinueve y treinta de octubre próximo pasado.

"Al efecto: el señor Secretario de la Oficina presentó los libros y expedientes, y de su examen se obtuvo el siguiente resultado:

.....

"Se deja constancia de que hasta hoy no se observan demoras por parte de los empleados en los diferentes juicios.

"En acto seguido, y para dar cumplimiento a lo dispuesto por el señor Procurador General de la Nación y el señor Secretario de Gobierno del Departamento, en sus respectivos telegramas de fechas veintinueve y treinta del próximo pasado octubre, se le exigió al señor Juez hiciera una relación de los valores que han entrado a su Oficina por razón de los juicios que cursan en el Juzgado, y si tales valores han sido depositados, como lo disponen los artículos 3º de la Ley 92 de 1920 y 22 de la Ley 25 de 1923. El señor Juez rindió el informe en la siguiente forma:

'Existentes en el Juzgado, en juicios de sucesión de Domingo Londoño, en el cual se hizo un remate por valor de mil quinientos cuarenta y siete pesos ochenta centavos ($ 1,547-80) oro, sin que en el juicio haya diligencia alguna de depósito legal de esa cantidad. Como el visitante exigiera la presentación de ese dinero, el señor Juez manifestó no poderlo hacer inmediatamente, porque una parte de él está en poder del señor José Luis Villa, manifestando a la vez dicho empleado, que como el juicio está para terminar, lo entregará oportunamente. En juicio ejecutivo del señor Manuel María Macías, hay constancia de haber quedado en poder del señor Juez la cantidad de seiscientos treinta y tres pesos ($ 633) oro, cantidad que tampoco ha sido depositada en ninguna forma, y la cual no presentó tampoco el señor Juez, por manifestar no tenerla actualmente, y haciendo una explicación por su cuenta, que de esa suma tiene dados doscientos veinte pesos ($ 220) al interesado. En juicio de Ignacio Ospina en contra de Ernesto Kropell, se hizo la consignación en el Juzgado de la suma de cien pesos ($ 100) oro, suma que no está depositada en forma alguna, ni fue presentada por el señor Juez para poder dar cuenta de su existencia.

'Finalmente, en el juicio ejecutivo de Fermín B. Ortiz en contra de Martiniano Zapata, aparece una existencia en poder del señor Juez por la cantidad de cuarenta y tres pesos sesenta y seis centavos ($ 43-66) oro, suma que no ha sido depositada en forma alguna, ni fue presentada por el señor Juez para acreditar su existencia.'

"Como resumen general se hace constar que, según los datos suministrados por el empleado visitado, existen en su poder dos mil trescientos veinticuatro pesos cuarenta y seis centavos ($ 2,324-46) oro.

"Para terminar se le exigió al señor Juez la presentación del libro que dé cuenta del movimiento de entradas y salidas de dineros depositados, y manifestó: 'que ese libro, llevado en la Oficina anteriormente, fue destruido en el incendio que tuvo lugar en este Municipio en el mes de diciembre del año próximo pasado, libro que hasta hoy no ha sido repuesto.'

"En constancia, se firma la presente diligencia por los empleados que en ella intervinieron."

De los hechos a que se refiere la anterior visita, se ha deducido responsabilidad al acusado, por dineros que estaban bajo su cuidado, en su carácter de Juez del Circuito de Sopetrán, en la siguiente cuantía:

Por parte del juicio de sucesión de Domingo Londoño.....$	778 ..
Por parte del juicio ejecutivo de Manuel María Macías contra Fernando S. Coronado.....	533 ..
Por parte del juicio ejecutivo de Ignacio Ospina contra Ernesto Kropell, a virtud de consignación hecha por Ricardo Gaviria, como tercerista coadyuvante en dicha ejecución.....	100 ..
Suma.....$	1,411 ..

A esta suma hay que agregar la de $ 140 moneda corriente, proveniente del juicio divisorio de María de las Mercedes Mena contra María de Jesús Mena y otros, suma que, en el curso de la investigación, se descubrió que debía existir en poder del acusado, y de cuya inexistencia no ha presentado hasta ahora el acusado ninguna razón satisfactoria. Sobre este particular obran en el expediente las declaraciones de los señores Luis Gómez (folio 129), que fue quien expresó primeramente cómo debía existir el dinero en referencia en poder del encargado del Juzgado, y Daniel Hoyos y Fernando Díaz, así como la manifestación expresa y categórica de la propia interesada, quien asevera que esa suma le pertenece a ella y a otras personas. Además de la copia del auto del Juez, doctor Trespalacios, visible a folios 147 y vuelto del informativo, se concluye claramente que es cierto lo expuesto por los testigos mencionados respecto de la suma en referencia. El total, pues, deducido contra el acusado, es de $ 1,551 moneda corriente.

Existe constancia cierta en este proceso de que en el juicio Ospina-Kropell-Gaviria, fueron depositados por éste cien pesos moneda corriente al entrar como tercerista, con el fin de responder de los perjuicios que pudieran sufrir los demás acreedores, según lo exigido por el Juzgado. Esos cien pesos quedaron en poder del Juez, según declaración del propio Secretario del Juzgado, señor José María Estrada (folio 98). Terminado el juicio, el señor Gaviria reclamó la suma depositada o consignada como garantía, sin que hasta la fecha haya podido lograr la entrega de ella. Por su parte, el Juez acusado no ha dado explicaciones claras y satisfactorias acerca del paradero de la suma en cuestión.

Coronado depositó en el Juzgado, para pagar a su acreedor, la suma de seiscientos treinta y tres pesos ($ 633). Macías reclamó del Juez Trespalacios esta suma en todas las formas posibles, sin que hubiera logrado obtener su entrega, pues el Juez pretextaba siempre diversos motivos para no llevarla a término. Sólo dice al cabo, que recibió, a cuenta de intereses de tal suma, ciento veinte pesos, así como expresa también que su abogado, el se-

ñor Fernando Díaz, recibió, por concepto de honorarios en el juicio expresado, la suma de cien pesos. Así se desprende, en síntesis, de las declaraciones de Coronado, que obran en el informativo, y que no han sido contradichas (folios 9 y vuelto, 66 vuelto y 67, 164 y vuelto y 181). Por su parte, Coronado, en su exposiciones (folios 13 y 14, 99 vuelto y 100), manifiesta que la suma depositada por él fue enviada por el Juez a su casa de habitación, donde acostumbraba guardar todos los dineros que llegaban a sus manos por cuenta del Juzgado, y que no logró por ningún medio que Trespalacios accediera a poner en seguridad ese dinero, para que ganara algún interés. Expresa, además, el concepto de que él estima que no han sido correctos los procederes del Juez en lo relacionado con los fondos que ingresan al Despacho, y considera que si no se le ha devuelto el dinero, es porque el doctor Trespalacios no tiene con qué pagárselo, ya que él estima que éste lo gastó, y no existe constancia de que lo tenga depositado en parte alguna.

Acerca de este punto, es decir, respecto del dinero consignado por Fernando Coronado en la ejecución seguida por Macías, tampoco satisfacen en manera alguna las explicaciones del acusado, quien se muestra vacilante y lleno de contradicciones sobre el particular. Esto ha hecho que el Tribunal, con claro fundamento, le haya deducido la responsabilidad consiguiente, y sólo le haya descontado de los $ 633 los $ 100 recibidos por Fernando Díaz en calidad de honorarios en el juicio, pues los $ 120 recibidos por Macías, aparece que fueron entregados simplemente a cuenta de intereses de la suma total mencionada arriba.

El cargo que se desprende contra el Juez Trespalacios, de haber tomado para sí, apropiándosela, parte de los dineros del juicio de sucesión por muerte de Domingo A. Londoño, lo estudia el juzgador de primera instancia así:

"Y llega el Tribunal a lo peor y más grave del sumario: el dinero de la sucesión de Domingo A. Londoño, que monta a mil quinientos cuarenta y siete pesos y ochenta centavos ($ 1,547-80).

"Esa suma es el producto del remate, en Belmira, de las seis octavas partes de una finca (folio 28 vuelto), y de más de la mitad, si no toda, se adueñó el Juez Trespalacios; como se apropió las de los negocios Macías-Coronado, Ospina-Kropell, y María de las Mercedes Mena, y como gastó las de los juicios Ortiz-Zapata, Agudelo-Ramírez y Jiménez-Mejía, con tardía restitución de los tres últimos asuntos.

"Al exigirle a Trespalacios (acta de visita cuyas copias aparecen a folios 3 y 4, 6 vuelto a 7 vuelto), que presentara los mil quinientos cuarenta y siete pesos y ochenta centavos ($ 1,547-80) contestó que **no podía hacerlo inmediatamente, porque una parte está en poder de José Luis Villa.**

"Y la parte que no tiene Villa, ¿quién la tiene? El Juez Trespalacios, que de no haberla gastado, la habría presentado al Alcalde visitante.

"El Secretario del Juez, Estrada, a folios 18 y vuelto, declara así:

'La de mil quinientos cuarenta y siete pesos con ochenta centavos ($ 1,547-80) oro, valor de un remate llevado a cabo en el Juzgado Municipal de Belmira, ido de aquí en comisión. De esa suma, tengo absoluto conocimiento, sólo vino a poder del Juzgado la cantidad de ochocientos pesos o más ($ 800), por conducto del señor José Luis Villa, **quien ha venido figurando como fiador** del doctor Benjamín Trespalacios, actual Juez 1º de este Circuito. El saldo restante, o sea, más o menos, la suma de setecientos pesos ($ 700), quedó en poder del expresado señor Villa, como depósito disponible, para devolverla a su tiempo. Este depósito lo hizo el señor Juez **por la razón apuntada, de ser él su fiador,** y porque, según he oído decirle a él mismo (al doctor Trespalacios), no tenía aquí un lugar especial para guardar todo ese dinero. En todo caso, de esa suma le quedó al doctor el correspondiente recibo, que infortunadamente desapareció con algunos papeles más en el incendio de esta ciudad, ocurrido en diciembre del año de mil novecientos veintinueve. Con motivo de esa pérdida, y considerando el fiador que solo tenía que responder por la suma de doscientos pesos, en el caso de un posible desfalco, he oído decir de personas que merecen entero crédito, que el señor Villa pretende quedarse con buena parte de esa suma depositada, **para respaldar el valor de la fianza y también para hacerse pago de una cantidad de dinero que diz que le adeuda el doctor Trespalacios.** De la suma que hay en poder del señor Villa he oído decir, sin que recuerde por el momento a quién, que él entregó trescientos pesos ($ 300) oro al señor Rafael Zapata, ya fallecido..... Ninguna de estas cantidades ha sido colocada en banco, casa de comercio, ni persona de responsabilidad.....' (Las subrayadas son de los suscritos).

"El Secretario, en su afán humano de salvar al Juez, lo perjudica más bien; y a folios 97 vuelto y 118 a 119 vuelto, Estrada explica que su testimonio es por referencias de Trespalacios.

"Ricardo Gaviria (folio 103 y vuelto), dice que José Luis Villa G. le contó que había conseguido en el Juzgado 1º del Circuito de Sopetrán, seiscientos pesos ($ 600), así: 'cuatrocientos pesos ($ 400), para ponerse a salvo de una fianza que había dado a favor del doctor Trespalacios a un particular, y doscientos pesos ($ 200), para solventar la fianza que había dado a favor del mismo doctor Trespalacios, como Juez 1º del Circuito.'

"José Luis Villa G. es un hombre de reconocida honorabilidad, como lo aseveran Jesús M. Gil (folio 102 vuelto), Ricardo Gaviria (folio 103 vuelto), Samuel Moreno (folio 104), y Eduardo Valderrama (folio 120 vuelto); y Villa G., a folios 22 vuelto, 44, 72 vuelto y 73, niega la negociación con el Juez; mas en las diligencias de careo, de folios 106 a 117 vuelto, Villa G. acepta que alguna vez le dio en préstamo Trespalacios, en su calidad de particular unos setecientos u ochocientos pesos, ignorando Villa G. la procedencia del dinero. Y las cartas de folios 109 y 110, 114 a 116, esclarecen el punto: José Luis Villa G. sí obtuvo, en préstamo, de Trespalacios, una parte del dinero de la sucesión de Londoño, lo que se corrobora con la declaración de Hernando Muñoz (folio 120), las copias de folios 46 vuelto y 47, 140 y 141, y el testimonio de Gabriel Gaviria (folios 65 vuelto, 161 a 162 vuelto).

"En un misterio grande permanece la verdad de lo que ocurrió entre el Juez Trespalacios y José Luis Villa G., misterio que tiende a acusar al Juez, porque son en extremo sugerentes los hechos de que Villa G. fuese el fiador del Juez (folio 165 vuelto), y el fiador de la persona particular de ese Juez ante Carlos Moreno (folio 129 vuelto), a quien Villa G. pagó, más o menos en la época en que trajo de Belmira el producto del remate, la suma de cuatrocientos pesos ($ 400), y los intereses que a Moreno le debía Trespalacios.

"Sin embargo, habrá que admitir, por la duda que surge, que el Juez depositó en Villa G. setecientos cua-

renta y siete pesos y ochenta centavos ($ 747-80), tomándolos de los fondos de la mortuoria de Domingo A. Londoño."

Aparte de los cargos anteriormente considerados, el Tribunal estudia otros, que a la postre, no computa en contra del acusado, por haber éste cubierto las sumas de dinero a que tales cargos se refieren. Pero no se puede desconocer que la apreciación intrínseca de esos mismos cargos suministra fuertes indicios contra el acusado, por sus procederes como Juez, en cuanto a dineros consignados o depositados en el Juzgado y puestos bajo su inmediato cuidado.

Es verdad que el doctor Trespalacios ha intentado a través de sus indagatorias explicar los cargos que se le han formulado, pero no es menos cierto que no ha logrado tal intento, como lo patentiza el Tribunal al analizarlas. Y en efecto: en todas ellas se ve que, cuando no trata de eludir las preguntas que se le hacen, y manifestar su ninguna responsabilidad en los hechos que se le imputan, se limita a formular explicaciones abstractas, que en manera alguna satisfacen. Acaso durante el término probatorio de esta causa, más serenado su ánimo, pueda el acusado esclarecer fundadamente sus actuaciones, ya que se trata de un anciano y meritorio servidor, que merece justificarse plenamente.

En los memoriales que tanto el acusado como su defensor han dirigido a este Despacho, en relación con el recurso interpuesto contra el auto de enjuiciamiento, fuera de algunas ligeras consideraciones, que no desvirtúan en modo alguno la providencia del Tribunal en lo atañedero a la responsabilidad del doctor Trespalacios, hacen especial hincapié, sobre todo, en que debe concedérsele excarcelación al acusado. Cierto que uno de los memoriales del defensor, doctor Betancourt, pretende estudiar el fondo del asunto, pero cierto también que en él se reduce a hacer afirmaciones que deben ser materia de prueba, y corroboración en la oportunidad debida, pues hasta ahora ellas no aparecen demostradas en el expediente.

En cuanto a la excarcelación solicitada, se considera:

El juzgador de primera instancia, al proveer el enjuiciamiento, ha dado aplicación a lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 104 de 1922. Y no se ve, ni se ha demostrado que haya incurrido en equivocación a este respecto. Por el contrario, refuerza su proceder con apreciaciones que se estiman legalmente acertadas. Las disposiciones, pues, que podrían ser aplicables al acusado, caso de ser condenado, estarían consignadas, la una en el capítulo 4° del Título 10, del Libro 2°, que podría ser la contenida en el artículo 505 del Código Penal, el cual señala apenas pérdida del empleo o cargo y pago de una multa de cincuenta a seiscientos pesos; la otra, en el capítulo 6° del Título 3°, Libro 3°, de la misma obra, y podría ser el artículo 836, que tiene pena de reclusión por seis meses a dos años, y pago de una multa igual al valor de lo apropiado.

Ahora bien: considerando por diversos y obvios motivos, que no es menester expresar aquí, pero que resultan suficientemente, dados los antecedentes y edad del encausado, que a éste no se le podría calificar su delincuencia sino en el menor grado, y teniendo en cuenta que hace más de tres meses y medio que está detenido, y que su conducta en la Cárcel de varones de Medellín ha sido ejemplar, según la certificación del Director del establecimiento, enviada por el doctor Trespalacios, es indudable que éste, en la fecha, tendría ya cumplida la pena que le pudiera corresponder, computadas en su favor, como es el caso de hacerlo, las rebajas a que tendría derecho, de conformidad con los artículos 114 del Código Penal y 1° de la Ley 5ª de 1931, atendida la circunstancia respecto de esta última, que el hecho imputado al doctor Trespalacios se realizó con anterioridad a la sanción de dicha Ley. Es decir, que teniendo derecho el acusado a la rebaja de una tercera y una cuarta partes de la pena a que pudiera ser condenado, esto es, a tres meses y medio, y habiendo cumplido ya más de la mitad de los seis que pudieran corresponderle, de acuerdo con el citado artículo 836 del Código Penal, es claro su derecho a ser excarcelado. En consecuencia, así se resolverá y se dispondrá telegráficamente que sea puesto en libertad provisional mediante fianza, cuya cuantía se fija en $ 200 moneda corriente (artículo 5°, Ley 68 de 1928). No está por demás observar que, a pesar de que, para efectos de la excarcelación simplemente, se ha señalado el grado en que podría ser calificada la delincuencia del acusado, ello no obsta para que el Tribunal quede al respecto, si llegare el caso de condenación, en absoluta libertad para hacer la calificación en la forma que lo estimare legal y procedente.

En virtud de todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, acorde con el brevísimo parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma el auto apelado, concediendo, al propio tiempo, la excarcelación solicitada por el doctor Trespalacios y por su defensor. Líbrese orden telegráfica al Tribunal respecto de este último punto.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—Parmenio Cárdenas. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Al Jurado convocado y reunido en legal forma para decidir sobre la responsabilidad de Luis Felipe y Ovidio Rincón, por el delito de homicidio en la persona de José Becerra, le propuso el señor Juez del conocimiento, 1ª Superior de Cúcuta, el siguiente cuestionario:

Primera cuestión.

"¿El acusado Luis Felipe Rincón es responsable de haber causado la muerte a José Becerra, mediante tres disparos de arma de fuego (revólver) con que lo hirió, estando como a las seis de la tarde del domingo veintitrés de marzo de mil novecientos treinta, en casa de Cecilio Rincón, situada en la fracción de Barrientos, del Municipio de Arboledas, y en la ejecución de ese hecho procedió Rincón voluntariamente y con intención de matar a Becerra?"

Contestó el Jurado:

"Sí es responsable, pero mediante riña provocada por el occiso."

Segunda cuestión.

"¿El acusado Ovidio Rincón es responsable de haber causado la muerte a José Becerra, mediante una herida que le produjo con instrumento cortante en la región

ar heroexterna del lado izquierdo del cuello, de diez y seis centímetros de longitud, estando como a las seis de la tarde del domingo veintitrés de marzo de mil novecientos treinta, frente a la casa de Cecilio Rincón, situada en la fracción de Barcientos, del Municipio de Arboledas, y en la ejecución de ese hecho procedió Rincón voluntariamente y con intención de matar a Becerra?"

El Jurado contestó:

"Sí es responsable."

Sobre el anterior veredicto, acatado en su totalidad, el Juzgado del conocimiento profirió sentencia con fecha diez y ocho de diciembre de mil novecientos treinta y uno, por medio de la cual, calificada la delincuencia de los acusados Luis Felipe y Ovidio Rincón, en primero y segundo grado, respectivamente, dando aplicación en relación con aquél, al artículo 602 del Código Penal, y en relación con éste, al 600 de la misma obra, los condenó en la siguiente forma: a Luis Felipe Rincón, a la pena principal de seis años de reclusión; a Ovidio Rincón, a la principal de nueve años de presidio, y entrambos a las correspondientes incorporales accesorias.

Contra la sentencia del juzgador de primera instancia, interpusieron apelación los defensores de los procesados para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, y éste, en providencia de trece de abril del año próximo pasado, la confirmó en todas sus partes.

Interpuesto el recurso de casación contra el fallo del Tribunal, por el defensor de los sentenciados, y antes de que se concediera, se dirigió luégo el propio defensor, con expresa autorización de los interesados, a los juzgadores de segunda instancia, manifestándoles que desistía del recurso en lo referente a Luis Felipe Rincón. Así lo resolvió el Tribunal, concediéndolo, en consecuencia, sólo en lo atañedero a Ovidio Rincón. Para tal efecto, se envió el expediente a esta Sala de la Corte, en donde, surtida como ha sido la tramitación propia del negocio, se procede a resolver lo que fuere del caso.

Durante el traslado que en este Despacho se concedió al recurrente, no formuló ninguna alegación; pero tampoco tenía necesidad de hacerlo, comoquiera que el memorial dirigido al juzgador de segunda instancia para interponer el recurso, presenta los fundamentos de éste con la mayor amplitud, y en forma más que suficiente para estudio de fondo. Al efecto: invoca las causales primera, tercera, quinta y sexta de la Ley 118 de 1931, expresándolas de la siguiente manera:

"1ª Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta e indebida aplicación al caso.

"2ª Ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto hay **error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.**

"3ª Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, como en alegato de segunda instancia se demostró.

"4ª Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio."

El recurrente empieza por referirse a la segunda de las causales enunciadas, "que es la 3ª, dice de las enumeradas en el artículo 3º de la Ley 118 de 1931, sustitutivo del artículo 3º de la Ley 78 de 1923." Para tal efecto, luégo de repetir algunas consideraciones hechas en su alegato de segunda instancia, transcribe casi en su totalidad la sentencia objeto del recurso, para concluir que, existiendo duda negativa respecto del homicidio por parte de Ovidio Rincón, y aun la falta de prueba sobre la ejecución del hecho mismo, surge con evidencia el error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, "error, expresa textualmente, que ha venido a mantener la sentencia acusada, por un hecho sobreviniente que no podía influir para producir la muerte de Becerra, puesto que las heridas anteriores (se refiere a las causadas por el sentenciado que desistió del recurso), debían producir ese mismo efecto." Pide, como consecuencia de admitir la causal invocada, la absolución del procesado Ovidio Rincón.

Como el señor Procurador, al conceptuar sobre el recurso, acoge dos de las causales consideradas en primer lugar por el recurrente, o sean la de error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito y la de injusticia notoria, y, sobre todo, estudia principal y fundamentalmente la primera de éstas en forma mucho más amplia y completa que lo hace el recurrente; pues la segunda sólo la presenta en subsidio con las mismas razones de aquélla, es el caso de estudiar el recurso en referencia con base en las apreciaciones del Jefe del Ministerio Público. Dice éste, en lo pertinente:

"Cuando el Juez, al calificar el informativo, entra a apreciar la prueba del cuerpo del delito para deducir si por esta parte existe mérito para enjuiciar al sindicado, y llega a dar por probado un hecho criminoso y punible, según las leyes, cuya existencia está muy lejos de aparecer demostrada, ha incurrido en error de apreciación en cuanto a la prueba del cuerpo del delito. Es aquí en donde está el principio fundamental de la causal de casación, creada por el artículo 3º de la Ley 118 de 1931. Y digo esto para dejar sentado de una vez, que si el Jurado llega luégo a declarar la responsabilidad del acusado sobre ese hecho cuya existencia no está comprobada, su veredicto no tiene fuerza obligatoria para condenar, porque está en desacuerdo con la evidencia legal, y ha establecido una responsabilidad que no puede existir, desde que no existe el delito del cual pueda hacerse responsable a un agente ejecutor.

"Por esto, y para que la sentencia no sea susceptible de casación por aquella causa, es necesario que el auto enjuiciatorio descanse sobre una prueba irrefutable, que demuestre la existencia de un hecho prohibido por la ley y sancionado como delito. Y no basta para ello que la prueba ponga en evidencia el hecho prohibido y sancionado, sino que es necesario que aparezcan demostrados todos los elementos característicos de la entidad criminosa y punible.

"Muchas veces el funcionario se entretiene en la comprobación del hecho material, que él considera delictuoso, porque lo encuentra prohibido y sancionado en el Código Penal, y no se cuida de recoger la prueba de todos aquellos elementos que jurídicamente le dan vida ante el derecho para hacerlo punible. Y hé aquí cómo de esta manera viene a quedar comprobado tan sólo un hecho muerto, pudiérase decir el cuerpo de un delito, sin vida jurídica, que apareje responsabilidad ante la ley.

"Al mismo resultado se llega cuando, no ya por deficiencia de investigación, sino por defecto de los elementos mismos, no se logra reunir todos los que son necesarios, para que el hecho quede elevado a la categoría de delito. Y en casos como estos, el criterio del Juez puede perderse entre la maraña de las comprobaciones y de los conceptos, y llegar extraviado a la deducción de una comprobación aparente, que creyó definitiva. Es entonces cuando ocurre el caso de error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, y es esa la razón fundamental que inspiró al legislador la creación de aquella causal salvadora de la justicia; cuando tales casos se presentan,

"En orden a estas ideas conviene estudiar el caso de Ovidio Rincón, en relación con la muerte de José Becerra, para dejar en claro estas dos circunstancias esenciales:

"1ª Si está probado que Ovidio Rincón le causó a José Becerra la herida de machete que éste presentó en el cuello.

"2ª Si esa herida fue causa determinante de la muerte de Becerra.

"Respecto de la primera, y para poder determinar lo que a aquélla concierna, es importante conocer la historia del hecho. Voy a hacerla lo más concisamente que me sea posible.

"Allá, en el paraje de Barrientos, Municipio de Arboledas, Departamento Norte de Santander, vivía una familia de apellido Rincón. De ella hacen parte los hermanos Luis Felipe y Ovidio. El primero sostenía relaciones ilícitas con Margarita Ramírez, y ésta habitaba en una casa que José Becerra ocupaba con sus hijos en tierras de la familia Rincón. Sea porque en verdad Becerra hubiera obtenido el amor de la Ramírez, o sea porque los celos llevaron a Luis Felipe Rincón a creerlo así sin fundamento, es lo cierto que entre éste y Becerra surgieron diferencias por aquella causa, y se declararon en rivalidad pública, que fue distanciando más y más a los dos hombres.

"Con estos antecedentes, vamos al día de los sucesos. Luis Felipe llegó una tarde a la casa de su tío Cecilio Rincón, y como se encontrara bajo el influjo del alcohol que había ingerido, se sentó solo en la sala de la casa. Llegó luégo José Becerra y se dirigió al patio de la casa en donde se hallaba en esos momentos Cecilio Rincón recogiendo o arreglando un café, y trató con él respecto de algunas cuentas que tenían pendientes. Al retirarse Becerra fue advertido por Cecilio de que no entrara a la sala, porque allí estaba Luis Felipe embriagado, y éste era peligroso cuando se encontraba en ese estado. Becerra no atendió esta advertencia, y en seguida se fue a la sala de la casa. A poco se oyeron palabras cruzadas entre los dos hombres, seguidas de agria discusión, y luégo vino el lance personal en que se empeñaron, agrediéndose recíprocamente, José Becerra con un machete y Luis Felipe Rincón con un revólver, hasta caer rendidos ambos, por los estragos que en sus cuerpos se causaron con sus armas.

"Luis Felipe cayó en un cuarto de la casa, con varias heridas de machete, y Becerra fue a caer a la vera de la vía y a poca distancia de la misma casa, con tres heridas de bala, una leve, otra grave y otra mortal.

"Cuándo allí se hallaba tendido y agonizante éste, llegó Ovidio Rincón, hermano de Luis Felipe, y en compañía de otras personas estuvo al lado de Becerra. Luégo salió en dirección a la casa de su padre.

"Y cuentan testigos, cuyas exposiciones aparecen analizadas en algunas piezas del proceso, que en los momentos en que Ovidio se acercó a Becerra, éste todavía vivía, pues se le oía quejar, según unos; roncar, según otros, y resollar, dicen algunos.

"También se sabe, porque lo dicen varios declarantes, que Luis Felipe Rincón no tenía machete, ni con arma de esta clase agredió a Becerra, cuando los dos se hallaban en el combate; que Becerra salió de este encuentro sin la herida del cuello, y sin ella cayó en el lugar en donde feneció su vida; que sólo después de que Ovidio estuvo a su lado, apareció con dicha herida, y que Ovidio tenía un machete en esos momentos.

"Estos indicios arrojan una prueba acusadora, pero no tan completa como la ley la requiere, para dar la certeza de que fue Ovidio Rincón quien le causó la herida mencionada a Becerra. Pero aparte de esta prueba se encuentra la declaración de Valentín Moreno, que expresa clara y terminantemente que Ovidio fue autor de la herida, y da los detalles completos de la manera como sucedió en el acto, lo que hace verosímil su dicho. Es verdad que esta declaración por sí sola no puede tener valor probatorio, por la muy sencilla razón de ser inhábil el testigo, por su corta edad, y apenas sirve para fundar una conjetura. Mas si se tiene en cuenta que los indicios antes relacionados vienen de acuerdo con los hechos circunstanciales que narra Moreno, su dicho cobra fuerza apreciable para esclarecer el punto.

"Admito, por lo mismo, que reunidos los elementos probatorios de que he hablado, hubo mérito para calificar a Ovidio Rincón como autor de la herida a que me refiero; pero admito esto, subordinado a la tesis de que aquello no basta por sí solo para dar por establecido el cuerpo del delito, porque falta examinar la existencia de otro elemento, indispensable y complementario, que debe concurrir a integrarlo: es el elemento que enuncié en la circunstancia 2ª, o sea si aquella herida fue causa determinante de la muerte de Becerra.

"Ante todo, y en orden a esta segunda circunstancia, conviene examinar la prueba específica de ella.

"El primer dictamen de los peritos, doctor Carlos Lizcano y Adriano Mejía, dice lo siguiente:

'Al primero, o sea a Becerra, le hallamos cuatro heridas: tres producidas por arma de fuego y una por instrumento cortante. Esta última herida, situada en la región anterolateral del lado izquierdo del cuello, mide diez y seis centímetros de longitud; seccionó los músculos esternocleidomastoidianos en su totalidad, la yugular, la carótida, penetró hasta la columna vertebral y seccionó los músculos intervertebrales que unen la segunda vértebra cervical a la tercera. Esta herida es instantáneamente mortal. Los balazos: una bala penetró por cerca de la tetilla derecha, atravesó el lóbulo superior del pulmón, y salió por la espalda, a cinco centímetros del lado derecho de la columna. También esta herida es mortal. La segunda bala atravesó el hígado de derecha a izquierda, y fue hallada sobre el gran epiplón, hacia la región umbilical; como no perforó el intestino, no se puede asegurar que esta herida sea mortal, pero sí grave. La tercera bala atravesó el antebrazo izquierdo; penetró por la cara posterior del antebrazo hacia su tercio inferior, y salió hacia el tercio medio por su cara anterior, pasando entre el cúbito y el radio.'

"Posteriormente, a petición de un apoderado de Luis Felipe Rincón, hicieron un nuevo dictamen los doctores Wilfrido Ramírez y Oscar Larrazábal, y dijeron:

'Las heridas de bala, dejaron, por lo que dice el perito Lizcano, fue la que atravesó el lóbulo derecho del pulmón, es mortal (así está), y sería necesariamente mortal, si el proyectil desgarró alguna arteria o arteriola de calibre suficiente para producir una hemorragia mortal; esto sólo lo puede decir el perito que hizo la autopsia. La herida del hígado es grave, por no decir gravísima por sus consecuencias: la peritonitis. La herida del antebrazo sí no es mortal, ni deja lesión ni pérdida de miembro.' En este ci concepto del doctor Wilfrido Ramírez.

"El doctor Larrazábal expuso así:

'En respuesta a la pregunta formulada, 'que se diga si las heridas causadas con bala, y en la forma en que se hallan descritas por tales peritos, son necesariamente mortales,' expongo:

'En la descripción de la primera, es vaga la localización de los orificios de entrada y salida del proyectil, pero la lesión sí es precisa: 'atravesó el lóbulo superior del pulmón, por lo tanto, es una herida de carácter muy grave, pero no necesariamente mortal, puesto que no interesó la arteria, y las heridas del pulmón pueden sanar y a menudo sanan.' La segunda herida, cuyo orificio de entrada tampoco se localiza, 'atravesó el hígado, de derecha a izquierda, y fue encontrada (sic) sobre el gran epiplón, hacia la región umbilical, sin perforar el intestino,' es mi opinión una herida también grave. La tercera herida, tal como está descrita, aunque no se califica en el reconocimiento, es de carácter leve, pues no habiendo lesionado el proyectil las arterias radial y cubital, ni fracturado el cúbito ni el radio, constituye una herida sin gravedad.'

"Como estos peritos, en su enrevesado e inexplicable dictamen, ninguna luz dieron respecto del punto que se quería poner en claro, el Juez 2º del Circuito de Salazar dispuso que los primeros peritos dieran un nuevo dictamen en relación con las preguntas que él mismo formuló, y en efecto, los señores doctor Carlos Lizcano y Adriano Mejía expusieron en esta segunda ocasión lo siguiente:

'La herida del cuello tenía bordes átonos, y a juzgar por las apariencias, la hemorragia fue de muy poca importancia, o nula, cosa extraordinaria, atendiendo al calibre de los vasos seccionados, y que indica una de las dos siguientes hipótesis:

'1ª O que la hemorragia de las demás heridas había sido tan abundante, que provocara un síncope; o

'2ª Que esta herida fue inferida a un cadáver.

'En cuanto a la herida del lóbulo superior del pulmón es mortal, porque la bala tocó vasos de importancia, según lo indica la gran hemorragia; los pulmones estaban rodeados de coágulos.'

"Para el señor Juez Superior de Cúcuta, los anteriores dictámenes ofrecieron seria duda, y queriendo aclarar la cuestión, dispuso que estos mismos peritos dictaminaran por tercera vez, en orden al interrogatorio que él les hizo. Recogido el dictamen, se encontró concebido en los siguientes términos:

'Ya expusimos en la anterior ampliación, que hay fuerte presunción de que la herida del cuello, inferida a José Becerra, fue producida después de muerto el citado individuo, presunción que se funda en la atonía de los bordes de la herida, en la escasísima hemorragia con relación a la magnitud de la herida, y en la ausencia de coágulos en las extremidades de los vasos seccionados..... En lo que respecta a la gravedad de las heridas producidas por arma de fuego, se puede afirmar categóricamente que la del lóbulo superior del pulmón del lado derecho es mortal, y que produjo una abundante hemorragia. La herida del hígado es grave, y también sangró en abundancia. En el muy probable supuesto de que la herida del cuello hubiera sido inferida a un cadáver, es claro que la muerte fuera consecuencia de las heridas del hígado y del pulmón, principalmente de esta última.'

"Hasta aquí los peritos. Y, como se ve, de todos sus dictámenes no aparece con una claridad absoluta, como era necesario que apareciera, que la herida del cuello haya sido la causa determinante de la muerte de Becerra, y antes bien, se puede afirmar, con mejor fundamento, que lo fueron las dos heridas de bala, causadas en el pulmón y en el hígado. Esto sólo bastaría para sostener que en el proceso no quedó suficientemente comprobado este esencial elemento, y, por consiguiente, que tampoco quedó establecido plenamente el cuerpo del delito. Porque para que el delito de homicidio exista, es necesario demostrar que la herida que un hombre le infiere a otro injustamente, es causa inmediata y eficaz de la destrucción de la vida de éste."

Siguiendo a alguno o algunos tratadistas de biología, estudia luégo el señor Procurador la vida de los seres en sus diversas manifestaciones, en su integración y desintegración, es decir, en sus varios elementos o propiedades componentes, ora esenciales, ya accidentales, para deducir de todo ello, apreciado en abstracto, las conclusiones que ha estimado adecuadas al hecho delictuoso contemplado. Al efecto, expresa lo siguiente:

"Cuando José Becerra se hallaba empeñado en el combate con su enemigo Luis Felipe Rincón, debió sufrir una fuerte excitación, provocada por la emoción de la cólera. Esta emoción debió invadir todos los grupos musculares, conmoviéndolos, porque es una de las más fuertes. Una bala rompió luégo las arterias pulmonares, y produjo la extravasación de la sangre. La emoción de la muerte, que sentía apoderada de su vida, debió ser aún más terrible. La extravasación fue tan completa, que debilitado y sin un resto de fuerza, se desplomó, y fue a caer rendido a la vera de la vía. Si hubiera tenido vida cuando cayó, espontáneamente habría hecho esfuerzos para levantarse, a pesar del debilitamiento; pues, como lo dice Cabanis, 'el sér que siente tiene necesidad de moverse, y experimenta expresiones de bienestar o de malestar que lo espolean'; habría sentido la necesidad de moverse, de levantarse en reacción defensiva, impulsado por la terrible emoción de la muerte; el mero instinto de conservación, si todavía hubiera existido, lo habría espoleado a reaccionar contra la causa que le quitaba la vida. Sin embargo, no se movió, y nadie dice que lo viera hacer el menor esfuerzo para lograrlo.

"Esto advertido, se comprende que al caer Becerra rendido, ya había perdido la consciencia, y no sentía; era ajeno a las emociones del sér vivo; había perdido la receptividad y la movilidad, que distinguen a éste; hasta el instinto de conservación había desaparecido; en una palabra, ya no tenía vida, porque todas las propiedades biológicas que concurren a formarla, se habían extinguido con la completa extravasación de la sangre que las alimentaba. Aquel 'quejido,' aquel 'resuello,' aquel 'ronquido,' de que hablan los testigos, no eran otra cosa que las manifestaciones de los movimientos reflejos, que la exteriorización motriz de la resonancia afectiva que la vida, al escaparse, había dejado en la materia. Por eso, cuando recibió la herida en el cuello, no hubo hemorragia, a pesar de haber seccionado dos vasos sanguíneos importantes o principales; no quedaron coágulos en los extremos de los vasos seccionales, y los bordes de la herida quedaron átonos. Esa herida fue causada en un cadáver.

"Así se explica claramente el concepto de los peritos que practicaron la autopsia, cuando dicen que por esas circunstancias hay fuerte presunción de que Becerra, al recibir la herida, estaba muerto. Y con fundamento en ese concepto, y lo que dejo expuesto anteriormente, llego a esta conclusión definitiva: José Becerra había muerto

por consecuencia de la herida de bala que le seccionó las arterias pulmonares, cuando recibió la herida de machete que le causó Ovidio Rincón.

"Si el delito de homicidio es la muerte que un hombre da a otro injustamente, y si para la existencia de este delito es elemento indispensable que exista una vida, y que ésta sea destruida por efecto de la acción de un hombre, es claro que al no tener ya vida José Becerra, no pudo Ovidio Rincón destruírsela con la herida que le causó, y no pudo, por lo tanto, cometer el delito de homicidio. Hé ahí la imposibilidad física del delito."

Conocidos como quedan todos los principales fundamentos del recurso, para resolver, se considera:

Sin negar la importancia de la tesis expuesta por el señor Procurador, y de las bases científicas en que se apoya, debe expresarse, desde luégo, que tal tesis no corresponde estrictamente a la realidad jurídica, de acuerdo con las constancias del informativo, como en seguida se verá:

No hay duda, ante todo, que para que un hecho sea jurídicamente punible, no basta que tal hecho se halle prohibido por la ley y sancionado como delictuoso; es menester, además, que surja evidenciado legalmente en sus elementos objetivos, es decir, en su existencia exterior. Tal es el efecto de la demostración de lo que se llama cuerpo del delito, el cual, según el artículo 157 de la Ley 40 de 1907, "se comprueba con el prolijo examen que se haga por facultativos o peritos de las huellas, rastros o señales que haya dejado el hecho, o con las deposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la perpetración del mismo hecho, o con indicios necesarios o vehementes, que produzcan el pleno convencimiento de dicha perpetración."

En el presente caso, en que se trata del delito de homicidio, los artículos 1515 y 1516 concurren a indicar la manera como debe encaminarse a la demostración de la existencia de tal delito. Para tal fin expresan:

"Artículo 1515. Los peritos o reconocedores jurarán que harán los reconocimientos con toda exactitud y escrupulosidad, exponiendo todo lo que observen, conducente a determinar la naturaleza del hecho y todas sus circunstancias."

"Artículo 1516. En el caso de un homicidio, se examinará detenidamente el cadáver, las heridas, contusiones y demás señales de violencia que tenga, debiendo los peritos manifestar si éstas han sido por su naturaleza mortales, y con qué armas e instrumentos se han ejecutado. También se hará la disección anatómica, si fuere posible, principalmente si la muerte ha sido, o se presume que fue, causada por alguna sustancia venenosa."

En este asunto, los peritos que intervinieron hicieron, es verdad, los reconocimientos sobre la base de la autopsia del cadáver, o disección anatómica, de que habla la ley; pero también es verdad que los referidos reconocimientos no presentan toda la exactitud y firmeza requeridas en estas materias. De ahí que, el Tribunal, en la sentencia recurrida, optara para fijar la existencia objetiva del cuerpo del delito (cuerpo del delito con vida jurídica, como dice el señor Procurador), no simplemente por echar mano de los reconocimientos periciales, sino también de las deposiciones de los testigos presenciales del hecho y aun de fuertes indicios, como el que se desprende de la declaración del menor Valentín Moreno. Y el juzgador de segunda instancia optó por todos esos medios, porque no hay duda que tal cosa la permite y autoriza claramente el artículo 157 arriba citado, cuando la demostración en referencia no surge precisa y neta de los meros reconocimientos, o de los solos testimonios, o exclusivamente de los indicios. Entonces, y cuando para ello da margen el propio informativo, la objetividad viva naturalmente—del cuerpo del delito, o si se quiere mejor, del delito en sí mismo, se demuestra conjuntamente por todos los medios legales.

Tal lo acaecido en el presente caso. Como de los reconocimientos periciales no surgiere claro el cuerpo del delito, fue indispensable hacer intervenir a los otros elementos de prueba existentes en el expediente.

Aquellos reconocimientos presentaron, en síntesis, este dilema: o Becerra era cadáver al recibir la terrible herida de la región anteroexterna del lado izquierdo del cuello, hecha con arma cortante, o no lo era, y tenía aún vida, hallándose tan sólo dentro de un colapso producido por la fuerte hemorragia interna de la herida del pulmón.

El Tribunal opta por este último término del dilema, basándose en todas las pruebas del informativo al respecto; el señor Procurador opta por el primer término, no reconociendo todo el valor probatorio a los testimonios de autos.

Sobre el particular dice en lo pertinente el fallo objeto del recurso:

"Como cosa cierta se debe tener, porque así se desprende de varias declaraciones, entre ellas las de Cecilio Rincón y Hermilia Rodríguez, que Luis Felipe no tenía arma cortante, que solamente atacó con revólver, y que Becerra salió de la riña con él, y cayó fuera de la casa, sin el machetazo en el cuello. Relatan estos testigos que, una vez pasada la reyerta, se encerraron en su casa, y que luégo oyeron unos quejidos; al salir, para saber quién los daba, vieron junto a Becerra a Ovidio, Antonio Castañeda y Valentín Moreno. Elda Rincón oyó también los quejidos de la víctima, y al asomarse por la ventana, ya no los volvió a sentir, pero sí vio el grupo formado allí por los que se acaban de nombrar. Anita Bautista salió de su casa para la de Cecilio, pero al llegar, oyó unos quejidos, y como que roncaban muy feo, lo que la obligó a regresar. Antonio Castañeda, testigo que usó las mayores reticencias en todo lo que pudiera perjudicar al acusado Ovidio, después de negar, al fin afirma que Becerra estaba vivo en los momentos en que allí llegaron ellos, 'porque, dice, lo oí resollar.' Carmen Rincón se acercó al lugar de los acontecimientos, vio a José bocabajo, y que 'pujaba mucho'; e inmediatamente llegaron Castañeda, Moreno, Ovidio y Félix.

"Conforme a todos estos testimonios, hay que afirmar que Becerra aún estaba vivo al acercársele Ovidio Rincón y sus compañeros, puesto que los declarantes afirman la manifestación de la vida en él, como son los quejidos, arrancados naturalmente por las heridas de revólver que allí lo tenían derribado. Y como entre quejarse el herido, la llegada de Ovidio y el retirarse de éste no medió sino cuando más un tiempo mayor de diez minutos, según lo dan a saber Cecilio y Elda Rincón, forzoso es concluir que la herida de la garganta se causó no a un cadáver, sino a un hombre que bien podía estar debatiéndose en la agonía, pero que aún tenía el derecho de que no se atentara contra él. Apoya esta conclusión el hecho de que, si no hubo abundante hemorragia por la brecha que de manera brutal abrió el machete en el cuerpo de la víctima, según la hipótesis sentada por los peritos acerca del síncope, se debió, como así lo consta-

tan ellos mismos, al desangre que ya se había efectuado por las heridas de bala."

En cambio, el señor Procurador, de acuerdo en el fondo con el recurrente, no acepta la plenitud demostrativa de lo que se acaba de transcribir, y estudiando el caso desde el punto de vista biológico, llega a la conclusión de que se ha hablado.

El estudio biológico de la cuestión, como lo hace el señor Procurador, ya se dijo que es muy importante, y se halla asentado en principios que la ciencia aprecia y reconoce en abstracto. Pero de que ello sea así, no se sigue precisamente que en el caso concreto contemplado tales principios tengan una aplicación exacta, indefectible, concluyente, porque si el autor de biología estudia el ser en los elementos que lo integran, en las circunstancias y condiciones que intrínseca y extrínsecamente le dan vida y eficacia, el penalista, o más adecuadamente, el juzgador, sin desconocer los enunciados científicos, debe ceñirse más ajustadamente al caso que se le presenta, para deducir de él, de acuerdo con las pruebas existentes, las conclusiones jurídicas que sirven de base para informar su criterio. Y es que, si bien es cierto que el homicidio, como en este caso concreto, no se considera jurídicamente realizado, mientras no se haya suprimido una existencia humana, no es menos cierto que para el llamado a administrar justicia, para quien se halla en cierta manera como guardián de la existencia humana, como protector de ésta y castigador del que la viola o atenta contra ella o en alguna forma la lesiona, la vida no se mide, ni se gradúa, ni se aprecia por su mayor o menor extensión, sino por lo que significa en sí misma; que tanto vale para su protección y amparo la vida que se halla en sus comienzos o la que está en la plenitud de su desarrollo, como la que está agotándose o por lanzar el último gemido.

Y que José Becerra aún tenía vida, es decir, no era precisamente un cadáver, como se ha pretendido sostener, lo está demostrando lo siguiente:

En primer lugar, aun cuando el dictamen de los peritos o reconocedores adolece de exactitud completa y de precisión cierta, según se ha visto, si alcanza a inclinarse a uno de los términos del dilema antes expuesto, o sea al de que Becerra se hallaba dentro de un síncope a virtud del desangre causado por la herida de bala del pulmón, ya que es inobjetable, conforme al parecer de ellos mismos, que la hemorragia interna sí fue efectivamente copiosa. Además, expresan que la herida ocasionada por Ovidio Rincón era, por su naturaleza, instantáneamente mortal. De otro lado, la duda que, a pesar de lo expresado, hace surgir en la mente del juzgador el propio reconocimiento pericial, acerca de si en realidad Becerra era cadáver o no cuando recibió la atroz cuchillada, se despeja en forma harto suficiente con lo manifestado por los testigos Cecilio Rincón, Hermilda Rodríguez, Antonio Castañeda y Elda y Carmen Rincón, todos los cuales corroboran lo expuesto con amplitud de detalles por el menor Valentín Moreno, cuya declaración cobra de esta manera fuerza demostrativa verdadera.

Y no se diga, como expresa el señor Procurador, tratando de aplicar a este caso la tesis biológica que él expone, siguiendo a algunos tratadistas sobre la materia, que si Becerra hubiera tenido vida cuando cayó, espontáneamente habría hecho esfuerzos para levantarse, a pesar del debilitamiento, por lo que afirma Cabanis al respecto, ya que habría sentido entonces la necesidad de moverse, de levantarse en reacción defensiva, impulsado por la terrible emoción de la muerte, etc., etc., porque, conforme a la misma biología y a la medicina en general, existen estados orgánicos, o mejor aún, patológicos, en que parece que se suspenden todas las manifestaciones de la vida. ¿Qué otra cosa es, por ejemplo, la catalepsis o catalepsia, enfermedad que se caracteriza por la suspensión completa de las sensaciones y de los movimientos voluntarios, con aptitud en los músculos para permanecer en la misma posición, o tomar y conservar la que se les comunique? ¿Qué otra cosa sucede también en la parálisis integral, sino la de la completa suspensión de los movimientos, a tal punto que la vida sólo se revela no pocas veces por la leve expresión de los ojos? ¿Qué pasa en quien ha recibido, a consecuencia de un choque violentísimo, un traumatismo general de tal naturaleza, que produce la clara impresión de ser un simple cadáver, por la falta total de todo movimiento y aun de la propia respiración? Y, sin embargo, nadie dirá que porque el cataléptico no se mueve ni se agita en alguna forma, o porque el paralítico no hace tales o cuales manifestaciones o movimientos, o porque el que se halla bajo el influjo del terrible choque recibido en un caso dado, no trata de levantarse; nadie dirá, se repite, que son cuerpos en los que no existe ningún ápice de vida, que ésta se ha extinguido completamente en ellos, que son meros cadáveres.

Es indudable que la nutrición, la generación, la movilidad y la receptividad son propiedades esenciales de la vida, pero propiedades generales dentro de la vida normal. El hecho de que alguna o algunas de éstas no existan en un determinado caso, no quiere decir precisamente que el ser que adolece de ellas ha dejado de existir, sino que no se halla normalmente dentro de las condiciones generales de los seres, es decir, que no tiene todas las propiedades biológicas que concurren a formar normalmente una vida normal. No hay duda también que muchas veces un ronquido, por ejemplo, no es otra cosa que la manifestación de un movimiento reflejo, o manifestación simplemente mecánica de la resonancia afectiva, que la vida, al escaparse, deja en la materia. Pero no sucede lo propio, en la generalidad de los casos, con los fenómenos de quejarse o resollar, los cuales, por su misma naturaleza, son manifestaciones de vida. Así lo enseña la ciencia, así lo comprueba sólidamente la medicina legal. De suerte que si al hecho de hallarse Becerra en síncope, como consecuencia clara y natural efecto de la abundante hemorragia interna producida por la herida del pulmón, se añaden escuetas manifestaciones apreciadas por los testigos de autos, tales como las de haber sentido que aquél se quejaba y resollaba, no hay duda de que aún conservaba restos de la vida, manifestaciones de existencia, que no eran simplemente de carácter reflejo o de mera resonancia afectiva. Y siendo lo anterior así, como lo es, no es dable sostener que se trata de un hecho materialmente imposible, por falta de comprobación del cuerpo del delito.

Las mismas consideraciones que anteceden están expresando que carece también de fundamento la segunda causal invocada, o sea la de injusticia notoria del veredicto, pues mal puede éste estar viciado de ella, teniendo, como se ha visto que tiene, respaldo en las comprobaciones del informativo.

La causal alegada por el recurrente, y que corresponde a la sexta del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, es la de haberse dictado la sentencia sobre un veredicto contradictorio, la que se hace consistir en el hecho de

no ser posible que se trate de dos homicidios, como lo expresa el cuestionario propuesto, siendo así que uno solo fue el muerto.

En relación con esta causal, basta considerar que no es que se trate de dos homicidios, sino de uno solo, cometido por dos personas, lo que claramente está previsto en la ley penal, como puede verse en el numeral 1° del artículo 22 del Código de la materia, cuando estima como autores del delito a los que lo cometen espontáneamente, ya en concurso recíproco, o ya solos o aisladamente, como en el caso que se contempla. Y no se diga que José Becerra hubiera muerto por causa de los disparos de arma de fuego que le hizo Luis Felipe Rincón, porque no es de eso de lo que aquí se trata; es que quedándole, como le quedaban, restos de vida a Becerra, a nadie le era dado ni lícito extinguírsela, apagársela por medio de otra agresión, como lo hizo Ovidio Rincón, con ferocidad inaudita, y esto, porque, según se ha dicho, la ley no estima la vida por su extensión, sino por la esencia de ésta en sí misma, que impone jurídicamente la obligación de que se le proteja, por más que se halle en precarias condiciones.

Carece, pues, igualmente de fundamento, la tercera causal invocada.

Cuanto a la cuarta y última causal alegada, o sea la de ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación y aplicación de ella, como se refiere principalmente a Luis Felipe Rincón, en lo que atañe al grado en que se calificó su delincuencia, y como lo relativo a este encausado quedó fuera de la casación por haber desistido expresamente del recurso, no hay lugar a considerar tal causal aquí.

Todo lo expuesto conduce a concluir que debe mantenerse firme la sentencia recurrida.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo que ha sido objeto de recurso en la parte en que lo ha sido.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Parmenio Cárdenas. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, abril veintiocho de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Al Jurado reunido en la presente causa para decidir sobre la responsabilidad de Rogerio Alvarez por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Isaías Orozco, le propuso el señor Juez del conocimiento, 2° Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, la siguiente cuestión única:

"¿El acusado Rogerio Alvarez, mayor y vecino de Busbanzá, es responsable voluntaria y criminosamente de haber dado muerte a Isaías Orozco, quien falleció a consecuencia de una herida que éste recibió en la región frontal izquierda, con arma cortante y punzante, hecho que tuvo lugar entre las diez y once de la noche del veintiuno de febrero de mil novecientos treinta y uno, frente a la tienda de chicheria de Ismenia Ducón, situada dentro de la mencionada población de Busbanzá?"

El Jurado contestó:

"**Sí, en riña provocada por el occiso y compañeros.**"

Sobre el anterior veredicto, proferido por unanimidad, el Juzgado dictó su sentencia de veintisiete de julio de mil novecientos treinta y dos, por medio de la cual, considerando el homicidio como simplemente voluntario (artículo 57, numeral 7°, en relación con el 600 del Código Penal), previa calificación de la delincuencia en el menor grado, condenó al encausado a la pena principal de seis años de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias.

Apelada la sentencia para ante el Tribunal respectivo, éste, en providencia de siete de octubre último, la confirmó en todas sus partes.

Contra el fallo del juzgador de segunda instancia interpuso recurso de casación el defensor del sentenciado, recurso que le fue concedido, y remitidos, en consecuencia, los autos a esta Sala de la Corte.

En este Despacho se le ha dado al negocio la tramitación que le es propia, habiendo llegado ya, por lo mismo, la oportunidad de resolver el recurso. A ello se procede en seguida, con base en lo alegado por el recurrente en el memorial en que lo interpuso, pues en el traslado que aquí se le concedió, no presentó ninguna otra alegación.

Dice el defensor del sentenciado, que funda el recurso en las causales siguientes:

"1ª Por ser la sentencia violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de la misma. (Causal 1ª, artículo 3°, Ley 118 de 1931).

"2ª Que la sentencia es violatoria de la ley penal, por estar en desacuerdo con el veredicto del Jurado. (Causal 4ª, idem).

"3ª Por ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta. (Causal 1ª, idem)."

La primera de las causales enunciadas, dice el recurrente que tiene su fundamento en que, según los principios universalmente consagrados en materia penal, la ley favorable tiene aplicación preferente sobre la restrictiva o desfavorable, la disposición posterior prefiere a la anterior, así como prefiere también la disposición especial a la general que, en consecuencia, se ha debido aplicar al caso de Rogerio Alvarez, en vez del artículo 600 del Código Penal, el 602 de la misma obra, que, en su concepto, es el adecuado y pertinente.

Se considera:

No hay duda que, conforme al principio constitucional —de universal aplicación, por cierto—la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Pero es indudable también que tanto esto, como la prevalencia de la disposición posterior sobre la anterior, tiene su efectividad en tratándose de cuestiones que versen sobre el mismo caso, pues si fueran casos contrarios o siquiera distintos, es obvio que no puede tener lugar la aplicación de tales principios. Igualmente es cierto que la disposición especial prefiere a la general, pero siempre y cuando que el caso que se tiene entre manos esté claramente comprendido dentro de la situación que se contempla en la respectiva disposición especial. Porque, así como en el caso presente, la disposición no abarca el que se estudia sino otro distinto, que tiene su aplicación precisa en una disposición general, ésta será indefectiblemente la que deba aplicarse. Ahora bien: que el caso aquí contemplado cae dentro de la disposición no sólo general sino generalísima del artículo 567, numeral 7°, y que para tal

caso la pena aplicable es la del artículo 600 del Código Penal, lo están diciendo con toda nitidez las probanzas de autos, estudiadas y analizadas por los juzgadores de instancia, de conformidad con el veredicto del Jurado. De suerte que tanto el Juez a quo como el Tribunal, si tuvieron muy bien en cuenta la apreciación que echa de menos el recurrente para la aplicación penal respectiva; con la diferencia de que aquéllos, al acomodar a la ley penal el veredicto de los Jueces de conciencia, si se basaron sobre constancias procesales, sobre deducciones ciertas, y sobre doctrina largamente asentada por la Corte, en tanto que el recurrente se limita apenas a ciertas apreciaciones y afirmaciones generales, sin respaldo ninguno en autos y sin demostración alguna.

Respecto de la causal segunda, o sea estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado, dice el recurrente que ella tiene su fundamento en el hecho de que si el Jurado hubiera querido la aplicación del artículo 600, habría contestado de manera simplemente afirmativa, sin modificación alguna, pero como modificó su respuesta, esa modificación debe interpretarse de manera favorable y no rigurosa, es decir, de acuerdo con lo que pretendió el Jurado, o sea la aplicación del artículo 602.

Se considera:

El Jurado emite su veredicto en conciencia, sin tener en cuenta la aplicación jurídica que a él deba darse, lo que corresponde precisamente al Juez Superior. De suerte que si el recurrente pretende penetrar en el fuero íntimo de los juzgadores de hecho para escudriñar el sentido recóndito de su conciencia en relación con el veredicto dado, allá él, ya que bien puede hacerlo desde un punto de vista abstracto; pero concretamente el querer del Jurado se transparenta es en su propio veredicto, el cual debe interpretarse y traducirse a la realidad legal y procesal. Y como esta realidad resalta más claramente de las consideraciones de los juzgadores de instancia que de las aseveraciones escuetas del sustentante del recurso, a aquéllas, mejor que a éstas, se atiene la Corte en el presente caso.

Cuanto a la tercera de las causales aducidas por el recurrente, y relativa a la interpretación del veredicto, causal que, por lo demás, viene, como las anteriores, desprovista de fundamento, ella queda apreciada suficientemente en las consideraciones que preceden.

Basta lo expuesto para que se concluya cómo es el caso de mantener en firme la sentencia recurrida.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, acorde con el concepto del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia que ha sido objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO — Parmenio Cárdenas. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Con la aclaración hecha en legal forma, y relativa al nombre y apellido del encausado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en sentencia de fecha cuatro de octubre del año próximo pasado, confirmó la del Juzgado Superior de Cúcuta, de seis de julio del propio año, por medio de la cual se condenó a José Tomás Quintero o José Quintero Acosta, previo el veredicto afirmativo del Jurado, calificada su delincuencia en el mayor grado, y con aplicación del artículo 600 del Código Penal, en relación con el 587 de la misma obra, a la pena principal de doce años de presidio y a las correspondientes incorporales accesorias.

Contra el fallo del juzgador de segunda instancia interpuso recurso de casación, invocando como causal la prevista en el ordinal 5º de la Ley 118 de 1931, y las demás, dice, que alegue ante la Corte su apoderado.

Concedido el recurso, y enviados los autos a este Despacho, se procede a resolverlo, agotada como está la tramitación legal del caso.

En el traslado que aquí se concedió al recurrente, presentó éste su memorial en que alude nuevamente a la causal de injusticia notoria, pero sin hacer al respecto la más mínima alegación. Por este motivo, y, sobre todo, por no haber sido debatida esta cuestión en ninguna forma en las instancias, no hay lugar a considerar nada acerca de tal causal.

También invoca el recurrente la causal primera del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, o sea la de ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma, manifestando que se violó el artículo 123 del Código Penal, por habérsele calificado su delincuencia en primer grado, siendo así que no existe comprobada su mala conducta anterior. Para tal efecto acompaña un número de copias encaminadas a demostrar que él no es responsable de la muerte de Luis Quintero Acosta, como se ha expresado por el juzgador de segunda instancia, sino que más bien es ofendido, por ser el occiso su hermano. Respecto de este punto debe manifestarse de una vez, que el Tribunal aludió a tal hecho de manera secundaria, y no como fundamento de la mala conducta anterior del sentenciado, la cual ha tenido por base principalmente el delito de homicidio y heridas cometido por el recurrente el treinta de noviembre de mil novecientos veinte, según las claras constancias que obran en autos, delito por el cual fue condenado por el Juzgado Superior de Pamplona y por el propio Tribunal, en sentencias de veintiocho de septiembre y seis de junio de mil novecientos veintinueve, respectivamente, y que se hallan ejecutoriadas. La circunstancia de haber sido dictadas tales providencias con posterioridad a la comisión del segundo delito, es decir, del que aquí se trata, es lo que ha hecho imposible en este caso la aplicación de los artículos 141 y 142 del Código Penal. De manera que son absolutamente improcedentes las copias adjuntas por el recurrente, toda vez que su mala conducta anterior, la que se halla sólidamente comprobada, se acreditó por otros hechos distintos de aquellos a que se refieren las copias, hechos que, si no permitieron, por lo que se acaba de consignar, calificar al acusado como reincidente, sí han dado lugar, en cambio, a establecer con todo fundamento legal la agravante de su mala conducta.

El recurrente no ataca ninguna otra agravante de las que tuvo en cuenta el Tribunal para la calificación de la delincuencia en el mayor grado. Pero el señor Procurador, en su vista, sí considera que la embriaguez, que también adujo el juzgador de segunda instancia en su fallo, no se ha debido computar en el presente caso como agravante. Sin embargo, no es preciso entrar a apreciar

si efectivamente tal agravante se ha debido o nó tener en cuenta, porque aun descartada ella, quedaría siempre un número plural de agravantes, que sustenta la calificación en primer grado, como lo manifiesta el mismo Jefe del Ministerio Público. Y, como de otro lado, ni éste ni el recurrente han intentado en lo más mínimo demostrar la existencia de las circunstancias atenuantes, que pudieran, en concurrencia con las agravantes, dar lugar a la calificación de la delincuencia en segundo grado, síguese que no es el caso de considerar el recurso por este aspecto, y que, consecuencialmente, debe mantenerse firme la sentencia recurrida.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el parecer del señor Procurador, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo que ha sido objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en **la Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Parmenio Cárdenas. Ignacio González Torres- Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, mayo doce de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

El Juzgado 3º en lo Criminal de este Circuito, en fallo de fecha veintitrés de julio de mil novecientos treinta y uno, condenó a Juan de Jesús Carranza por el delito de heridas en la persona de su hermana Margarita Carranza, a la pena principal de siete años y medio de presidio, dando aplicación a los artículos 645, inciso 1º, y 653 del Código Penal, y calificando previamente la delincuencia del acusado en el primer grado. También lo condenó a las accesorias legales correspondientes.

De la providencia condenatoria del Juzgado apeló, tanto el sentenciado como su defensor, y el Tribunal respectivo, en sentencia de veintiséis de septiembre del año próximo pasado, revocó la del juzgador de primera instancia, para en su lugar absolver, como en efecto absolvió, al procesado.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso oportunamente recurso de casación el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior, invocando las causales primera y cuarta de la Ley 118 de 1931; pero tal recurso le fue negado por considerar el Tribunal que la ley no lo concede contra sentencias definitivas absolutorias.

El Fiscal, entonces, con copia de lo conducente y dentro de los términos legales, recurrió de hecho ante la Corte, y esta Sala, en proveído de 30 de enero del corriente año, estimó que sí era procedente el recurso interpuesto, por lo cual dispuso concederlo, pidiendo, en consecuencia, el expediente al Tribunal, para los fines legales consiguientes.

Surtida ante este Despacho la tramitación propia del recurso, se procede a resolver lo que fuere del caso, para lo cual se considera:

Las razones expuestas por el señor Procurador, en su vista de cuatro de los corrientes, y relativas al hecho de no ser procedente, en su concepto, el recurso de que aquí se trata, hubieran estado adecuadamente expresadas cuando se le notificó el auto en que la Corte concedió el recurso de casación, es decir, en que resolvió el recurso de hecho, auto del cual, por ser interlocutorio, había podido pedir reconsideración; pero lo que es ahora carecen de toda oportunidad, ya que no se trata en este momento de resolver sobre admisibilidad o inadmisibilidad, sino de apreciar en sí mismo el recurso ya concedido. Puede decirse, pues, con todo fundamento, que las consideraciones del Jefe del Ministerio Público están fuera de lugar. Pero, como en realidad de verdad, ese es su punto de vista, el recurso en cuanto a él se refiere, se halla desierto. Lo propio sucede con lo que atañe al señor Fiscal 1º del Tribunal Superior, quien, en su calidad de recurrente, no cumplió con el deber ineludible de sustentarlo ante esta Sala de Casación, siendo así que a fundamentarlo y sostenerlo estaba, si cabe, excepcionalmente obligado, pues fue a virtud de su iniciativa y gestiones como se resolvió, en un caso como éste, conceder el recurso negado por el Tribunal, precisamente para tratar de salvaguardiar en lo posible, y llegado el caso, obrando dentro de la mayor amplitud jurídica, los fueros de la justicia. Extraña, pues, sobremanera, esta Sala de la Corte, la actitud negativa y silenciosa del señor Fiscal en este particular. A no ser que el señor Agente del Ministerio Público pensara que la Corte podía entrar oficiosamente a estudiar en el fondo el recurso, lo que no es dable suponer en quien debe conocer suficientemente lo que es la casación.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara desierto el presente recurso de casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—**Parmenio Cárdenas. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R.**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veinticuatro de mayo de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Trujillo Arroyo).

El Jurado que intervino en la presente causa criminal profirió su veredicto así:

"¿El acusado Leonidas Gualteros es responsable, sí o nó, de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente a Francisco Barragán, quien falleció a consecuencia de una herida que le fue ocasionada con proyectil de arma de fuego (escopeta), hecho ocurrido como a las cinco de la tarde del día diez y siete de marzo de mil novecientos treinta, en la ramada de propiedad de Jesús Barragán, situada en la vereda de **Minipí**, de la jurisdicción de Pauna?"

La mayoría del Jurado contestó:

"Sí."

"¿El acusado Leonidas Gualteros cometió el hecho a que se refiere la pregunta anterior, con alguna o algunas de las circunstancias siguientes: encontrando a la víctima desprevenida e indefensa, y con alevosía o a traición y sobreseguro?"

La misma mayoría contestó:

"Sí."

En acatamiento al veredicto, el Juez Superior impuso al procesado la pena de veinte años de presidio y sus

accesorias, como responsable de homicidio con caracteres de asesinato, en sentencia de cinco de agosto último, que el Tribunal Superior de Tunja confirmó, con fecha veintiuno de noviembre del mismo año (mil novecientos treinta y dos).

Dentro de la oportunidad legal el defensor interpuso recurso de casación, con fundamento en la causal quinta, por considerar viciado el veredicto de injusticia notoria, según ya lo había alegado en la instancia.

Afirma que la decisión del Jurado está en pugna con los hechos plenamente comprobados en el proceso por medio de las declaraciones de Tomás y Juan José González, Gabino y Desiderio Orjuela, producidas por la defensa, y de las que, en sentir del recurrente, se desprende la absoluta inocencia de Gualteros o una responsabilidad atenuada.

Dice que el Tribunal desechó esos testimonios porque no determinaron las características personales de los asaltantes gratuitos de su defendido, ni la fecha del suceso; y también por considerarlos sospechosos, como posibles compañeros de presidio del acusado.

Para rebatir esa tesis afirma que si bien es cierto que en tales testimonios no hay la precisión echada de menos por el Tribunal, también lo es que los testigos ponen de relieve hechos que respaldan lo manifestado por su defendido en la indagatoria sobre el ataque de que fuera víctima, lo cual—dice—lo coloca en situación jurídica de exculpabilidad, o de responsabilidad atenuada; y que si no hay precisión en el dicho de los declarantes, ello se debe a que presenciaron los hechos desde alguna distancia, como lo explican al dar su testimonio. En cuanto a la circunstancia de que esos testigos estuvieran presos, estima que no es valedera la tacha, puesto que después se les dio libertad incondicional, sin que tampoco les reste probidad el hecho de ser vecinos de la Provincia del occidente de Boyacá, en donde abunda el falso testimonio.

Se considera:

Antes de que sucedieran los hechos sobre que versa el presente juicio, el día diez y siete de noviembre de mil novecientos veintinueve, Arturo Gualteros, hermano de Leonidas, hirió a Eliecer y a Francisco Barragán. El diez y siete de marzo siguiente, en la enramada de Jesús Barragán, a eso de las cinco de la tarde, se encontraba su hijo Francisco Barragán en compañía de Salvador Espitia, Evangelista Castañeda y Carlos Barragán, atareados en envasar miel, cuando apareció detrás de uno los machones Leonidas Gualteros, y saludó a los circunstantes con breves palabras; al oírlas Francisco Barragán, que se hallaba agachado, levantó la cara, y en el acto Gualteros le disparó su escopeta, como a una distancia de tres o cuatro metros, causándole en el tórax una herida que le produjo la muerte pocos momentos después. Así lo declaran Salvador Espitia, Evangelista Castañeda y los hermanos del occiso, Herminio Barragán y el denunciante Abel Barragán. Igual relato hace Carlos Barragán, sobrino de la víctima.

Leonidas Gualteros en su indagatoria (folio 22 vuelto, cuaderno 1°), manifiesta que por sorpresa lo atacaron a palo y machete Carlos y Francisco Barragán, mientras le llamaban la atención, insultándolo, seis personas más, a saber: Abel Barragán, Eliecer Barragán, Herminio Barragán, Antonio Pinilla, Salvador Espitia y Evangelista Castañeda, de quienes afirma que, armados en la misma forma, también concurrieron al ataque, del que se salvó, no por medio de la fuga, pues Reinaldo Barragán, con una peinilla le cortó la retirada, sino invocando a la Virgen, y dando un salto por en medio de los atacantes, no sin dejar de recibir varios garrotazos. Que al llegar al cáreamo de la hornilla en la enramada, se cayó sobre un montón de leña, levantando su escopeta para defenderse, y que entonces sintió un disparo por el estrujón de los garrotazos que le descargaban, de lo cual resultó muerto Francisco Barragán.

Algo se acerca a este relato el dicho de Desiderio Orjuela, niño de diez años de edad, hijo de Gabino, como puede verse al folio 80. Este Gabino Orjuela declara también sobre el ataque de varios tipos, de la defensa con la escopeta, del resbalón en la leña, de la caída y el disparo (folios 47, cuaderno 1°, y 29 vuelto, cuaderno de pruebas). Juan José González y su hermano Tomás, dicen que al pasar Gualteros por una enramada, a palo y machete lo atacaron cuatro personas; que el agredido usó de su escopeta como puente para parar los golpes, que cayó para atrás, y entonces se le vinieron encima los atacantes; que luégo vino el disparo, y no vieron nada más (folio 13 y vuelto, cuaderno de pruebas). Tales son los testimonios a que se alude en casación para alegar la injusticia notoria del veredicto.

Pero si, efectivamente, Leonidas Gualteros hubiese sido víctima de un cauteloso ataque preparado contra él por nueve personas armadas—como él dice—de garrotes y machetes, sin duda no habría tenido oportunidad de hacer un relato tan fantástico y patético en su indagatoria, pues indefectiblemente habría perdido la vida, a menos que en su favor obrara un verdadero milagro. Es evidente, por lo mismo, que su relato es inverosímil, y que los testimonios discordantes que se aducen para corroborarlo son altamente sospechosos, como lo expresa el Tribunal en los motivos de su fallo. Gabino Orjuela, en su condición de expresidiario del Panóptico de Tunja, a donde fue por condena a cuatro años como responsable de heridas; los hermanos González, Juan José y Tomás, por la vaguedad de sus afirmaciones, y por la elocuente circunstancia de hallarse detenidos al mismo tiempo que Gualteros, y venir a declarar en el plenario sin que hubieran comparecido en el informativo a raíz de los acontecimientos. La misma imprecisión se encuentra en el dicho del niño Orjuela.

Hay, pues, mucho de artificial en la prueba de descargo. No puede llevar a la convicción de que los hechos sucedieran como lo ha venido alegando la defensa, y menos aún que haya evidencia al respecto.

El recurrente no ataca en concreto los fundamentos del fallo por lo que respecta a las pruebas del cargo, ampliamente analizadas en las sentencias del Juez y del Tribunal, ni se detiene siquiera en el análisis de los mismos testimonios que invoca en favor de su tesis. Se contenta con referirse a sus alegaciones en instancia, sin recordar que el estudio en casación debe ceñirse a los motivos por los cuales se acusa el fallo de segunda instancia, en demanda ajustada a la ley, y que, en consecuencia, el respectivo escrito debe contener en sí mismo la acusación, y no en forma de referencias y alegaciones que se suponen estudiadas y apreciadas en la instancia.

Nada hay que demuestre la contraevidencia en el veredicto. Menos aún si se tiene en cuenta el amplio debate que precedió a la decisión de los Jueces de hecho, como consta en las actas de audiencia, levantadas con una encomiable minuciosidad. La acusación y la defensa agotaron el examen de las pruebas, de tal modo que

los argumentos de ahora son, en sustancia, una repetición de los que entonces hizo valer el representante del acusado. Sólo que en casación, según queda dicho, ni se rebate ni se analiza la prueba de cargo que sustenta el fallo condenatorio, y ello sería suficiente para sostenerlo, si no obraran también las consideraciones hechas para hallar injustificada la causal quinta que el recurrente invoca.

En tal virtud, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el señor Procurador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, materia del presente recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—Parmenio Cárdenas. Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, mayo treinta de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor González Torres).

Al Jurado convocado y reunido por el señor Juez 2º Superior de Buga para decidir acerca de la responsabilidad de Aníbal Velásquez Neira, por el delito de homicidio en la persona de Zoila Rosa Londoño Elejalde, delito por el cual fue llamado a responder en juicio, le propuso aquel funcionario la siguiente cuestión única:

"¿El acusado Aníbal Velásquez Neira es responsable, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte voluntariamente, y con arma cortante y punzante a Zoila Rosa Londoño Elejalde, hecho que tuvo lugar el diez y ocho de mayo de mil novecientos treinta y uno, en la población de Caicedonia, comprensión de este Distrito Judicial?"

Como el Jurado contestara de manera sencillamente afirmativa, sobre tal veredicto el Juzgado del conocimiento profirió su sentencia de fecha veinticinco de julio del año pasado, por medio de la cual, considerado el homicidio como voluntario, calificada la delincuencia en el menor grado, y con aplicación del artículo 600 del Código Penal, condenó al encausado a la pena principal de seis años de presidio y a las accesorias consiguientes.

Apelado el fallo para ante el superior, éste lo confirmó en todas sus partes, en providencia que lleva fecha veinte de octubre último.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el defensor del condenado, recurso que le fue concedido.

Llegado el negocio a este Despacho, y tramitado en legal forma, es el caso de proceder a resolver la casación interpuesta, para lo cual se considera:

Durante el traslado que aquí se concedió al recurrente, manifiesta éste respecto de su recurso:

"Fundé el memorado recurso—dice—en las causales primera, segunda y tercera del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, en primer lugar por ser la sentencia violatoria de la ley penal, por haberla aplicado indebidamente; en segundo lugar, por ser dicha sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se dictó sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley, y en tercer término, por ser la aludida providencia violatoria de la ley, por cuanto hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito."

En seguida el recurrente remite a la Corte los escritos presentados por él ante los juzgadores de instancia, escritos cuyas razones ha debido reproducir, si era el caso, en vez de remitir a ellos, pues la Sala, en casación, no puede tener en cuenta sino las consideraciones que se consignen expresamente contra el fallo recurrido, máxime cuando no es dable suponer que éste pueda ser susceptible de un ataque previo, es decir, antes de haberse dictado, ya que en realidad de verdad esto significa el remitir a escritos presentados con anterioridad a la sentencia materia del recurso.

El recurrente, a través de su alegación, estudia principalmente la causal de error en la denominación genérica del delito, esto es, que se trata de un delito de heridas simplemente, y no de homicidio, basado en las apreciaciones que hace acerca de los reconocimientos periciales. Como deducción de ello, alude apenas a la existencia de las causales primera y tercera de la Ley 118 de 1931, en su artículo 3º.

El señor Procurador, por su parte, también considera que la segunda causal de casación, que es a la que más a fondo se refiere el recurrente, está plenamente justificada, y hace al respecto alguna ligera consideración para indicar que así se desprende de las pruebas de autos (reconocimientos periciales).

Debe, pues, estudiarse el recurso de acuerdo con los motivos cuya síntesis se ha expuesto.

Ante todo, cabe hacer relación de los conceptos periciales que han servido de base a las alegaciones en contra de la sentencia recurrida.

El primero de tales reconocimientos expresa que la Londoño Elejalde sufrió un herida "al parecer con arma cortante y punzante (como cuchillo), situada en el externón izquierdo, que mide tres centímetros y un milímetro de longitud, un centímetro y un milímetro de latitud; la profundidad no se puede dictaminar, por ser una herida de carácter delicado, y es imposible sondearla. Esta herida interesó la epidermis, el tejido celular, y distante centímetro y medio del músculo de la mamaria izquierda, y cuya herida no puede ser suturada; y con buen régimen dietético y curativo puede ocasionar a la ofendida una incapacidad de quince días, poco más o menos, salvo consecuencias o complicaciones por razón de ella....."

Los mismos peritos practicaron luégo como diez reconocimientos más, y al cabo, el doce de junio de mil novecientos treinta y uno, dijeron que había cesado en la ofendida toda incapacidad, y fijaron definitivamente ésta en veinticinco días, por cuanto la herida había sanado en absoluto, sin otras consecuencias. A pesar de este concepto pericial, de sujetos que no son facultativos, la Londoño Elejalde murió el veintiocho del citado mes de junio, y entonces otros individuos, que tampoco son facultativos, practicaron la autopsia, encontrando en el cadáver de la ofendida una herida cicatrizada, según expresan, recientemente, en la línea escapular izquierda, interesando una pequeña parte de la mamaria. Habiendo procedido a cosar, encontrámos que el arma punzante o cortante, con que fue herida, penetró en sentido obli-

cuo, es decir, de izquierda a derecha, interesando los tejidos y una pequeña parte, en la parte superior de la pleura. No fue ofendido el corazón, ni los pulmones, ni el hígado, ni venas arteriales. El pulmón izquierdo se encontraba demasiado congestionado, hallándose en ambos pulmones una cantidad no menor de ocho litros de pus, formada a consecuencia de la inflamación de la pleura, materia que habiendo tratado a la enferma un médico legalmente graduado, y con conocimiento al respecto, con una operación en oportunidad, fácil es o hubiera sido salvarle la vida; pues en nuestro concepto la herida no era mortal. Esta mujer, en nuestro concepto, y según su desarrollo y aspecto físico, su edad era de diez y siete años, muy poco más o menos. Y fue esta la causa de la muerte, en nuestro concepto"

Para saber con el mayor acierto posible, cuáles eran en realidad las características de la herida recibida por la Londoño Elejalde, y sus verdaderas consecuencias, se solicitó el concepto de la Oficina Médicolegal de Cali, cuyos facultativos expresaron en definitiva lo siguiente:

"Hemos leído detenidamente las exposiciones hechas por los peritos que intervinieron, tanto en el reconocimiento de la herida hecha con instrumento cortante y punzante sobre el plastrón external, lado izquierdo, herida que sufrió la Londoño el día diez y ocho de mayo del corriente año, como la autopsia de la misma, que se verificó el veintiocho de junio siguiente, es decir, treinta y ocho días después de haber sido herida. En esta exposición se afirma que el instrumento cortante y punzante no sólo interesó la piel y capromusculares, sino también la pleura, determinando así un herida penetrante del tórax. Las heridas penetrantes del tórax son muy graves, y pueden dar lugar a peligrosas complicaciones (como una hemotórax, pleuresía purulenta), que puede ser causa de muerte, aunque no sean necesariamente mortales. Así, la complicación que se presentó en la occisa Londoño, por penetración del instrumento cortante y punzante en la cavidad torácica (herida séptica), determinó el desarrollo de una pleuresía purulenta. Esta pleuresía, tratada científica, cuidadosa y asiduamente, habría podido ser curada, con una incapacidad legal no menor de cuarenta días."

Conforme a los dictámenes precedentes, no hay duda que los hechos respecto de la lesión en sí misma, son estos: Rosa Londoño Elejalde recibió en la pared torácica anterior (región external izquierda), una herida hecha con instrumento cortante y punzante, que interesó la piel de la región, los tejidos musculares y los órganos contenidos en la cavidad torácica, comoquiera que fue penetrante de dicha cavidad. La herida en referencia dio lugar a una hemorragia interna abundante, derrame que luégo se infectó, dando margen a una pleuresía purulenta, que ocasionó la muerte de la Londoño Elejalde. Ahora bien: cabe preguntar: ¿la muerte fue debida a la herida considerada en sí misma o a la complicación presentada, por haber sobrevenido la pleuresía purulenta?

De acuerdo con los principios de la medicina legal, es evidente que las heridas penetrantes del tórax son sumamente graves, y con frecuencia dan lugar a la muerte de la persona que las recibe, aun cuando no se puedan considerar, en todos los casos, como esencialmente mortales. En este caso particular, la herida no dio lugar a la muerte por sí misma, sino mediante la presentación de la complicación infecciosa, es decir, de la pleuresía. Pero no hay duda de que esta complicación es una consecuencia neta de la herida recibida, pues así se desprende de los dictámenes, especialmente del último. Siendo esto así, como lo es, no hay duda tampoco de que el caso queda claramente comprendido dentro del artículo 619 del Código Penal, como lo estimó el Tribunal, pues la consecuencia y efecto natural de la herida recibida por la Londoño Elejalde, fue precisamente el de que se ha hecho mérito.

Y no se diga que los conceptos del recurrente, en cuanto se refieren al reconocimento y autopsia, están indicando otra cosa, porque tales conceptos contradicen claros principios de las ciencias médicas, a más de que tergiversan los hechos afirmados en las diligencias respectivas de que se ha venido hablando. Y en efecto: primeramente, el hecho de que se hubiera presentado la pleuresía, indica con toda claridad que el instrumento vulnerante había interesado la pleura. En segundo lugar, "la trayectoria de tal instrumento" está descrita por los peritos, cuando dicen:

"..... penetró en sentido oblicuo, de izquierda a derecha, interesando los tejidos y una pequeña parte de la parte superior de la pleura."

Además, es perfectamente aceptable el hecho de que el instrumento vulnerante que interesó el tórax en la región external izquierda, haya seguido una dirección oblicua ascendente, llegando a la parte superior del pulmón, cubierta por la pleura; y entiéndase que la palabra ápice no quiere decir que el pulmón termine arriba en una punta, sino que así se llama su parte superior, más o menos redondeada y roma. Y tan fácil es, que el instrumento vulnerante que penetra al tórax por la región mencionada, se deslice en dirección ascedente hacia el ápice, y descienda hacia la base, que eso sucede frecuentemente en esta clase de lesiones.

Las consideraciones anteriores están demostrando que no hubo error en la denominación genérica del delito, como lo pretende el recurrente, con base en la causal segunda, pues el juicio no se halla viciado de nulidad sustancial, ya que al hecho cuestionado se le dio exactamente la denominación que le correspondía, según las constancias de autos. Tampoco existen comprobadas, por lo mismo, las causales primera y tercera, insinuadas, pero no demostradas por el recurrente, ya que simplemente las hace deducir de la causal segunda, claramente improcedente, según se ha visto.

Cuanto a que esta Sala de la Corte, en otros fallos, que cita el recurrente, ha resuelto de conformidad con lo que en el presente asunto solicita, fácil es verificar con la atenta lectura de tales fallos, que los casos allí contemplados son diferentes, tanto en sus antecedentes y consecuencias como en las circunstancias de que estuvieron rodeados, al que ahora se estudia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, el fallo que ha sido objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

JUAN C. TRUJILLO ARROYO—Parmenio Cárdenas, Ignacio González Torres—Maximiliano Galvis R., Secretario en propiedad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, abril diez y nueve de mil novecientos treinta y tres.

En el juicio ordinario promovido por el doctor Jesús María Henao de Francisco contra la Nación y sobre indemnización de perjuicios, el apoderado doctor Gerardo Melguizo, en tiempo hábil y con fundamento en la disposición del artículo 708 del Código Judicial, relacionado con el 669 de allí, tachó al perito doctor T. Villa H., nombrado por el Magistrado sustanciador en el caso del artículo 706, ordinal 3º de la obra citada.

Tramitada la articulación con intervención del señor Procurador General de la Nación, parte contraria en el juicio, y recibidas las pruebas correspondientes, se procede a decidir lo que se estima jurídico.

En su alegato el articulante desarrolla los fundamentos de la tacha opuesta, así:

"El artículo 708 del Código Judicial dispone que los peritos son tachables como los testigos, y el 669 de la misma obra considera impedidos para declarar por parcialidad que se supone:

'En el que es parte en el pleito, en los empleados subalternos que están viviendo del sueldo o remuneración que dicha parte les paga, y en los sirvientes o criados domésticos.'

"Por manera que apoyado en estas pertinentes y claras disposiciones me vi impelido a plantear ante vuestro despacho la tacha del perito doctor Villa Hausler, cuyo carácter de empleado subalterno de la Nación, lo inhabilitaba para conceptuar en un proceso donde se juegan intereses de la entidad de derecho público que paga o retribuye servicios al mismo perito en el juicio."

Continúa luégo el articulante en su alegato haciendo consideraciones quizá no del todo pertinentes a la demostración de la tacha, que en último término ha pretendido extender al otro perito doctor Uribe Olarte y que con respecto a éste no pueden tenerse en cuenta porque debe estimarse la tacha como opuesta fuera de término, según la disposición del artículo 709 del Código Judicial.

Por su parte, el señor Procurador General de la Nación se opone a la admisión de la tacha, fundado en estas razones:

"Consiste la tacha que contra dicho perito se propone en el hecho de que al tiempo de rendir su dictamen desempeñaba el puesto de médico del servicio de la Escuela Militar de Cadetes de esta ciudad, y recibía en consecuencia remuneración de la Nación por sus servicios.

"Cierto es que el numeral 2º del artículo 669 del Código Judicial considera impedidos para ser testigos, y por consiguiente para ser peritos, a los empleados subalternos que están viviendo del sueldo o remuneración que la parte les paga y a los sirvientes o criados de ésta.

"Pero considero que esta disposición no puede referirse sino a los empleados de personas particulares y no a los empleados públicos, porque si el hecho de recibir un sueldo de la Nación fuera motivo de tacha para declarar o dictaminar en juicio, con la misma y aun con mayor razón tendrían que estar impedidos para juzgar los pleitos nacionales los Magistrados y Jueces que reciben sueldo del Tesoro Público, lo cual sería absurdo. La razón por la cual se considera impedido el empleado que vive de un sueldo para declarar o dictaminar en juicio de su patrón, es que el temor a perder su posición ventajosa le haga torcer su criterio. Y esta razón no existe por parte de los empleados nacionales, pues la Nación en sus leyes no puede haberse considerado a sí misma de mala fe y sujeta a tomar esas revanchas indignas contra los empleados cuya conciencia los obligase a fallar dictaminar o declarar contra sus intereses. En sana crítica, pues, no puede esta disposición comprender a los empleados nacionales.

"El tenor de la disposición da cabida perfectamente para la interpretación anterior, porque al hablar la ley de empleados que están viviendo de sueldo o remuneración que dicha parte les paga y los sirvientes y criados de ésta, claramente se ve que se trata de una parte que puede tener sirvientes y criados, y sabido es que éstas denominaciones las reserva el lenguaje para ciertos servidores de personas particulares, ya que los que desempeñan oficios semejantes al servicio de la Nación, entran en la denominación general de empleados nacionales.

"Por lo demás, aún en la hipótesis contraria, el artículo citado declara impedidos no a los que simplemente reciben un sueldo o remuneración de alguna de las partes, sino a los que están viviendo de dicho sueldo o remuneración. No basta, pues, demostrar, como lo ha demostrado el demandante, que el doctor Villa Hausler recibía un sueldo de la Nación, sino que es necesario que pruebe, lo que no ha hecho, que este sueldo es la fuente principal de que el perito tachado se sostiene.

"Considero, pues, que por no referirse el artículo 669 a los empleados públicos, y porque no se ha demostrado que el doctor Villa Hausler vivía del sueldo que recibía de la Escuela Militar, no debe declarársele adolecido de tacha, y viciado por parcialidad su dictamen."

La Corte agrega:

Según los expositores, es perito "la persona conocidamente hábil e instruída en la ciencia y arte a que pertenezca el punto sobre que ha de oírse su concepto," o en otros términos, "la prueba pericial se tiene cuando el Juez confía a personas técnicas el oficio de examinar una cuestión de hecho que exige conocimientos especiales, para obtener de ellas un parecer jurado."

De manera que la regla general para determinar la condición de perito estriba en el carácter técnico de la persona que con el reconocimiento de su ciencia se designa para que dictamine; y la excepción consiste en los motivos de tacha o de recusación establecidos por la ley por razones de moralidad y otras circunstancias que determinan o al menos hacen presumible parcialidad en los juicios que los técnicos reconocidos puedan emitir en los casos previamente determinados por la ley.

Entre las tachas señaladas por la ley, relativas así a los testigos como a los peritos, el numeral 2º del artículo 669, mediante una presunción de parcialidad, considera impedidos para declarar o dictaminar a los "empleados subalternos que están viviendo del sueldo o remuneración que dicha parte les paga."

Es evidente que esta disposición es excepcional y también lo es que la ley procedimental citada, refiriéndose a los empleados públicos, sólo priva a los empleados judiciales o del Ministerio Público el ser nombrados peritos, según el artículo 17 de la citada Ley; de suerte que a la disposición del artículo 669, ordinal 2º, no se le pue-

de dar la extensión que el articulante pretende, porque si tal hubiera sido el intento del legislador, evidentemente no hubiera dejado por fuera del artículo 17 a los demás empleados no mencionados en él.

Y esto es razonable, porque fundada la tacha establecida en el numeral 2° del artículo 689 del Código Judicial en la relación de dependencia existente entre la parte y su empleado subalterno, considera que éste se halla carente de la libertad que es necesaria para decir la verdad o emitir su parecer en contra de los intereses de su patrón; empero, de que esto sea así, no se sigue que se hallen en idéntica condición los empleados públicos al servicio del Estado en pleitos en que éste interviene como parte, porque ellos no derivan su investidura ni tampoco sus emolumentos, de una persona privada que esté en capacidad de coaccionarlos de modo directo, sino de la entidad pública que desde este punto de vista es esencialmente abstracta y cuyos intereses están muy por encima del criterio con que los particulares pueden mirar los propios. Los empleados públicos encargados de la administración, bien se trate de la legislativa, de la ejecutiva o de la consultiva, gerencian con la mira del interés común; y este interés por más acendrado que se considere nunca puede equipararse al de los particulares que obran en beneficio exclusivo de su patrimonio individual; de consiguiente, no se puede aplicar el criterio establecido en la disposición que formula la tacha, que no puede referirse sino a los empleados subalternos de los patrones particulares y no a los empleados públicos.

Y contribuye a reforzar este criterio la consideración de los absurdos prácticos a que se llegaría con la doctrina contraria, porque, ¿no son empleados públicos desde el punto de vista, del concepto general, los Jueces y Magistrados que deben conocer de los negocios en que interviene el Estado como parte de derecho civil? ¿Y no son también oficiales públicos que reciben la investidura del respectivo Juez, los peritos que intervienen en los juicios emitiendo su parecer en beneficio de la justicia? ¿Y así los Magistrados como los Jueces no reciben sus sueldos del Estado, y los peritos no reciben sus honorarios de las respectivas partes? Y con la generalización de la doctrina ¿no se llegaría a negar la facultad que tienen de administrar justicia aquellos funcionarios y a desconocer la capacidad jurídica que los peritos tienen para rendir su concepto una vez posesionados?

Estas razones son suficientes para concluir que no aparece probada la tacha propuesta y así se decide condenando en costas, como en efecto se condena, a la parte que promovió la articulación. Tásense oportunamente.

Cópiese y notifíquese; insértese en la **Gaceta Judicial**.

ENRIQUE A. BECERRA—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá mayo tres de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Según providencia de veintiocho de julio de mil novecientos treinta y uno, esta Sala de la Corte Suprema decretó la acumulación de los autos relativos a los juicios seguidos contra la Nación por Restrepo & Robledo y por la Compañía Colombiana de Seguros, al juicio que contra la misma entidad sigue The Maritime Insurance Company, Limited, "a efecto—dice—de que tales juicios sigan en uno solo y se fallen mediante una sola sentencia." A dictar ésta se procede hoy, estando surtida la tramitación de la segunda instancia, sin que se advierta en los autos ninguna causal de nulidad, previa la citación respectiva y mediante las siguientes consideraciones:

Demanda de Restrepo & Robledo.

Según libelo de fecha tres de mayo de mil novecientos veintiocho, el señor Luis Restrepo Millán, en su carácter de apoderado especial de los señores Restrepo & Robledo y en nombre de esta entidad, demandó a la Nación para que "previos los trámites de un juicio ordinario, y con citación y audiencia del respectivo Agente del Ministerio Público, o sea el señor Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá, se le condene a pagar, dentro del término que señale la sentencia, la cantidad de seis mil doscientos noventa y tres pesos siete centavos ($ 6,293-07), más los intereses correspondientes desde el día en que ocurrió el siniestro."

Esta demanda, presentada ante el Tribunal Superior de Bogotá, tuvo por hechos generadores de la acción, los que siguen, expuestos por el demandante, así:

"1° El día catorce de febrero de mil novecientos veintisiete, ocurrió en el puerto de Girardot, en lugar contiguo a las bodegas del Ferrocarril del mismo nombre, un incendio que destruyó varios cargamentos de mercancías.

"2° En dicho incendio la sociedad colectiva de comercio domiciliada en esta ciudad, y denominada Restrepo & Robledo, sufrió una pérdida de $ 6,293-07, valor de las mercancías incendiadas, y el deprecio sufrido por avería de lo poco que les quedó en el salvamento.

"3° El mencionado incendio fue causado por culpa, es decir, hecho, negligencia, omisión o descuido de la Empresa del Ferrocarril de Girardot, o de sus empleados.

"4° El Ferrocarril de Girardot es una Empresa perteneciente a la Nación y explotada por la misma.

"5° Los señores Restrepo & Robledo me han conferido poder para exigir judicial o extrajudicialmente el pago de la indemnización de las pérdidas y averías sufridas por ellos en el siniestro en referencia."

Como fundamentos de derecho el actor adujo las disposiciones de los artículos 1542, 2341 y 2356 del Código Civil; 5° de la Ley 62 de 1887; 1°, 18 y 26, ordinal d), de la Ley 76 de 1920, sobre policía de ferrocarriles; 219 y 277 del Código de Comercio. Y agregó:

"La Nación, como dueña y explotadora de la Empresa denominada Ferrocarril de Girardot, tiene el carácter de empresario público de transportes.

"Todo el que infiere por su culpa, descuido, acto, negligencia u omisión, daño a otro, en general, y los empresarios de transportes, en particular, están obligados a la correspondiente indemnización."

Admitida la demanda, el señor Fiscal del Tribunal mencionado la contestó oponiéndose a las pretensiones contenidas en ella, negando el derecho o causa o razón de la misma, así como también algunos de los hechos fundamentales; acerca del hecho tercero declaró que el incendio fue ocasionado por caso fortuito, y con relación al quinto, manifestó su aceptación.

Surtido el juicio en primera instancia, el Tribunal, en sentencia de fecha diez y seis de octubre de mil novecientos veintinueve, concluyó absolviendo a la Nación

de los cargos que le fueron formulados, imponiendo el pago de las costas a la parte actora.

Como contra este fallo se interpusiera el recurso de apelación, admitido que fue, subieron los autos a este Despacho, donde debidamente tramitado, se pasa a decidir acerca de los elementos básicos del recurso, previas estas consideraciones:

El Tribunal, para fundar su fallo, avanzó estos conceptos:

"Habiendo negado el señor Fiscal los hechos fundamentales de la demanda, debía probarlos el apoderado demandante so pena de ver rechazada su intención. Y al efecto, en el término probatorio pidió multitud de pruebas que le fueron decretadas; mas en el tiempo que tuvo hasta la citación para sentencia, no hizo practicar ninguna. Con su primer memorial de pruebas acompañó copias en papel común de unas cartas dirigidas por el Presidente del Comité de Seguros al Ministro de Obras Públicas y al Gerente del Ferrocarril de Girardot. Esas copias no tienen autenticidad ninguna por haber sido expedidas por persona que no es funcionario en ejercicio, sino Secretario de un comité representante privado de las compañías aseguradoras.

"Las declaraciones que en copia hizo venir el señor Fiscal al proceso no pueden estimarse como pruebas por no haber sido ratificadas en el juicio con citación de la contraparte (artículos 615 a 617 del Código Judicial; 74 de la Ley 105 de 1890)."

En esta segunda instancia la parte actora ha pretendido mejorar su prueba y para ello adujo documentos tendientes a demostrar la propiedad que la Nación tiene sobre el Ferrocarril de Girardot; las circunstancias en que se realizó el hecho del incendio; la cuantía de las pérdidas por ella sufridas; la identificación de las mercancías perdidas, su precio y gastos, así como también los perjuicios consiguientes.

La relación de causalidad existente entre la parte actora y la Nación como parte demandada, que hace nacer la obligación para la última en favor de la primera, se hace consistir en el hecho del incendio y en la culpa por parte del Estado para evitar ese hecho, culpa que procede de negligencia, omisión o descuido de la Empresa del Ferrocarril de Girardot, o de sus empleados. Y como según las disposiciones legales citadas como fundamento de la acción y más especialmente de los artículos 5º de la Ley 62 de 1887; 1º, 3º, 18 y 26, ordinal d), de la Ley 76 de 1920, sobre Policía de Ferrocarriles; 219 y 277 del Código de Comercio; esa culpa, según el actor, es imputable a la Empresa del Ferrocarril directamente, e indirectamente a la Nación, se hace preciso analizar la cuestión jurídica teniendo a la vista las disposiciones citadas, para deducir la conclusión que en justicia proceda.

Armonizadas las disposiciones del artículo 5º de la Ley 62 ya nombrada, con las de los artículos citados de la Ley 76 de 1920, como última consecuencia sólo se deduce la obligación de las empresas ferrocarrileras de establecer el aislamiento de la vía con respecto a las vías y terrenos de los colindantes, con el objeto de mantener la seguridad de los unos y las otras, así como la libertad que es necesaria para el uso de ambos, so pena de hacerse responsables tales empresas de multas sucesivas de diez o doscientos pesos "aparte de responder, en cada caso, de los daños y perjuicios que se causen por tal omisión."

Según el artículo 26 de la Ley 76 citada, las empresas férreas están obligadas:

. . . . . .

"d) A indemnizar los daños causados a las propiedades privadas cuando sean ocasionadas por culpa de los empleados de las empresas."

No han probado los actores que la pérdida por ellos sufrida proviniera de la omisión del Ferrocarril de Girardot en el lleno de estas exigencias legales, pues los testimonios aducidos por ellos sólo han tendido a demostrar que debido a los arrumes de mercancía hechos por los transportadores cerca de la vía ferroviaria, y más especialmente la presencia, cerca de esa misma vía, de arrumes de materia tan inflamable como la gasolina, fue la causa del incendio ocurrido cuando por obra de la trepidación causada por la máquina y los carros, tales arrumes vinieron a tierra en la dirección de la vía, facilitándose de esta manera el incendio por las chispas que las máquinas, como era natural, despedían.

En estas circunstancias se hace preciso determinar si la culpa, negligencia o descuido puede atribuírse a la Empresa del Ferrocarril o a otras entidades.

Está demostrado en los autos mediante los testimonios jurados de Melquisedec García (folios 124 y 125), José de Bedout (folio 126), Antonio María Prieto (folio 129), Serafín Charry (folio 130), Edmundo Sarmiento (folio 135), Sebestián Murcia (foja 137), Ismael de la Roche (folio 139) y Pedro Rueda (folio 140), que desde tiempo anterior al siniestro hubo enorme congestión de mercancía en el puerto de Girardot, que hizo imposible que el Ferrocarril o Empresa transportadora, con los elementos con que entonces contaba, pudiera satisfacer las exigencias del tráfico; que no obstante esta congestión, las empresas navieras de transportes continuaron realizando sus trabajos en forma tal que no fueron suficientes las bodegas para contener la mercancía transportada, hasta tal punto que estas mismas compañías adoptaron el sistema de depositar la carga en los sitios que consideraban adecuados y más fáciles para que el Ferrocarril pudiera tomar la carga y realizar el transporte hasta Bogotá. En estas circunstancias es preciso reconocer que el embarazo de la vía férrea, si fue que lo hubo, y su consecuencia, el incendio, no puede atribuírse a la Empresa del Ferrocarril sino a las empresas comisionistas y de navegación que, sin previsión, amontonaron la mercancía en sitios peligrosos faltando a las disposiciones de policía ferroviaria, con perjuicio de la misma Empresa ferrocarrilera y para el comercio en general. Y en estas circunstancias no es justo atribuir a la Nación, como dueña del Ferrocarril, el hecho o culpa que no procede de sus empleados o representantes; de suerte que la acción, por este aspecto, no está demostrada.

Según los artículos 219 y 277 del Código de Comercio, el primero de los cuales se refiere a los intereses debidos sobre capitales en negocios de comercio, y el segundo, al valor probatorio de la carta de porte demostrativa del contrato de transporte, parece que el actor ha pretendido fundar su derecho en la existencia de este contrato, lo que hace necesaria la exposición que sigue:

Acorde con las disposiciones de los artículos 266, 272, 276 y 278 del Código de Comercio, el contrato de transportes, esto es, aquel en virtud del cual uno se obliga por cierto precio a conducir de un lugar a otro, por tierra, mar, canales, lagos o ríos navegables, y hoy, por ferrocarriles, o por aviones, pasajeros o mercaderías ajenas,

y a entregar éstas a la persona a quien vayan dirigidas, dicho contrato se prueba con la carta de porte y con los demás medios autorizados por la ley; siendo la carta de porte un documento privado que las partes otorgan para acreditar la existencia y condiciones del contrato y la entrega de las mercancías al portador; y teniendo por efecto la misma carta hacer fe de su contenido entre las partes, regulándose por ella todas las cuestiones que se susciten acerca de la existencia, condiciones y cumplimiento del contrato; pudiéndose justificar la entrega de la carga por cualquiera de los medios ya indicados.

Según las disposiciones de los artículos 298, 308 y 313 del mismo Código, también aparece que la responsabilidad del porteador se refiere a la conducción de las mercaderías y al arribo al lugar, en el plazo que determine el contrato, principiando tal responsabilidad desde el momento en que las mercaderías quedan a disposición del porteador o a la de sus dependientes, y concluyendo con la entrega a satisfacción del consignatario; concretándose tal responsabilidad, en caso de pérdida, al pago de las mercaderías al precio que tengan, a juicio de peritos y con sujeción a las indicaciones de la carta de porte, en el día y lugar en que debió verificarse la restitución; cesando esa responsabilidad por pérdidas, desfalcos y averías en los casos señalados en el artículo 313 citado, y especialmente por la prescripción de seis meses en las expediciones realizadas dentro del territorio del Estado; y "en caso de pérdida, la prescripción principiará a correr desde el día en que debió ser cumplida la conducción, y en el de avería, desde la fecha de la restitución de las mercaderías."

Si el intento del actor, en este caso, estribó en la responsabilidad de la Nación como propietaria del Ferrocarril de Girardot, teniendo en cuenta la existencia del contrato de transporte realizado con una empresa pública, es claro que debió suministrar la prueba de dicho contrato; empero, como no la ha suministrado en forma alguna, mal ha podido fundarse aquella responsabilidad en disposición alguna del Código de Comercio.

Todos estos razonamientos contribuyen, aunque por motivos distintos, a confirmar la sentencia absolutoria recurrida.

Demanda de The Maritime Insurance Company.

Fundado en los mismos hechos, con apoyo en las mismas disposiciones legales y en calidad de apoderado de la Maritime Insurance Company, Limited, el dicho señor Restrepo Millán demandó a la Nación "para que, con citación y audiencia del respectivo Agente del Ministerio Público, o sea el señor Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá, y previos los trámites de un juicio ordinario, se le condene a pagar dentro del término que la sentencia señale, la cantidad de siete mil ochenta y ocho pesos veinte centavos ($ 7,088-20), más los intereses respectivos, liquidados desde el día en que ocurrió el incendio."

De entre los hechos fundamentales de la acción, se destacan éstos, mencionados después de hablar del incendio ocurrido en Girardot, el catorce de febrero de mil novecientos veintisiete:

"2ª Por esta causa, la Sociedad inglesa denominada The Maritime Insurance Company, Limited, tuvo que pagar como indemnización de las pérdidas sufridas por sus asegurados, la cantidad de $ 7,088-20, así:

"A Honorato Galvis, $ 788-50, el veintitrés de abril de mil novecientos veintisiete.

"A Pablo A. Sanjuán, $ 310, el veintiséis de abril de mil novecientos veintisiete.

"A Pablo A. Sanjuán, $ 1,304-17, el veintitrés de junio de mil novecientos veintisiete.

"A la Compañía Fosforera Colombiana (Fábrica Yidiella), $ 61-87, el treinta de abril de mil novecientos veintisiete.

"A Manrique & Compañía, $ 415, el cuatro de mayo de mil novecientos veintisiete.

"A Jorge E. Atuesta, $ 330-05, el veinticuatro de junio de mil novecientos veintisiete.

"A Luis Noriega, $ 191-25, el cinco de abril de mil novecientos veintisiete.

"A Zubiría, Jiménez & Compañía, $ 2,495, el catorce de marzo de mil novecientos veintisiete.

"A Luis A. Rojas Pérez, $ 1,162-36, el treinta de julio de mil novecientos veintisiete.

"A Luis A. Rojas Pérez, $ 39-90, el treinta de julio de mil novecientos veintisiete.

" ... ...

"5ª The Maritime Insurance Company, Limited, sociedad anónima domiciliada en Liverpool, es cesionaria de las acciones que sus sobredichos asegurados tienen contra el responsable, en este caso la Nación, para demandar las indemnizaciones correspondientes por los hechos que ocasionaron las pérdidas sufridas por el incendio en referencia, y por ley expresa, tiene además, derecho perfecto para demandar daños y perjuicios de los autores del siniestro, o responsables de él.

"6ª Los señores Gaviria, Smith & Compañía, Sociedad colectiva de comercio domiciliada en Bogotá, son apoderados generales de The Maritime Insurance Company, Limited, y en tal carácter, me han conferido poder para exigir judicial o extrajudicialmente las indemnizaciones de perjuicios de la cantidad de dinero pagado a sus asegurados, por causa del incendio dicho."

El señor Fiscal se opuso a las pretensiones del actor y en su contestación concluyó proponiendo las excepciones perentorias de fuerza mayor, caso fortuito, falta de acción de la Compañía respecto de la Nación "y las que resulten de los hechos que haré valer durante el curso del juicio." Aceptó los hechos 4º y 6º y negó los demás.

Concluído el juicio, el Tribunal, en sentencia de diez y nueve de julio de mil novecientos veintinueve, absolvió a la Nación de los cargos de la demanda, fundándose para ello en estos conceptos:

"Corresponde averiguar en primer término la personería sustantiva y adjetiva de la parte actora.

"El doctor Restrepo Millán deriva sus poderes del señor Alexander Tawse Smith, socio gestor de Gaviria, Smith y Compañía, Sociedad colectiva, domiciliada en Bogotá, la cual tiene poder de la Sociedad inglesa demandante, al tenor de la escritura número 247, otorgada ante el Notario segundo de este Circuito, el treinta de enero de mil novecientos veintiséis, escritura cuyo extracto se registró en uno de los Juzgados de esta ciudad, y en donde consta la facultad de sustituir este poder.

"En el mismo Juzgado se registró también el extracto de la escritura número 246, de la misma fecha de la anterior, de protocolización de los documentos de fundación y estatutos de la mencionada Compañía The Maritime Insurance Company, Limited.

"Pero para completar la personería sustantiva de la

Sociedad en Colombia, o sea la prueba perfecta de que ella está debidamente incorporada a las leyes del país, para ejercer válida y legalmente las actividades propias de sus fines, el Tribunal echa de menos el decreto del Poder Ejecutivo declarando cumplidos por parte de la mencionada Compañía los requisitos de que trata el Decreto legislativo número 2 de 1906. Porque el (sic), artículos 5º y 6º del mencionado Decreto, dicen que corresponde al Poder Ejecutivo declarar cumplidos por parte de las compañías extranjeras, los requisitos de que trata el mismo Decreto, siendo nulos los actos que se ejecuten o contratos que se celebren sin la observancia de las formalidades prescritas.

"Y es claro que la Compañía demandante estaba obligada a someterse al cumplimiento estricto de las prescripciones del Decreto antes mencionado, porque el mismo cumplimiento parcial de esas formalidades por parte de la Compañía, y además la clase de operaciones que en el país desarrollara, está indicando que tiene negocios permanentes en Colombia.

"De consiguiente, no apareciendo del expediente que la Compañía se hubiera sometido a la formalidad del Decreto ejecutivo, su personalidad jurídica en este pleito es incompleta.

"Empero, aun prescindiendo de la anterior consideración, el pleito por el aspecto de la prueba siempre debería desatarse en sentido favorable a los intereses de la Nación.

"Dice la ley que al actor corresponde dar la prueba sobre el hecho o la cosa que negare el demandado, el cual habrá de ser absuelto no probando aquél lo negado.

"Este principio es aún más exigente en relación a demandas iniciadas en contra de las entidades de derecho público, Nación, Departamento, Municipio, pues sus representantes no las comprometen aun cuando confiesen los hechos sustentatorios de la acción, según así lo enseña el artículo 9º de la Ley 169 de 1896.

"En el presente caso la parte actora no comprobó en ninguna forma el hecho primero de la demanda, o sea que el catorce de febrero de mil novecientos veintisiete ocurrió en el puerto de Girardot, en lugar contiguo a las bodegas del Ferrocarril, un incendio que destruyera varios cargamentos de mercancías.

"A nadie se oculta que la demostración de este hecho es de capitalísima importancia, por ser el antecedente de todos los demás como generador de los perjuicios demandados.

"Si en el expediente no consta en ninguna forma la ocurrencia del incendio, es claro que cualquiera otra consideración tendiente a demostrar los perjuicios, es exótica por carecer de base.

"Para demostrar el siniestro se agregó al expediente la copia de unas declaraciones producidas por la Compañía Colombiana de Seguros en otro pleito contra la Nación que se sigue en este mismo Tribunal. Pero esas declaraciones, mientras no se ratifiquen no forman prueba en esta litis.

"Visto lo anterior, cualquiera otra demostración encaminada a acreditar la falta de fundamento de la acción, sería superflua."

Recurrido en apelación este fallo, se procede a determinar las bases del recurso, mediante estas consideraciones:

Durante el término probatorio la parte actora, con los documentos auténticos del caso y con declaraciones de testigos, ha procurado llenar las omisiones anotadas en el fallo de primera instancia. Empero, si con dichos testimonios se demuestra la ocurrencia del incendio en la fecha señalada, no se logra demostrar, de modo claro y pleno, la causa del mismo, ni mucho menos la responsabilidad que en ella tenga la Empresa transportadora del Ferrocarril por culpa procedente de negligencia o descuido: no aparece probado que la colocación de la carga en los lugares de peligro, a uno y otro lado de la vía, fuera obra de los agentes de la Empresa, ni mucho menos que la aglomeración de la misma carga, sin clasificación alguna, según su naturaleza y condiciones, con la mezcla de mercancías inflamables con las que no lo son, sea imputable a la misma Empresa; al contrario: de las declaraciones de los testigos ya citados, fácilmente se concluye que tal colocación en el lugar y forma dichos fue obra de las Compañías de navegación y que la falta de previsión de los agentes comisionistas, quienes, según los declarantes, debían, como el público, estar advertidos del peligro que tal situación entrañaba, hizo que el siniestro se produjera en los términos y en las circunstancias que todo el mundo juzgó de antemano habrían de suceder.

En ninguna parte aparece como prueba de la responsabilidad de la Empresa transportadora la reglamentación inconveniente que ésta diera al cargue y descargue de la mercancía, de suerte que pueda concluirse que por causa de dicha reglamentación el siniestro se produjo. Al contrario: alguno de los testigos sobre el particular dice:

"En la parte de la línea del Ferrocarril que baja hasta el río para recibir la carga, se forma un 'switch' y allí precisamente era donde estaba aglomerada la mayor parte de la gasolina que habían descargado los vapores, así como también había otras materias inflamables, como petróleo, parafina, etc. La gasolina estaba arrumada en el punto a que me refiero en el punto anterior, a una distancia poco más o menos de uno a dos metros de distancia de los rieles y en la parte central que forma el ángulo del 'switch,' arrumes formados de veinte cajas, unas sobre otras, lo que hacía peligroso y fácil que se vinieran a tierra cuando pasaban las locomotoras y carros y las chispas que arrojaban las máquinas por la chimenea (sic) y por debajo podían prender o inflamar la gasolina y petróleo, siendo de observar que muchas de las cajas estaban rotas y se salía el líquido. El petróleo y la gasolina estaban arrumados a muy poca distancia de las demás mercancías, y en otras partes estaba revuelto todo y para mayor seguridad recuerdo que un cargamento de la Singer estaba revuelto con todos aquellos artículos inflamables. En caso de que se propagara un incendio, como así sucedió, se hacía imposible retirar el cargamento." (Véanse, en el cuaderno de pruebas, las declaraciones de Edmundo Sarmiento, página 135; de Melquisedec García, folios 124 y 125; José de Bedout, folio 126; Antonio María Prieto, folio 124; Serafín Charry, etc., etc.).

Ahora bien: si esta era la situación, y si según los mismos testigos el descargue de los buques era hecho bajo la responsabilidad de las Compañías navieras, y si para todo el mundo, el público como ellos dicen, era inminente el peligro, ¿cómo es que tales Compañías no lo previeron colocando la mercancía ordenadamente y en sitios distintos de manera que quedara a salvo de ese pe-

ligro por todos conocido? ¿Y cómo puede atribuírse a la Empresa del Ferrocarril la responsabilidad de estos hechos, si no está probado que ella los hubiera ocasionado por la mala reglamentación del puerto, reglamentación que en parte alguna aparece? Estas consideraciones indudablemente obligan a reconocer que la relación de causalidad de que antes se habló, fundada en la culpa por descuido o negligencia del Ferrocarril, no está demostrada y que los cargos hechos contra la Nación en su calidad de propietaria de la Empresa transportadora, no están acreditados, concluyéndose, por tanto, que debe ser absuelta la Nación de dichos cargos.

Compañía Colombiana de Seguros.

Según libelo de fecha dos de mayo de mil novecientos veintiocho, el señor Luis Restrepo Millán, como apoderado de la Compañía Colombiana de Seguros, con fundamento en los mismos hechos referidos en las demandas ya estudiadas, en calidad de cesionaria la Compañía de las acciones de sus asegurados, demandó a la Nación el pago de la cantidad de diez y seis mil quinientos veintiocho pesos catorce centavos, y los intereses más altos sobre dicha cantidad, liquidados desde el día en que ocurrió el siniestro y según la lista de los asegurados, a quienes tuvo que indemnizar por causa de las pérdidas sufridas en el incendio de Girardot, atribuido a culpa por negligencia o descuido de la Empresa del Ferrocarril de que la Nación es propietaria.

Como el señor Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá, en su calidad de representante de la Nación demandada, contestó el libelo oponiéndose a los términos de la demanda, negando los hechos y desconociendo el derecho, el juicio se surtió ante dicho Tribunal, quien lo decidió en primera instancia, mediante la sentencia de fecha veintidós de octubre de mil novecientos veintinueve, en que decidió "que no hay lugar a hacer la condenación o declaración solicitada en el escrito de demanda."

Recurrido en apelación este fallo, es el caso de decidir acerca del mérito del recurso, ya que la tramitación correspondiente a la segunda instancia está agotada.

Fundamentos de la sentencia del Tribunal son los siguientes:

"La condenación solicitada supone que la Nación, como dueña y explotadora del Ferrocarril de Girardot, sea responsable civilmente de los perjuicios sufridos por los cedentes de la Compañía demandante con motivo del incendio ocurrido el catorce de febrero de mil novecientos veintisiete, y que esa indemnización se eleve a la cantidad a que se refiere la súplica de la demanda; es decir, primero es necesario deducir la responsabilidad de la Nación y luégo averiguar a cuánto asciende el valor de los daños sufridos, porque el solo hecho de que la Compañía haya cubierto las sumas que se mencionan en el hecho segundo del libelo, no es motivo suficiente ni para deducir que la Nación debe responder civilmente ni que en caso afirmativo, la indemnización se eleve a la mencionada cantidad; pero todo esto, caso de que la cesión de los asegurados de la Compañía pueda tener mérito contra la entidad demandada, porque si no lo tiene por ese solo concepto el pleito tendrá que fallarse en sentido desfavorable a la parte demandante, sin necesidad de entrar en otras consideraciones, puesto que el título que ésta invoca para demandar es su calidad de cesionaria de los derechos de sus asegurados.

"El artículo 33 de la Ley 57 de 1887 establece que la cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título; pero que si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario.

"En el presente caso el crédito cedido no constaba en documento de ninguna clase y por consiguiente la cesión ha debido hacerse otorgando los asegurados, que son los cedentes, un documento, con todas las formalidades de la ley, a la Compañía Colombiana de Seguros, que aparece como cesionaria del crédito; mas al juicio no ha venido ese documento y parece que no existe, porque la Compañía se conformó con que en el mismo recibo del valor del seguro se hiciera constar la cesión, y en esa forma no puede tener mayor efecto contra la Nación, porque no es el documento exigido por la ley para hacer la cesión de créditos que no constan en documento. La cesión ha debido constar en un documento extendido en papel sellado, con las estampillas del caso.

"No demostrada la cesión en la forma ordenada por la ley, pues carecen de fuerza probatoria los recibos presentados para establecerla, queda la acción sin su fundamento principal, que es el derecho para demandar a la Nación para la indemnización de los expresados perjuicios; es decir, no se ha comprobado que el derecho cuya efectividad se persigue radique en cabeza de la Compañía demandante y por lo mismo la acción no puede prosperar porque sin derecho no puede haber acción.

"Pero en el supuesto de que la razón anterior no fuera aceptable, que sí lo es, existe otra no menos importante, cual es: se dice que la Nación es la llamada a responder de la acción indicada, porque es dueña y explotadora del Ferrocarril de Girardot y el incendio fue causado por culpa o descuido de la Empresa o de sus empleados; pero es el caso de que en el plenario no se ha demostrado que la Nación sea dueña del Ferrocarril de Girardot, y en esa situación, aunque el incendio hubiera sido causado por culpa o descuido de aquella Empresa o de sus empleados, cosa que está por demostrar igualmente, la conclusión que se deduce es clara y se le ocurre a cualquiera. Para que la Nación pueda ser demandada en acción de perjuicios en casos como del que al presente se trata, es necesario que sea dueña y explotadora de la Empresa del Ferrocarril, y como de autos se ignora ese hecho en relación al Ferrocarril de Girardot, parece que es inoficioso entrar a estudiar la acción en el fondo."

No obstante las pruebas aducidas en esta segunda instancia y de las cuales ya se ha hecho mérito en relación con las otras demandas, la situación jurídica de los actores no se ha modificado con respecto a la demostración legal de la cesión de derechos a que la sentencia se refiere; y en estas circunstancias, subsistiendo el reparo hecho por el sentenciador de primer grado y apreciadas además las observaciones ya hechas sobre la falta de prueba acerca de la responsabilidad de la Empresa del Ferrocarril, las cuales son esenciales a la acción, es forzoso concluir que tampoco la Compañía Colombiana de Seguros ha demostrado su intento y que, de consiguiente, la sentencia que negó sus pretensiones ha de confirmarse.

Y no empece a esta conclusión la circunstancia de que el artículo 677 del Código de Comercio, en su segundo inciso, disponga que "aun sin necesidad de cesión, el asegurador puede demandar los daños y perjuicios a los au-

tores del siniestro, en su carácter de interesado en la conservación de la cosa asegurada," pues este derecho, nacido de una subrogación legal establecida en favor del asegurador, para ser efectivo, como fundado en la existencia del contrato de seguro, que autoriza y consagra la acción, debe hallarse demostrado con la prueba escrita que dé existencia a los vínculos contractuales entre asegurador y asegurado, prueba que consiste precisamente en la respectiva póliza, y prueba que no ha venido a los autos en este caso concreto. De consiguiente, no está demostrada la acción que consagra el artículo 677 citado, y en estas circunstancias debe absolverse a la Nación del cargo que le aparece formulado.

Como corolario de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes las sentencias recurridas y de las cuales se ha hecho mérito. Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese; insértese en el órgano de la Corte y devuélvase el proceso a la oficina de procedencia.

ENRIQUE A. BECERRA — Carlos Arturo Díaz—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo tres de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Arturo Díaz).

El Tribunal Superior de Bogotá consulta con esta Superioridad la sentencia de fecha veinte de agosto del año pasado, por la cual reconoció a favor del doctor Ricardo Lleras Codazzi y a cargo del Tesoro Nacional, una pensión mensual vitalicia de jubilación de doscientos seis pesos ($ 206), como profesor de Facultades Universitarias por más de veinte años.

Surtida toda la tramitación propia de segunda instancia y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, pasa la Corte a resolver, previas las siguientes consideraciones.

Por escrito presentado el día veintiuno de octubre de mil novecientos treinta y uno, el doctor Ricardo Lleras Codazzi, ante el referido Tribunal demandó a la Nación, para que mediante los trámites de un juicio ordinario, fuera aquélla condenada a pagarle una pensión, estableciendo como hechos fundamentales de su demanda, el hecho de haber prestado sus servicios como profesor de las asignaturas de Mineralogía y Geología, Física y Química, Química Analítica, Química Industrial, Práctica de Laboratorio y Materiales de construcción, por espacio de más de veinte años; que durante el tiempo de su profesorado se condujo con honradez y consagración en las enseñanzas de dichas asignaturas; que carece de otros medios de subsistencia distintos del profesorado; que por causa del mismo se encuentra agotado y se le ha prescrito por los médicos el retiro de la enseñanza; que no ha sido pensionado, ni ha recibido recompensa del Tesoro Público por razón de sus servicios; que solamente paga impuesto de la renta por los sueldos que devenga como profesor. Como fundamento de su derecho se acogió a lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 39 de 1903.

Los hechos anteriores los acreditó el doctor Lleras así:

El de haber sido profesor por más de veinte años en la Facultad de Ingeniería en las asignaturas nombradas, con un certificado del Rector de la mencionada Facultad, en el cual consta que el demandante ha sido profesor en dicha Facultad desde el año de mil novecientos cinco hasta el día veintiuno de septiembre de mil novecientos treinta y uno (1931).

El de haber observado siempre una conducta moral irreprochable y haber desempeñado las cátedras con toda honradez y consagración apetecibles, con las declaraciones juradas de los doctores Camilo Cortés, Eduardo Rodríguez Piñeres, Diego Tobar, Daniel Arias Argáez y con un certificado del Magistrado de esta Suprema Corte, doctor Tancredo Nannetti.

El de no haber sido pensionado por el Tesoro Nacional, ni recibido recompensa de los fondos del Erario Público, con un certificado del Jefe de la Sección de Presupuesto y Contabilidad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El de encontrarse a paz y salvo con el Fisco de la Nación por concepto del impuesto sobre la renta, con un certificado del Jefe del respectivo impuesto.

El mal estado de su salud con los certificados jurados de los médicos doctores Julio Rodríguez Piñeres y Luis Zambrano Medina.

Probados como se encuentran los hechos anteriores y estableciendo el artículo 26 de la Ley 39 de 1903, que al cumplir los profesores de las Facultades oficiales sesenta y cinco años de edad, podrán retirarse con derecho a las dos terceras partes del sueldo mensual que hubieren disfrutado, siempre que hayan desempeñado la respectiva cátedra durante diez años a lo menos y que el mismo derecho tendrá todo profesor que cualquiera que sea su edad, hubiere desempeñado una cátedra durante más de veinte años en las Facultades profesionales en la Escuela Nacional de Minas o en el Instituto Agrícola.

Existiendo como existe la anterior disposición legal, es claro que habiendo comprobado el doctor Lleras que fue profesor de la Facultad de Ingeniería por más de veinte años en distintas cátedras, tiene derecho a que le sea reconocida por el Estado una pensión no de las dos terceras partes, porque esta disposición de la Ley 39 de 1903, quedó modificada por el artículo 9° del Decreto legislativo número 136 del año pasado, que estableció desde la fecha de la sanción de dicho decreto, ninguna pensión pagadera por el Tesoro Nacional podía pasar de ochenta pesos ($ 80) mensuales. De acuerdo con esta disposición, la sentencia que se revisa debe ser reformada en el sentido de fijar en esta cantidad la pensión a que tiene derecho el doctor Lleras y no a la de doscientos seis pesos ($ 206) que le señaló el Tribunal.

Por las anteriores razones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma la sentencia de fecha veinte de agosto del año pasado, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el sentido de reconocer a favor del doctor Ricardo Lleras Codazzi y a cargo del Tesoro Nacional, una pensión vitalicia de jubilación de ochenta pesos ($ 80) mensuales, como profesor de Facultades Universitarias por más de veinte años, y la confirma en lo demás.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—Carlos Arturo Díaz—Julio Luzardo Fortoul—Angel M. García, Oficial Mayor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo veintiséis de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Arturo Díaz).

El doctor Guillermo Mesa Pérez, como apoderado del doctor Ricardo Lleras Codazzi, fundado, según dice, en los artículos 482 y 483 del Código Judicial, solicita de esta Sala una aclaración al fallo de fecha cinco (5) de los corrientes y la enmienda de un error puramente aritmético, aclaración y enmienda que son:

"Que se reconozca al profesor Lleras Codazzi el derecho a disfrutar de la pensión mensual de $ 206 desde el día veintiuno de octubre de mil novecientos treinta y uno, hasta la fecha en que comenzó a regir el Decreto número 136 de 1932, y de esta fecha para acá durante la vigencia del Decreto, $ 80, y expirada la vigencia de dicho Decreto, seguirá disfrutando de su pensión de $ 206 mensuales hasta su muerte."

A lo anterior se observa: el artículo 28 de la Ley 39 de 1903 que fue el que estableció el derecho para los profesores de solicitar una pensión del Estado, impuso como condición para tener derecho a la gracia, que el profesor se retire de la cátedra, y si ello es así, mal puede decirse en una sentencia, que esa pensión se puede comenzar a disfrutar desde el día de la presentación de una demanda, porque aun cuando la sentencia de segunda instancia quede ejecutoriada, si el profesor no ha cumplido con la condición de renunciar a las cátedras, no tiene el Estado obligación de pagarla, por más que se le haya reconocido, y en el juicio no existe constancia alguna de que el Profesor Lleras Codazzi se haya retirado de las cátedras que regenta.

De otro lado estas pensiones que el Estado concede a los servidores públicos no son otra cosa que verdaderas pensiones alimenticias, alimentos congruos que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 413 del Código Civil, y es sabido que los alimentos se van causando día a día.

Lo que el señor apoderado pide no es una aclaración sino una verdadera reforma de la sentencia, y ello no puede hacerlo la Sala porque se lo prohiben los artículos 482 y 483 del Código Judicial, que únicamente autorizan a aclarar los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda o cuando se haya incurrido en un error puramente aritmético, cosa que no sucede con el fallo reclamado, porque éste no es dudoso, ni en él se ha incurrido en error aritmético de ninguna clase, él se limitó a reconocerle al doctor Lleras Codazzi su derecho a cobrar una pensión del Tesoro Nacional, siempre que se separe de las cátedras que regenta y solamente desde ese día, de acuerdo con lo que dispone el artículo 26 de la Ley 39 de 1903, y dijo que esa pensión era de ochenta pesos ($ 80) mensuales, obedeciendo lo dispuesto por el artículo 9° del Decreto legislativo número 136 del año pasado, que dispuso que ninguna pensión a cargo del Tesoro Nacional podía exceder de esta cantidad, cualesquiera que fueran los servicios prestados por el pensionado o los cargos que hubiere desempeñado.

Por las anteriores razones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no accede a reformar la sentencia de fecha cinco de los corrientes, por no ser legal dicha reforma.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

ENRIQUE A. BECERRA—Carlos Arturo Díaz—Julio Lozardo Fortoul—Angel M. García, Oficial Mayor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo diez y ocho de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

El señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, demandó ante esa corporación a varias personas, entre ellas The United Fruit Company, representada por su apoderado general, a García y Compañía, representada por Ascanio García, Atilio Correa y Compañía, representada por Atilio Correa, etc., etc., señalándoles su respectivo domicilio, "para que con su audiencia y mediante la fórmula del juicio ordinario, se declare que pertenecen en dominio a la Nación las tierras denominadas **Orihueca**, de cabida de cuatro mil hectáreas, más o menos, que quedan comprendidas en la jurisdicción del Municipio de Ciénaga o San Juan de Córdoba, por los siguientes linderos generales: Norte, con la quebrada del Guáimaro; Sur, con la quebrada del Latal; Este, con la cordillera; y Oeste, con los desparramaderos de las quebradas de Latal, Orihueca y el Guáimaro, siguiendo el cauce del río Frío; y para que en consecuencia los demandados que se reputan dueños, sean condenados a restituir a la Nación los distintos lotes que cada uno de ellos posee en el globo de terreno alinderado."

Entre los hechos de la demanda se destaca este: "...los demandados ocupan lotes más o menos extensos dentro del globo del terreno alinderado, que han venido usufructuando reputándose como dueños; como consecuencia de tal ocupación, la Nación ha quedado prácticamente privada del beneficio que debe reportarle su calidad de propietaria."

Admitida la demanda, al contestar el traslado los distintos demandados propusieron como dilatorias estas excepciones: ilegitimidad de la personería del actor, inepta demanda, incompetencia de jurisdicción.

Tramitado el incidente en legal forma, dicho Tribunal lo falló en auto de fecha diez y seis de septiembre del año pasado, que declaró probadas las excepciones de ilegitimidad de la personería e inepta demanda; auto que recurrido en apelación por el señor Fiscal, ha subido a esta Sala de la Corte, donde tramitado legalmente el negocio, es llegada la oportunidad de dictar el fallo que se estima jurídico.

El Tribunal fundó su resolución en los siguientes comentarios que la Corte acoge por estimarlos adecuados al caso. Dice:

"La declinatoria de jurisdicción la proponen, aunque con nombre equivocado, los señores Joaquín y Juan Campo Serrano (folios 7 y 9 del cuaderno) y consiste en que el actor no fijó la cuantía de su demanda.

"Poco hay que decir sobre este punto para declarar infundada la excepción propuesta, desde luégo que conforme al artículo 7° de la Ley 169 de 1896 (Código Judicial derogado), es privativo de los Tribunales Superiores conocer en primera instancia de los asuntos en que tiene interés la Nación, lo cual excluye el concepto de la cuantía.

"La ilegitimidad de la personería propuesta por varios demandados consiste, a juicio de los proponentes, en que "no se encuentra en los actos del Gobierno que aduce el Fiscal para acreditar que se le ha habilitado para esta demanda, tal habilitación.

"El artículo 11 de la Ley 169 de 1896—continúa diciendo el excepcionante—prohibe a los agentes del Ministerio Público promover acciones civiles sin orden o instrucciones del Gobierno. Esta disposición vino a limitar el alcance de la general, según la cual los Fiscales de los Tribunales Superiores tienen facultad para promover y sostener las acciones necesarias para la defensa de los bienes o intereses de la República. De modo que aquella disposición implica algo concreto y determinado y de ninguna manera vago o indeterminado. Impone el estudio por el Gobierno de cada caso y luégo la orden y las instrucciones pertinentes para que se promueva la determinada acción de que se trata y se comprometa al Estado en la señalada litis que se ha hecho necesaria. Se comprende la mente de la ley: no quiere dejar al criterio de los agentes del Ministerio Público, el comprometer en litigios al Estado, lo que a más de ser peligroso para éste, afectaría hasta la tranquilidad pública si aquellos funcionarios pudieran inquietar a las gentes con demandas a discreción...." Excepción propuesta por Mercedes Noguera, folio 4 del cuaderno).

Con más o menos variaciones de palabras, son mencionadas las bases en que se apoya la ilegitimidad de la personería; para juzgarla entra el Tribunal a considerar lo siguiente:

"Aunque según el inciso 3° del artículo 179 del Código Judicial anterior, una de las funciones de los Fiscales de los Tribunales Superiores es la de promover las acciones necesarias para la defensa de los intereses de la República, esa función quedó limitada por el artículo 11 de la Ley 169 de 1896, en el sentido de que aquellos funcionarios no pueden promover acciones civiles sin orden o instrucciones del Gobierno....'

"La orden o instrucciones implican, a juicio del Tribunal, la determinación clara de la acción civil que ha de promover el Agente del Ministerio Público, quien no puede, por esa causa, escoger, cambiar y extender la acción indicada por el Gobierno, desde luégo que entonces se saldría de las instrucciones conferidas.

"Véase ahora cuáles son las órdenes e instrucciones que el Gobierno ha dado al Fiscal en el presente pleito.

"Dice la Resolución ejecutiva número 3 de 1924:

'El Presidente de la República de Colombia

'Resuelve:

'Autorizar al señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, para que, en nombre y representación de la Nación, promueva ante las autoridades competentes los juicios de nulidad de escrituras de enajenación o títulos de tierras consideradas o que puedan considerarse como baldías de propiedad nacional; lo mismo que para iniciar las acciones de deslinde y amojonamiento respectivas; y en general para que como demandante o demandado, represente a la Nación en todas las controversias administrativas o judiciales de que trata el Decreto número 338 del presente año, aun tratándose de terrenos que no estén comprendidos dentro de la zona reservada por ese mismo Decreto y que se encuentren en jurisdicción del Departamento del Magdalena...'

"El artículo 20 del Decreto número 338 de 1924, dice:

'Como miembro de la Comisión Especial de Baldíos, y en su carácter de Agente del Ministerio Público, autorízase al Fiscal... para que en nombre y en representación de la Nación promueva.... los juicios de nulidad, deslinde y amojonamiento y en general para que, como demandante o demandado, represente a la Nación en todas las controversias administrativas o judiciales a que diere lugar el presente Decreto....'

"Por lo que se transcribe de la Resolución ejecutiva y del Decreto 338 de 1924, se ve claro que la autorización del Gobierno respecto a intervenciones del Fiscal en el Departamento del Magdalena, sobre baldíos, se concretó a juicios de nulidad de escrituras de enajenación y a juicios de deslinde y amojonamiento en tierras de aquel carácter. Por manera que sólo asuntos de esa naturaleza fueron los autorizados por el Gobierno, no acciones de naturaleza distinta como la ejercitada por el Fiscal en el caso presente. Y si no hubo autorización concreta para reivindicar, el Agente del Ministerio Público obró fuera de la orden e instrucciones del Gobierno y su personería, por este aspecto es ilegítima.

"Se arguye sin embargo, que si en verdad no hubo orden expresa de reivindicar, en cambio se confirió al Fiscal una facultad general para representar a la Nación como demandante o demandada en las controversias judiciales o administrativas a que diera lugar el Decreto 338; pero una facultad conferida en semejantes términos no es otra cosa que la repetición del inciso 3° del artículo 179 del Código Judicial antiguo, disposición ésta que fue limitada, como se ha visto, por el artículo 11 de la Ley 169 de 1896, en el sentido de hacer necesaria, obligatoria, la determinación precisa de la orden y las instrucciones para cada caso.

"En resumen: la acción propuesta en este pleito, no se ajustó a las instrucciones del Gobierno en la Resolución número 3 de 1924.

"La excepción de inepta demanda se apoya en varios motivos, uno de ellos, el que proponen J. M. Campo e Ismael Noguera Corvacho, consiste en que los excepcionantes dicen no ser poseedores del terreno demandado. Pero el Tribunal no puede resolver conforme a lo pedido, por falta de pruebas.

"Otro motivo es el de que siendo, como es, objeto de esta demanda el de que los demandados que se reputan dueños sean condenados a restituir a la Nación los **'distintos lotes que cada uno de ellos posee,'** es claro que el demandante debió especificar los linderos y demás circunstancias que dieran a conocer el lote de cada demandado, al tenor del artículo 289 del Código Judicial, sin que valga decir que bastaba la linderación del globo mayor donde se dice están comprendidos los globos parciales de cada demandado, pues lo que debe determinar es el objeto que se demanda, y en este caso lo que se demanda son los globos parciales, pues sólo globos parciales 'distintos,' según el propio demandante, son el objeto de la posesión de los demandados, quienes no han sido demandados como poseedores de cuotas o porciones indivisas.

"La inepta demanda se basa en que se demandó en conjunto a todos los poseedores de las tierras de Orihueca, como si se tratara de comuneros, cuando los mismos términos de la demanda se encargan de establecer que no lo son.

"En efecto, dice la parte conducente de la petición del Fiscal:

'....para que con su audiencia y mediante la fórmula del juicio ordinario, se declare que pertenecen a la Nación las tierras denominadas Orihueca...; y para que en consecuencia los demandados que se reputan dueños, sean condenados a restituir a la Nación los distintos lotes que cada uno de ellos poseen (sic) en el globo de terreno alinderado.'

"En los hechos se dice: 'los demandados ocupan lotes más o menos extensos dentro del globo de terreno alinderado que han venido usufructuando reputándose como dueños.....'

"Los dos acápites que se transcriben arriba constituyen la parte petitoria de la demanda y el único hecho que ésta contiene; y tanto de la una como del otro, se desprende que no se ha demandado a una comunidad o cuotas indivisas de ella, sino porciones que tienen diferentes poseedores considerados, según el Fiscal, dueños exclusivos de ellas.

"Siendo esto así, la demanda que involucra en unos linderos generales las porciones separadas que posee cada demandado, peca por inepta, desde luégo que no expresa el objeto que se demanda que no es otro que la posesión de cada demandado considerada separadamente.

"Razonable y fundada sería la petición, si aquí se tratara de una comunidad, porque en ésta todos los comuneros poseen la cosa común sin especificación de porciones o lotes, y la demanda que se dirige contra los partícipes debe comprender todo el objeto común.

"Por consiguiente, si lo que se demanda son porciones de que responden diferentes poseedores que nada tienen que ver los unos con los otros porque no están ligados por vínculo cuasi-contractual, es de rigor que se especifiquen esas porciones para que se cumpla lo que manda el artículo 282 del Código Judicial, bajo cuyo imperio se entabló la demanda.

"Otro motivo de ineptitud consiste en que no se hizo la enumeración de los hechos como lo manda el artículo 932 del Código Judicial; y en verdad peca la demanda de tal efecto, desde luégo que en ella están confundidos los puntos de hecho con los de derecho."

Sin necesidad de más comentarios esta Sala considera que los copiados son suficientes para demostrar la existencia de las excepciones que se declaran probadas, y por ello declara que es el caso de confirmar, como en efecto confirma, en todas sus partes, la providencia recurrida. Sin costas por ser la Nación la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase el expediente al Tribunal de donde procede. Insértese en la Gaceta Judicial.

ENRIQUE A. BECERRA—**Julio Luzardo Forteul—Carlos Arturo Díaz—Pedro Sanz Rivera**, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo veinte de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Arturo Díaz).

Conoce esta Sala por apelación interpuesta por el señor Fiscal del Tribunal de Manizales, del auto de fecha treinta de noviembre del año pasado, y por el cual aquella corporación decretó la restitución del término de pruebas, en el juicio ordinario que ante ella promovió contra el Departamento de Caldas Manuel A. Gómez.

Por auto de fecha dos de marzo del año pasado se abrió a pruebas el referido juicio por el término de diez días; el día siete del mismo mes y año, el Secretario informó que el término estaba vencido y que ninguna de las partes había hecho uso de él, por lo cual el Tribunal, por auto de fecha veintiocho de marzo, ordenó que se corrieran los traslados legales. El día cuatro de abril siguiente el demandante Gómez, fundado en lo que dispone el artículo 372 del Código Judicial, solicitó que mediante una articulación se decretara la restitución del término de prueba, por no haber podido hacer uso de él por causa de fuerza mayor o caso fortuito.

Abierta a prueba la referida articulación, Gómez adujo las declaraciones de Alvaro Osorio y Sinforoso Zuluaga, quienes aseguran de común acuerdo, que Manuel A. Gómez es un hombre enfermo y que les consta que como a tal lo vieron en su casa, situada en el paraje de Muelas, de la jurisdicción municipal de Aranzazu, desde los primeros días del mes de marzo, hasta el día veinte de los mismos en que ya pudo levantarse de la cama, y que esto lo pueden asegurar, porque son vecinos de la casa de habitación del demandante. Estas afirmaciones las ayudan a corroborar los testimonios de Jesús Antonio Quintero, Honorio Monteya y el médico doctor Gabriel Delgado, quien fue la persona que lo recetó durante su enfermedad.

El Tribunal para sustentar su fallo hace las siguientes consideraciones:

"Caso fortuito—según el léxico de jurisprudencia—es el suceso inopinado o la fuerza mayor que no se puede prever, ni resistir. Tales son las inundaciones, torrentes, naufragios, incendios, rayos, violencias, sediciones populares, ruinas de edificios, causadas por alguna desgracia imprevista y otros acontecimientos semejantes....

"El artículo 1° de la Ley 95 de 1890 dice que se 'llama fuerza mayor, caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.' Los hechos expresados no son los únicos que constituyen caso fortuito, pues hay muchos otros, como la razón lo indica y como lo deja entender la etcétera final del artículo.

"El artículo 64 de la Ley 105 de 1890, que antes regía, traía entre los motivos para que se suspendieran o no corrieran los términos la enfermedad calificada de grave. Hoy el artículo 372 del Código Procesal habla de fuerza mayor o caso fortuito, para que se pueda restituir un término, cuando por aquella causa no se ha hecho uso de él, y el Tribunal con aquel antecedente no vacila en colocar como fuerza mayor en este caso la enfermedad que postró al señor Gómez hasta el veinte de marzo, por lo cual le fue imposible presentarse a hacer uso del término probatorio."

A lo anterior sólo cabe agregar que la definición que trae el artículo 1° de la Ley 95 de 1890, que vino a reformar o aclarar el artículo 64 del Código Civil, no es limitativa, sino declarativa, pues pone por vía de ejemplo algunos casos a los cuales se pueden equiparar otros muchos, y entre éstos indudablemente se encuentra el de una enfermedad, ya que ni el mismo Derecho Francés tiene una definición tan expresa y tan terminante como

ésta; por eso dice que "se llama fuerza mayor o caso fortuito, al imprevisto, a que no es posible resistir."

El artículo 370 del Código Judicial dice que los términos no corren en un negocio determinado: "3° Por enfermedad calificada de grave de alguno de los litigantes o de su apoderado...," y el 372 ibidem establece que "cuando por fuerza mayor o caso fortuito, no se ha hecho uso de un término, puede pedirse la restitución de él, por interesado, siempre que el negocio no haya sido resuelto en definitiva."

Por su parte, el señor Procurador General de la Nación, a quien se le dio el traslado correspondiente, se expresa así:

"Gómez, que es un campesino de mala salud y que vive en Aranzazu, a larga distancia de la cabecera del Distrito Judicial de Manizales, probó plenamente que por enfermedad grave, no pudo saber que el juicio estaba abierto a pruebas. Esa enfermedad es evidentemente una fuerza mayor que justifica la restitución del término probatorio de conformidad con lo dispuesto por el artículo 372 del Código Judicial. Nada pierde la administración de justicia con esa restitución."

Por las anteriores razones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, confirma el auto materia de la apelación.

Cópiese, notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—**Carlos Arturo Díaz—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo veinte de mil novecientos treinta y dos.

En el escrito que antecede pide el señor Camilo Vanegas Q. (haciendo uso del recurso de reposición, artículos 487 a 490 del Código Judicial), que se revoque el auto de fecha catorce de los corrientes mes y año, en virtud del cual se llamó a pruebas este negocio "por ser primero determinar quién o quiénes han de ser los demandantes," y para que se decida "que la Nación y la Sociedad proponente han de ser los demandantes y se les señale término para presentar sus demandas."

Con respecto a lo primero, y visto el fundamento en que se apoya la petición, esto es, lo que dispone el artículo 393 del Código de Minas, se observa:

Según el artículo 26 de la Ley 37 de 1931, sobre petróleos, la oposición al contrato propuesto debe formularse por escrito ante el respectivo funcionario administrativo, el Ministro de Industrias en este caso, acompañada de las pruebas en que tal oposición se funde. De suerte que quien ocurre oponiéndose, es opositor, y porque promueve la controversia, mediante su oposición, es autor, al tenor del artículo 228 del Código Judicial, y es también demandante porque reclama en su favor el derecho que dice tener (artículo 227 id.).

Ahora bien: si el peticionario reconoce su carácter de opositor; si promovió la acción mediante las declaraciones escritas y las pruebas que adujo ante el Ministerio; si la ley no exige que tales declaraciones se sujeten a las fórmulas de una demanda; si la misma ley dispone que si "la oposición se formula en cuanto a la propiedad del petróleo, acompañada de las respectivas pruebas," se suspenderá la tramitación de la propuesta, y se enviará con los documentos que la acompañan a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que esta entidad, en juicio breve y sumario decida si es o nó fundada la oposición; y si se trata de juicio de esta clase, no se alcanza la razón que autorice a convertirlo en juicio ordinario, mediante la aplicación del artículo 393 del Código de Minas, a que el peticionario se acoge.

Y como el mismo artículo 26 de la citada Ley 37 determina las partes que intervienen, fijando su orden y en primer término señalando al opositor; y como allí mismo nada se establece que modifique la condición jurídica de las partes en cuanto al procedimiento, ni se fijan trámites relativos a nueva demanda, hay que concluir que el escrito de oposición presentado con sus pruebas ante el Ministro es la demanda y que el opositor, por los fines jurídicos que persigue, es el actor con todas las consecuencias también jurídicas que esta condición impone.

Por lo expuesto, el suscrito se abstiene de revocar el auto recurrido.

Notifíquese.

ENRIQUE A. BECERRA—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio cuatro de mil novecientos treinta y dos.

(Magistrado ponente, doctor Luis Felipe Rosales).

Por Resolución de seis (6) de octubre de mil novecientos treinta y uno (1931), el Ministro de Industrias admitió la propuesta presentada por la Société Europeenne des Petroles, de París, para la explotación de los petróleos de propiedad nacional que se hallen en un lote de terreno baldío, de cincuenta mil (50,000) hectáreas de extensión, ubicado en la región del Carare, Departamento de Santander del Sur, y delimitado de la manera que en la propuesta se expresó.

Cumplidas las formalidades de que trata el inciso 4° del artículo 26 de la Ley 37 de 1931, sobre petróleos, los señores Camilo Vanegas Q. y Bernardo Duque Vanegas, en tiempo hábil, se opusieron al contrato en referencia, acompañando los documentos que estimaron pertinentes a fundar su oposición.

El expediente, con el escrito de oposición, pasó por orden del Ministro a la Sección Jurídico-Administrativa del Departamento de Minas y Petróleo, para que emitiera concepto sobre el valor jurídico de los documentos presentados por los opositores. La Sección en referencia hizo el estudio y rindió el informe correspondiente, manifestando que la oposición carecía de fundamento y que debía adelantarse la propuesta.

Por Resolución de diez y nueve (19) de febrero del presente año, y en cumplimiento del inciso 4°, artículo 26 de la Ley antes nombrada, el Ministro suspendió la tramitación de la propuesta y envió a esta corporación el expediente para que se decida aquí si es o nó fundada la oposición, no sin expresar antes su conformidad con los conceptos de la Sección informante, en lo relativo al fondo del asunto.

Llegada aquí la actuación, el Magistrado sustanciador ordenó traslado al opositor, al Procurador General de la Nación y al proponente por el término de dos días a cada uno, de conformidad con el artículo 1204, inciso 2° del

Código Judicial. Y evacuados éstos señaló el término de tres días para pedir pruebas.

Los opositores pidieron revocación del auto, por ser primero —dijeron— determinar quién o quiénes han de ser los demandantes, y para que se decidiera también, cosa que habían solicitado antes, que la Nación y la Sociedad proponente debían ser los demandantes y que se les señalara término para presentar su demanda.

Por auto de veinte (20) de mayo último el sustanciador, después de declarar que el opositor es el actor con todas las consecuencias jurídicas que esta condición impone, negó la revocación pedida.

Los opositores ocurrieron a esta Sala en recurso de súplica contra la mencionada providencia, y aquí, previa la tramitación indicada en el artículo 488 del Código Judicial, se procede a resolver lo que en derecho corresponde.

Sobre el punto materia del recurso, el Procurador de la Nación expone los siguientes razonamientos, que la Corte encuentra bien fundados, y por ello los acoge y reproduce.

Dice así:

"Considero que las razones en que fundan esa cuestión relativa a que no han de ser ellos los demandantes sino que debe tenérseles como demandados y por demandante a la Nación, para que ésta formule su libelo, pecan de fundamentalmente erróneas, y he de explicar por qué.

"El inciso 4° del artículo 26 de la Ley 37 de 1931 dice lo que copio en seguida:

'Si dentro del término señalado en el inciso 2° de este artículo se formulare oposición en cuanto a la propiedad del petróleo, acompañándola de las pruebas de que trata el mismo inciso, se suspenderá la tramitación de la propuesta, y se enviará con los documentos que la acompañan, como también el escrito de oposición y las pruebas en que se apoye (todo esto con carácter devolutivo), a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad, en juicio breve y sumario (artículos 1484 y siguientes del Código Judicial y 10 de la Ley 38 de 1931), en una sola instancia, y dando prelación al despacho de estos asuntos, **decida si es o nó fundada la oposición.** En dicho juicio breve y sumario serán tenidos como partes el **opositor, la Nación y el proponente** del contrato.'

"La sola lectura de este precepto advierte al pensamiento que no se trata en este juicio de decidir sobre derecho ninguno, sino simplemente de resolver una cuestión previa y tendiente a impedir que el contrato sea celebrado, si el opositor tiene fundamento para oponerse, y que con él no vaya a causársele perjuicios que pueden ser irreparables, o a evitar que un tercero pueda, sin ningún fundamento, entorpecer una negociación importante y de grande interés para la Nación. Esto es todo.

"Como hasta el momento de la oposición ni la Nación ni nadie le está perturbando al opositor su posesión ni derecho alguno que pueda tener, puesto que la simple propuesta admitida para la exploración y explotación de petróleos que se consideran de propiedad nacional no cumple el fin de causar un despojo ni otra perturbación, carece de fundamento el argumento de que por ser los opositores los poseedores de sus tierras deben ser también los demandados. Además, no se trata allí de discutir previamente si las tierras son de la Nación o son de ellos. Bien pueden pertenecerles éstas sin perjuicio de que los petróleos que hay en el subsuelo sean de la Nación por razón de reservas, y es a éstos a los que la propuesta se refiere, y nada más.

"Por otra parte, el derecho de oposición que se concede a un tercero para intervenir en la negociación que se trata de celebrar entre la Nación y un particular que quiere explorar y explotar petróleos lleva consigo una acción para hacer efectivo ese derecho, y por lo mismo le imprime al opositor el carácter de demandante; y lo es quien reclama que se le respete su derecho y que para ello no se lleve a efecto la negociación proyectada.

"Si es verdad que la disposición dictada no expresa que el opositor ha de tener la condición de demandante y que su escrito de oposición deba acogerse como demanda, en ese sentido hay que entenderlo porque, por las razones expuestas, ese escrito que con las pruebas acompañadas y con la propuesta y los documentos que le acceden se manda a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para que esa entidad decida si es o nó fundada la oposición, ha de ser el libelo con que se inicia el juicio de oposición que ella debe decidir.

"Lo que el doctor Luis Felipe Latorre dijo en el discurso que los opositores citan, no les sirve a éstos para sostener su tesis. Porque lo que allí se quiso dar a entender y se dijo muy claro es, que la disposición del artículo 26 da una garantía al tercero al concederle derecho de oposición al contrato, para evitarse el tener que asumir el papel de demandante cuando, por no haber tenido ese derecho o no haberlo ejercitado, ya perfeccionado el contrato, se vaya por virtud de él a ejercer actos de exploración y explotación perturbatorios del derecho que el tercero tenga sobre los terrenos y sobre el petróleo mismo."

Pero por sobre las anteriores consideraciones, fuertes sin duda, hay otras que la Sala estima concluyentes, a saber:

Los opositores afirman que las tierras cuyo subsuelo petrolífero trata de explotarse, son suyas, y suyo por consiguiente el petróleo allí existente; o en otros términos, que dichas tierras, contra lo afirmado por los representantes de la Nación, no son baldías, porque son de su propiedad particular por herencia de sus mayores.

Pues bien, el artículo 44 del Código Fiscal dice:

"**Son baldíos**, y en tal concepto pertenecen al Estado, los terrenos situados dentro de los límites del territorio nacional que carecen de otro dueño, y los que habiendo sido adjudicados con ese carácter, deban volver al dominio del Estado, de acuerdo con lo que dispone el artículo 56."

La disposición transcrita establece, como se ve, una clara presunción en favor del Estado sobre la propiedad de las tierras, presunción que admite, como todas las legales, prueba en contrario, y que, consecuencialmente, debe dar quien les niegue el carácter de baldías por creerse dueño de ellas. La aseveración que haga 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 generales sobre pruebas, debe destruirse con la afirmación concreta y definida de haberse adquirido el dominio por quien se pretende dueño. Y con mayor razón si es éste quien toma la iniciativa, como ocurre aquí, en la afirmación de haberlo adquirido por títulos legales.

Ni aun en los casos en que la Nación haya de obrar

como demandante en litigios relacionados con la propiedad de tierras baldías, estaría obligada a dar la prueba de su acción por la razón ya dicha de que ella se encuentra favorecida con la presunción que consagra el mencionado artículo 44 del Código Fiscal. En su célebre **Tratado de las Pruebas**, tomo 1°, página 34, dice Francisco Ricci lo siguiente:

"El actor que tiene en favor de su demanda una presunción, está dispensado del peso de la prueba, y de la propia suerte, el demandado también está dispensado del mismo peso cuando la excepción se funda en una presunción. El efecto de la presunción es hacer considerar la cosa presunta como probada, mientras no se demuestre lo contrario. Según esto, la parte a la cual se opone una presunción no puede limitarse a afirmar lo contrario, sino que debe destruir la presunción misma con una clara prueba de los hechos en que funda su impugnación."

No es pues legal asignarle a la Nación el papel de demandante en este juicio, pues él debe asumirlo—conforme a los principios expuestos—el opositor u opositores.

Por tanto, la Sala de Decisión de la de Negocios Generales, confirma la providencia recurrida. Con costas a cargo del recurrente que se tasarán en forma legal.

Notifíquese, cópiese, devuélvase al Magistrado sustanciador y publíquese en la **Gaceta Judicial**.

LUIS F. ROSALES—**Santiago Ospina—Julio Luzardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor **Luzardo Fortoul**.

Estoy acorde con la parte resolutiva de la anterior providencia. No así con la motiva, en cuanto en ella se establece que la Nación se encuentra en el caso actual amparada por una presunción de dominio que la mayoría de la Sala de Decisión deduce del artículo 44 del Código Fiscal.

Las razones de mi discordancia con la referida parte del auto son en síntesis las siguientes:

Siendo las presunciones una prueba legal, el concepto referente a estar una de las contrincantes amparada por una presunción, solamente puede tener cabida en la sentencia, porque solamente en ésta es donde puede hacerse el análisis y apreciación de las pruebas que favorezcan a una u otra de las partes, como lo establece el artículo 471 del Código Judicial. Todo concepto que antes del fallo definitivo se avance en relación con las pruebas de los hechos sujetos al debate, envuelve un prejuicio acerca de dicho fallo.

Encuentro por otra parte inoficiosa la referida disquisición sobre pruebas o presunciones para los efectos de la decisión del recurso, o sea para determinar quién debe tener el carácter de demandante en la presente litis, ya que no existe regla legal ni principio jurídico conforme a los cuales quien se halle favorecido por una presunción haya de tener el carácter de demandado y no de demandante. Antes bien, del mismo pasaje de Ricci inserto en el auto procedente aparece que la prueba de presunción puede favorecer ya al actor, ya al demandado, de donde se sigue que nada implica la existencia de dicha prueba en orden a la posición de las partes en la contienda.

Para fundar la confirmación del auto recurrido basta, en concepto del suscrito, agregar a las razones expuestas por el señor Procurador las que van en seguida, sin comprometer concepto alguno en orden al fallo del litigio.

De acuerdo con el inciso 4° del artículo 26, Ley 37 de 1931, reproducido por la Sala, el juicio breve y sumario que en el caso de oposición a una propuesta sobre explotación de petróleos debe seguirse ante la Corte, tiene por objeto el que se **"decida si es o nó fundada la oposición."** De suerte que la sentencia debe declarar en su parte resolutiva si es fundada o nó la oposición. Síguese de aquí que en el referido juicio sumario la oposición es lo que viene a constituir la demanda, desde luégo que la sentencia versa sobre dicha oposición y que todo fallo debe recaer sobre lo demandado y nada más que sobre ello. Si la Nación debiera asumir el carácter de actora y consiguientemente presentar demanda, la sentencia no versaría sobre la oposición, como lo manda el inciso, sino sobre la demanda que formulara la Nación, de acuerdo con el principio ya conocido.

Es obvio, por otra parte, que si en la mente del legislador hubiera estado el que la Nación presentara demanda contra el opositor, lo habría expresado así y aun habría señalado término para ello o autorizado a la Corte para señalarlo. Si no lo expresó, si no señaló término, ni facultó a la Corte para ello, y si antes bien dijo que la sentencia debía recaer sobre la oposición, decidiendo si ella es fundada o nó, no puede revocarse a duda que la oposición viene a constituir la demanda y que el opositor tiene el carácter de demandante.

Bogotá, julio 4 de 1932.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo veinte de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

Por escrito de fecha 23 de marzo del presente año, la señora doña Manuela Vega viuda de Vargas, solicita de esta Superioridad le sea decretada la pensión judicial a que cree tener derecho como viuda del señor Francisco Vargas P., a quien esta misma Sala reconoció pensión de jubilación por servicios prestados en el Poder Judicial, y apoya su solicitud en el artículo 6° de la Ley 102 de 1927.

Para resolver lo que se estima legal, se considera:

Tuvo en cuenta esta Sala para conceder la pensión de jubilación al señor Francisco Vargas, los servicios que había prestado como Magistrado y como Juez del Circuito, y fueron esos servicios en este último puesto de Juez, los que dieron base a la estimación de la pensión cuando en la sentencia aludida dijo:

"Concluye pues la Sala, que habiendo servido el señor Francisco Vargas P. más de quince años con el carácter de Juez y Magistrado, tiene derecho a pensión como Juez, que fue el último cargo que desempeñó, aplicando por analogía el artículo 2° de la Ley 29 de 1905, relativo a las pensiones para los empleados civiles."

Esta doctrina de acumulación de los distintos cargos en una misma rama del poder, sentada por la Corte, tuvo su aceptación y consagración legislativa en la Ley 116 de 1928, cuando en su artículo 5° impuso las condiciones para gozar de la jubilación de que trata el artículo 3° de la Ley 12 de 1907, diciendo:

"....Haber prestado el servicio de que trata esta disposición durante veinte años por lo menos como Magistrado o Juez, el cual se computará acumulando el tiempo que

se hubiere prestado en uno o varios de esos cargos: en este caso, la remuneración será la que corresponda a la jubilación por el puesto de mayor categoría que se hubiere desempeñado, por lo menos durante un tiempo equivalente a un período legal."

De suerte pues, que al tenor de ésta disposición que hace ácumulables los cargos desempeñados en el Poder Judicial, la peticionaria tiene derecho a solicitar la pensión que conforme al artículo 6º de la Ley 102 de 1928 le corresponde como viuda del señor Francisco Vargas, imputándola al puesto de mayor categoría desempeñado por su causante y, como aparece que sirvió como Magistrado del Tribunal Superior de Neiva seis años, cinco meses y un día, y como Juez de Circuito catorce años, siete meses y veinticinco días, dan un total de veintiún años y veintiséis días, tiempo que satisface la exigencia del artículo 6º de la Ley 102 de 1928, y que le da el carácter de viuda de un Magistrado, carácter que conforme a la sentencia dictada por esta Sala cuando no estaba en vigencia la Ley 116 nombrada, no hubiera podido invocar la peticionaria, toda vez que el reconocimiento de la pensión de su finado esposo se le hizo en su carácter de Juez.

Y ello releva asimismo a la Corte de explicar la disparidad que pudiera objetarse en cuanto al monto de la pensión, pues si el finado señor Vargas sólo pudo obtener una pensión de cincuenta pesos por ordenarlo así las leyes vigentes en ese tiempo, a la viuda viene a corresponderle por mandato de la Ley 102 de 1928 una pensión de cien pesos.

Ya esta Sala de la Corte, en el fallo que decretó la pensión de jubilación del señor Vargas, marido de la peticionaria, fijó desde entonces con claro sentido jurídico, el alcance del artículo 6º de la Ley 102 de 1928, cuando dijo:

"Y que la intención del legislador fue la de que puedan acumularse servicios prestados por Jueces y Magistrados para el objeto de obtener pensión, lo revela el parágrafo del artículo 6º de la Ley 102 de 1928, cuando estableció que las viudas de los Magistrados de los Tribunales Superiores y de la Corte que hubieren servido más de veinte años en el ramo Judicial, tienen derecho a pensión con las limitaciones y requisitos establecidos por las leyes. No exige esta disposición que los servicios se hayan prestado en el cargo de Magistrado de los Tribunales o de la Corte, sino en el ramo Judicial."

Fijado el derecho que asiste a la peticionaria señora Vega viuda de Vargas para solicitar pensión, se pasa a estudiar lo referente a la edad de la peticionaria, que según el criterio del señor Procurador General de la Nación y de acuerdo con el artículo 7º de la Ley 102 de 1927, se requiere la de sesenta años para tener derecho a pensiones de jubilación en el Poder Judicial.

No cree la Corte que derivando la peticionaria su derecho a la pensión de su sola condición de viuda de un Magistrado que ha servido el tiempo que la ley exige, tenga que acreditar la edad de sesenta años, pues el parágrafo del artículo 6º de la ya nombrada Ley, sólo exige que los Magistrados de la Corte y de los Tribunales hayan servido por más de veinte años en el ramo Judicial para que sus viudas tengan derecho a la recompensa; y por ser una gracia especial, para las viudas de tales empleados, no necesita acreditarse siquiera que el causante haya cumplido tal edad; basta que se compruebe el servicio por más de veinte años. Hacer extensivas estas condiciones de edad a las viudas de los Magistrados, sería hacer degenerar el principio que informó estas recompensas, pues si los Magistrados para tener derecho a reclamar directamente esas pensiones necesitan la edad de sesenta años, es porque en tal caso ellos pueden por otros medios atender a las necesidades de sus familias; y a las viudas de tales servidores que quedan desamparadas, no se les puede obligar a que sufran una miseria resignada bajo la condición suspensiva de llegar a la edad de sesenta años, para poder reclamar lo que la ley asignó por veinte años de servicio de sus causantes.

Para acreditar su derecho la peticionaria ha traído las comprobaciones que en seguida se enumeran:

Copia debidamente autenticada de la sentencia que pronunció esta Sala de la Corte el 7 de noviembre de 1927, por la cual se reconoció al señor Francisco Vargas pensión de jubilación judicial por sus servicios prestados como Magistrado del Tribunal de Neiva y Juez de Circuito, por más de veinte años.

Certificación del Cura párroco de San José de Ríoloro (Diócesis de Garzón), con la copia de la partida de matrimonio entre la peticionaria señora Manuela Vega y el señor Francisco Vargas.

Copia de la partida de defunción del señor Francisco Vargas, expedida por el Cura párroco de Garzón, con la cual acredita la peticionaria su carácter de viuda del señor Vargas.

Certificados de la Tesorería General de la República y de la Jefatura de Rentas Nacionales, de los cuales aparece que la peticionaria no es deudora del Tesoro Nacional.

Certificado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el que se acredita que la peticionaria no ha recibido pensión ni recompensa alguna del Erario Público.

Declaraciones de los señores Bernardo Gutiérrez B., Joaquín González, Rafael Silva Gamboa y Rafael Suárez, quienes ante el Juez del Circuito de Garzón y con citación del Agente del Ministerio Público, afirman que la peticionaria no tiene renta alguna que le permita sustentarse ni sostener su numerosa familia; que permanece viuda y que su conducta ha sido siempre ejemplar e irreprochable.

Cumplidos pues los requisitos que la ley exige para merecer esta clase de gracias, resta sólo advertir que la cuantía de cien pesos que la ley asignó a estas pensiones, quedó modificada por el Decreto ejecutivo número 136 de 1932, que limitó a ochenta pesos el monto de las pensiones que en adelante se decretaran.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reconoce a favor de la señora Manuela Vega viuda de Vargas, una pensión mensual vitalicia de ochenta pesos, que le será pagada por el Tesoro Nacional desde el día cuatro de abril del presente año, fecha de la presentación de la demanda en la Corte.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida que establecen las leyes y el Decreto número 136 de 1932.

Publíquese, cópiese y notifíquese; envíese copia de este fallo al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. Insértese en la Gaceta Judicial, y oportunamente archívense las diligencias.

ENRIQUE A. BECERRA—Carlos Arturo Díaz—Julio Lazardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario en propiedad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

El 2 de marzo de 1929, y ante la Alcaldía Municipal de El Colegio, Bernardino Camargo se constituyó fiador de cárcel segura de Heliodoro Buitrago. En virtud de esa estipulación, adquirió las obligaciones de "responder de que su fiado" se presentaría ante las autoridades conocedoras del sumario todos los lunes de cada semana y los otros días en que se necesitara de su comparescencia por razón de esas mismas diligencias; y también que su fiado no tendría, en lo sucesivo, relaciones con Hermelinda González.

Al ser devuelto por el Tribunal Superior de Bogotá el sumario correspondiente, e ir a poner en ejecución la sentencia dictada contra Buitrago y confirmada por el Tribunal prenombrado, no fue posible encontrar al reo. El 27 de febrero de 1931 fue menester requerir a Camargo para que en su calidad de fiador presentara a Buitrago, y el Juzgado 2° del Circuito de La Mesa no sólo le prestó al fiador toda la ayuda que era del caso, sino que, en vista de las dificultades en que se halló por no encontrar a su fiado, le amplió en un mes más el plazo dado. Transcurrido el plazo de gracia y en providencia de fecha once de abril del mismo año, que también fue confirmada por el superior, el Juzgado ya mencionado declaró a Camargo "incurso en la multa de doscientos pesos ($ 200) moneda corriente por no haber cumplido el compromiso adquirido de presentar a su fiado Heliodoro Buitrago" ante las autoridades que conocían de la causa seguida contra él.

Con base en estos antecedentes, y fundado en los documentos que de oficio se le remitieron, visto el inciso 3° del artículo 1059 del Código Judicial y en ejercicio de la jurisdicción coactiva de que está investido, el Juez 2° Nacional de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra Bernardino Camargo, por la cantidad de doscientos pesos y las costas de la cobranza.

El doctor Gregorio Lara Cortés, en su carácter de apoderado del ejecutado, propuso las excepciones de **cumplimiento de la obligación y cobro de lo no debido.** Por esta razón han subido las diligencias ante esta Sala de la Corte, en donde, rituado el incidente con el lleno de las formalidades que le son propias, se procede a decidir del mérito jurídico de las excepciones propuestas, previas las siguientes consideraciones:

El señor Procurador General de la Nación, a quien se dio este negocio en traslado, se expresa así:

"El ejecutado propuso oportunamente las excepciones de cumplimiento de la obligación y cobro de lo no debido. Como prueba de ellas presentó un certificado expedido por el señor Juez 2° del Circuito de La Mesa, el mismo que lo declaró incurso en la multa, en el cual consta que el ejecutado Camargo presentó en esa oficina el 16 de noviembre del año pasado a su fiado Buitrago y que ya se había hecho efectiva la fianza de $ 200, por no haberlo presentado dentro del término que el Juzgado le había fijado para su presentación." (Se llama la atención a que el presente juicio sólo trata de hacer efectiva la fianza de autos).

Acompañó también la boleta de libertad número 335, de 17 de diciembre pasado, expedida por el Director de la Penitenciaría Central, que Buitrago había cumplido la pena a que había sido condenado por el señor Juez 2° del Circuito de La Mesa.

"Estimo que esas pruebas bastan para establecer plenamente que el ejecutado cumplió con la obligación que contrajo, y por lo tanto creo que debéis declarar probada la primera de las excepciones propuestas, ordenar que se suspenda la ejecución y se levante el embargo de los bienes secuestrados."

El apoderado del ejecutado fundó así la primera de las excepciones propuestas:

"**Cumplimiento de la obligación**—Fundo esta excepción en el hecho de que mi cliente Bernardino Camargo presentó a su fiado Heliodoro Buitrago ante el señor Juez del conocimiento el día 16 de noviembre de 1931.

"La fianza en los negocios criminales obedece en principio, entre otros, a los siguientes objetos: no privar a la sociedad de un miembro productor; prevenir los perjuicios que con el encarcelamiento pueda sufrir el sindicado, si resulta inocente; el ahorro al Estado de la erogación por raciones para el preso; y el de garantizar el cumplimiento de la justicia, llegado el caso de que el sindicado sea condenado.

"En el presente caso la sanción de la ley se cumple. El sindicado, que fue excarcelado mediante la fianza mientras el informativo se tramitaba, ha comparecido ante su Juez, después de condenado: cumple la pena que se le impuso. Se halla satisfecha la sociedad; el delito no se quedó impune.

"El fiador no presentó a su fiado inmediatamente que le fue solicitado; **en la diligencia de fianza no se estipuló la obligación de presentarlo en determinados períodos, o en señalado día** (se subraya); tácitamente el fiado quedó con el derecho de ausentarse para donde a bien lo tuviera, y esto sucedió: se hallaba en otro Municipio, y en el campo."

Lo primero que cabe observar es que en la diligencia de fianza consta la existencia de la obligación para Camargo de presentar a Buitrago los lunes de cada semana y los demás días en que fuera menester la comparescencia del sindicado. La diligencia de constitución de fianza lleva fecha 2 de marzo de 1929; el primer requerimiento hecho a Camargo para que presentara a su fiado tiene fecha 27 de febrero de 1931, y allí mismo, para que resaltara más su responsabilidad, se le amplió al fiador nombrado el plazo en un mes para que cumpliera su deber. No obstante el nuevo plazo, Camargo no presentó a Buitrago y el Juez 2° del Circuito de La Mesa hubo de declararlo incurso en la multa de doscientos pesos, monto de la fianza. La providencia del Juez citado está en un todo ajustada a lo que preceptúa el artículo 17 de la Ley 83 de 1915, que dice:

"Si el sindicado o procesado no se presentare cuando el funcionario instructor, el Juez o Tribunal lo requiera para ello, será reducido a prisión por orden de éstos, se revocará la gracia de libertad provisional y se ordenará el pago de la caución o fianza, cuyo valor, como queda establecido, ingresará al Erario Nacional. Cuando se hubiere eximido de fianza o caución al sindicado o procesado y éste hubiere faltado a los compromisos que contrajo, se le impondrá una multa de diez a cien pesos, convertibles en arresto."

Precisamente es ésta la situación jurídica de Camargo ante la ley: adquirió como fiador el compromiso de pre-

sentar ante las autoridades a su fiado los lunes y cada vez que fuera menester; y no lo cumplió.

Es más: en la diligencia sobre la constitución de la fianza se lee "que en caso de que su fiado infrinja lo estipulado en la presente diligencia, lo hace acreedor al valor de la fianza ya dicha por vía de multa," que será pagada por Bernardino Camargo.

En relación a esta estipulación, la Corte observa:

Esta es una fianza como cualquiera otra: en ella se asegura el cumplimiento de un hecho ajeno. La no realización de la obligación estipulada impone al fiador que no compele al sindicado a cumplir con el deber de presentarse, el pago de una multa como pena, pago que se hace en favor del Tesoro Nacional. No desaparece la obligación principal del sindicado, porque en materia criminal, para el ejercicio de la justicia, el representante de la sociedad es el Estado, en tanto que el fiador, como responsable de una obligación accesoria, sólo garantiza la presentación del fiado cuando las autoridades lo soliciten, mas no el cumplimiento de la pena que corresponde al sentenciado, porque a ello se oponen la más elemental equidad y preceptos constitucionales. Esta importante diferencia la establece la ley precisamente porque la obligación de sufrir una pena corporal por la comisión de un delito no puede remitirse por ninguna indemnización pecuniaria. Y se exige la indemnización pecuniaria porque el tiempo señalado por la ley para el ejercicio de la justicia en los términos allí determinados, debe ser garantizado de manera efectiva y no quedar sujeto al arbitrio de un tercero. Quien no presenta al sindicado en el tiempo determinado falta a su obligación y es por tanto responsable; corrobora esta afirmación lo dispuesto por el artículo 2377 del Código Civil al decir: "El fiador es responsable hasta de la culpa leve, en todas las prestaciones a que fuere obligado." Y responsable fue Camargo al no poner de su parte "aquella diligencia y cuidado" que era menester para evitar que Buitrago se ausentara del Municipio de El Colegio. Por tanto, no podrá progresar la primera de las excepciones propuestas.

La segunda excepción, **cobro de lo no debido**, es consecuencia de la primera; de consiguiente, tampoco podrá prosperar y así habrá de declararse.

Como corolario 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, en desacuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara no probadas las excepciones propuestas y dispone continúe la ejecución.

Con costas; tásense en la oportunidad legal.

Publíquese, cópiese y notifíquese: insértese en la **Gaceta Judicial**, y oportunamente devuélvanse las diligencias.

ENRIQUE A. BECERRA—**Carlos Arturo Díaz**—**Julio Luzardo Fortoul**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, junio cinco de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Arturo Díaz).

Fundado en los avisos de liquidación, por derechos de aduana que figuran a los folios 11 a 14 del cuaderno principal, expedidos por el señor Administrador de la Aduana de Buenaventura, el señor Juez de Rentas Nacionales y Ejecuciones Fiscales de este puerto, libró con fecha primero de agosto de mil novecientos treinta, orden de pago por medio de la jurisdicción coactiva a favor del Tesoro Nacional y en contra de la sociedad comercial de Rufino Villegas & Compañía, comerciantes y vecinos de Manizales, por la cantidad de dos mil setecientos cinco pesos con tres centavos oro legal ($ 2,705-03), más los intereses exigibles hasta la fecha en que se verificó el pago y las costas del juicio.

Adelantado éste, el apoderado del ejecutado presentó demanda de excepciones, la que fundamentó así:

Primera excepción: **pago**.

La fundó en los siguientes hechos:

a) En que la Aduana de Buenaventura cobra a sus patrocinados la suma de $ 2,069-93 por conceptos de varios del vapor **Perene**, llegado al puerto de Buenaventura el día 1° de julio de 1926.

b) Que acompaña copia del manifiesto número 9614, de la Aduana de Buenaventura, documento que el comisionista envía al importador para demostrar el valor de los derechos de aduana y demás gastos de nacionalización de la mercancía importada.

c) Que acompaña igualmente un recibo de la casa comisionista —oficina principal de Cali—de fecha 31 de julio de 1926, en donde se lee que la firma Rufino Villegas & Compañía ha entregado la suma de $ 2,277-12, para atender al pago del manifiesto número 9614 y de otro manifiesto.

d) Que el artículo 1° de la Ley 97 de 1923, dice lo siguiente: "Los derechos por la importación de mercancías y los recargos legales deben pagarse antes de que sean entregadas éstas en la Aduana u oficina postal respectiva."

e) Que con la carta de remesa del Ferrocarril del Pacífico que adjunta demuestra que la mercancía llegada a Rufino Villegas & Compañía, por vapor **Perene**, fue despachada a éstos en agosto 13 de 1926.

f) Que la mercancía de que habla el manifiesto número 9614, fue recibida por Rufino Villegas & Compañía, luego debió proceder a la entrega la cancelación de los derechos de aduana, conforme al artículo que se deja transcrito.

Segunda excepción: **carencia de acción**.

La fundó así:

"En que si como lo dejo demostrado Rufino Villegas & Compañía situó los fondos necesarios para atender al pago de la mercancía llegada por vapor **Perene**, y ésta fue entregada, consecuencialmente nada debe la firma ejecutada, por lo que no hay acción contra ella.

"2: Las glosas por mala especificación del numeral, son inadmisibles y no prestan acción alguna contra la firma ejecutada, porque la mercancía fue declarada 'conforme con la factura consular,' según así se lee en el manifiesto número 9614, cuya copia acompaño.

"3' Las glosas de la Contraloría por concepto de intereses, no dan acción contra la firma ejecutada, por cuanto están pagadas las sumas por valor de la importación de mercancías; por consiguiente, no hay acción para cobrar intereses, sobre una cantidad que no existe, ni se adeuda.

"4" Tampoco hay acción para cobrar suma alguna de dinero por concepto 'adicional,' según las glosas de la Contraloría, tanto por las razones dichas en los puntos 2° y 3° de esta excepción, como porque esas glosas han sido hechas mucho tiempo después de vencido el término

que la Contraloría tiene para hacerlo según el artículo 80 de la Ley 42 de 1923."

Tercera excepción: **dolo.**

La hizo consistir en el hecho de que habiendo pagado la firma ejecutada la suma que ahora se le cobra por importaciones traídas por el vapor **Perene**, y no siendo el caso de las glosas y cobro de intereses, se infiere agravio a los intereses de la firma ejecutada, por parte de la Nación, al cobrar una suma de dinero que sus mandantes no adeudan.

Cuarta excepción: **la innominada.**

Alegó todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió.

Como fundamento de derecho alegó los artículos 1025, 1060 y siguientes del Código Judicial; 63, 1625, 1626 y siguientes del Código Civil, el 1° de la Ley 97 de 1923 y el 80 de la Ley 42 de 1923 y demás pertinentes.

Remitido el incidente a esta Corte y debidamente tramitado, ha llegado el caso de resolver lo que sea legal.

Al contestar el traslado el señor Procurador, se expresó así:

"Esta ejecución coactiva se dirigió contra la persona jurídica de Rufino Villegas & Compañía, que es distinta de la persona natural de Rufino Villegas.

"Todos los avisos de glosas formulados por la Contraloría General de la República, menos el del folio 12, se refieren a la persona natural de Rufino Villegas, y contra éste y no contra la Sociedad de Rufino Villegas & Compañía, ha debido dirigirse la ejecución que se funda en esos avisos.

"Si se alega que el socio es solidariamente responsable de las obligaciones sociales, ha debido establecerse por lo menos la existencia de esa persona jurídica y con mayor razón si se ejecuta a esa persona jurídica.

"La acción ejecutiva ha sido mal dirigida. Ella ha debido enderezarse contra la persona natural de Rufino Villegas, excepto en lo que se refiere al aviso de glosas número 81201, de 30 de octubre de 1928 (folio 12), que aparece a cargo de Rufino Villegas & Compañía.

"Conceptúo que la Corte debe declarar probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva del ejecutado y ordenar que se devuelva el juicio a la oficina del Juez ejecutor para que libre mandamiento ejecutivo a cargo de Rufino Villegas, excepto por el valor del aviso ya citado."

Los conceptos anteriores del señor Procurador son no sólo ciertos sino fundados, porque es evidente que el mandamiento ejecutivo se le libró a la Compañía de Rufino Villegas & Compañía, y los avisos de liquidación de las deudas lo fueron contra Rufino Villegas, excepto el del folio 12, por valor de $ 16-91, importe de una multa, y mal puede ejecutarse a una persona jurídica, por deudas deducidas contra una persona natural, porque la sociedad es una persona jurídica distinta de los socios que la componen individualmente considerados.

Por las anteriores razones la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **declara probada** en parte la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería, salvo en lo que se refiere al aviso que figura al folio 12, por la cantidad de diez y seis pesos noventa y un centavos ($ 16-91), que la sociedad de Rufino Villegas & Compañía adeuda a la Nación; continúe la ejecución por el monto de esta suma.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA—**Carlos Arturo Díaz**—**Julio Luzardo Fortoul**—**Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, junio treinta de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Arturo Díaz).

Por medio de escrito presentado el día veintidós de mayo de mil novecientos treinta, la señora Ana Josefa Pulido de Cortés, mujer viuda, hablando en su propio nombre y en el de sus menores hijos Ana Leonor, Carlos Fernando y José Roberto Cortés Pulido, demandó a la Nación ante el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en su calidad de propietaria de la Empresa denominada Ferrocarril Central del Norte, para que, mediante los trámites de un juicio ordinario, se hicieran en sentencia definitiva, las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la Nación demandada, en su calidad de propietaria de la Empresa denominada Ferrocarril Central del Norte, es civilmente responsable de la muerte de mi esposo, el ingeniero Carlos Edmundo Cortés, ocurrida el día veintiuno de junio de mil novecientos veintinueve, en el trayecto comprendido entre los kilómetros 177 y 179, del mencionado ferrocarril, en jurisdicción del Municipio de Saboyá, Departamento de Boyacá.

"Segunda. Que se condene a la Nación, como entidad demandada y como propietaria de la Empresa, a pagar a mis hijos legítimos Ana Leonor, Carlos Fernando y José Roberto Cortés Pulido, y a mí, la indemnización que por medio de peritos se fije en este juicio o en otro distinto, como valor de los perjuicios ocasionados por la muerte del ingeniero doctor Carlos Edmundo Cortés."

La peticionaria apoyó la demanda en los siguientes hechos:

"1° El ingeniero Carlos Edmundo Cortés era Interventor de la Sección 2ª de construcción del Ferrocarril Central del Norte.

"2° En desempeño de su cargo se encontraba el día veintiuno de junio de mil novecientos veintinueve, en el trayecto comprendido entre los kilómetros 177 y 179, ocupándose en dirigir el traslado de la pala de vapor número 2, para lo cual era necesario colocar traviesas de madera a uno y otro lado de la carrilera.

"3° Dicha pala de vapor pertenecía a la Empresa denominada Ferrocarril Central del Norte.

"4° En su traslación se hizo andar la pala hasta llegar a la mitad del kilómetro 178, punto donde fue detenida, para ordenar mi esposo la colocación de nuevas traviesas, quedando allí la máquina completamente quieta, manteniéndose el pescante y la cuchara levantados en posición natural.

"5° A las diez y media de la mañana, y en el momento en que el doctor Cortés se situó inmediato al cuerpo de la pala y debajo del pescante, se soltó la cuchara, y lo golpeó con tal violencia, que las uñas (sic) se hundieron en su cuerpo, causándole la muerte instantáneamente.

"6° Por esta desgracia, mis hijos y yo hemos quedado en el mayor desamparo y en extrema pobreza, pues era mi esposo quien atendía a mis necesidades.

"7° El desgraciado accidente fue ocasionado porque la Empresa del Ferrocarril puso al servicio la pala de va-

por número 2, cuando adolecía del daño gravísimo, consistente en que el trinquete no aseguraba convenientemente el pedal que controla la caída de la cuchara, y porque el maquinista obró con negligencia o descuido, dada su inhabilidad en el manejo de dicha clase de máquinas.

"8ª Mi esposo, el doctor Cortés, apenas contaba treinta y cuatro años, y su salud era perfecta, hechos estos que permitieron al Médico de la Empresa aseverar que sin el lamentable accidente, su supervivencia hubiera podido alcanzar al doble de la edad en que murió.

"9ª El doctor Cortés era ingeniero civil, y había practicado su profesión con verdadero éxito, habiendo desempeñado cargos de importancia.

"10. La Nación es propietaria del Ferrocarril Central del Norte.

"11. Las empresas, y en especial las nacionales, están en la obligación de proceder en todos sus actos con el mayor cuidado y diligencia, y son responsables de los actos de sus dependientes o subordinados."

Fundamentó esta demanda con apoyo en lo dispuesto por el Título XXXIV, Libro 4º, del Código Civil y sus concordantes: artículos 5º de la Ley 62 de 1887; 26 y 27 de la Ley 76 de 1920, y en las Leyes 119 de 1913 y 6ª de 1926.

El juicio fue abierto a pruebas, y siguió su curso legal, hasta que el Tribunal, por sentencia de fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos treinta, falló en contra de las pretensiones de la demandante, absolviendo por consiguiente a la Nación de los cargos formulados en el libelo de demanda, sentencia que fue apelada por la parte demandante para ante esta Suprema Corte.

Las razones en las cuales fundamentó el Tribunal su fallo, para no acceder a las peticiones de la demanda, fueron las siguientes:

"Nuestro Código, a diferencia de otros extranjeros, no contiene disposición alguna que establezca expresamente la responsabilidad civil de las entidades de derecho público como el Estado, los Departamentos y los Municipios, en casos como los de que aquí se trata. Pero nuestra jurisprudencia constante y uniforme ha establecido que esa responsabilidad está comprendida en el precepto del artículo 2347, copiado, máxime si se tiene en cuenta que a la Nación pertenece la Empresa del Ferrocarril Central del Norte, a cuya construcción se refieren las Leyes 119 de 1913 y 6ª de 1926.

"Pero el solo hecho de haber encontrado el cadáver del doctor Cortés debajo de la pala número 2, perteneciente a la Empresa del Ferrocarril Central del Norte, no es suficiente para deducir que la muerte haya sido ocasionada por un hecho u omisión de dicha Empresa, que haga civilmente responsable a la Nación, aunque se admita aquel hecho como un indicio necesario—que no lo es—de que la muerte fue causada por la máquina, y aunque se tenga por establecido en los autos, que estaba dañada, y que el maquinista Ospina era inhábil para manejarla; porque esas solas consideraciones no son suficientes para establecer que el siniestro se verificó por culpa de la Empresa, ya que puede haber circunstancias en las cuales la muerte del doctor Cortés ha podido ocurrir como consecuencia de un hecho distinto de los indicados, que hubiera ocurrido aun en condiciones de perfecto funcionamiento de la máquina, y causado solamente por causa de la misma víctima. Y ello sólo puede saberse con el análisis de la forma como ocurrió el accidente, la cual no está probada, como se ha visto.

"Al demandante corresponde dar la prueba de que se viene tratando, pues aunque es verdad que 'la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo' (artículo 604 del Código Civil), no estando probado el hecho que ocasionó el perjuicio al demandado, y sobre todo la forma en que el hecho ocurrió, que es el que ha podido producir la responsabilidad civil de la parte demandada, carece de fundamento la prueba de tales diligencia y cuidado."

En esta segunda instancia la demandante produjo nuevas pruebas, y como el fundamento principal del fallo del Tribunal, según se acaba de transcribir, consiste en el hecho de que no está probado que la muerte del doctor Cortés ocurriera por un acto u omisión de la Empresa del Ferrocarril Central del Norte, y que esa muerte necesariamente se produjera por haber sido aplastado por la pala, ya que aquella corporación llega hasta suponer que esa muerte bien se pudo producir por causas distintas a éstas, y atribuibles a la propia víctima, corresponde examinar si esos hechos que el Tribunal desconoce se encuentran o nó acreditados en los autos. Para saber cómo y de qué manera se produjo el accidente, nada mejor que reproducir en este fallo el informe que rindió el señor Ingeniero Jefe, doctor Dustano Gómez, y que dice así:

"Ferrocarril Central del Norte—Sección 2ª—Número 27.
Estación Garavito, 8 de julio de 1929.

"Señor Superintendente—Bogotá.

"Rindo a usted el informe sobre el desgraciado accidente ocurrido el día veintiuno del pasado mes de junio, en el cual perdió la vida el ingeniero de esta Empresa doctor Carlos Edmundo Cortés.

"En el día indicado, veintiuno de junio pasado, hacia las diez y media de la mañana se ocupaba el doctor Cortés en dirigir el traslado de la pala de vapor número 2, de propiedad de esta Empresa, desde el kilómetro 177 al 179. Para esto era necesario disponer la colocación de traviesas a uno y otro lado de la carrilera, y hacer andar la pala con mucha precaución. Había conseguido hacerla andar un trecho en la forma indicada, hasta llegar a la mitad del kilómetro número 178, donde la detuvo para ordenar la colocación de nuevas traviesas, quedando, pues, sin ningún movimiento, manteniéndose el pescante y la cuchara de la pala levantados hacia adelante, que es la posición necesaria para que pueda andar. En este momento se situó el doctor Cortés inmediato al cuerpo de la pala y debajo del pescante, para ordenar un movimiento de ella, cuando se soltó la cuchara, girando en su brazo de palanca, golpeándolo fuertemente en la cara y derribándolo en medio de la carrilera, a donde vinieron a quedar las uñas de la cuchara, que se le hundieron en el cuerpo, desfigurándolo horriblemente. La muerte fue, pues, por aplastamiento (sic).

"El Alcalde de Saboyá, en cuyo vecindario ocurrió el accidente, se encontraba casualmente en este sitio de El Claro, fue llamado inmediatamente que el suscrito tuvo conocimiento del suceso y se había trasladado al sitio del accidente, para que procediera al levantamiento del cadáver, y a comenzar las primeras diligencias que el caso requería.

"Varios trabajadores acompañaban al doctor Cortés, y algunos estaban inmediatos a él, sin que hubieran sufrido, excepción del fogonero de la pala, quien al golpe de la cuchara al caer, fue derribado a un lado de la carrilera, sin sufrir accidente. Manejaba la pala como me-

cánico, Climaco Ospina, persona poco hábil en esta clase de máquinas, como que hacía pocos días que la tenía a su cuidado.

"Para que la cuchara de la pala se viniera a tierra, sin que se hubiera levantado ningún cable, fue necesario que el maquinista Ospina, involuntariamente, y sin que se diera cuenta de lo que hubiera hecho, moviera un pedal mal asegurado por un trinquete; o que al moverse el maquinista, en su sitio de palancas, favoreciera el movimiento del trinquete y se soltara el pedal. El Jefe de Talleres, a quien se consultó, también manifestó que sin que se hubiera soltado el pedal, era imposible que cayera la cuchara. Fue después de ocurrido este lamentable accidente, que (sic) se vino en conocimiento que el trinquete nombrado no aseguraba suficientemente el pedal que controla la caída de la cuchara. Luégo que el cadáver fue levantado y examinado por el Médico Ayudante, doctor Guillermo A. Parra, se trasladó a Bogotá en tren expreso. Se adjunta el certificado de dicho Médico.

"Queda, pues, establecido que ha sido un verdadero accidente de trabajo, por las circunstancias en que se sucedió, de manera imprevista y repentina, sobrevenido por causa y con ocasión del trabajo; que no fue debido a culpa del ingeniero doctor Cortés, ni a fuerza mayor extraña al trabajo o violación de los reglamentos de la Empresa.

"El doctor Cortés desempeñaba con gran competencia las funciones de ingeniero de la Sección 1ª de construcción, y con su muerte pierde la Empresa uno de sus mejores ingenieros.

"Del señor Superintendente, atento y seguro servidor,

"José Dustano Gómez, Ingeniero Jefe"

Este informe oficial fue ratificado bajo juramento en el término de prueba, y adicionado con las siguientes manifestaciones hechas en esa declaración por el mismo doctor Gómez:

"Es verdad que para rendir mi informe me cercioré inmediatamente después del suceso, de la muerte del doctor Cortés, y pude establecer que el accidente había ocurrido por defecto de la pala, o mejor dicho, por el funcionamiento defectuoso; pues al efecto, hice practicar por los maquinistas Acero y Escobar y por el Jefe de Talleres de Chiquinquirá, pertenecientes a la Empresa, señor José María Cárdenas, un detenido examen de la pala de vapor, llegando a la conclusión de que el accidente ocurrió por el defecto apuntado en el informe que rendí, o sea porque el trinquete no aseguraba convenientemente el pedal que controla la caída de la cuchara, defecto que se desconocía hasta entonces, y no fue advertido por los Talleres que armaron la pala a los ingenieros de construcción."

A su turno, el señor José María Cárdenas, Jefe de los Talleres del Ferrocarril, declara que examinó la pala y le encontró un defecto, "defecto que al poner en servicio la pala, fue lo que ocasionó la muerte al doctor Carlos Edmundo Cortés."

Alberto Ruiz, quien fue la persona que como mecánico armó la mencionada pala, cuenta que él la armó primero no como pala, sino como grúa, que después la desmontaron y la armaron para este último objeto, y que al maquinista Climaco Ospina se la enseñó a manejar como grúa; que es muy distinto el funcionamiento de dichas máquinas cómo grúa a como pala, porque es más complicado el de la última, y se exige para su manejo correcto mayor habilidad y mayores conocimientos, y que, por consiguiente, los conocimientos del maquinista eran insuficientes para manejarla como pala; que el accidente fue originado por no haberle puesto el perno de seguridad al trinquete que sujeta el pedal del freno, que a su vez sujeta la cuchara; que no fue imprudente la colocación del doctor Cortés debajo de la cuchara, porque las necesidades del servicio hacían que la persona que estaba dirigiendo el traslado de la máquina se colocara debajo de la cuchara.

Carlos Escobar y Aurelio Acero declaran, que después de ocurrido el accidente, examinaron la pala, y pudieron cerciorarse por este motivo que lo que motivó el suceso fue el hecho de que el trinquete no aseguraba en forma satisfactoria el pedal que controla la cuchara de la pala; que al efectuar dicho examen, hallaron suelto el perno de tal trinquete, y que fue esto indudablemente lo que ocasionó la caída de la cuchara.

José Vicente Jeanneau declara, por haberlo visto y presenciado, que cuando la cuchara cayó sobre el doctor Cortés, la pala se hallaba inmóvil, con la cuchara en su posición natural, es decir, levantada, y el doctor Cortés colocado en el sitio o puesto que acostumbraba ocupar, por ser el más conveniente para dar sus órdenes y observar a los trabajadores, que en esos momentos colocaban durmientes para el deslizamiento de la pala; que por el conocimiento que tiene de esas máquinas, puede asegurar que la cuchara sólo cae cuando el maquinista la hace bajar a su voluntad para recoger la tierra y depositarla luégo en el punto conveniente; que la cuchara no puede caer fortuitamente, si está debidamente asegurada, porque ésta tiene un trinquete que, estando debidamente acondicionado y funcionando correctamente, no es posible que se zafe y deje caer la cuchara, pero que si el trinquete está mal puesto, la cuchara se viene por su peso de gravedad; que vio que el doctor Cortés se encontraba distanciado de las palancas que gobiernan la pala, y no tuvo intervención ninguna en la caída de la cuchara.

Eliecer Sotelo y Francisco Castillo, trabajadores con esta clase de máquinas, y quienes fueron igualmente testigos presenciales del accidente, declaran en idéntica forma al anterior, y afirman igualmente que cuando una máquina de éstas se encuentra en buenas condiciones, es imposible que la cuchara se caiga voluntariamente.

Por último, los peritos doctores Darío Rozo y Luciano Estrada emiten el siguiente concepto:

"Las palas de vapor marca Marion, o sean las que fabrica la Casa americana Marion Steam Schovel & Co., de Ohio, pues era de esa clase la que se estaba trasladando el día en que acaeció la muerte del ingeniero doctor Cortés, son de excelente construcción, y están provistas de un fuerte trinquete, que hace imposible la caída de la cuchara de la pala.

"Las palas que se construyen para ferrovías son esencialmente poderosas, comoquiera que están destinadas a trabajos fuertes de excavación, en terrenos generalmente abruptos, y de allí que la caída de la cuchara sólo puede verificarse en el caso de que la máquina haya sido mal armada.

"Según los datos que arroja el expediente, y especialmente la exposición del señor Alberto Ruiz, que fue mecánico del Ferrocarril Central del Norte, y de acuerdo con la naturaleza de esa clase de palas, podemos conceptuar que la causa eficiente de que el perno de la pala número 2, que fue lo que ocasionó el accidente, estuviera suelto,

fue la que el trinquete no fue colocado convenientemente en su sitio, cuando fue armada la pala, lo cual se explica, porque la máquina, según constancia que existe en los autos, no fue armada por un verdadero maquinista, sino por el obrero Clímaco Ospina, quien no es técnico en la materia, como él mismo lo confiesa.

"El perno en cuestión no podía zafarse por las sacudidas naturales de la máquina, porque, como hemos dicho, esas palas se construyen tan adecuadas al fin a que se les destina, que cualesquira que sean las vibraciones que se produzcan al moverlas, el trinquete es tan firme, que no permite la caída de la cuchara, siempre y cuando que la máquina haya sido armada convenientemente. Las sacudidas que pueda sufrir una máquina de esa naturaleza no pueden normalmente causar desajustes o desengranajes en la maquinaria de las palas, que puedan ocasionar la caída de la cuchara, porque hemos dicho, esas palas son supremamente fuertes, y se construyen precisamente para trabajar en las excavaciones que se hacen en la construcción de ferrocarriles, y bien se comprende que si con las sacudidas normales se produjeran desajustes o desengranajes de la máquina, y necesariamente determinaran la caída de la cuchara, es obvio que tales máquinas no servirían para el objeto a que están destinadas.

"En resumen: aclaramos y adicionamos nuestro concepto así:

"Primero. La causa determinante de que el perno de la pala de vapor, que le causó la muerte al ingeniero doctor Carlos E. Cortés, se encontrara suelto, fue el hecho de que tal pala, según las pruebas que obran en el expediente, fue mal armada, por una persona incompetente, porque el trinquete no fue colocado precisamente en su sitio, y de allí que el pedal se pelara y cayera la cuchara, aplastando al doctor Carlos Edmundo Cortés.

"Segundo. Las sacudidas normales que la máquina sufría al ser trasladada entre los kilómetros 177 y 178 del Ferrocarril Central del Norte, el día veintiuno de junio de mil novecientos veintinueve, no podían causar desajustes o desengranajes que causaran la caída de la cuchara. De acuerdo con nuestros conocimientos, y prometiendo ser imparciales con las partes y leales con la justicia, dejamos ampliado nuestro dictamen en este asunto, sobre los puntos sometidos por el señor Procurador General de la Nación, y tornamos a someterlo a la muy ilustrada consideración de la Corte Suprema de Justicia."

De las pruebas que arroja el expediente aparecen demostrados los siguientes hechos, en concepto de la Corte:

Que el día veintiséis de enero de mil novecientos veintiuno, la demandante señora Ana Josefa Pulido de Cortés contrajo matrimonio en esta ciudad, en la iglesia de Las Nieves, con el doctor Carlos Edmundo Cortés; que de ese matrimonio nacieron tres hijos, que viven, y son menores de edad, y que responden a los nombres de Ana Leonor, Carlos Fernando y José Roberto Cortés Pulido (partidas del estado civil, folios 2 a 6, del cuaderno principal); que el doctor Cortés era ingeniero civil, titulado por la Facultad de Matemáticas e Ingeniería de la Universidad Nacional de Bogotá (folio 17 del cuaderno 2º); que por Decreto número 1219, de 2 de julio de 1928, el doctor Carlos Edmundo Cortés fue nombrado Interventor de la Sección 2ª del Ferrocarril Central del Norte, cargo de que tomó posesión el día seis de julio, con una asignación mensual de cuatrocientos pesos (folios 14 y 18 del cuaderno principal); que desempeñó ese cargo hasta el día veintiuno de junio de mil novecientos veintinueve (folios 13 y 14 ibidem); que ese día veintiuno de junio, hallándose en el desempeño de las funciones de su cargo, y en momentos en que se ocupaba en ordenar el traslado de la pala número 2, entre los kilómetros 177 y 179, de la línea del ferrocarril, fue cogido por la cuchara de la pala, la que le cayó encima y lo derribó al suelo; que como consecuencia de este accidente, el doctor Cortés murió como consecuencia del aplastamiento, estando en plena actividad de sus funciones vitales, por cuanto su salud era perfecta, según así lo certifica el Médico de la Empresa, bajo juramento, al folio 3º del cuaderno 6º; que la pala de vapor número 2, fue armada primero como grúa, y luégo como pala, que en esta segunda vez quedó mal armada, porque quedó suelto el perno, por no haber sido colocado el trinquete en su sitio, lo que ocasionó que el pedal se pelara y cayera la cuchara, aplastándolo, y, por último, que el sitio en donde se hallaba colocado el occiso era el adecuado y el conveniente para dirigir los trabajos de traslado, en que se ocupaba en esos momentos.

Corresponde ahora examinar si, efectivamente, de acuerdo con los hechos anteriores, los demandantes tienen derecho a una indemnización por parte del Estado, propietario del Ferrocarril, por el accidente en que perdió la vida el doctor Cortés. El artículo 1494 del Código Civil señala las fuentes de las obligaciones, y el 2341 establece el derecho a obtener una indemnización por causa de delito o culpa.

Sobre este particular dijo con mucho acierto la Corte, en sentencia de veinte de octubre de mil ochocientos noventa y ocho, lo siguiente:

"En materia de delitos y culpas civiles, la jurisprudencia se halla perfectamente de acuerdo en hacer recaer sobre los comitentes la responsabilidad de los agentes, aun por la mala elección que de ellos se haga. Un empresario de transportes, por ejemplo, que tiene a su servicio empleados que por su negligencia, malicia o descuido causan daños a las personas o a las cosas, se hace responsable de las faltas de sus dependientes, por no haber puesto el debido cuidado en su elección, y haber empleado a personas que no tienen las condiciones requeridas para el buen desempeño de su cargo. El rigor de estos principios es mayor, si cabe, cuando se trata de los hechos de los empleados públicos con relación a la entidad que los nombra."

En el presente caso, ya se ha visto que no sólo la pala que ocasionó la muerte del doctor Cortés fue mal armada, sino que también el maquinista Clímaco Ospina, que la manejaba, no era persona competente, porque a él no se le enseñó el manejo de esa máquina como pala, sino como grúa, según declaraciones del propio Ospina y del Jefe de Talleres.

No puede decirse que el empleado público que arrienda sus servicios profesionales a una empresa dependiente del Estado, no podría exigir a éste la indemnización correspondiente por los daños que en su persona le causara, provenientes de descuido, de negligencia o de la correspondiente falta de cuidado, de la mala escogencia de sus compañeros de trabajo, porque esta clase de desastres o accidentes, cuando provienen, como en el caso que se estudia, de la falta de diligencia y de conveniente cuidado, llevan generalmente en sí mismos el sello de la culpa, es decir, de la falta de dirección o de vigilancia en la regular marcha del servicio, ya que el empleado, cuando se contrata, lo hace bajo la confianza de que los

instrumentos o máquinas que se le entreguen para el desempeño de su trabajo, tienen que estar rodeados de todas las condiciones de garantía y de eficacia necesarios, y el demás personal que trabaja con él tiene la habilidad necesaria, porque al arrendar sus servicios no se somete en ningún caso a los riesgos aleatorios de los daños personales, ya que nadie que tenga mediano sentido puede pensar en renunciar a la vida o a la integridad personal.

Por eso dice con mucha razón el señor Procurador en su anterior vista:

"Es necesario admitir que las empresas de trabajo deben emplear maquinarias y elementos en buenas condiciones, y que el empleo de maquinaria averiada y mal armada les es imputable a culpa. Parece que el Ferrocarril Central del Norte no hubiera cumplido con esta obligación, pues empleó una pala que, según las constancias del proceso, no se podía encontrar bien armada.....

"Estimo que siendo la pala de tal calidad, que estando bien armada, no podía dejar caer la cuchara sin intervenir la mano del maquinista, hay que admitir que si ésta se cayó fue, o porque intervino éste o porque se encontraba mal armada, y en uno u otro caso, el hecho es imputable al dueño de la Empresa.

"Así que no estaría bien que la Nación esquivara, en el caso presente, la responsabilidad a que todo empresario estaría sujeto en caso semejante."

El Tribunal no niega estos dos hechos fundamentales: que la máquina estaba dañada, y que el maquinista no tenía los conocimientos necesarios para manejarla, pero "que no está acreditado en los autos el hecho que ocasionó la muerte del doctor Cortés, ni mucho menos la forma como ocurrió," y basado en esto, ha negado a los demandantes el derecho a obtener la indemnización correspondiente, porque, en su concepto, las pruebas allegadas solamente acreditan la muerte, y que el cadáver fue encontrado debajo de la pala.

A este respecto cabe observar lo siguiente: el hecho de que el doctor Carlos Edmundo Cortés murió, se demuestra con la partida de defunción, y que esta muerte fue causada por consecuencia de haberle caído encima de su cuerpo la cuchara de la pala número 2, del Ferrocarril Central del Norte, se encuentra acreditado con las siguientes pruebas: con el certificado del Médico de la Empresa, doctor Rafael González, el cual fue luégo ratificado bajo juramento (folio 3 del cuaderno número 6), en el cual dice que la muerte del doctor Cortés se debió "a un aplastamiento, ocasionado por una de las palas de vapor, estando en plena actividad de sus funciones vitales; con el acta del levantamiento del cadáver, practicada por el señor Alcalde de Saboyá y su Secretario, en asocio de los peritos Marco Antonio Chaparro—Practicante y Enfermero del hospital de la Empresa—Nacianceno Guzmán y Marco A. Gualteros, los cuales vieron y presenciaron la manera como quedó el cadáver del doctor Cortés, después de que fue cogido por la cuchara de la pala (folio 17 vuelto y 18 del cuaderno 3°); con las declaraciones de Clímaco Ospina, maquinista de la pala; Luis Francisco Suárez, José Vicente Jeauneau, Eliecer Sotelo, Francisco Castillo, los cuales vieron y presenciaron el momento y la hora en que la pala de la cuchara cayó sobre el doctor Cortés, derribándolo al suelo y ocasionándole la muerte.

Fuera de las pruebas anteriores, existe el informe oficial del Ingeniero Jefe, doctor Dustano Gómez, cuya transcripción se ha hecho anteriormente, en el cual se afirma igualmente que la muerte del doctor Cortés se debió al aplastamiento que le causó la palanca de la pala de vapor número 2.

Existiendo demostrado en el juicio que la muerte del doctor Cortés ocurrió por habérsele caído encima la palanca de la pala; que esta máquina fue mal armada; que el maquinista no era técnico para manejar esa clase de máquinas, y no habiéndose demostrado en forma alguna que esa muerte hubiera podido ocurrir por descuido o imprudencia de la propia víctima, es claro que la Nación, como dueña de la Empresa, está obligada a reconocer a los herederos del doctor Cortés una suma por concepto de los perjuicios que esa falta de cuidado, el descuido, la imprevisión o la negligencia, causó en la persona de ese empleado, de acuerdo con lo que disponen los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, pero como en el curso de este juicio no se trajeron hechos, ni elementos de ninguna especie que permitan valorar la cuantía de estos perjuicios, ello debe hacerse en incidente separado.

Por las anteriores consideraciones, 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:

"1° Revócase la sentencia de fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos treinta y uno, proferida por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial.

2° La Nación, como propietaria de la Empresa del Ferrocarril Central del Norte, está obligada a pagar a la señora Ana Josefa Pulido de Cortés y a sus menores hijos Ana Leonor, Carlos Fernando y José Roberto Cortés, el valor de los perjuicios que les produjo la muerte de su esposo y padre, respectivamente, doctor Carlos Edmundo Cortés, hecho ocurrido el día veintiuno (21) de junio de mil novecientos veintinueve (1929), en el trayecto comprendido entre los kilómetros ciento setenta y siete (177) y ciento setenta y nueve (179) del mencionado ferrocarril, en jurisdicción del Municipio de Saboyá, del Departamento de Boyacá, por ser la Nación civilmente responsable de dicha muerte, perjuicios que se fijarán en la forma legal.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial; transcríbase copia de este fallo al señor Ministro de Obras Públicas, y devuélvase el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA — Carlos Arturo Díaz—Julio Lizardo Fortoul—Luis A. Amado, Oficial Mayor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, junio treinta de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Arturo Díaz).

Por escrito presentado el día veintisiete de enero de mil novecientos veintiocho, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Jesús Medina L. demandó por la vía ordinaria al Departamento de Antioquia, para que, previo el correspondiente juicio, se le condenara a pagarle la cantidad de ochocientos doce pesos moneda corriente, como valor de ciento cuarenta rastras de madera de comino, en polines, canes, etc.

Los fundamentos y razones en que el demandante apoyó su demanda, fueron los siguientes:

"Que es negociante en maderas, y con tal fin las compra en la estación de San José, Sección Nus, del Ferrocarril de Antioquia, de donde las transporta a la ciudad

de Medellín; que por este motivo mantiene constantemente una existencia de ellas en la referida estación San José, de donde las toma el ferrocarril para conducirlas a Medellín; que el día veintinueve de junio de mil novecientos veintisiete, mantenía en la estación ya dicha la cantidad de ciento cuarenta rastras de madera, las cuales se encontraban apiladas en el sitio que para dicho objeto le tiene asignada la Empresa del Ferrocarril; que el citado día veintinueve de junio del año ya dicho, llegó a la estación un tren procedente de Puerto Berrío con un carro empezándose a incendiar, el cual pasó de la estación, situándose al lado de arriba, con el objeto de que el incendio no se comunicara al caserío, y a cuanto había en su rededor, pero que después, por una orden de la Superintendencia, dicho carro fue retrocedido a la estación, sacado de la línea principal y colocado en una línea secundaria, al propio pie de la pila de maderas, por lo cual éstas se incendiaron, hasta quedar convertidas en tizones, carbones y cenizas, es decir, completamente destruídas, por haber sido consumidas por el fuego."

Los fundamentos en derecho de esta demanda los hizo consistir el actor en los artículos 2341 del Código Civil, 5º de la Ley 62 de 1887, 13 de la Ley 105 de 1890, y numeral 2º del artículo 7º de la Ley 169 de 1896.

Adelantado el correspondiente juicio, el Tribunal, por sentencia de fecha veintidós de octubre del año pasado, que ha venido a la Corte para su consulta, accedió a las pretensiones del demandante, y falló que el Departamento de Antioquia está obligado a pagar a Jesús Medina los perjuicios causados por el incendio de ciento cuarenta rastras de madera de comino, aserrada en polines, canes y trozas, de acuerdo con el valor y en el tiempo que se fije en juicio aparte, en el que se discuta no la obligación de hacer el pago, sino lo que esa madera valía en la estación de San José, del Ferrocarril de Antioquia, el día veintinueve de junio de mil novecientos veintisiete.

El Tribunal, después de hacer la relación de los hechos, funda su fallo en las siguientes razones:

"El Tribunal considera que el incendio de la madera no fue consecuencia necesaria del caso fortuito que se presentó al incendiarse la gasolina, sino que sobrevino por haber llevado allí dicho carro incendiado, y por haber creado así el peligro del incendio. Y estima que la llevada allí del carro fue acto voluntario de los empleados del Ferrocarril de Antioquia, sin que sea excusa bastante el deseo de impedir un daño mayor en sus edificios propios y en los ajenos, y el no estorbar el tránsito de otros trenes por la carrilera principal. El mismo hecho de escoger aquel punto para llevar el carro, y haberlo llevado deliberadamente, aleja la idea de falta de imputabilidad."

A su turno, el señor Procurador General de la Nación se expresa acerca del fallo en los siguientes términos:

"Esta Procuraduría ha estudiado detenidamente las razones de hecho y de derecho en que se funda el fallo consultado, y se ha convencido de que se trata de un caso de culpa civil, del cual es evidentemente responsable el Departamento de Antioquia, como dueño exclusivo de aquella Empresa.

"Aun admitiendo, como hay que admitir, que el incendio del vagón que conducía gasolina el veintinueve de junio de mil novecientos veintisiete, se debiera a un accidente fortuito, independiente de la voluntad de la Empresa, hay que reconocer que el traslado de ese vagón incendiado, a un lugar propincuo para el incendio de las maderas de Medina, traslado ordenado expresamente por el Superintendente de la línea, fue la causa única y eficiente de la destrucción de esas maderas.

"La Empresa, o mejor dicho, sus representantes, han reconocido que ese acto voluntario del traslado del carro del lugar del depósito de las maderas, fue la única causa de la destrucción de éstas. Para justificar esa medida, alegan que con ella se trató de evitar el incendio de los edificios de la estación y otros perjuicios mayores. Pero nadie puede favorecer sus propios intereses sacrificando los ajenos."

Los conceptos anteriores, tanto del Tribunal como del señor Procurador, son jurídicos y fundados, porque en el juicio se acreditó evidentemente que el Ferrocarril de Antioquia es una Empresa Departamental, con el propio informe del Superintendente del Ferrocarril y con las declaraciones de varios testigos se comprobó el hecho del incendio, y que el carro fue trasladado al lugar en donde se consumó, por orden expresa, del citado Superintendente; con las declaraciones de Marco Zapata y Marco Tulio Zapata, se demostró no sólo la cantidad y calidad de las maderas incendiadas, sino también que ésta era de propiedad de Jesús Medina, y con las afirmaciones de Ricardo Carrasquilla, Marco A. Valencia, Clodomiro Delgado y Humberto Vásquez, se probó que la madera se encontraba en el sitio de que habla el demandante, y que fue incendiada por consecuencia de la propagación del fuego hecha por el carro del ferrocarril.

En esta segunda instancia, el demandante ha pedido que la sentencia en cuestión se reforme en el sentido de que se condene de una vez al Departamento de Antioquia a pagarle la cantidad asignada en su libelo, o sea la de ochocientos doce pesos moneda corriente, pero esta petición no puede prosperar, porque en el juicio no se acreditó de una manera completa que, evidentemente, el valor de esa madera sea el que le fija el demandante, porque sobre el particular solamente existen las declaraciones de Marco y Marco Tulio Zapata, las cuales no expresan de una manera clara la razón por la cual esas maderas tenían en esa época el precio o valor que ellos le asignan.

Por las anteriores razones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, y acorde con él, confirma la sentencia consultada, con la adición de que los perjuicios serán valorados en la forma prescrita por el artículo 553 del Código Judicial.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase.

ENRIQUE A. BECERRA.—Carlos Arturo Díaz.—Julio Luzardo Fortoul.—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio cuatro de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Luzardo Fortoul).

Ante el Tribunal Superior de este Distrito Judicial instauró el señor Martín Afanador, por medio de apoderado, demanda ejecutiva contra el Departamento de Cundinamarca, por la cantidad de dos mil ciento sesenta pesos ($ 2,160), y por los intereses legales de dicha suma, desde que se causaron a deber hasta el día del pago,

A la referida demanda recayó el auto de seis de marzo último, que en lo pertinente dice:

A su solicitud acompañó el demandante los siguientes documentos:

, Copias de la sentencia de primero y segundo grados, proferidas por el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo y por el Consejo de Estado; por la primera de las cuales se declara nula la Resolución número 28 de 1927, dictada por la Gobernación de Cundinamarca, y por la segunda, se confirma en todas sus partes aquella providencia; copia de la Resolución número 38, del año de 1932, expedida por la Gobernación de Cundinamarca, y el poder especial otorgado por Martín Afanador al doctor Pedro Sanz Mazuera, facultándolo para llevar adelante la cobranza.

La Resolución número 38 citada, dispone lo siguiente:

"Reconócese al señor Martín Afanador el derecho a la recompensa que el parágrafo 2° del artículo 7° de la Ordenanza 56 de 1927, concedió a ciertos empleados departamentales retirados del servicio.

"La suma de dos mil ciento sesenta pesos ($ 2,160), que corresponde a un año de sueldo, teniendo como base el últimamente devengado por el peticionario, se tomará de la partida que la Asamblea apropie exclusivamente para este gasto, pues en la actualidad no existe ninguna en el Presupuesto....."

El Tribunal Administrativo de lo Contencioso de Bogotá, en sentencia de dos de mayo de mil novecientos veintiocho, dijo lo siguiente:

"Es nula la Resolución número 18 de 1927, dictada por la Gobernación de Cundinamarca, a que se refiere la presente demanda; y el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, por fallo de diez y nueve de noviembre de mil novecientos veintiocho, confirmó la sentencia anterior."

La Resolución declarada nula, disponía:

"Suspéndase, mientras no haya partida para el pago, la consideración de las solicitudes hechas hasta hoy y las que se hagan en lo sucesivo por los empleados del Departamento, sobre el reconocimiento y pago de las primas o recompensas, de que trata el artículo 7° de la Ordenanza número 56 de 1927."

Estos documentos, acompañados a la demanda ejecutiva, acreditan sin duda un derecho para el peticionario, pero ante todo cabe determinar si el Tribunal es entidad autorizada por la ley para hacerlo efectivo mediante la acción instaurada en la demanda.

El artículo 76 del Código Judicial vigente, que determina la clase de negocios que son de competencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, dice:

"Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen en primera instancia de los negocios siguientes:

.....

"Segundo. 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 la misma salvedad (los juicios de expropiación y los de que trata el artículo 40).

.....

"Sexto. De los demás asuntos que le atribuyan las leyes."

De las disposiciones transcritas anteriormente se deduce que para que un Tribunal de Distrito Judicial conozca de determinado asunto contra el Departamento, debe ventilarse en ese asunto una cuestión de derecho privado, o debe estar atribuido expresamente por la ley al conocimiento del Tribunal.

Los asuntos de la naturaleza del que aquí se trata, no están atribuídos por ninguna disposición especial al conocimiento del Tribunal, y no versa él sobre cuestiones de derecho privado.

En efecto: las ordenanzas sobre pensiones o que decretan recompensas, tienen carácter administrativo, es decir, pertenecen al derecho público; porque en su expedición el Departamento no obra como persona jurídica sino como entidad pública, y desde luégo, las relaciones creadas por ella no ligan a personas civiles, sino que establecen relaciones entre ésta y el Departamento, como persona de derecho público.

En estas condiciones, el derecho otorgado por la Ordenanza número 56 de 1927 al peticionario Martín Afanador, no es un derecho que pueda hacerlo efectivo ante este Tribunal, ni por la vía ejecutiva.

Por lo dicho, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se declara incompetente para conocer de la demanda incoada por las presentes diligencias.

Contra esta providencia se alzó el ejecutante, y venidos los autos a la Corte, se dio traslado al señor Procurador, quien se ha pronunciado por la revocación del auto recurrido.

Para decidir lo que concierna acerca del recurso, la Corte considera:

El fundamento principal de la demanda ejecutiva estriba en el artículo 7° de la Ordenanza de la Asamblea de Cundinamarca número 56 de 1927, que establece:

"Parágrafo. El empleado del Departamento que compruebe haber servido al mismo por diez años continuos en un mismo ramo, y que hubiere desempeñado sus cargos con absoluta corrección y competencia, tendrá derecho al pago de una prima o recompensa equivalente al sueldo de un año, correspondiente al último empleo que hubiere desempeñado o desempeñe.

"Parágrafo. A esta gracia tendrá derecho solamente el empleado que cese o haya cesado de prestar sus servicios al Departamento."

La razón fundamental del Tribunal para declararse incompetente, es la de tener las ordenanzas sobre pensiones o recompensas, carácter adminstrativo, y pertenecer por ese concepto al derecho público, en tanto que con arreglo al ordinal 2° del artículo 76 del Código Judicial, para que los Tribunales Superiores puedan conocer de un asunto contencioso, en que sea parte un Departamento, se requiere que se controviertan cuestiones de derecho privado.

Las ordenanzas de los Departamentos tienen, en punto general, carácter administrativo, desde luégo que las Asambleas Departamentales son corporaciones fundamentalmente adminstrativas (artículo 52, Acto legislativo número 3 de 1910). Mas de allí no se sigue que las ordenanzas no puedan ser fuente de derechos civiles en cuanto digan relación al patrimonio privado de las personas, como ocurre con las pensiones, las cuales están representadas en una suma de dinero que ingresa al patrimonio particular de cada uno de los pensionados. En este concepto, las disposiciones sobre pensiones, del propio modo que las reglas sobre pensiones alimenticias entre particulares, no son extrañas al ramo civil, según la noción de éste, que se desprende del artículo 1° del Código Civil,

No es óbice para ello la circunstancia de que las disposiciones sobre pensiones las expidan, ya el Congreso, ya las Asambleas, como órganos del poder público, y no como personas de derecho civil, pues todas las leyes y las ordenanzas son expedidas con el mismo carácter, y, sin embargo, el artículo 1494 del Código Civil señala la ley como fuente de obligaciones civiles, siendo aplicable lo que se dice de la ley o de las ordenanzas departamentales, ya que las Asambleas no son otra cosa que los cuerpos legislativos de los Departamentos.

Acordes con lo anterior, son los siguientes conceptos del señor Procurador:

"El resolver si una persona, natural o jurídica es acreedora o deudora de un Departamento, y qué clase de acciones puede ejercitar, no es cuestión de derecho público, sino un simple problema de derecho privado, que se resuelve aplicando los principios legales que la ley común establece para las obligaciones particulares.

"En otros términos: si Martín Afanador pretende ser acreedor del Departamento de Cundinamarca, o si no lo es, o no tiene derecho para cobrarle una deuda, es cuestión de puro derecho privado, que se resuelve con los principios que las leyes civiles establecen para toda clase de personas, así sea una de ellas una entidad pública, como en el caso de Afanador con el Departamento.

Más todavía: el ser una de las partes una persona jurídica de derecho público, no le comunica ese carácter a las relaciones civiles que nazcan entre esa clase de entidades y personas particulares. Son dos conceptos perfectamente distintos.

Por consiguiente, el cobro que por la vía judicial intenta Martín Afanador contra el Departamento de Cundinamarca, es de la competencia, en primera instancia, del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, de conformidad con el numeral 2º del artículo 76 del Código Judicial, que atribuye a los Tribunales Superiores el conocimiento de los asuntos contenciosos, en que sea parte un Departamento, y en que se controviertan cuestiones de derecho privado, como es la de saber si esa entidad adeuda y debe pagarle al demandante una suma de dinero.

El Tribunal Superior de este Distrito Judicial debe, pues, avocar el conocimiento de este asunto, y resolver si los documentos que presenta Afanador son suficiente recaudo para dar ingreso a la vía ejecutiva.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, revoca la providencia recurrida, y dispone que se devuelvan los autos al Tribunal a quo, para que, avocando el conocimiento, entre a decidir acerca del mérito ejecutivo de los documentos en que se apoya la demanda.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la **Gaceta Judicial**.

ENRIQUE A. BECERRA — Carlos Arturo Díaz — Julio Lozardo Fortoul — Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio siete de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Carlos Arturo Díaz).

En el juicio ordinario sobre nulidad de unos contratos de compraventa, promovido por el señor Fiscal 1º del Tribunal de Bogotá, como representante legal de la Nación, contra Sergio y Arcadio Ruiz, al abrirse el juicio a prueba, este funcionario solicitó que se ordenara citar al señor Jorge Enrique Ruiz, para que, como mandatario o apoderado general que fue del señor Sergio Ruiz R., en las negociaciones que motivan la presente acción, se presentara personalmente al Despacho a absolver las posiciones que en pliego cerrado y sellado se acompañaban con el referido memorial de pruebas.

El Tribunal, por auto de fecha trece de septiembre del año pasado, proferido por la Sala de Decisión, negó dicha prueba, por estimar que el hecho de que Jorge Enrique Ruiz hubiera sido apoderado de uno de los demandados, en época pretérita, no se deducía que hubiera facultad para interrogarlo en posiciones, porque, en su concepto, el precepto del artículo 607 del Código Judicial tiene aplicación únicamente cuando el abogado está en el ejercicio de sus funciones.

De este auto interpuso el recurso de apelación para ante esta Corte el señor Fiscal, y corrido el traslado al señor Procurador, este funcionario es de concepto que dicha providencia debe revocarse, porque según lo dice, como no se trata de calificar el valor jurídico que pueda tener la confesión del apoderado Jorge Enrique Ruiz, la ley no prohibe que se tomen posiciones al apoderado de una de las partes sobre hechos que son materia del pleito, y que el mismo apoderado haya ejecutado en su carácter de mandatario, ya que Jorge Enrique Ruiz no va a ser interrogado en posiciones en su nombre particular, sino en su carácter de mandatario de una de las partes.

Para resolver el recurso, se considera:

El artículo 610 del Código Judicial dice que durante el curso de un juicio pueden los litigantes pedirse posiciones sobre hechos materia de la controversia, por una sola vez, en el incidente de excepciones y en cada una de las instancias del juicio, y el artículo 607 ibídem establece que "vale la confesión del representante legal, el gerente, administrador y cualquiera otro mandatario de una persona, mientras esté en el ejercicio de sus funciones, en lo referente a contratos u otros actos en que al tenor de sus facultades esté autorizado para obligar al representado o al mandante."

De acuerdo con las anteriores disposiciones legales, el derecho de una de las partes para pedir posiciones a la otra, solamente existe cuando una de ellas sea litigante, y para un apoderado, mientras éste esté en ejercicio de sus funciones. En el caso que se estudia, el señor Jorge Enrique Ruiz no figura como demandado en forma alguna, porque el juicio se ha iniciado es contra Sergio y Arcadio Ruiz, y Jorge Enrique Ruiz no consta que sea actualmente apoderado de ninguno de los demandados, ni que se encuentra en ejercicio de sus funciones de mandatario, porque en el particular solamente existe un certificado expedido por el Registrador de instrumentos públicos de Pacho, en el cual se dice que en época muy anterior a la demanda, Jorge Enrique Ruiz obró como apoderado de Sergio Ruiz, para vender en nombre de éste a Arcadio Ruiz los derechos y acciones sobre varios bienes ubicados en aquella jurisdicción. Este certificado no prueba el mandato conferido a Jorge Ruiz, y mucho menos que cuando la prueba se pidió estuviera en ejercicio de él.

El artículo 622 del mismo Código dice que no se puede pedir posiciones a las personas que no sean hábiles para rendir confesión, y que los representantes legales solamente pueden y deben absolverlas mientras lo sean, sobre hechos que ellos hayan ejecutado en nombre de sus representados. Como no está demostrado tampoco que Jorge Enrique Ruiz sea representante legal de los demandados, la prueba pedida no puede decretarse, por prohibirlo expresamente la anterior disposición legal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma el auto apelado.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

ENRIQUE A. BECERRA — Carlos Arturo Díaz — Julio Lazardo Fortoul — Pedro Sanz Rivera, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, julio ocho de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Enrique A. Becerra).

En el juicio ejecutivo que con jurisdicción coactiva adelanta la Administración de Hacienda Nacional de Neiva contra Luis Carlos García Borrero, se han propuesto oportunamente las excepciones de **nulidad del título ejecutivo e inexistencia de la obligación**, y por esta razón el expediente ha subido ante la Corte, en donde, rituado el incidente con el lleno de las formalidades que le son propias, se procede a decidir del mérito jurídico de las excepciones propuestas, previas las siguientes consideraciones:

Base del mandamiento ejecutivo es la diligencia de fianza de cárcel segura, otorgada por el excepcionante en favor de Pantaleón González, condenado por el delito de heridas a sufrir en el Panóptico de Ibagué la pena corporal de un año y tres meses de reclusión, y cuya captura no ha sido posible realizar. Dicha providencia está firmada solamente por el Alcalde de Baraya, Buenaventura Lozano, y por el fiador; y precisamente con base en ella, el Juzgado 3º del Circuito de Neiva declara incurso a "García Borrero en la multa de cien pesos (cuantía de la fianza), y ordena se le haga efectiva, en los seis días siguientes a la notificación de este proveído," por la Administración de Hacienda Nacional de la ciudad prenombrada.

El apoderado del ejecutado funda las excepciones propuestas en las razones que a continuación se transcriben:

"..... Siguiendo estas palabras de la ley, así como la misma lógica de las cosas, es incuestionable que la fianza otorgada ante el Alcalde de Baraya adolece de una irregularidad que la inutilizó en absoluto, cual es la que no fue suscrita por el fiado, lo que permite afirmar, o por lo menos suponer, que a éste no se le dieron a conocer las obligaciones que contraía para con la autoridad y para con el señor García Borrero, y no teniendo conocimiento de ellas o no obligándose a nada, puesto que no aparece allí su firma, tampoco pudieron tener existencia legal las de la autoridad y las del fiador. Y no se arguya la circunstancia de que hay alguna doctrina que establece que la firma del agraciado no es indispensble, porque antes de dicha doctrina está la ley, que es clara y precisa en sus palabras. Otra cosa fuera, si en el particular la ley fuese oscura o contradictoria, mas como no hay lugar a dudas en la interpretación del artículo 14 de la Ley 83 de 1915, no es oportuno recurrir a las doctrinas en tratándose de materia tan clara y explícita, como es ésta de que nos ocupamos.

"Tan evidente y razonado es lo que alego, que la misma Administración de Hacienda Nacional de Neiva, en auto de fecha diez y siete de junio de mil novecientos treinta y dos, se pronuncia contra el error sustancial que se cometió al tiempo de sentar la diligencia de fianza, y estima, muy cuerdamente, que no habiendo estampado el agraciado su firma en aquel acto, no se obligó a presentarse periódicamente ante la Alcaldía, ni a residir en determinado lugar, ni pudo tomar nota de los compromisos que contraía. Estima, además, esa Administración, que habiéndose pretermitido un requisito de necesidad indiscutible, el fiador se colocó en condiciones ventajosas para relevarse de la fianza. Así, pues, yo considero como algo justo y equitativo el que se falle favorablemente el incidente de excepciones."

El señor Procurador General de la Nación, al descorrer el traslado correspondiente, dice:

"La diligencia de fianza que otorgó Luis Carlos García Borrero, como fiador de Pantaleón González, no fue firmada por éste. En la copia que aparece en folio 1º, tampoco aparece la firma del Secretario del Alcalde Municipal de Baraya.

"Esas irregularidades, que son sustanciales, puesto que se refieren a una exigencia expresa de la ley, hacen nulo e irrito el documento que sirvió de recaudo ejecutivo.

"Y como el ejecutado ha propuesto oportunamente la excepción de nulidad del título ejecutivo, conceptúo que esa honorable Sala debe declararla probada, y ordenar que se suspenda esta ejecución."

En presencia de estas alegaciones, la Corte razona así:

El inciso 1º del artículo 14 de la Ley 83 de 1915 contempla una regla general: "En todo caso el otorgamiento de la caución se hará constar en el expediente por medio de una diligencia autorizada por el empleado respectivo, el agraciado y el fiador, si lo hubiere.....," que rige las dos normas particulares que a continuación aparecen:

1ª Para el fiado "se hará constar la obligación del agraciado de presentarse cada vez que sea requerido"; y

2ª Para el fiador, "en su caso, de hacer la misma presentación y responder de los gastos de la captura, en caso de que se violen los compromisos contraídos."

De donde fácilmente se desprende que sea firmada la diligencia de constitución de fianza por el fiado y el fiador, o solamente se firme por el primero, o por un testigo, en los casos en que aquél no sepa o no pueda firmar, haciéndose constar esta circunstancia, es menester la firma del beneficiado, para que tal documento preste mérito ejecutivo, ya que los términos de la regla general dominan los dos casos particulares que allí mismo se presentan: es requisito no solamente **ad probationem**, sino también **ad substantiam actus**.

Fúndase también la excepción propuesta en que la disposición que sirve de argumento máximo a aquélla exige perentoriamente el que se haga constar por medio de la firma del fiado la obligación que éste contrae de presentarse ante la autoridad competente cada vez que sea **requerido**. Según Escriche, **requerimiento** es "el acto judicial por el cual se amonesta que se haga o se deje ejecutar alguna cosa; y **la intimación**, aviso o noticia que se pasa a uno, haciéndole sabedor de alguna cosa con autoridad pública."

Y según las voces del Diccionario de la Real Academia Española, **requerimiento** tiene por definición exactamente los mismos términos con que lo hace Escriche; en idéntico sentido se pronuncia la Corte en doctrina que corre publicada en el tomo III, bajo el número 3495. De donde se concluye, por simple concatenación lógica, que relacionados los términos del inciso 1º del artículo 14 de la Ley 83 de 1915, con la acepción de **requerido**, empleado en dicho texto, la firma del excarcelado con libertad provisional es elemento esencial a la diligencia de constitución de fianza, y su omisión acarrea la nulidad de la

misma, en cuanto a los efectos jurídicos que de ella se derivan, dado que tal documento no presta mérito ejecutivo.

Y no empece a esta conclusión lo que reza el artículo 1507 del Código Civil, al decir que "siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación, y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa," porque la norma general aquí establecida ha sido limitada para la diligencia de constitución de fianza, por virtud de la prescripción especial del inciso 1º del artículo 14 de la Ley 83 de 1915, y el no sujetarse a los preceptos allí determinados, hace totalmente negativos los efectos de la estipulación (Ley 57 de 1887, artículo 5º, regla 1ª).

Y tampoco peca la anterior conclusión contra el precepto sustantivo, según el cual "se puede afianzar sin orden y aun sin noticia, y contra la voluntad del principal deudor," porque en su constitución "la fianza legal y la judicial se sujetan a las mismas reglas que la convencional, salvo en cuanto la ley que la exige o el Código Judicial dispongan otra cosa"; y como precisamente el artículo 14 de la Ley 83 de 1915, reglamentario de la fianza personal sin garantía accesoria, forma parte del Código Judicial, puesto que regula el ejercicio de una concesión especial en materia criminal, como es la libertad provisional afianzada, la omisión de las firmas allí enumeradas hace nula la fianza y nulos sus efectos ejecutivos (Código Civil, artículos 2371 y 2363, inciso final).

Esta misma Sala, en sentencia de fecha cuatro de febrero de mil novecientos veintidós, en un negocio idéntico al presente, dijo lo siguiente:

"Pudiera decirse que, permitiendo esta Ley en ciertos casos excarcelación sin fiador, y atendiendo a la materialidad de la diligencia respectiva, en su artículo 14, tanto en los casos de haberlo—(el fiador)—como en los de no haberlo, lo que quiso esta disposición de la ley fue que la diligencia se suscribiese por el obligado, es decir, por el fiador, cuando lo haya, y por el agraciado cuando le fuere sin fiador. Pero examinado con atención ese artículo, se encuentra que terminantemente exige la firma del agraciado, sin salvedades ni distinciones, y que es sólo al hablar de la firma del fiador cuando advierte que ésta es requerida en habiéndolo, advertencia muy lógica, puesto que, como acaba de recordarse, la Ley (de 1915) introducía la novedad de poderse excarcelar en ciertos casos sin fiador.

"Y aunque se advirtiese discordancia entre el espíritu y el tenor literal, que no es el caso, no podía desatenderse éste, en vista de su claridad (Código Civil, artículo 27). Además, no cabría interpretar en sentido adverso al deudor una disposición legal de excepción y de sanción.

"Se desprende de lo dicho, que la documentación levantada como recaudo, y a que el auto apelado reconoció mérito ejecutivo carece de un requisito indispensable en la ley, lo que vale tanto como decir que el mandamiento allí pronunciado no puede prosperar." (Gaceta Judicial, tomo XXIX, página 100, 3ª).

En mérito de lo expuesto, y sin necesidad de más consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de **nulidad del título ejecutivo**, y ordena se suspenda la ejecución.

Publíquese, cópiese y notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente a la oficina de origen en la oportunidad legal correspondiente.

ENRIQUE A. BECERRA—Carlos Arturo Díaz—Julio Lazardo Fortoul—Pedro Sanz Rivera, Secretario.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia—Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos treinta y tres.

(Magistrado ponente, doctor Lazardo Fortoul).

El doctor David A. Forero, obrando como apoderado de la señora María de la Cruz Gómez de Parra, y en nombre y representación de la sucesión del señor Laureano Danilo Parra y de la sociedad conyugal ilíquida habida entre estos dos señores, instauró demanda ordinaria contra la Nación, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que son nulas o revisables las resoluciones dictadas por el Ministerio de Obras Públicas con fechas veinte de febrero de mil novecientos veintinueve y nueve de julio de mil novecientos treinta y uno, por violatorias de claras disposiciones constitucionales y legales y de derechos adquiridos por el señor Laureano Danilo Parra, a virtud del contrato válidamente celebrado con el Estado, el primero de agosto de mil novecientos veinticuatro.

"Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior, la Corte declare que es válida y legal la liquidación practicada y aprobada por la Resolución número 82, de 5 de octubre de 1926, presentada por la Superintendencia del Ferrocarril del Norte, Sección 2ª, y, por consiguiente, la Nación, o sea la República de Colombia, está obligada a pagar dentro del término de seis días, a los herederos o causahabientes de la sucesión de Laureano Danilo Parra y a su cónyuge sobreviviente, la cantidad de mil doscientos treinta y siete pesos doce centavos ($ 1,237-12), por valor de la diferencia que resulta a favor del contratista en la liquidación de su contrato."

Como hechos fundamentales, expuso los siguientes:

"1º Las obligaciones del contratista, señor Danilo Parra, están determinadas claramente en el contrato celebrado por él con el Gobierno, el primero de agosto de mil novecientos veinticuatro.

"2º El contratista, señor Parra, ha cumplido debidamente con todas las obligaciones establecidas en las cláusulas del mencionado contrato, que es ley para las partes contratantes.

"3º En cambio, el Gobierno, por conducto del Ministerio de Obras Públicas, se abstuvo de aprobar la liquidación hecha por el señor Superintendente del Ferrocarril Central del Norte, Sección 2ª, en Resolución número 82, del 15 de octubre de 1926, en que se reconoce a favor del contratista un saldo de mil doscientos treinta y siete pesos doce centavos ($ 1,237-12), por valor que adeuda el Gobierno al señor Parra o a sus herederos o causahabientes y cónyuge sobreviviente.

"Cuarto. La omisión, renuencia o abstención del Gobierno en aprobar la liquidación de la Superintendencia del Ferrocarril Central del Norte, Sección 2ª, en Resolución número 82, del 15 de octubre de 1926, lesiona los

derechos civiles adquiridos por el señor Parra en el contrato celebrado con el Gobierno, y que es ley para las partes contratantes.

"Quinto. Las Resoluciones proferidas por el Ministerio de Obras Públicas, con fechas 20 de febrero de 1929 y 9 de julio de 1931, son nulas, por violatorias de claras disposiciones constitucionales y legales, y derechos civiles adquiridos por el señor Laureano Danilo Parra, a virtud del contrato válidamente celebrado con el Estado, el primero de agosto de mil novecientos veinticuatro.

"Sexto. La violación del contrato celebrado por el Gobierno y el señor Parra, causa perjuicios al contratista, que deben ser indemnizados por el Estado.

"Séptimo. La Nación, o sea la República de Colombia, esta obligada a pagar al contratista o a quien legalmente lo represente, el valor de mil doscientos treinta y siete pesos doce centavos ($ 1,237-12), que resulta a su favor en la liquidación del contrato celebrado entre el Gobierno y el señor Danilo Parra.

"Octavo. La Nación, representada por el Gobierno, está en mora de pagar al señor Danilo Parra, hoy a sus causahabientes, el valor de la diferencia que resulta a su favor en la liquidación de su contrato, según la Resolución número 82, de 15 de octubre de 1926, desde la fecha en que se hizo exigible, de acuerdo con las estipulaciones del contrato, que obligan al Estado."

El derecho lo fundó en varias disposiciones de la Constitución Nacional; del Acto legislativo número 3 de 1910; de la Ley 130 de 1913; del Código Civil, y de las Leyes 105 de 1890 y 53 de 1887.

Reconocido por la Corte el apoderado, y negada la admisión de la demanda, por providencia de fecha tres de noviembre de mil novecientos treinta y uno, el actor la corrigió, declarando que por cuanto la expresada señora Gómez viuda de Parra tiene la calidad de comunera de los bienes de la sucesión y de la sociedad conyugal ilíquida, prescinde de la representación que ella tiene de sus menores hijos, y demanda para la sucesión y la sociedad conyugal referidas, únicamente.

Admitida así, se ordenó dar traslado de ella a señor Procurador, quien lo evacuó, conviniendo en algunos de los hechos, negando otros, oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas en la demanda, y, finalmente, proponiendo las excepciones de carencia de acción, transacción, ilegitimidad de la personería sustantiva del actor y petición de un modo indebido.

Se sustanció después el juicio con observancia de todas las formalidades legales, abriéndose a pruebas, ordenando la entrega de los autos a las partes para formular alegatos, citándolas para sentencia y constituyendo la Sala de Decisión.

La parte actora no solicitó prueba alguna ni alegó de conclusión.

El señor Procurador, en su alegato, se limitó a fundamentar las excepciones que había propuesto, y al referirse a la de ilegitimidad de la personería sustantiva de la actora, se expresó así:

"La primera de ellas (la ya referida), la fundo en que la señora Gómez de Parra no ha acreditado en la forma exigida por la ley, que sea esposa del señor Danilo Parra, ni que éste haya fallecido. Esa prueba tenía que consistir en la exhibición de las actas del estado civil, que es la calidad de un individuo en cuanto lo habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles. Dicha calidad, dice el artículo 347 del Código Civil, deberá constar en el registro del estado civil, cuyas actas serán las pruebas del respectivo estado. De manera que la señora Gómez ha debido presentar, bien con su demanda o bien durante el término probatorio, copia de dos actas: primera, la de su matrimonio con Danilo Parra, y segunda, la de la muerte de éste."

Precisa, pues, decidir si la demandante ha demostrado tener la personería sustantiva que le desconoce el señor Procurador, pues en caso negativo, sobraría el estudio que la Sala hiciera respecto del fondo o materia de la demanda.

Evidentemente, conforme al artículo 347 citado por el señor Procurador, el estado civil de una persona debe consistir bien en la prueba principal, que es la copia del acta respectiva, o en la supletoria que corresponda.

La señora Cruz viuda de Parra ha demandado a la Nación, en su carácter de representante de la sucesión de Laureano Danilo Parra y de la sociedad conyugal ilíquida Parra-Gómez, y no ha demostrado en forma legal que sea la viuda de aquél, que la sociedad expresada tuviera existencia y que el marido falleciera. El simple certificado expedido por el Juez 4º del Circuito de Bogotá, de que allí cursa el juicio de sucesión del nombrado señor Parra, y de que en ese juicio se reconoció a la señora María de la Cruz Gómez de Parra como cónyuge sobreviviente del causante de la sucesión, no constituye ni la prueba principal ni la supletoria respectiva, entre otras razones, porque la ley no ha asignado a los Jueces la facultad de expedir certificaciones sobre el estado civil de las personas.

De lo expuesto se deduce rectamente que la nombrada señora no ha acreditado tener la representación de la sucesión ni de la sociedad conyugal en cuyo nombre habla, sin lo cual su acción no puede prosperar.

En mérito de lo dicho, la Sala Civil de Unica Instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que la señora María de la Cruz Gómez de Parra no ha probado tener la representación sustantiva de la sucesión del señor Laureano Danilo Parra, y en ese concepto, absuelve a la Nación de los cargos contra ella formulados en la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente. Insértese en el órgano de la Corte.

JULIO LUZARDO FORTOUL—**Enrique A. Becerra. Carlos Arturo Díaz—José Joaquín Hernández—José Miguel Arango—Pedro Sanz Rivera**, Secretario.

Ya en prensa este número de la "Gaceta Judicial," se verificó la elección de Magistrados para los Tribunales Superiores del país. No obstante ser posterior la elección a la fecha de la presente edición, se incluyen en ella los nombres de los ciudadanos elegidos y las proposiciones aprobadas por la Corte con motivo de la elección, para no retardar considerablemente su publicación oficial.

—

República de Colombia—Poder Judicial— Corte Suprema de Justicia—Secretaría—Bogotá, 3 de julio de 1935.

Señor Relator de la Corte Suprema de Justicia—E. S. D.

Remito a usted, para que sea publicada en la **Gaceta Judicial** la lista de los Magistrados principales de los Tribunales Superiores, que fueron elegidos para el período que empezó el 1º de los corrientes. Con igual objeto remito también copia de las proposiciones aprobadas por la Corte, con motivo de esa elección.

De usted, atento y seguro servidor,

Pedro León Rincón, Secretario

—

LISTA DE LOS MAGISTRADOS PRINCIPALES

elegidos para los diversos Tribunales Superiores del país.

Barranquilla:

Manuel Pérez Pérez.
José P. Esmeral.

Bogotá:

Daniel Anzola.
Carlos Medellín.
Antonio Schlesinger.
Sinforoso Barrios.
Luis Carlos Vásquez.
Edilberto Arévalo.
Guillermo Morales Peña.
Dionisio Arango Vélez.
Aristides Rodríguez.

Bucaramanga:

Agustín Espinel.
Euclides Argüello.
Camilo Durán.
Emilio Pradilla.

Buga:

Hernán Copete.
Luis Carlos Roldán.
Francisco Echeverri Torrente.
Jorge Molina Cabal.

Cali:

Ernesto García Vásquez.
Carlos Alberto Olano.
Julio L. Martínez.
Antonio J. Camacho.
Ricardo Jordán Jiménez.

Cartagena:

Emiliano I. Morillo.
José M. León Martínez.
Héctor N. Bula.
Sebastián R. Castell.
Néstor Pineda.

Ibagué:

Germán Alvarado.
Jorge Iriarte.
Crispín Andrade.
Belisario Arciniegas.
José Antonio Caycedo.

Manizales:

Gonzalo Restrepo.
Bernardo Salazar Grillo.
Tulio Gómez Estrada.
Luis María Arcila.
Eduardo Posada Arango.
José J. González.
Daniel Restrepo Escobar.

Medellín:

Belisario Agudelo.
Aquileo Calle.
Antonio J. Pardo.
Jesús Antonio Hoyos.
Campo Elías Aguirre.
Francisco Cardona S.
Cicerón Angel F.
Bernardo Caballos Uribe.
Angel Martín Vásquez.

Neiva:

Efraín Rojas Trujillo.
Luis R. Moncaleano.
Diógenes Carrera.
Julián Motta Salas.

Pamplona:

Jorge Lamus Girón.
Heli Rodríguez.
Juan de J. Camargo.

Pasto:

Francisco de P. Santander.
Isaías Chaves.
Campo Elías Burbano.
Menandro López.
Gerardo de la Rosa.
Leopoldo López Alvarez.
Efrén Osejo.

Pereira:

Julio Eastman.
Enrique López de la Pava.
Gerardo Arias Mejía.

Popayán:

Francisco E. Diago.
Justiniano Medina Bonilla.
Alfredo Constaín.
Primitivo Fernández.
Jenaro A. Muñoz O.

San Gil:

Guillermo Galvis Galvis.
Roberto Rueda Galvis.
Ramiro Gómez Gómez.
Narciso Torres Meléndez.

Santa Marta:

Félix J. Ospino Molina.
Carlos Bermúdez.

Santa Rosa de Viterbo:

Antonio Córdoba Mora.
José Antonio Reyes.
Marco A. Ojeda.
Plutarco Riaño.

Tunja:

Manuel José Gómez.
Eucinio Riaño.
Cayetano Moreno Medina.
Jorge A. Velásquez.

RESOLUCION

dada por la Corte Suprema de Justicia el día 22 de junio del presente año, en virtud de proposición presentada por el señor Presidente de la corporación, y aprobada en en Sala Plena, por unanimidad.

La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena,

CONSIDERANDO

Que le corresponde, por atribución constitucional (Acto legislativo número 3 de 1910, artículo 38), nombrar los Magistrados de los Tribunales Superiores, de ternas que presenten las respectivas Asambleas Departamentales, y el artículo 69 del Código Judicial dice que estos Magistrados sean nombrados por ella "en la forma prevenida por la Constitución";

Que ésta, en su artículo 154, establece determinadas condiciones para ser Magistrado de Tribunal;

Que el hecho de exigir la ley (Código Judicial, artículos 3º y 4º), para el ejercicio de este cargo la confirmación, previa atestación "por los medios probatorios ordinarios" de llenarse esas condiciones, no excluye el conocimiento que por estos medios pueda tener la Corte, al elegir, de que una o más de las personas que forman una terna, carezcan de esos requisitos; y

Que la inclusión de personas sin tales requisitos quita al respectivo grupo su calidad de terna, y cercena, y hasta puede llegar a suprimir el derecho constitucional de la Corte, que es el de elegir entre tres,

RESUELVE:

Abstenerse de considerar toda terna acerca de la cual tenga comprobante de que no todas las personas que la forman reúnen los requisitos necesarios para ser Magistrado de Tribunal, y devolverla a la Asamblea de origen por conducto del Ministerio de Gobierno.

PROPOSICION

presentada por el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Plena del 27 de junio del corriente año, y aprobada por unanimidad:

Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia manifiestan su propósito de respetar la potestad de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de nombrar con entera independencia sus empleados subalternos, y elegir así los Jueces cuya asignación les está atribuída; y manifiestan igualmente su confianza en que los Magistrados de los Tribunales respetarán del propio modo la facultad que los Jueces tienen de nombrar libremente sus empleados respectivos.

Con ello, unos y otros Magistrados, simplemente cumplirán un deber de moral y de ley.

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

Organo oficial de la Corte Suprema de Justicia

TOMO XLI — BOGOTA—DICIEMBRE DE 1936. — NUMERO 1,896

JURISPRUDENCIA RAZONADA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO XLI

POR

JULIAN MOTTA SALAS

Relator de la Corte Suprema de Justicia.

A

Págs.

ACCION DELICTUOSA EXCUSABLE

- Nº 1 -

Se echó a los cuatro vientos en un Departamento un escrito en que se decía de un Magistrado de un Tribunal lo siguiente: "Que N. N., lisiado a vender justicia, verá calcadas en sus hijos las efigies de cabrón y Judas". Doce días después de la fecha de esa publicación se encontró el Magistrado con el autor del escrito infamante e incontinenti le dio de palos dejándole herido.

"Como se deduce de la vista que precede y de los elementos informativos, los hechos que dieron lugar a esta investigación no han sido negados por el acusado; al contrario éste expresa largamente en su indagatoria en qué circunstancias le causó las heridas al señor Arango. Sobre si el doctor Robledo atacó de frente o por detrás a Arango, hay diversas versiones en el informativo, pero no es difícil concluir que el ataque de frente tiene más consistencia en autos. Todo se reduce, pues, a saber si el acusado es penalmente responsable, o si, por el contrario, es excusable, y no está, por consiguiente, sujeto a pena alguna. La Corte se inclina más firmemente a la tesis sustentada en la primera parte de su concepto por el señor Procurador, o sea la que contempla el numeral 2º del artículo 29 del Código Penal, porque es indudable que el doctor Robledo, en el acto de cometer el hecho materia de la presente investigación, se vio forzado por una violencia moral de tal naturaleza, que no pudo resistir a ella, pues careció en esos momentos de todo control en su voluntad. Y no puede llegarse a otra conclusión, si se considera la magnitud de la ofensa recibida, ofensa que de tal manera absorbió sus potencias y sentidos, que lo impulsó indefectiblemente, con vigor de coacción irresistible, a castigar a quien así había ultrajado, no sólo los fueros morales de su persona, sino principalmente los sagrados e intocables del hogar. Se impone, pues, el sobreseimiento definitivo". (Auto, XLI, Nº 1893, noviembre 9 de 1932)..... 246, 1º

ACCION DE EXCLUSION DE BIENES DE LOS INVENTARIOS

- Nº 2 -

Véase la doctrina titulada Exclusión de bienes de los inventarios.

ACCION DE "IN REM VERSO"

- Nº 3 -

Véase la doctrina contenida bajo el título "Cuasicontrato sui generis"

ACCION REIVINDICATORIA CONTRA TERCER POSEEDOR

- Nº 4 -

Jacinto Mendieta Peralta vendió dos fincas raíces a Pedro Peralta Rodríguez, el cual se reconoció deudor de José María Defrancisco por la cantidad de 1.100 pesos cuyo pago garantizó con hipoteca constituída sobre uno de los bienes comprados, y de Santiago Bayón por 300 pesos con hipoteca de la otra finca; Defrancisco ejecutó a Peralta y remató una de las fincas; muerto Defrancisco se adjudicó a Soledad y Belén Defrancisco el terreno que aquél adquirió en el remate; Soledad Defrancisco vendió a Ulpiano Barreto; Eleazar Segura remató otra par-

Págs.

te del terreno adquirido por Peralta y luégo la vendió a María de Jesús Alba, y posteriormente, Ulpiano Barreto, en juicio ejecutivo seguido por él contra Pedro y María de Jesús Alba, remató el terreno adquirido por ésta. En las escrituras de venta de Jacinto Mendieta a Pedro Peralta declara haber recibido el valor acordado como precio de los bienes vendidos. Así las cosas Mendieta Peralta demandó a Ulpiano Barreto en juicio de reivindicación. Como perdiese el pleito recurrió en casación acusando el fallo por primera causal, como violatorio del artículo 1933 del Código Civil. Dijo la Corte:

"El fallo tiene estos fundamentos: 'El artículo 1933 del Código Civil, en relación con los artículos 1547 y 1548 de la misma obra, privan de la facultad de entablar acción reivindicatoria contra terceros poseedores de buena fe, cuando la condición no consta en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública. 'Las escrituras 770 y 813 citadas, y mediante las cuales Jacinto Mendieta Peralta vendió a Pedro Peralta Rodríguez los inmuebles que se reclaman, declaran expresamente que el vendedor recibió el precio de la cosa vendida. Ese comprador, Pedro Peralta Rodríguez, gravó con hipoteca los bienes materia de la compra, gravamen que trajo como resultado la venta en pública subasta de aquellos bienes, y de allí deriva sus títulos el actual poseedor y demandado; por consiguiente, éste es un tercero a quien en nada perjudica la resolución que contiene la sentencia que sirve de título reivindicatorio'. Así lo ha resuelto la Corte en varios fallos: '..... Que no obligue a los terceros una condición oculta, en que fuera del título inscrito u otorgado por escritura pública consientan las partes, es natural; contrario sería todo eso a las reglas relativas a la imputabilidad de los actos humanos, que no pueden atribuir a nadie un acto o un hecho sino cuando lo conoció o estuvo en capacidad de conocerlo; la ignorancia invencible a nadie obliga; y ocasionado sería también a frecuentes colisiones de los contratantes, llevadas a cabo con el propósito de lesionar los derechos de terceros, sin que otros pudieran ponerse a cubierto del fraude. El principio de la seguridad de los derechos quedaría así gravemente comprometido. 'Y el hecho que motiva una condición resolutoria, consta en el título inscrito u otorgado por escritura pública, él puede ser conocido por los terceros que negocian con el comprador, sin necesidad de que sea una condición expresa del contrato. El conocimiento del tercero en orden al hecho que tiene la virtud de resolver el pacto, unido al conocimiento obligado de las reglas legales que le asignan ese efecto, bastan para que el tercero sepa a qué atenerse en el particular, y para que si en esas condiciones adquiere un derecho, que sabe está sujeto a resolverse y a liquidarse, no tenga por qué quejarse, por creerse engañado, ni por qué oponerse a la acción del vendedor, que se funda cardinalmente en que el demandado conoció o estuvo en actitud de conocer la verdad de los hechos y el derecho de aquél'.

Págs.

(GACETA JUDICIAL, números 898, 899). El recurrente considera que el fallo quebrantó el artículo 1933 del Código Civil, por cuanto el sentenciador aplicó esa disposición ceñido a la letra de ella, sin parar mientes en que esa regla general tiene una excepción, a pesar de que la condición resolutoria no constaba en el título, una vez que Barreto pudo y debió conocer por la sentencia de resolución, debidamente registrada con antelación de las compras que de esos inmuebles hizo el demandado, y por la cual se declaraba resuelto el contrato de venta, celebrado entre Jacinto Mendieta y Pedro Peralta, relativo a las fincas hoy en disputa, ya que lo que quiere la ley es que el comprador tenga conocimiento de la condición resolutoria por cualquier medio, aunque esa condición no conste en el título de enajenación, para que corra las consecuencias jurídicas de ese conocimiento. Se considera: La disposición del artículo 1933 es nítida, no da base para hacer distingos; cosa idéntica pasa con el artículo 1548, a que hace referencia la primera disposición. Ella dice: 'Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública'. Notados comentadores del Código Civil hacen ver que la frase 'el que debe un inmueble' es impropia, y ha debido suplirse por ésta: 'el propietario bajo condición resolutoria o suspensiva'; pero todos concuerdan en que para que haya acción reivindicatoria contra terceros, es indispensable que la condición conste en el mismo título, no en otro, y esto es lógico, pues no se puede desatender el tenor literal de estas disposiciones, de suyo tan límpidas, para ir a buscar excepciones no traídas por la ley, pues como excepciones, deben estar expresamente señaladas por el legislador, ya que ellas no pueden presumirse. Cierto es que la jurisprudencia ha resuelto, mar'geando un poco la disposición e interpretándola, que ella se aplica, cuando en el título respectivo no consta expresamente la condición, pero sí un hecho que genera la tácita, y al respecto se expresa así: No es, pues, como lo dice el Tribunal, que la condición resolutoria expresa es la única que, con arreglo a los artículos 1933 y 1548 del Código Civil, dé al vendedor acción contra terceros. Ella la da, en verdad, ipso facto, por el solo hecho de cumplirse. Pero según los mismos artículos, la condición tácita también da acción al mismo vendedor contra terceros, reunidas dos circunstancias: primera, que el hecho que constituye la condición conste en título inscrito u otorgado por escritura pública (artículos citados); y segunda, que el vendedor, en sentencia firme, en juicio contra el comprador, obtenga previamente a la demanda de reivindicación la resolución del contrato, para que en fuerza de aquella constancia, que debe ser conocida de terceros, y en mérito de esta sentencia, que aniquila el dominio en el comprador y lo devuelve al vendedor, tenga base la demanda de reivindicación, que en el caso, debe fundarse en dos elemen-

Págs.

tos inseparables: en que el reivindicador es dueño de la cosa que reivindica, y en que el demandado está ligado con la condición resolutoria'. Esta jurídica doctrina tampoco tiene cabida en el caso que se estudia, pues se ha visto que en la respectiva escritura de venta de los terrenos en disputa, Jacinto Mendieta declaró que había recibido el precio de los lotes vendidos a Pedro Peralta, y no se hizo constar hecho alguno que estableciera la condición resolutoria tácita." (Casación, XLI, Nº 1895, julio 18 de 1933)..... 463, 1ª y 2ª

ACCION RESCISORIA POR LESION ENORME EN CONTRATOS ALEATORIOS

No es viable en esta clase de contratos.

- Nº 5 -

Abel Ramírez G. vendió a su hijo Luis F. Ramírez varios bienes raíces reservándose el usufructo por toda su vida. Poco tiempo después inició contra su hijo la acción rescisoria de lesión enorme del contrato de venta y aunque el demandado consintió en los hechos y en el derecho de la demanda, declaró el sentenciador que la rescisión por lesión enorme no puede invocarse cuando se trata de un contrato aleatorio, como el de que trataba la demanda. Recurrió en casación el actor atacando el fallo por violación de los artículos 1946, 1947 y 1948 del Código Civil, alegando, entre otras razones, que el concepto de la sala falladora no se apoya en ningún texto expreso de la ley civil. Dijo la Corte:

"Se considera: Es de toda verdad que en nuestro Código Civil no hay ninguna disposición que consagre el principio de que los contratos aleatorios escapan a la acción de rescisión por lesión enorme, pero también es de toda evidencia que esa doctrina está aceptada por jurisprudencia similar a la nuéstra y los comentadores así lo reconocen y enseñan. En los anales jurídicos del país, esa doctrina no es peregrina, ella ha sido consignada en fallos judiciales, como el del Tribunal de Cundinamarca, según sentencia de fecha doce de agosto de mil ochocientos noventa y tres ('Registro Judicial de Cundinamarca', número 242, página 1171), en tratándose de la venta de una mina. El comentador nacional, doctor Fernando Vélez, dice al respecto: 'La venta de un inmueble puede ser aleatoria, es decir, puede depender de hechos que impliquen ganancia o pérdida, porque no sea posible apreciar exactamente el precio de la cosa vendida, como cuando se trata de la venta de un usufructo o de la nuda propiedad (artículos 669, 824 y 825) o porque no se pueda saber si el precio es el equivalente exacto de la cosa, lo que ocurre principalmente cuando la venta constituye una renta vitalicia (artículos 2287 y 2290). En estas ventas podrá haber lesión enorme? En principio nó, porque la naturaleza aleatoria del contrato no permite establecer con certidumbre la relación que existe entre el precio estipulado por el vendedor y el justo precio. Sin embargo, si admitiendo que se efectúen los hechos más favorables a la parte que se crea perjudicada, resulta que es clara la lesión de que habla el artículo 1947, como si un inmueble no expuesto a desmejoras se da en cambio de una pensión anual que sea inferior a la mitad de la renta neta que el inmueble produzca anualmente (artículo 1975), habrá lugar a la rescisión del contrato por lesión enorme'. Esta misma doctrina ha sido acogida por esta Sala en sentencia de fecha nueve de mayo del corriente año. Sentado que la acción rescisoria por lesión enorme no tiene cabida respecto de los contratos aleatorios, resta examinar si el contrato de compraventa de la nuda propiedad de una hacienda, reservándose el vendedor el usufructo de por vida, es un contrato aleatorio. El artículo 1498 del Código Civil dice: 'El contrato oneroso es 'conmutativo', cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente constituye una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama 'aleatorio'. Los expositores concuerdan al considerar que el riesgo o contingencia puede correrse para ambas partes o para una de las partes, y como se presume que en la mayoría de los casos, quien efectúa una operación de compraventa, tiene en mira un lucro, la ventaja que ha de derivar del negocio, cuando esa ventaja depende de un acontecimiento incierto como es la muerte del usufructuario para que se consolide la propiedad, el contrato es aleatorio porque la ganancia o ventaja depende del menor o mayor tiempo que viva el usufructuario; el riesgo es elemento indispensable de la convención y no se concibe un contrato aleatorio sin que uno u otro de los contratantes tome a su cargo riesgos y peligros. En la venta de la nuda propiedad la ventaja o ganancia que pudiera reportar el comprador, está subordinada al tiempo que dure el usufructo, porque mientras menos dure, la ganancia será mayor, pues más pronto se consolida el dominio y el comprador puede más ligero aprovechar los frutos y producto del inmueble. Ahora, si esa ganancia depende de un hecho indeterminado cual es la muerte del usufructuario, no se puede justipreciar el valor de esa nuda propiedad al tiempo del contrato, porque ese valor está sometido al cumplimiento de la condición, que no se sabe cuándo llegará. Está fuera de duda, según lo expuesto, que el contrato de que se trata es aleatorio y por tanto no hay dato cierto ninguno que sirva de patrón o norma para saber si el precio que se pagó por la nuda propiedad sea el justo en el momento del contrato, porque él depende de un hecho que no se sabe cuándo se realiza. Hay que advertir que los contratos aleatorios revisten ciertas modalidades que les son peculiares, ya que en unos, los riesgos los corren ambos contratantes, y en otros uno de ellos; en algunos lo que se compra es una cosa incierta, como una cosecha futura, y entonces el álea consiste en la cosa comprada; en otros, aunque lo comprado sea cosa cierta, la contingencia de ganancia o pérdida depende de un hecho futuro e incierto.

Págs.

Sentado como queda que los contratos aleatorios escapan a la acción rescisoria por lesión enorme y que el contrato de compra de la nuda propiedad cuando el vendedor se reserva por vida el usufructo, es aleatorio, como sucede al presente, inútil es entrar en el estudio de los motivos de casación que alega el recurrente sobre apreciación de pruebas por parte del Tribunal". (Casación, XLI, Nº 1895, agosto 17 de 1933 ..... 501, 2ª, y 502, 1ª

ACLARACION DE SENTENCIA

- Nº 6 -

Se había pedido la aclaración de la parte motiva de una sentencia.

"La Corte ha establecido la jurídica doctrina de que la ley faculta a las partes para pedir aclaración de la parte resolutiva de una sentencia y no de la parte motiva, según consta en un sinnúmero de fallos de antigua y reciente data". (1).

ACTAS ECLESIASTICAS DE ESTADO CIVIL

- Nº 7 -

En juicio sobre petición de herencia se atacó el fallo por haber quebrantado los artículos 50 y 79 de la Ley 153 de 1887 y 17 y 22 de la 57 de 1887, por cuanto el Tribunal no le dio valor a la partida eclesiástica presentada para comprobar el matrimonio católico de quienes lo contrajeron.

"..... Prospera este capítulo de acusación. No les es permitido a los funcionarios del orden judicial entrar a averiguar si una partida eclesiástica relativa al estado civil, llena las formalidades prescritas por la ley canónica, porque eso sería invadir jurisdicción ajena, ni menos si un matrimonio ha sido celebrado con el lleno de las formalidades canónicas, porque ambas legislaciones, la civil y la eclesiástica, son independientes, constitucionalmente hablando y la una no puede inmiscuirse en el círculo de la otra. Reconocida la validez del matrimonio católico y asimiladas las partidas eclesiásticas a actas del estado civil, la presunción de que esas partidas están de acuerdo con las leyes canónicas y que los actos que ellas testifican han sido ajustados con el lleno de esas leyes las cobija, mientras no se demuestre su falsedad, cosa que al presente no se discute, y si esas partidas adolecen de algún defecto, o si el acto que ellas acreditan no se celebró de acuerdo con las leyes canónicas, es a la Iglesia a quien toca decidir esos puntos por medio de su justicia, pero no a los Tribunales civiles. Esta es ya jurisprudencia sentada en varias decisiones por la Corte. (Casación, 30 de junio de 1927, GACETA JUDICIAL, Tomo 34, números 1765 y 1766)". (Casación, XLI, Nº 1898, marzo 8 de 1933) ..... 210, 1ª y 2ª

(1) Concordancias: cita la Corte las doctrinas expuestas en los números 1280, tomo 1o., Jurisprudencia de la Corte, 63, tomo 2o. y 83, tomo 3o., la GACETA JUDICIAL, tomo XXXVII, número 1858, mayo 20 de 1932, tomo XXXVI, números 33 y 807.

ACTUACION

- Nº 8 -

No se suministró por ninguna de las partes en un juicio papel sellado para la sentencia, la cual fue sentada en papel común, lo mismo que el edicto para notificarla.

"Demandantes y demandado interpusieron casación contra la sentencia del Tribunal, sin que hasta la fecha hayan suministrado las estampillas de timbre necesarias para habilitar las doce hojas de papel común en que se extendió la sentencia y se hizo su notificación por edicto. Según el artículo 351 del Código Judicial, 'si la parte obligada no suministra el papel que le corresponde, el Secretario lo suple con papel común. La parte remuente no es oída en el juicio mientras no consigne en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel sellado que ha debido emplearse, estampillas que se adhieren a los autos y se anulan por el Secretario'. Interpretando este artículo, la Sala de Casación, reunida en pleno, sentó la siguiente doctrina: 'De suerte que, con la mira de eludir estos inconvenientes y procurar la firmeza de la actuación, importa adoptar la primera interpretación respecto de que la verdadera fecha (la fecha procesal, pudiera decirse), de la petición que hace la parte remisa, se entiende ser aquella en que cumplió la revalidación con estampillas de las hojas de papel común con que se había suplido el sellado. La parte no puede formular ninguna petición o gestión hasta que se ponga a paz y salvo con las prescripciones legales atañederas al papel sellado: tal es, en puridad, el sentido del artículo que se estudia'. Como en este caso los recurrentes dejaron pasar todo el término de los quince días que señala el artículo 521 del Código Judicial, sin suministrar las estampillas para habilitar el papel, ni lo han hecho aún, hay que considerar el recurso como no interpuesto en tiempo". (Auto, XLI, Nº 1894, junio 12 de 1933) 356, 2ª

ACTUACION

- Nº 9 -

Se negó un recurso de casación porque la parte que lo interpuso había sido renuente en suministrar papel sellado y cuando consignó en estampillas el doble del papel ya había pasado el término concedido en el juicio para la interposición del recurso.

"Considera la Corte que en asunto análogo, la Sala de Casación, reunida en pleno, por tratarse de establecer jurisprudencia en punto nuevo, interpretó, como lo hace ahora el Tribunal, el artículo 351 del Código Judicial, esto es, que cuando se ha suplido por papel común el sellado,

Págs.

que debe suministrar, y no ha suministrado, la parte obligada a ello, en el juicio, su renuencia le acarrea la sanción de no ser oída mientras no cumpla lo mandado en el inciso 2º del artículo mencionado, y se consideran como no presentadas o no hechas las peticiones introducidas durante el lapso de la sanción. Dos razones condujeron a la Corte Plena de Casación Civil a sentar esta jurisprudencia. Del fallo pronunciado el veintiocho de octubre de mil novecientos treinta y dos en el recurso interpuesto por el doctor Telésforo Jiménez, para que se le concediera el de casación que interpuso contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal de Bogotá, en el juicio ordinario seguido contra Laserna & Compañía, se copian en seguida esas razones: 'Si ya ha avanzado poco o mucho la tramitación posterior, cuando la parte remisa se decide a revalidar el papel común para que se despache su petición y se le conceda el recurso, y si, como consecuencia de la una o del otro, se resuelve por el superior algo que sea incompatible con dicha tramitación, queda esta írrita? Si así fuere, se pondrá en las manos de un litigante malicioso o descuidado un medio seguro de anular el procedimiento, que a anulación equivaldría prácticamente la ineficacia sobreviniente en él. Si a la parte remisa se le brindara la seguridad de que con aducir su petición prevenía el derecho de que el juez se la fallara cuando a ella le viniera en talante revalidar el papel común con estampillas, le sería fácil producir la paralización del curso del negocio, en el evento de la apelación de la sentencia, a menos que la contraparte, sin hallarse obligada, costeara las estampillas a que la sanción se contrae, lo cual resultaría aberrante. De manera que, con la mira de eludir estos inconvenientes y procurar la firmeza de la actuación, importa adoptar la primera interpretación respecto de que la verdadera fecha (la fecha procesal, pudiera decirse), de la petición que hace la parte remisa, se entiende ser aquella en que se cumplió la revalidación con estampillas, de las hojas de papel común con que se había suplido el sellado. La parte no puede formular ninguna petición o gestión hasta que se ponga a paz y salvo con las prescripciones legales atañederas al papel sellado; tal es, en puridad, el sentido del artículo que se estudia'. Dice el autor del recurso que este último inconveniente puede obviarse señalando a la parte remisa el término dentro del cual debe hacer la indemnización, y puesto que ese término es necesario para que la disposición no resulte ineficaz, y no ha sido señalado por la ley, debe ser fijado por el juez, de acuerdo con el artículo 366 del Código Judicial; pero a esto se observa que teniendo por objeto el artículo 351 del Código Judicial, evitar la demora y retardo en los juicios por falta de papel sellado, según reza la exposición de motivos, la sanción impuesta a la parte renuente de no ser oída mientras no cumpla su deber de litigante, es suficiente estímulo para obligarla a suministrar el papel, desde luego que su omisión no suspende el curso del juicio. La ineficacia de la disposición resultaría, si la parte que quisiera demorar la prosecución del pleito, tuviera la seguridad de que las peticiones introducidas por ella durante el tiempo en que no puede ser oída, quedaban apenas en suspenso, para ser atendidas cuando tuviera a bien revalidar el papel común con que el secretario suple el sellado. No es aplicable, dice el recurrente, la disposición que se viene comentando, a las peticiones de la demanda o de los recursos, porque de aplicarla se llegaría a la conclusión inaceptable de que a la parte remisa en el suministro del papel se la tendría por desistida de su demanda o del recurso, y el desistimiento o la caducidad no pueden presumirse sino en los casos expresamente previstos por la ley. Considera la Corte que en lo relativo a las demandas no ocurriría el caso que el recurrente señala, porque es preciso entender que éstas se escriban en papel competente para poder ser admitidas, y en lo que atañe a los recursos, no se trata de caducidad sino de su interposición fuera de los términos que la ley establece para ello. Quien no puede ser oído en un juicio, cuando los términos están corriendo, debe apresurarse a remediar la falta que le impone esa sanción, so pena de dejar pasar sin poder hacer uso oportuno de su derecho. La circunstancia de que no se hubiera ejecutoriado el auto denegatorio del recurso cuando se hizo el suministro de las estampillas, no muda el hecho de haber expirado el término de interponerlo cuando se efectuó tal suministro. No se oculta a la Corte que es excesiva la sanción que establece el nuevo Código Judicial para las faltas de papel sellado, y que quizá las disposiciones derogadas armonizaban mejor la celeridad de los juicios con los derechos de las partes, ya que el procedimiento actual puede prestarse a sorpresas que hieren en el fondo el objeto primordial de la administración de justicia, que consiste en dar a cada uno su derecho. La Corte había propuesto ya la enmienda del artículo 351 citado". (Auto, XLI, Nº 1893, marzo 10 de 1933) 212 1º

Págs.

ACUMULACION DE ACCIONES

- Nº 10 -

Una sociedad y un individuo particular demandaron al Departamento del Tolima, aquélla para que se decretase la rescisión de un contrato por lesión enorme y el segundo para el pago de perjuicios. Estimó la Corte que no era procedente en ese caso la acumulación de acciones, citó el artículo 209 del actual Código Judicial, y dijo:

"Aun cuando la disposición transcrita no lo dice expresamente, debe entenderse que la acumulación de acciones en ella prevista, tiene cabida solamente cuando la parte demandante es una misma en todas las acciones, así como la parte demandada, ya que en el conjunto de la demanda la parte actora tiene que ser idéntica, lo mismo que la parte opositora. De lo contrario, esto es, si respecto de unas acciones hay unos demandantes y res-

Págs.

pecto de otras otros, no habrá en el juicio la unidad requerida, y, antes bien, podría decirse que habría varios juicios reunidos. Y lo que se dice de los demandantes cabe decir también, con igual razón, de los demandados. Lo que se acaba de exponer aparece con entera claridad de los términos del artículo 269 del Código abolido, que corresponde al 209 del actual, pues allí se decía: 'En una misma demanda se pueden ejercitar por una misma parte, varias acciones CONTRA EL DEMANDADO....'". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1892, octubre 4 de 1932)..... 124, 1ª

AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

- Nº 11 -

El Fiscal de un Tribunal propuso en nombre de la Nación una demanda de reivindicación contra particulares sin que la orden del Gobierno para promover juicios de nulidad de escrituras de enajenación de baldíos y de deslinde de aquellos predios comprendiese la de promover juicios de reivindicación. Hiciéronlo notar así los demandados en la correspondiente excepción de ilegitimidad de personería del actor, la cual prosperó. La Corte, sobre el punto, acogió la siguiente doctrina del Tribunal sentenciador:

"Aunque según el inciso 3º del artículo 719 del Código Judicial anterior, una de las funciones de los Fiscales de los Tribunales Superiores es la de promover las acciones necesarias para la defensa de los intereses de la República, esa función quedó limitada por el artículo 11 de la ley 168 de 1898, en el sentido de que aquellos funcionarios no pueden promover acciones civiles sin orden o instrucciones del Gobierno.... La orden o instrucciones implican, a juicio del Tribunal, la determinación clara de la acción civil que ha de promover el Agente del Ministerio Público, quien no puede, por esa causa, escoger, cambiar y extender la acción indicada por el Gobierno, desde luego que entonces se saldría de las instrucciones conferidas". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1895, mayo 18 de 1933)..... 581, 1ª

AGRAVIO

- Nº 12 -

Se había absuelto al demandado en cuanto a la petición principal de la demanda sobre reivindicación, pero se le condenó al pago de unas sumas de dinero como mandatario. Recurrió en casación atacando la sentencia por violación de las disposiciones sobre reivindicación, y exponiendo otros motivos.

"De acuerdo con la ley y con la jurisprudencia constante y uniforme de la Corte, el recurrente debe tener interés en que se infirmen las declaraciones hechas por el Tribunal. Cuando ese interés no existe, cuando no ha habido agravio, el recurso es improcedente e improcedentes los cargos. El recurrente fue favorecido en la sentencia que se estudia, en cuanto fue absuelto de las peticiones de la demanda principal, la cual se apoyó en el Título 12 del Código Civil, título en el cual están incorporadas las disposiciones en que se basa este cargo. Como las declaraciones de la sentencia, en lo concerniente a la acción reivindicatoria o de dominio, ciaramente le favorecen, la acusación es improcedente". (Casación, XLI, Nº 1893, marzo 1º de 1933). (1)..... 205, 1ª

APRECIACION DE LA DEMANDA

- Nº 13 -

Se pidió la nulidad del remate de una finca y la restitución de ésta. Negó el Tribunal la nulidad y decretó la reivindicación. En casación alegó el demandado recurrente que no había consonancia entre lo pedido y lo fallado. Dijo la Corte:

"Considera la Corte que esta acusación versa sobre la apreciación de la demanda. Si el Tribunal falló ambas acciones, la de nulidad del remate y la de reivindicación, independientes la una de la otra, fue porque entendió que de esa manera se habían ejercitado esas acciones, y el recurrente debió acusar el fallo por error de hecho manifiesto en la interpretación del libelo de demanda para llegar por ese camino a justificar la casación de la sentencia". (Casación, XLI, Nº 1895, julio 10 de 1933)..... 451, 1ª

APRECIACION DE LOS INDICIOS

- Nº 14 -

Decía el actor recurrente en juicio sobre nulidad de un contrato y sobre otros puntos, que el Tribunal había incidido en error de hecho al apreciar la prueba de indicios con los cuales creía haber comprobado la nulidad demandada.

"Se considera: Los Tribunales son soberanos en la apreciación de los indicios. Esta es la doctrina constante y uniforme de la Corte, establecida en innumerables sentencias". (Casación, XLI, Nº 1894, mayo 9 de 1933) (2)..... 331, 2ª

APRECIACION DE INDICIOS

- Nº 15 -

Atacaba un recurrente en casación la apreciación de la prueba de indicios que había hecho el Tribunal en un juicio de cuentas.

"Es doctrina constante de esta Corte que la apreciación de la prueba de indi-

(1) Concordancias: Cita la Corte las doctrinas de casación contenidas en los números 188, Tomo 1o, Jurisprudencia de la Corte; 102, Tomo 2o, y 151 y 152, Tomo 3o. Puede verse también el número 185 del Tomo 1o.

(2) Cita la Corte las doctrinas de casación que contienen los números 2001, 2002 y 2005 del Tomo 3o. de la Jurisprudencia de la corporación. Pueden verse, además, las doctrinas que contienen los números 554, 284, Tomo 1.o, Jurisprudencia de la Corte; 136, 140, Tomo 2.o, 230, 250, Tomo 3.o, más las de los números 3285 y 3274 del Tomo 1o.

Págs.

cias en lo tocante al grado de fuerza y a la relación más o menos estrecha con el hecho que se trate de demostrar, es materia de una apreciación inductiva del juzgador, que escapa a la casación, desde luego que no puede caber error de hecho evidente en un trabajo de discernimiento puramente psicológico, en que entra como elemento esencial la conciencia del Juez. Véase casación de 31 de agosto de 1920, Tomo XVIII de la GACETA JUDICIAL, página 186, y de 30 de noviembre del mismo año, Tomo XXVIII, página 267)". (Casación, XLI, Nº 1894, junio 27 de 1933) 377, 2ª

APRECIACION DE INDICIOS

- Nº 16 -

En juicio sobre nulidad por simulación de contrato se atacaba la prueba de indicios que sirvió al Tribunal para declarar la nulidad demandada.

"Observa la Corte, una vez más, que los Tribunales son soberanos en la apreciación de los indicios, cuando están probados. En el caso del pleito, los indicios principales en que se cifra la sentencia, están plenamente probados". (Casación, XLI, Nº 1895, julio 3 de 1933). (1) 447, 2ª

APRECIACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

- Nº 17 -

Se tachaba en casación la apreciación de la prueba de testigos hecha por el Tribunal sentenciador en un juicio sobre separación de bienes.

"Es doctrina constante y uniforme de la Corte que los Tribunales son soberanos en la apreciación de la prueba testimonial, apreciación que no puede ser modificada por la Corte en casación, sino en el caso de que el sentenciador haya incurrido en error de hecho que aparezca de modo evidente en los autos. En el caso que se estudia, el Tribunal no incurrió en error al apreciar la prueba testimonial en que se cifra la sentencia". (Casación, XLI, Nº 1895, agosto 4 de 1933). (2) .....

APRECIACION DE PRUEBAS

- Nº 18 -

Se asevera en casación que el sentenciador había apreciado erróneamente las pruebas con las cuales pretendía demostrar la actora las causales alegadas sobre separación de bienes.

"Es doctrina constante y uniforme de la Corte la de que no basta en casación alegar que el Tribunal apreció mal las pruebas de los autos, pues no siendo el recurso de casación una tercera instancia, la Corte no puede entrar a estudiar todo el proceso para decidir si están bien o mal apreciadas las pruebas; es preciso que el recurrente señale especialmente las pruebas en cuya estimación juzgue que el Tribunal incurrió en error evidente de hecho o en error de derecho". (Casación, XLI, Nº 1894, junio 5 de 1933). (1) 350, 2ª

APRECIACION DE PRUEBAS

- Nº 19 -

"Es doctrina constante y uniforme de la Corte que los Tribunales son soberanos en la apreciación de la prueba testimonial y su apreciación no puede variarse por la Corte sino en caso de error evidente". (Casación, XLI, Nº 1894, mayo 17 de 1933). (2) 345, 1ª

APRECIACION DE PRUEBAS

- Nº 20 -

Se pretendía demostrar en casación que el sentenciador había violado el artículo 1741 del Código Civil por no haber declarado la nulidad del contrato que se tachaba de nulo por demencia senil de uno de los que intervinieron en él. El Tribunal había desechado unas declaraciones.

"....Si el estudio crítico de los dos grupos de testimonios condujo al sentenciador a la consecuencia de que, por hallarse equilibrados, no debía tomarlos en cuenta, no se nota desacierto patente en semejante medida. Recuérdese que, según doctrina de casación, la Corte no puede desechar la apreciación que hace el Tribunal, de no estar demente el otorgante de un testamento (o de un contrato, es lícito añadir), deducida de las pruebas del proceso, sino en caso de error evidente; pues no habiéndolo, es preciso respetar la soberanía del Tribunal en la estimación de tales pruebas. (Casación de 21 de febrero de 1922; GACETA JUDICIAL, Tomo XXIX". (Casación, XLI, Nº 1892, noviembre 15 de 1932). (3) 16, 1ª

ARRENDAMIENTO

- Nº 21 -

En juicio de reivindicación en que los que se pretendían dueños por prescripción extraordinaria recurrieron en casación atacando la sentencia del Tribunal por haber asevarado que ellos eran meros arrendatarios del verdadero dueño, sostenían que el contrato de arrendamiento tenía que determinarse por el precio, el cual, a su parecer, era cosa esencial en tal contrato y que ni siquiera se

(1) Véanse las concordancias anotadas en otras doctrinas iguales a la presente.

(2) Concordancias: No. 139, Tomo 2.o, Jurisprudencia de la Corte.

(1) Concordancias: véanse las doctrinas que contienen los números 345 y 346 del Tomo 3o. de la Jurisprudencia de la Corte.

(2) Véanse las concordancias citadas en otras doctrinas iguales a la presente.

(3) Concordancias: Nos. 284, 554, Tomo 1.o, Jurisprudencia de la Corte, 136, 140, Tomo 2.o, 236, 260, Tomo 3o.

Págs.

había traído al proceso ese principio de prueba por escrito para que fuese admisible la prueba testimonial del contrato, tanto más cuanto éste pasaba de quinientos pesos.

"Se observa: El sentenciador, con la apreciación de los testimonios invocados, no trató de fijar el precio de arrendamiento, ni eso se pretendía con la prueba apreciada. Tratábase de demostrar que el señor Posada había ejecutado en ese terreno actos de dominio, con ánimo de señor y dueño, tales como arrendarlo, y la existencia de ese contrato bien puede demostrarse por testigos, ya que él en la generalidad de los casos no exige que se haga por escritura pública". (Artículo 1979 del Código Civil). "La objeción del recurrente sería quizás atendible, si se hubiera tratado de demostrar o de fijar el precio del arrendamiento, caso éste no contemplado al presente". (Casación, XLI, Nº 1895, julio 11 de 1933). (1) 464, 2ª

ASIGNACION TESTAMENTARIA QUE TIENE POR OBJETO UNA FUNDACION

- Nº 22 -

Un testador destinó las acciones de un fundo para que se vendieran y con su producto se edificara una casa en la cual se debían dar ejercicios espirituales durante cierto tiempo del año y hospedajes fuera de él. Decía el recurrente que no habiendo existido la casa de ejercicios con personería jurídica, no valían las asignaciones a dicha entidad.

"Para la Corte no puede sostenerse que no valen las asignaciones a la casa de ejercicios, por no haber existido dicha casa con personería jurídica cuando se le defirieron, porque tratándose con ellas de una fundación, se está precisamente en el caso del inciso 2º del artículo 1020 del Código Civil, en que vale la asignación bajo la condición suspensiva de existir la entidad asignataria en el tiempo que el testador determine, en términos que si la casa de ejercicios hubiera llegado a tener personería jurídica dentro de ese tiempo, sus asignaciones quedaban en firme, aunque ella no hubiera existido al tiempo de la delación de la herencia o legado. En ese tiempo intermedio valen, pues, condicionalmente, tales asignaciones. Otra cosa es que por haber fallado la condición suspensiva para que naciera el derecho puro y simple, queden aquéllas sin efecto, o sea por haber expirado el tiempo dentro del cual la casa de ejercicios debía tener existencia o personería jurídica, y no la tuvo". (Casación, XLI, Nº 1893, febrero 25 de 1933) 184, 2ª

AUTO PARA MEJOR PROVEER

- Nº 23 -

"Auto para mejor proveer sólo puede dictar la Sala después de casar un fallo y para resolver en instancia; antes nó". (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 2 de 1932). 47, 1ª

AUTO PARA MEJOR PROVEER

- Nº 24 -

"De la facultad de dictar autos para mejor proveer sólo puede usar la Corte después de casar el fallo para decidir en instancia, pero no para resolver sobre la casación de un fallo. (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 12 de 1932). 92, 1ª

BALDIOS

- Nº 25 -

Prosperó la acusación de violación del artículo 85 del Código Fiscal que hizo el recurrente demandado en juicio sobre oposición a la adjudicación de un terreno como baldío, porque afirmó que ese artículo solamente se refiere a los terrenos en que se encuentren minas, pero no a otros, y así, "si al pedirse la adjudicación de un baldío se justifica que dentro de ese baldío se encuentra una mina de aluvión no abandonada, que reclama el dueño, debe excluírse el terreno baldío en donde se encuentra la mina, pero únicamente ese terreno, limitando hasta allí la oposición y declarando la adjudicación del resto del baldío que se solicita".

"Como se ha visto, la sentencia quedó ejecutoriada para Fray Andrés en lo que dice relación con el abandono de la mina 'El Carmen', es decir, que esa mina no estaba abandonada, y que por consiguiente no podían adjudicarse los terrenos baldíos ocupados por minas de aluvión, pero no quedó ejecutoriado ese fallo respecto de la aplicación del memorado artículo en cuanto el terreno denunciado como baldío ocupa una extensión mayor de la comprendida dentro del perímetro de la mina de aluvión, cuestión esta no tratada por el Juez. Ahora para la Sala ha de entenderse el artículo 85 del Código Fiscal en el sentido que le asigna el recurrente, porque si la extensión del baldío solicitado en adjudicación fuese de mayor extensión que el de la mina de aluvión, no se ve la razón para no adjudicar la porción o el excedente del baldío que no ocupa minas o porciones de minas de aluvión. Lo que la ley se propuso con la disposición del artículo 85 fue proteger a los dueños de minas en sus pertenencias, pero si una parte del terreno baldío no perjudica los derechos de los mineros, no hay razón legal alguna que impida esa adjudicación". (Casación, XLI, Nº 1894, mayo 17 de 1933). 348, 2º

B

BALDIOS

- Nº 26 -

"El artículo 904 del Código Fiscal de 1873 está relacionado con los siguientes

(1) Concordancia: Véase la doctrina expuesta en el número 369, Tomo 1.o, Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

del mismo Código y no excluyen en la formalidad de los certificados o títulos de cesión los baldíos cedidos por leyes de los Estados o Territorios de la Unión". (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 1º de 1932). 38, 1ª

BALDIOS

- Nº 27 -

El opositor recurrente en juicio de oposición a la adjudicación de unos baldíos decía en el recurso de casación que el sentenciador había violado el Código Fiscal de 1873 y las leyes 63 de 1872 y 18 de 1874 por no haber declarado el derecho que pretendía tener sobre aquellas tierras.

"El hecho de que el Tribunal hubiera tenido en cuenta las disposiciones del Código Fiscal de 1873, para declarar que no establecen ninguna preferencia en favor de los que pretenden tierras baldías con bonos de concesión, no implica el desacierto que le atribuye el recurrente, no sólo porque bonos de esta clase fue lo que el Estado de Antioquia transmitió al señor Cisneros y éste a la Sociedad Agrícola, según los títulos escriturarios que obran en autos sobre el particular, sino porque bajo la vigencia de dicho Código se expidió una de dichas Leyes, la 18 de 1874, y es sabido que para reconocer un derecho hay que tener en cuenta la ley bajo cuyo imperio se realiza el hecho generador de aquél, aunque después se derogue la ley. Ahora, si como dice el recurrente, los demandantes no invocaron bonos, sino las mismas Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874, para que conforme a ellas resultara la preferencia alegada por los demandantes, sería preciso que en ellas se hubieran determinado por sus linderos las hectáreas de tierras baldías de que tratan, y eso es lo que los opositores no han logrado demostrar, según se dijo. Cierto que el artículo 1º de la Ley 61 de 1874 deja a salvo para no adjudicar a cultivadores o colonos las tierras a que se haya dado un destino especial; cierto también que la ley puede ser por sí sola título de un derecho en bienes raíces, como lo ha dicho la Corte, siempre que en ella se determinen éstos, y que los demandantes invocaron como títulos las Leyes 63 de 1872 y 18 de 1874; pero subsiste el argumento aducido por el sentenciador de que en éstas no se hizo la determinación de las tierras cedidas por sus linderos, para que pudieran servir de único título, luego para esa determinación debían cumplirse las formalidades que exigía el Decreto de siete de enero de 1870, que regía cuando se expidió la primera de ellas y las del Código Fiscal de 1873, que eran la mensura, adjudicación y registro en la oficina de instrumentos públicos, del certificado expedido por la autoridad administrativa nacional, de que habla el Título 10 de aquel Decreto. Por la misma razón de no expresar las Leyes 63 y 18 los linderos de las hectáreas cedidas a la parte demandante no es aplicable el artículo 4º de la Ley 42 de 1882, porque esta disposición exige que para declarar el derecho de propiedad contra los cultivadores o colonos que pretendan tierras baldías, que el actor, en este caso la Sociedad Agrícola, presente no sólo el título legal de propiedad, sino que en éste se expresen con toda claridad los linderos del terreno que reclama y ese título con tales condiciones no se ha presentado por los demandantes, ni aparecen, ni podían aparecer en los títulos que forman los folios ..... De modo que aunque no fuera necesario que los demandantes adujeran bonos cedidos a la Compañía Agrícola y de Inmigración, sino las Leyes 63 y 18, de éstas y de las que el Tribunal tuvo en cuenta, no aparece determinado el derecho de aquéllos, o sea el de las hectáreas cedidas por sus linderos, y por consiguiente no puede reconocerse probado el cargo de violación de las disposiciones legales que cita el recurrente en esa parte de la demanda". (Casación, XLI, Nº 1893, diciembre 15 de 1932). . . . . 173, 1ª y 2ª

Págs.

BIENES DEJADOS A LA CONYUGE CON CONDICION DE NO ADMINISTRARLOS EL MARIDO

- Nº 28 -

Declaró una testadora que en poder de cierto individuo tenía determinada suma de dinero, la cual legó a Carmen, instituyéndola, además, heredera, e imponiendo la condición expresa de que el marido de la legataria y heredera no administrara los bienes. Con el dinero legado la legataria compró una casa que le fue embargada a su marido en juicio ejecutivo. Compareció en juicio de tercería excluyente la dueña de la casa y ganó el pleito. Recurrió en casación el ejecutante y alegó la violación, por aplicación indebida, de los artículos 211, 1781, 1782 y 1783 del Código Civil.

"Considera la Corte que el Tribunal no situó el fenómeno jurídico que se estudia en el caso de la subrogación que contemplan los artículos 1782 y 1783 del Código Civil. Bien claro lo dice en el fallo. Su punto de vista está colocado en el artículo 211 del Código citado, esto es, en el de un legado que se hace a la mujer casada, con la condición precisa de que en las cosas donadas no tenga la administración el marido, condición que impone la testadora, señora Licenia Herrera García, al legarle a la señora Carmen López de Acevedo el crédito de cuatro mil seiscientos ochenta pesos ($ 4.680), a cargo de los señores Juri & Cobo, de los cuales fueron invertidos mil ochocientos pesos en la compra de la casa materia del pleito, según se expresó en la escritura de compra. Dijo el Tribunal que los bienes dejados a la mujer casada, con la condición expresa de que no los administre el marido, no entran a formar parte del haber de la sociedad conyugal, porque sobre ellos se ejerce, por ministerio de la ley, una especie de separación parcial de bienes, según las reglas del citado artículo, y a los 204 y 207 del Código Civil. Quiere esto decir que tales bienes no entran a formar parte del haber de la sociedad conyugal, y sobre ellos conserva la mujer donataria, heredera o legataria, el pleno dominio y la administración libre, aun en lo concerniente a los frutos de dichos bie-

Págs.

nes, y a todos los que con éstos adquiera. Como se ve, está fuera de lugar la acusación relativa al quebrantamiento de los artículos 1782, 1783 y 1789 del Código Civil, que se refieren a casos distintos de los contemplados en el artículo 211 del propio Código. Dice el recurrente que es imposible desconectar las reglas que rigen lo relativo al haber de la sociedad conyugal y de sus cargas, considerando aislada y acomodaticiamente las disposiciones relativas a la simple separación de bienes, contenidas en el Capítulo 3º, Título 9º, del Libro 1º de nuestro Código Civil, como hace el Tribunal sentenciador, sacando lo preceptuado en un título posterior de la mentada obra, lo atañero a la simple separación de bienes, para decir que son independientes, que no quedan sujetos a las ritualidades de la subrogación, ya que si ello fuera así, no contendría tan explícitos y comprensibles preceptos el Título 22 en su Capítulo 4º, como son los contenidos en los artículos 1782, 1783 y 1789 del Código Civil, que hacen posible la mentada subrogación, y precisamente de bienes propios de uno de los cónyuges, que sean fruto de una donación, herencia o legado, como acaece en nuestro caso, donde el pretendido bien que se subrogó, y es materia del desembargo, le fue otorgado a la articulante en testamento, pero no se cumplieron las ritualidades propias del caso para que quedara operado ese fenómeno jurídico, en consonancia con el artículo 1789, armonizado con el 1783 del Código Civil. Estima la Corte que hay sustancial diferencia entre los bienes que adquiere la mujer casada, por cualquier título durante el matrimonio, y los que se le dejan por donación, herencia o legado, con la expresa condición de que no los administre el marido. Los primeros entran a formar parte del haber social, y están sujetos a la administración del marido, quedando obligada la sociedad a la restitución de igual suma (artículo 1781 del Código Civil, ordinales 3º y 4º y 1782 de allí). Los otros, los asignados a la mujer casada con la expresa condición de que no los administre el marido, no entran a formar parte del haber social, no necesita la mujer de la autorización del marido para los actos y contratos relativos a la administración de lo que separadamente administra, puede enajenar a cualquier título los bienes muebles que separadamente maneja y son suyos los frutos de las cosas que administra y todo lo que con ellos adquiera. Ahora bien: no violó el Tribunal los artículos 1783 y 1789 del Código Civil, por no haber aplicado las reglas que sobre subrogación contienen tales disposiciones, porque ellas no se refieren a los bienes que la mujer casada, separada de bienes, administra exclusivamente, y el artículo 211 del Código Civil contempla un caso de separación parcial de bienes. Ese artículo, así como todos los que se refieren a la separación parcial de bienes, regulan una materia especial en las relaciones de la sociedad conyugal que se forma entre los esposos, y no puede decirse que las disposiciones generales posteriores, sobre sociedad conyugal, aboguen o modifiquen las primeras". (1) (Casación, XLI, Nº 1893, febrero 10 de 1933) 176, 1ª, 2ª

Págs.

BONOS TERRITORIALES

- Nº 29 -

Se trataba de un juicio de oposición a la adjudicación de un terreno como baldío en que los opositores recurrentes de la sentencia sostenían que la expedición de bonos vinculó a ellos el primitivo derecho al terreno emanado de las Leyes 68 de 1872 y 18 de 1874, sobre concesión de unas doscientas mil hectáreas de terrenos baldíos, las cuales, cuando un tercero pidió la adjudicación, no se habían determinado sobre el terreno por medio de linderos.

"Expresan los recurrentes que los bonos territoriales son, en general, documentos en virtud de los cuales se puede solicitar la adjudicación de las tierras baldías que a ellos se refieren, y en tal caso no sería quizás impropio sostener que el derecho a las tierras estaba vinculado a los bonos. Pero cuando se expiden respecto de tierras cedidas por leyes especiales no sucede eso, porque el derecho está vinculado a esas leyes, que son las que lo otorgan; y los bonos están por demás o sólo sirven para iniciar el procedimiento, no para la adjudicación, que ésta la hacen las mismas leyes al emplear la palabra 'ceder' u otras equivalentes, sino para obtener el reconocimiento del derecho y la entrega material, a menos que dichas leyes dispongan la manera de practicar estas cosas o que esté previsto en las disposiciones generales sobre baldíos, el artículo 904 del Código Fiscal de 1873, por ejemplo. Este es el caso de la Sociedad. La sentencia incurre en error de derecho al apreciar la prueba que suministran los bonos cuando sostiene que en ellos se vincula el derecho de la Agrícola a las tierras, poniendo a un lado las leyes que cedieron ese derecho. Obsérvase que hay impropiedad en el concepto del Tribunal cuando asevera que el Estado de Antioquia, al aceptar los bonos territoriales, modificó el título primitivo (las leyes) o aceptó un nuevo título, que es el que ha de tenerse presente para la efectividad del derecho. Las leyes son el título mediato, que requerían cumplimiento por medio de la expedición de los bonos y las demás operaciones conducentes hasta lo-

(1) "..... A quién pertenecen los frutos de los bienes donados o legados a la mujer y que administra separadamente de los de la sociedad conyugal? Los de ésta los administra el marido y los de los otros bienes son de la mujer, así como son para ella las adquisiciones que haga con esa ganancia. En caso de liquidación de una sociedad conyugal, los bienes tanto donados como legados y los acrecimientos hechos por la mujer con el producido de esos bienes y por su inteligente administración, son bienes propios y no gananciales de la sociedad conyugal". (CODIGO CIVIL DE LA REUBLICA DE CHILE, Robustiano Vera, Tomo Io.)

Págs.

grar la adjudicación precisa de las tierras y su entrega material. Los bonos son, puede decirse, el principio del cumplimiento. Otra cosa sería si las mentadas leyes hubieran cedido tierras especificándolas como cuerpos ciertos. Ya ha declarado la Corte en otras sentencias sobre la misma materia de la presente que, vista la forma de las cesiones, el Estado de Antioquia o su sucesor tenían que hacer ejecutar las leyes para conseguir el dominio concreto, y el modo consistía en la presentación de los bonos o títulos para su cambio por tierras baldías, de acuerdo con los procedimientos respectivos. El Código Fiscal de 1873 hablaba de certificados (artículos 909 y 910) y los llamaba títulos de concesión. Es claro que el certificado único podía subdividirse, bien por ministerio de decretos reglamentarios o por pactos con los interesados o por aplicación analógica del artículo 872 ibídem. El artículo 904 de este Código preceptuaba la manera de iniciar el proceso encaminado a obtener la declaración de los derechos a tierras baldías reconocidas a los Estados de la Unión en calidad de tales (artículo 901). De suerte que, a pesar de la impropiedad o deficiencia del concepto del fallo, no hay causa para su infirmación". (Casación, XLI, Nº 1894, marzo 31 de 1933) 298, 2ª, 299, 1º

C

CARGA DE LA PRUEBA

- Nº 30 -

En un juicio de oposición a la adjudicación de una mina aseveraba el demandado recurrente que el sentenciador había violado los artículos 1757 del Código Civil y 593 del Judicial, porque si por decisión del Juez la parte contraria asumió el papel de actor y si en su demanda pidió que se declarase la ineficacia de un título y se decretase su cancelación, a él le incumbía la obligación de presentar el título con la nota de inscripción; mas los papeles se habían invertido, pues el Tribunal quitó la obligación de los hombros del actor y la colocó sobre los del opositor.

"..... El sentenciador, al dar por sentado que González debía presentar el título registrado de la mina, y que por no haberlo hecho era necesario declarar sin eficacia la oposición que venía sosteniendo, incurrió en un error de derecho, porque apreció injurídicamente las providencias en que el Juez y el Tribunal dispusieron que el mentado señor tenía el carácter de demandado, su oposición es de una impugnación de la exactitud y justicia del denuncio, y Molina Callejas el papel de demandante. Concretamente, la mala apreciación estriba en admitir que González, a pesar de ser demandado, se hallaba en el deber de probar su oposición. Por obra de este error, el sentenciador violó el artículo 52, numeral 1º, de la Ley 292 de 1875, que le asignaba al señor Molina Callejas la calidad de demandante, naturalmente con las funciones probatorias inherentes a ella, y el artículo 1757, inciso 1º, del Código Civil, en virtud del cual compete probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o ésta. Igualmente puede decirse quebrantado el artículo 593 del Código Judicial vigente, que sustituye en su espíritu, aunque sin ventaja, a los artículos 542 y 543 del anterior". (Casación, XLI, Nº 1894, abril 29 de 1933). (1) 312, 2ª

CASACION

- Nº 31 -

En juicio sobre incumplimiento de un contrato y sobre consiguiente indemnización de perjuicios, el Tribunal interpretó una cláusula con un criterio restrictivo en lo referente al arrendamiento de la renta de degüello.

"Ese concepto del Tribunal no ha sido objeto de la crítica del recurrente, como tampoco lo han sido otros fundamentos del fallo, capaces por sí solos para sostener la sentencia". 'Cuando el recurrente no combate uno de los fundamentos del fallo del Tribunal—ha dicho la Corte—que es suficiente para absolver al demandado, aunque legal o ilegal tal fundamento, él queda en pie como base de la sentencia'. (Casación de 23 de abril de 1920, tomo XXVIII, Jurisprudencia de la Corte, página 26, 2ª)". (Casación, XLI, Nº 1894, abril 24 de 1933) (2) 324, 1ª

CASACION

- Nº 32 -

En juicio de oposición a un pago por consignación alegaba el recurrente opositor que la consignación era nula por no haberse extendido acta de ella. No se había alegado este punto en las instancias del juicio.

".....El cargo no puede prosperar porque no se puede alegar en casación motivos nuevos no discutidos en el juicio, y la nulidad de la consignación por la omisión del requisito que el recurrente señala, no fue materia de controversia en el pleito. En numerosas decisiones, la Corte ha sostenido que 'es doctrina jurídica, que se deriva de la naturaleza especial del recurso de casación, y que ha sido establecida por esta Corte en numerosos fallos, la de que no pueden ser objeto de tal recurso cuestiones que no se hayan debatido en las instancias del juicio, y que en este recurso no pueden in-

---

(1) Concordancias: véanse las doctrinas contenidas en los números 3245, 3279, tomo 1o., 1998, tomo 3o. Concuerda también la Jurisprudencia de los Tribunales, No. 4502, tomo 2o.

(2) Concordancias: véanse las doctrinas expuestas en los números 313, tomo 3o., Jurisprudencia de la Corte, 432, 433, 437, 447, etc., tomo 3o.

troducirse medios nuevos, o sea traer a discusión extremos que no hayan sido objeto del debate". (Jurisprudencia de la Corte, tomo II, número 265)". (Casación, XLI, Nº 1894, marzo 29 de 1933). (1) .... Págs. 288, 2ª

CASACION

- Nº 33 -

Se alegaba en casación, en un juicio sobre reivindicación y pago de una suma de dinero, que se había violado por el sentenciador varios artículos del Código Civil.

"Este punto no se discutió en las instancias y es medio nuevo. La Corte ha declarado en todo tiempo que los medios nuevos son improcedentes en casación". (Casación, XLI, Nº 1893, marzo 1º de 1933) (2) ..... Págs. 205, 2ª

CASACION

- Nº 34 -

El opositor en un recurso de casación sostenía que habiendo debido regirse el recurso de casación por la ley vigente al tiempo en que se interpuso, la demanda de casación debió arreglarse a la antigua ley judicial y, por tanto, las causales alegadas no podían ser otras que las señaladas en el artículo 2º de la Ley 169 de 1896; concluía que habiéndose alegado, no las causales señaladas en esta disposición, sino la primera del artículo 520 del nuevo Código Judicial, la demanda de casación no era idónea.

"En este asunto, el recurrente ha debido alegar contra la sentencia la primera causal del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, que es la ley aplicable; pero el hecho de haber alegado la primera causal del artículo 520 del Código Judicial no es motivo bastante para desechar la demanda de casación si se tiene en cuenta que la causal aducida es sustancialmente la misma en ambas disposiciones". (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 14 de 1932). (3) ..... Págs. 85, 1ª

CASACION

- Nº 35 -

"No pueden servir de fundamento al recurso de casación errores que ninguna influencia puedan tener en la parte resolutiva de la sentencia". (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 12 de 1932). (1) .... Págs. 75, 1ª

CASACION

- Nº 36 -

"Cuando la violación de los preceptos legales de que se acusa la sentencia del Tribunal, se hace depender de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas con las cuales se pretendió demostrar cierto hecho o cierta afirmación, si el recurrente no señala las pruebas mal apreciadas, la Corte no puede considerar esta acusación, y consecuencialmente tampoco puede ocuparse en la violación de las disposiciones legales". (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 12 de 1932). (2) ..... Págs. 81, 2ª

CASACION

- Nº 37 -

Se demandó la nulidad absoluta de un contrato sobre constitución de renta vitalicia y en el recurso de casación se expusieron argumentos que no fueron aducidos en las instancias del juicio.

"La nulidad del contrato por el aspecto que se aduce en la acusación no fue debatida en las instancias, y ni siquiera la sugirió la parte demandante durante ellas. La alegación implica, por tanto, un medio nuevo en casación, y como tal inaceptable. Varias veces ha establecido la Corte que en este recurso extraordinario no se puede suscitar una cuestión que no ha sido materia de controversia en las instancias del juicio. (Véase, por ejemplo, la sentencia de veintinueve de noviembre de mil novecientos diez y nueve. GACETA JUDICIAL, tomo XXVIII)" (Casación, XLI, Nº 182, noviembre 15 de 1932). (3) Págs. 14, 1ª

CASACION

- Nº 38 -

"El objeto del recurso de casación es reparar los agravios hechos a los derechos del recurrente, mas no los inferidos a terceros". (Casación, diciembre 6 de 1932, XLI, Nº 1892). ..... Págs. 61, 1ª

CASACION

- Nº 39 -

En el recurso de casación no pueden alegarse objeciones no deducidas en tiempo hábil ante el Juez, porque para el

(1) Concordancias: Véanse las doctrinas de casación contenidas en los números 497, 521, 557, tomo 1o., Jurisprudencia de la Corte, 256, 262, 287, 291, tomo 2o., y 536, 544, tomo 3o.

(2) Concordancias: Cita la Corte la doctrina de casación contenida en el número 265, tomo 2o., Jurisprudencia de la Corte. Constante ha sido la jurisprudencia de la Corte en ese sentido, como puede verse, además, en los números 497, 521, 557, tomo 1o., 256, 262, 287, 291, tomo 2o., y 465, 536, 544, tomo 3o.

(3) Cita la Corte en apoyo de su doctrina las contenidas en los números 255 y 2805 del tomo 2o. de la Jurisprudencia de la Corporación.

(1) Concordancias: Nos. 503, 515, 536, tomo 1o., Jurisprudencia de la Corte; 280, 304, tomo 2o.

(2) Cita la Corte las sentencias de casación de 19 de junio de 1922 publicada en el tomo XXIX, 186, 3a., de la GACETA JUDICIAL, y de 27 de junio de 1923, publicada en el tomo XXX, 72, 3a. Véase la Jurisprudencia de la Corte, tomo 3o., No. 489.

(3) Concordancias: Nos. 497, 521, 557, tomo 1o., Jurisprudencia de la Corte; 256, 262, 285, 287, 291, tomo 2o., y 445, 536, 544, tomo 3o.

Págs.

efecto de interponer útilmente dicho recurso es necesario que la parte que quiere acogerse a él haya usado en el juicio de todos los derechos que la ley le concede. (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 9 de 1932). (1). 65, 1ª

CASACION

- Nº 40 -

Cuando se hace en casación el cargo de violación de una disposición legal, debe indicarse el concepto en que ha sido violada para que el cargo pueda ser considerado. Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 12 de 1932). 77, 1ª

CASACION

- Nº 41 -

Decía el ejecutado recurrente en un juicio de tercería coadyuvante que al aceptar el Tribunal la tercería violó disposiciones adjetivas porque admitió la tercería cuando el juicio ejecutivo había terminado.

"Respecto de esta parte del cargo, observa la Corte que las disposiciones de los artículos 217 y 218 de la Ley 105 de 1890, sobre admisión de tercerías coadyuvantes son adjetivas, como lo reconoce el mismo recurrente, y por tanto su violación no está sujeta al recurso de casación". (Casación, XLI, Nº 1894, mayo 18 de 1933). 335, 2ª

CASACION

- Nº 42 -

"La casación no brinda la oportunidad para objetar una partición, pues la ley procedimental fija término para ello". (Casación, XLI, Nº 1894, marzo 27 de 1933). 304, 2ª

CASACION

- Nº 43 -

En juicio de oposición a un pago por consignación acusaba el actor recurrente la sentencia de infracción directa de algunos artículos del Código Civil.

"No dice el recurrente en qué concepto fueron violados los artículos que cita, ni por qué fueron erróneamente interpretados, ni cuál es la ley aplicable al caso del pleito (artículo 9º, Ley 90 de 1920)." (Casación, XLI, Nº 1894, marzo 29 de 1933). (2) 291, 1ª

(1) Igual doctrina contiene la sentencia de 28 de septiembre de 1923, GACETA JUDICIAL, tomo XXX, citada por la Corte.

(2) Concordancias: véanse las doctrinas expuestas en los números 251 del tomo 2o. de la Jurisprudencia de la Corte, 517, tomo 1o.

Págs.

CASACION

- Nº 44 -

En un juicio sobre pago de perjuicios causados por los liquidadores de una sociedad los actores recurrentes de la sentencia no se ciñeron a la técnica del recurso de casación.

"Es oportuno y necesario hacer constar aquí que aunque la demanda de casación no se ajusta a los preceptos del artículo 9º de la Ley 90 de 1920, a los cuales debió sujetarse, ya se ha dicho en casos análogos que 'la Corte puede admitir un recurso de casación por benigna interpretación de la ley, aunque él deje mucho que desear en materia de método, claridad y acierto, si el recurrente cita las disposiciones legales que cree infringidas'. (GACETA JUDICIAL, XXX, 268, 2ª), esto es, que no hay lugar a declarar desierto el recurso 'si el recurrente cita en su demanda algunas leyes sustantivas como violadas, ya directamente, ya por virtud de errores de hecho y de derecho, aunque no señale determinadamente prueba alguna en cuya apreciación se hubiera incurrido en tales errores'. (GACETA JUDICIAL, XXXI, 87, 1ª). Pero ello no ha de entenderse en el sentido de que la demanda puede prosperar, aunque los motivos o razones en que se funda no se ajusten a las reglas que para el efecto ha establecido la ley, de acuerdo con la naturaleza de este recurso extraordinario". (Casación, XLI, Nº 1895, septiembre 6 de 1933) 535, 1ª

CASACION

- Nº 45 -

Se decía que el sentenciador había omitido apreciar unas pruebas y que otras habían sido mal apreciadas en un juicio de tercería excluyente.

"En casación no aprovecha aducir en general las pruebas, porque en este remedio extraordinario no se halla facultada la Sala para obrar con la libertad de los falladores de instancia: han de presentársele los cargos debidamente concretados". (Casación, XLI, Nº 1895, agosto 31 de 1933). (1) 523, 2ª

CASO FORTUITO

- Nº 46 -

Véase FUERZA MAYOR.

CAUSAL DE CASACION

- Nº 47 -

En juicio en que el actor pedía la indemnización de perjuicios causados por un incendio, alegaba en casación el demandado recurrente la segunda causal del artículo 2º de la Ley 169 de 1896, pues decía que el fallo "dejó de resolver sobre

(1) Concordancias: Nos. 524, tomo 1o., Jurisprudencia de la Corte, 268, tomo 2o.

Págs.

la ninguna responsabilidad que tiene la Compañía dicha, sobre los hechos que han dado margen a este pleito".

Dijo la Corte:

"..... Al ser condenada la Sociedad, es claro que el sentenciador decidió acerca de la responsabilidad de ella, de manera contraria a las pretensiones del representante, y no existe la referida causal, la cual sólo procede cuando se resuelve sobre puntos no controvertidos, o se deja de resolver sobre alguno de los que lo han sido, se condena a más de lo pedido o no se falla sobre alguna de las excepciones perentorias alegadas, si era el caso de hacerlo". (Casación, XLI, Nº 1893, febrero 28 de 1933..... 189, 2ª,

CAUSAL DE CASACION

- Nº 48 -

"Si el Tribunal, al desechar una excepción, incurre en errores con los cuales pudo violar la ley, esos errores no se corrigen por la causal segunda, sino por la primera". (Casación, XLI, Nº 1898, febrero 25 de 1933). (1).....

CAUSAL DE CASACION

No puede alegarse como primera causal de casación el quebrantamiento del artículo 835 del Código Judicial (2), disposición ésta que da asidero para invocar la segunda causal de casación, más no la primera. (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 14 de 1932) (3)..... 87, 2ª,

CAUSAL DE CASACION

- Nº 50 -

Se alegó la causal tercera de casación, conforme al artículo 520 del Código Judicial, porque decía el recurrente que el sentenciador había incurrido en contradicción.

"Observa la Corte que esta causal no puede prosperar, porque la parte que representa el recurrente no pidió aclaración de la sentencia, y porque la contradicción que alega no se refiere a la parte resolutiva, sino a la inconformidad entre los motivos y las conclusiones del fallo, y es bien clara la disposición que ambos requisitos exige y que dice: 'Artículo 520.... 3º Contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias, que subsistan a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración de ella". (Casación, XLI, Nº 1894, junio 27 de 1933)..... 376, 2ª

CAUSAL DE CASACION

- Nº 51 -

Se invocaba la tercera causal de casación en un juicio sobre reivindicación.

Dijo la Corte:

"Respecto de la tercera causal, para que ella prospere, era necesario haber pedido antes aclaración de la sentencia, lo que no se hizo, y esto tanto bajo la vigencia del antiguo Código Judicial como bajo el nuevo (artículos 2º, Ley 169 de 1896, y 520, Ley 105 de 1931)." (Casación, julio 18 de 1933)..... 482, 2ª

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

- Nº 52 -

Véase la doctrina titulada: INCONGRUENCIA.

CAUSAL DE CASACION

Segunda causal

- Nº 53 -

Decía el actor recurrente que la sentencia había resuelto puntos no comprendidos en el debate, por lo cual alegaba la segunda causal de casación conforme al artículo 2º de la Ley 169 de 1896.

"La sentencia recurrida absuelve al demandado de todos los cargos formulados en la demanda. En este caso es improcedente la segunda causal, puesto que jurídicamente no puede haber exceso o defecto en la parte resolutiva de una sentencia absolutoria. Así lo ha resuelto uniformemente la Corte en innumerables fallos". (Casación, XLI, Nº 1893, marzo 14 de 1933). (1)..... 214, 2ª

CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS EN QUE EL CEDENTE SE HACE ADJUDICAR HIJUELA POR NO HABER INTERVENIDO EL CESIONARIO EN EL JUICIO

- Nº 54 -

Véase la doctrina titulada HIJUELA FORMADA AL CEDENTE DE DERECHOS HEREDITARIOS.

- Nº 55 -

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Condenado un individuo a la pena de seis años de presidio como reo de homicidio, el Tribunal, calificando la delincuencia en grado medio y de conformidad con el artículo 609 del Código Penal, le impuso nueve años de la misma pena. Atacó el reo recurrente la calificación de la delincuencia por considerar que había mayores circunstancias atenuantes sobre las agravantes que la sentencia mencionaba. Dijo la Corte:

"No es el caso de examinar el valor que tenga la doctrina de la Corte sobre el número de agravantes para la calificación

(1) Artículo 520 C. J.

(2) Artículo 471 del nuevo Código Judicial.

(3) Concordancia: No. 614, tomo 2o., Jurisprudencia de la Corte.

(1) Concordancias: cita la Corte las doctrinas de casación contenidas en los números 626 y 628 del tomo 1o. de la Jurisprudencia de la Corte. Es constante esa jurisprudencia, como puede verse de otras doctrinas similares y de las concordancias anotadas.

Págs.

en segundo grado, por lo que respecta al fallo que ahora ha de dictarse, pues que no solamente una sino varias circunstancias agravantes tuvo en cuenta el Tribunal para sostener el grado medio, tales como la alevosía en el ataque, la indefensión de la víctima, la publicidad del sitio en que se cometió el delito y la mayor necesidad de escarmiento que tiene la sociedad por la frecuencia con que se están presentando los de esa clase. El recurrente niega tales circunstancias, pero no razona para demostrar su aserto, y se limita a decir que hay más atenuantes que agravantes, citando en su favor la buena conducta y otras que no aduce ni determina. En consecuencia, la Corte no halla ningún fundamento al reparo contra el fallo de segunda instancia. Aunque el jurado negó la existencia de circunstancias de asesinato, su negativa no puede referirse a esas circunstancias sino en cuanto tengan carácter específico, o sea virtud para cambiarle al homicidio la fisonomía jurídica, convirtiéndolo en asesinato, pero no en cuanto tales circunstancias valgan como accesorias, relativas al grado de delincuencia, pues la apreciación de éstas ya no es atribución del jurado sino del Juez de derecho para los efectos de aplicar la pena. Esta es doctrina de la Corte, repetida en numerosos fallos". (Casación, XLI, Nº 1895, marzo 16 de 1933). (1) 556, 2ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

- Nº 56 -

Se decía que no existía en el proceso una evidencia legal para computar en contra del reo las circunstancias agravantes que el Tribunal tuvo en cuenta.

"....No es estrictamente cierto que sólo se pueden tener en cuenta las circunstancias agravantes para elevar el grado de delincuencia, cuando el agente del delito lo comete a plena conciencia, aprovechando la indefensión, la soledad del sitio, la debilidad del sexo y violando el domicilio, todo como medio propicio para cumplir más fácilmente su designio, porque en tal caso, extremando éste en la forma insinuada, podría decirse más bien que solamente en los casos de homicidio premeditado deberían tenerse en cuenta las circunstancias de agravación, lo cual no es admisible. Estas, como es obvio, deben tenerse en cuenta en cada caso, cualquiera que sea la clase de homicidio, y en general, cualquiera que sea el delito, siempre que estén debidamente comprobadas en autos". (Casación, XLI, Nº 1892, octubre 28 de 1932) ..... 110, 2ª y 111, 1ª

COMPETENCIA

- Nº 57 -

Fenecidas con alcances unas cuentas en la Contraloría, sin que hubiese hecho el responsable objeción ni hubiese intentado recurso ante el Consejo de Estado, pretendía que la Corte conociese de ellas.

"Se trata, pues, de providencias ejecutoriadas, dictadas por funcionario competente, en ejercicio de sus atribuciones legales, y en juicio administrativo especial, relacionado con la administración activa y pasiva del Tesoro Nacional. En dicho juicio no tiene la Corte Suprema intervención ninguna, ni puede, por lo mismo, revisar, reformar ni revocar las providencias allí dictadas, que es, en el fondo y en sustancia, lo que el excepcionante busca con la réplica, impugnación y crítica que viene a formular aquí contra las decisiones de la Contraloría. Porque la Corte no es superior jerárquico de la Contraloría, ni es Tribunal de cuentas para entrar a examinar las de los responsables del Erario". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1892, septiembre 19 de 1932). (1) 116, 1ª

COMPRAVENTA

- Nº 58 -

Se solicitó la resolución de un contrato de compraventa y prosperó la acción. El demandado recurrente atacó la sentencia en casación por error de derecho que estimó había cometido el sentenciador al entender que fue de compraventa y no de permuta el contrato cuya resolución obtuvo el actor.

"Con arreglo al artículo 1850 del Código Civil, cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta, en el caso contrario. Ocurre aquí lo último. Sierra, por conducto de apoderado, le transfirió a Gutt el predio denominado Dora, por el precio de trece mil pesos, que se descomponían así: mil pesos que Gutt entregó en el acto al otro; siete mil quinientos pesos que el mencionado señor se comprometió a pagarle al Banco Hipotecario de Colombia, a quien se los debía Sierra, y nueve lotes en la urbanización del barrio La Fragua, computados en cuatro mil quinientos pesos. Con este recuento hay para deducir que la cosa que dio el demandado (los nueve lotes) valía menos que el resto del precio, que era en dinero. Luego el contrato fue de compraventa, como lo expresan sus términos literales y lo entendió el fallador". (Casación, XLI, Nº 1895, septiembre 18 de 1933) 548, 2ª

COMUNIDAD

- Nº 59 -

Se solicitó para la comunidad que formaban los actores en un juicio ordinario, la declaración de caducidad de las asignaciones hechas por el testador por no haberse cumplido dentro de determinado

(1) Véase la doctrina expuesta en el No. 861, tomo 3o., de la Jurisprudencia de la Corte.

(1) Igual doctrina sienta la sentencia de la misma Sala, fechada el 4 de octubre de 1932, GACETA JUDICIAL, tomo XLI, No. 1862, 133, 2a. Exacta es también la de 14 de octubre de 1932, proferida por la misma Sala, G. J., No. 1892, 126, 1a.

Págs.

plazo lo impuesto por él. Decían los demandados recurrentes que al hacer el sentenciador esa declaración se había reconocido a una entidad que, como la herencia, no tenía personería jurídica.

"Aunque la comunidad en una cosa universal no sea persona jurídica, no por eso deja de ser capaz de derechos. Si así no fuera, los herederos no podrían, por ejemplo, hacer valer la acción reconocida en el artículo 1325 del Código Civil, para la herencia. Y en cuanto a la comunidad a título singular, propiamente los demandantes no han pedido en nombre de una comunidad como entidad, sino que demandaron conjuntamente el total de las cuotas que como a sustitutos les dejó el testador". (Casación, XLI, Nº 1893, febrero 25 de 1933) 187, 2ª

CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

- Nº 60 -

El Municipio de Cajicá le había concedido permiso al antecesor a título particular del demandante en juicio sobre pago de perjuicios, para llevar por la acequia del acueducto de ese Municipio el agua necesaria para mover la maquinaria de un molino. Como revocase después el permiso se le demandó sobre pago de perjuicios. Prosperó la acción ante el Tribunal sentenciador porque entendió que se trataba de un contrato bilateral a que había faltado el Municipio. Interpuesto recurso de casación la Corte casó parcialmente la sentencia, condenó al pago de los perjuicios provenientes de la suspensión brusca e inopinada del permiso concedido, causados en un tiempo limitado, y sentó sobre el punto de la concesión o permiso la siguiente doctrina:

"El asunto de que trata el Acuerdo número 5 de 1886 es de derecho administrativo, porque en él obró el Concejo como entidad de derecho público, y conforme a la doctrina de los expositores ese derecho, las entidades de derecho público, como la Nación, los Departamentos y los Municipios, pueden, en general, y sin perjuicio de la enajenabilidad de los bienes de uso público que administran, otorgar a favor de empresas de interés público concesiones, y éstas tienen únicamente el carácter de permisos administrativos, temporales y revocables por el ente, por razones de buen servicio público, siempre que la revocación no se haga de manera intempestiva e inopinada. (Véase "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público Francés", por M. Hauriou, páginas 718 a 721). El expositor del mismo Derecho, M. G. Gastón Jéze, trae los mismos principios en su obra titulada "Los principios generales del Derecho Administrativo" (páginas 313 a 326). Y si esos permisos otorgados a las empresas de interés público son temporales y revocables, con mayor razón los concedidos a empresas de carácter particular, como la de que se trata. De manera que al ver el Tribunal en el Acuerdo número 5 de 1886, expedido por el Concejo Municipal de Cajicá, y la escritura otorgada por el Síndico del mismo Municipio, en su cumplimiento un contrato bilateral de naturaleza civil, y no un simple permiso temporal y revocable, interpretó erróneamente el contenido de dichos documentos, incurriendo en error de hecho y de derecho, con los cuales violó los artículos 1759 del Código Civil y 681 del Código Judicial anterior, violaciones que dan lugar a casar parcialmente la sentencia, conforme al artículo 539 del actual Código Judicial, sin necesidad de considerar los demás cargos. Para resolver en instancia se considera: En el primer capítulo de demanda se pide se condene al Municipio de Cajicá, en la persona de su representante legal, al pago de los perjuicios ocasionados al actor con la suspensión de los trabajos del molino de La Concepción, por la prohibición del uso de la acequia del acueducto público, por donde lleva el agua para el funcionamiento de dicho molino, en el concepto de tener el demandante, como sucesor en el dominio de tal empresa, derecho a mantener tal servicio, en virtud del Acuerdo número 5 de 1886, del Concejo Municipal de Cajicá, y de la escritura número 421, de diez y ocho de junio de mil ochocientos ochenta y ocho, otorgada ante el Notario de Zipaquirá, en cumplimiento de ese Acuerdo, es decir, por haber mediado un contrato entre el favorecido con la concesión y el expresado Municipio. Mas, como se dijo, el Acuerdo citado y la escritura que lo complementó, ni implican un contrato de carácter civil, sino un permiso administrativo, de naturaleza temporal, y revocable por el nombrado Concejo Municipal que lo otorgó. Por consiguiente, en esa fuente de obligaciones que reglamentan los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, que cita el demandante Bernal en apoyo de su demanda, no pueden reconocérsele perjuicios. Tratándose de un simple permiso que el Concejo Municipal de Cajicá podía revocar, los mismos expositores de Derecho Administrativo, antes citados, admiten que hay lugar a reconocer perjuicios, no por el hecho de retirar el permiso administrativo que conceden las entidades de derecho público, en casos como el presente, sino por el retiro brusco e inopinado que se haga, sin dar un tiempo prudencial al empresario para tomar en defensa las medidas que el caso requiera". (Casación, XLI, Nº 1895, agosto 28 de 1933) ..... 509, 1ª y 2ª

CONCURSO RECIPROCO DE DELINCUENTES

- Nº 61 -

Cierto sujeto le dio a otro una puñalada en el corazón. Cuando se ladeaba el herido para caer al suelo, el hermano del agresor atacó también con el cuchillo que llevaba y le causó a la víctima otra herida. Ambos fueron condenados como coautores en el homicidio.

"La responsabilidad penal, en tratándose de concurso recíproco, es solidaria, como lo anota el señor Procurador, de tal modo que si ella es la que declara el Jurado en su veredicto, ambos Castellanos deben llevar la sanción penal de coautores, máxime cuando uno y otro con-

Págs.

tribuyeron en forma esencial a la consumación del hecho". (Casación, XLI, Nº 1894, febrero 21 de 1933)..... 399, 2ª

CONDICION RESOLUTORIA TACITA

- Nº 62 -

Véase la doctrina expuesta bajo el título: Resolución de un contrato bilateral (Julia Saavedra de Villafañe contra Reyes).

CONFESION

- Nº 63 -

La confesión de las partes no sirve para comprobar la existencia de una sociedad colectiva de comercio, pues se requiere prueba escrita en que se hayan llenado determinadas formalidades legales. (Casación, XLI, Nº 1892, noviembre 24 de 1932)..... 30, 2ª

CONFESION

- Nº 64 -

En juicio sobre nulidad de un contrato y sobre otros puntos, estimó el Tribunal sentenciador que si bien una de las escrituras no aparecía registrada y, por consiguiente, no merecía fe, varias de las obligaciones que constaban en ella se hallaban probadas con la prueba de confesión de ciertos hechos.

"Estima la Corte que estos hechos que el Tribunal considera justificados por medio de la confesión, se refieren a las estipulaciones de contratos de compraventa de fincas raíces, celebrados por escritura pública, íntimamente ligadas a dichos contratos, pues que se trata de parte del precio de la finca materia de la compraventa. La deuda emana del contrato, y éste no está demostrado, como se vio atrás, por lo cual el sentenciador, al admitir que aquellos hechos están probados, violó el artículo 1760 del Código Civil, según el cual, 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 ejecutados o celebrados. Ha quebrantado, además, el inciso 2º del artículo 1857 del mismo Código, que manda que sean extendidas en escritura pública las ventas de bienes raíces, so pena de no considerarlas sin ese requisito perfectas ante la ley". (Casación, XLI, Nº 1894, mayo 29 de 1933). (1)..... 365, 1ª

(1) Concordancias: véanse las doctrinas de los números 777, tomo 1º, Jurisprudencia de la Corte, 787, 803, tomo 3º Concuerda también la Jurisprudencia de los Tribunales: números 1061, 1064, tomo 2º Concuerda también con la doctrina de nuestra Corte la Jurisprudencia chilena: "El demandante de reivindicación de un inmueble presentó como título de dominio una escritura de donación, en que el donante expresaba que había adquirido el predio por remate en una ejecución seguida contra los antecesores del actual demandado. No presentó el instrumento público en que debió quedar constancia de la subasta; pero probó su efectividad con la confesión del demandado. Se desechó la demanda porque la venta de bienes raíces sólo se reputa perfecta ante la ley por el otorgamiento de escritura pública, y la falta de ésta no puede suplirse con prueba testimonial o confesión de parte, a virtud de lo dispuesto en el art. 1701 del Código Civil." (Diccionario de Jurisprudencia de las Cortes de Justicia de la República de Chile, Ravest, tomo 2º, Nº 4779).

Págs.

CONFESION

- Nº 65 -

El recurrente en un juicio ordinario sobre restitución a favor de una sucesión sostenía que el carácter de heredero había sido aceptado irrestrictamente por los demandados, con lo cual había quedado comprobada la filiación legítima.

"Para rechazar el cargo basta considerar que la Corte, en sinnúmero de decisiones, ha establecido como doctrina firme o invariable que la prueba de confesión no es admisible en ningún caso para establecer el carácter de heredero de una persona respecto de otra. Esas pruebas son de carácter solemne y no pueden suplirse por las supletorias, sino en los casos y en los términos previstos por la ley civil. Lo dicho está confirmado, entre otras, por las sentencias de 30 de julio de 1921, tomo XXIX página 20, GACETA JUDICIAL, y 30 de octubre de 1920, tomo XXVIII, página 235, GACETA JUDICIAL." (Casación, XLI, Nº 1892, noviembre 27 de 1932) (1)..... 31, 2ª

CONTRATO ALEATORIO

- Nº 66 -

Cierto individuo vendió a su hijo varios bienes raíces reservándose por toda la vida el usufructo de ellos. Algún tiempo después demandó a su hijo para que se declarase la rescisión por lesión enorme y, aunque el demandado consintió los hechos y el derecho de la demanda, el sentenciador halló que en los contratos aleatorios no tiene cabida la acción rescisoria por lesión enorme. Recurrió en casación y la Corte no casó la sentencia del Tribunal. En lo referente a la rescisión en esta clase de contratos la doctrina de la Corte está expuesta bajo el título Acción rescisoria por lesión enorme en contratos aleatorios. Sobre la naturaleza del contrato a que aquí se alude la Corte declara que es aleatorio, y hé aquí sus razones:

"Sentado que la acción rescisoria por lesión enorme no tiene cabida respecto de los contratos aleatorios, resta examinar si el contrato de compraventa de la nuda propiedad de una hacienda, reservándose el vendedor el usufructo de por vida, es un contrato aleatorio. El artículo 1498 del

(1) Concordancias: Nº 778, tomo 1º Jurisprudencia de la Corte; 793, tomo 3º, 1548.

Págs.

Código Civil dice: "..... Los expositores concuerdan al considerar que el riesgo o contingencia puede correrse para ambas o para una de las partes, y como se presume que en la mayoría de los casos, quien efectúa una operación de compraventa, tiene en mira un lucro, la ventaja que ha de derivar del negocio, cuando esa ventaja depende de un acontecimiento incierto como es la muerte del usufructuario para que se consolide la propiedad, el contrato es aleatorio porque la ganancia o ventaja depende del mayor o menor tiempo que viva el usufructuario; el riesgo es elemento indispensable de la convención y no se concibe un contrato aleatorio sin que uno u otro de los contratantes tome a su cargo riesgos y peligros. En la venta de la nuda propiedad y la ventaja o ganancia que pudiere reportar el comprador, está subordinada al tiempo que dure el usufructo, porque mientras menos dure, la ganancia será mayor, pues más pronto se consolida el dominio y el comprador puede más ligero aprovechar los frutos y producto del inmueble. Ahora, si esa ganancia depende de un hecho indeterminado cual es la muerte del usufructuario, no se puede justipreciar el valor de esa nuda propiedad al tiempo del contrato, porque ese valor está sometido al cumplimiento de la condición, que no se sabe cuándo llegará. Está fuéra de duda, según lo expuesto, que el contrato de que se trata es aleatorio y por tanto no hay dato cierto ninguno que sirva de patrón o norma para saber si el precio que se pagó por la nuda propiedad sea el justo en el momento del contrato, porque él depende de un hecho que no se sabe cuándo se realiza. Hay que advertir que los contratos aleatorios revisten ciertas modalidades que les son peculiares, ya que en unos, los riesgos los corren ambos contratantes, y en otros uno de ellos; en algunos lo que se compra es una cosa incierta, como una cosecha futura, y entonces el álea consiste en la cosa comprada; en otros, aunque lo comprado sea cosa cierta, la contingencia de ganancia o pérdida depende de un hecho futuro e incierto. Sentado como queda que los contratos aleatorios escapan a la acción rescisoria por lesión enorme y que el contrato de compra de la nuda propiedad cuando el vendedor se reserva de por vida el usufructo, es aleatorio, como sucede al presente, inútil es entrar en el estudio de los motivos de casación que alega el recurrente sobre apreciación de pruebas por parte del Tribunal." (Casación, XLI, Nº 1895, agosto 17 de 1933). 501, 2º y 502, 1ª

COSA JUZGADA

- Nº 67 -

Es doctrina constante de la Corte que las sentencias pronunciadas en juicio especial no producen excepción de cosa juzgada en los juicios ordinarios. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1893, diciembre 16 de 1932) (1) 275, 1º

(1) Concordancias: Nº 919, tomo 3º, Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

COSTAS

- Nº 68 -

La condenación de costas es punto que escapa a la casación. (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 12 de 1932) (1) 78, 1ª

CUASICONTRATO SUI GENERIS

- Nº 69 -

Sin acuerdo expreso de voluntades Rubén Campos, cedente de los actores en juicio sobre pago de servicios, empleó todas sus capacidades en servicio de la causante de los demandados, ya dirigiendo o ayudando los trabajos agrícolas ejecutados en predios de ésta, ya cuidando de los ganados, o cobrando arrendamientos y realizando ciertas labores relacionadas con quehaceres domésticos. Halló el Tribunal reunidos los tres elementos tradicionales de la acción de in rem verso: enriquecimiento del demandado, con la economía de pérdidas y gastos en que se resuelve generalmente toda acción administrativa; empobrecimiento del actor, porque dejaría de recibir una indemnización por servicios prestados, y falta de una justa causa en el enriquecimiento. Arguyó el recurrente demandado que se trataba de un cuasicontrato de agencia oficiosa, al cual le eran aplicables los artículos que lo reglamentan, y que el Tribunal había violado y desconocido esos artículos, especialmente el 2308 del Código Civil.

"La Corte observa que no puede revocarse a duda que la tesis del Tribunal es la de que la reclamación de los cesionarios de Campos genera un cuasicontrato de naturaleza 'sui generis'; pero no puede inferirse de ninguna de sus apreciaciones que tal reclamación encaje dentro de las normas del cuasicontrato de agencia oficiosa, porque el Tribunal advierte que, aunque el artículo 2303 del Código Civil enseña que hay tres principales cuasicontratos, con ello quiso significar que fuéra de aquellos hay otros, que el Código Civil no enumera ni reglamenta de manera especial. El concepto del Tribunal es, pues, que en la reclamación materia de la controversia, se trata de un cuasicontrato, y que aunque ningún texto legal positivo consagra expresamente la regla general de equidad, de que nadie puede enriquecerse sin derecho en perjuicio de otro, era procedente la acción, y aplicable al caso el principio de equidad por él citado. No pudo, pues, el Tribunal violar las disposiciones sobre el cuasicontrato de agencia oficiosa, dejándolas de aplicar, porque según las pruebas traídas al proceso, Rubén Campos obraba bajo las órdenes e inmediata responsabilidad de la señora de Villarraga, con pleno conocimiento de ésta, prestándole servicios personales de ci-

(1) Concordancias: números 951, 958, 959, tomo 1º Jurisprudencia de la Corte; 556, 558, 562, tomo 2º, y 943, 944, 946, 949, tomo 3º.

Págs.

versas clases." (Casación, XLI, Nº 1893, febrero 28 de 1933) 196, 1ª

CUERPO DEL DELITO

- Nº 70 -

Prosperó la causal 8ª de casación que se intentó de acuerdo con la ley 118 de 1931, en un juicio por homicidio. Había aparecido en el fondo de un abismo el cadáver de un individuo, pero no se sabía si había rodado a él casualmente o si manos criminales lo habían precipitado.

"El cuerpo del delito, se dijo en fallo de fecha noviembre veinticuatro de mil novecientos treinta y uno, en la casación de Juan Bautista Corrales, 'constituye el fundamento de todo juicio criminal; de suerte que ese elemento tiene que establecerse plenamente en el informativo para que pueda dictarse auto de proceder; constituye ese elemento hasta cierto punto una cuestión de derecho, y en algunos casos tiene un carácter técnico, sobre el cual, por lo mismo, no decide propiamente el Jurado, cuya misión se reduce al examen de los hechos, o sea de la responsabilidad. En estas condiciones, la Corte, en fallos repetidos, ha entrado en el estudio de fondo, no obstante el veredicto condenatorio del Jurado, por tratarse de un elemento cuyo estudio corresponde al Juez de derecho, pues si no existe prueba acerca de él, en la forma exigida por la ley, el juicio queda sin fundamento, y no resultando éste al imponer la pena, se viola la respectiva disposición penal que se haya tenido en cuenta'. Si entonces era pertinente en casación estudiar lo relativo al cuerpo del delito, con mayor razón hoy en que por virtud de la ley 118 de 1931, se establece como causal la de ser la sentencia violatoria de la ley, por error en la apreciación de la prueba de ese elemento. Lo indicado, como cuestión elemental y necesaria en la investigación, en caso de homicidio, es examinar detenidamente, como lo indica el artículo 1516 del Código Judicial, el cadáver, las heridas, contusiones y demás señales de violencia que tenga, debiendo los peritos manifestar si éstas han sido por naturaleza mortales, y con qué armas o instrumentos se han ejecutado. En el mismo caso de homicidio, agrega el artículo siguiente de la misma obra, no se inhumará el cadáver sin haberse practicado el correspondiente reconocimiento; y si la inhumación hubiere ya tenido lugar sin aquel requisito previo, se exhumará el cadáver. Es muy clara la importancia de esas disposiciones, porque es el dictamen pericial el que viene a establecer las verdaderas causas de la muerte, que no pueden ser deducidas sino por los que posean los necesarios conocimientos técnicos, pues se trata de un hecho complejo, cuya penetración y análisis científico escapan a los profanos. Tales reconocimientos o dictámenes periciales no se practicaron en forma alguna en este proceso, como lo declaran los mismos Jueces de instancia en la siguiente frase ya transcrita: 'Por incuria de los funcionarios investigadores no se practicó el reconocimiento pericial'. Aceptando que en ciertos casos el cuerpo del delito de homicidio pueda comprobarse con indicios necesarios o vehementes, es necesario examinar ahora si los que se han tenido en cuenta en este proceso tienen en realidad ese carácter y producen el pleno convencimiento de la perpetración de ese delito, como lo exige el artículo 157 de la ley 40 de 1907". Entra la Corte en el análisis de esos indicios para demostrar que no existe prueba de un hecho criminoso, y agrega: "Si por regla general, el cuerpo del delito de homicidio, como el de heridas, falsificación de monedas, etc., se comprueba o debe comprobarse en forma técnica con el 'prolijo examen que se haga por facultativos o peritos', cuando haya de apelarse, por las excepcionales circunstancias en que tales hechos delictuosos se hayan cometido, a la prueba indicial, ésta no puede ser de cualquier clase, sino que es menester que tenga el carácter de plena, comoquiera que la existencia del cuerpo del delito constituye el fundamento de todo juicio criminal. De ahí que nuestro Código Judicial, siguiendo en esto las normas universalmente admitidas, al referirse a esa prueba indiciaria, como medio de establecer a veces el cuerpo del delito, exija la concurrencia de indicios necesarios o vehementes, 'que produzcan el pleno convencimiento', con el fin de evitar errores y equivocaciones en cuestiones de tanta gravedad y trascendencia". (Casación XLI, Nº 1894, enero 31 de 1933, ... 385, 1ª y 387, 1ª

CULPA

- Nº 71 -

Condenada una empresa ferroviaria a pagar al actor los perjuicios que sufrió por el incendio que causó una locomotora, alegaba en el recurso de casación la compañía demandada que en el caso de estar comprobado que los daños tuvieron por causa las chispas de la locomotora, faltaba la prueba de que hubieran acaecido por culpa de los empleados de la empresa, y sugería que en ese caso la empresa estaba imposibilitada para impedir que las chispas fueran llevadas por el viento hacia los potreros del actor.

"Mas a esto ha de responderse que la Compañía demandada, obligada a poner cuidado para no causar perjuicios en las propiedades aledañas a la vía férrea, no trajo a los autos la prueba de las precauciones que emplea con tal fin, por ejemplo, el aparato que ataja en lo posible el escape de chispas de la locomotora; y semejante prueba legalmente era de su incumbencia, con arreglo al inciso 3º del artículo 1604 del Código Civil, aplicable también a la culpa extracontractual, según lo tiene explicado la JURISPRUDENCIA DE LA CORTE. (Véase la sentencia de 14 de mayo de 1917, en el tomo XXVI de la GACETA JUDICIAL)". (Casación, XLI, Nº 1893, febrero 28 de 1933 (1). ... 192, 1ª 192, 1ª

(1) Concordancias: Véanse los números 3249 y 3250, tomo 1º de la Jurisprudencia de la Corte; 616, tomo 2º, y 1027, tomo 3º

Págs.

D

DECRETO ACUSADO
Nº 945 del 31 de mayo de 1932.

- Nº 72 -

Se acusó el artículo 10 del Decreto Nº 945, de fecha 31 de mayo de 1932, entre otras razones por violar derechos adquiridos, según el acusador.

"Tratándose, como efectivamente se trata, de una disposición reformatoria del Código Civil, en lo relativo a los efectos y duración de estos contratos, de acuerdo con lo expuesto acerca del primer motivo de acusación, tal reforma, procedente de una ley posterior, que tal carácter tiene el decreto citado, por haberse expedido en uso de las facultades extraordinarias concedidas por el Congreso al Presidente de la República, no es inconstitucional, porque ella debe mirar al futuro, es decir, sólo es aplicable a los contratos que se celebren después de regir la disposición del decreto, y con esta condición no puede concluírse que ella viole los derechos adquiridos. Luego, entendida así la disposición del artículo 10, no es inexequible". Se acusó también el artículo citado como contrario al ordinal 3º del artículo 4º del Acto legislativo número 3 de 1910. Dijo sobre este punto la Corte: "Según lo tiene entendido esta corporación, el privilegio consiste en una gracia o prerrogativa que se concede a uno, libertándolo de alguna carga o gravamen, o confiriéndole algún derecho de que no pueden gozar otros. Aplicada esta definición a los términos del artículo 10 del decreto acusado, se observa que en éste no se trata de un privilegio, por cuanto la terminación de los contratos que se estatuye en dicho artículo, no es una gracia o prerrogativa que se concede a UNO SOLO de los bancos hipotecarios, sino a todos los bancos que satisfagan las condiciones esenciales exigidas para serlo en las definiciones legales, consignadas en los artículos 3º y 4º de la ley 45 de 1923. De manera que se trata no de un privilegio sino de una disposición de las llamadas en derecho constitucional 'leyes de clase', en las cuales, 'no se confiere gracia particular a un individuo, sino que se reconocen derechos de modo indeterminado a CUANTOS individuos cumplan con ciertas condiciones que la misma ley establece'; y en este caso están todos los bancos hipotecarios o secciones hipotecarias de bancos comerciales, que en las circunstancias apreciadas por el legislador, podrán gozar del derecho que su calidad les confiere; de suerte que es la calidad genérica la que se tiene en cuenta para conferirles el derecho, no las circunstancias individuales, que en este caso sí determinaría el carácter de privilegio, según la definición antes expuesta. Debiendo concluírse que la verdadera comprensión de la definición de privilegio es razón suficiente para reconocer que en el caso del artículo 10 del decreto acusado, no hay violación del artículo 4º del Acto legislativo número 3 de 1910, y que, por tanto, esa disposición es exequible; con la especial circunstancia de que esta doctrina ya parece consignada por la Corte, en sentencia de fecha siete de julio de mil novecientos treinta, publicada en la GACETA JUDICIAL número 1834, página 260". (Sentencia de Corte Plena, XLI, Nº 1892, septiembre 4 de 1934). Hubo varios salvamentos de voto ..... 3, 2º y 4, 1º

Págs.

DESERCION DEL RECURSO
DE CASACION

- Nº 73 -

Antes de haberse dictado el auto que ordenar dar traslado al recurrente para fundar el recurso de casación, ya se había fundado.

"... Consta en el expediente que el auto en que se corrió traslado a la parte recurrente para fundar el recurso, tiene fecha primero de agosto del año en curso y el memorial dirigido a los magistrados de la Corte, fundando el recurso de casación, fue recibido en esta Superioridad el día treinta de mayo de este año, es decir, antes de dictarse el auto en que se ordenó correr traslado a la parte recurrente para fundar el recurso, todo lo cual está diciendo que el recurso no se fundó dentro del perentorio término que señala la ley y por tanto habrá que declararlo desierto, de acuerdo con el artículo 10 de la ley 90 de 1928. Esta decisión se ajusta a la jurisprudencia constante de la Corte sobre el particular, como puede verse, entre otros, en los fallos de 27 de agosto de 1917, tomo XXVI, página 150, 3ª; 16 de octubre de 1917, tomo XXVI, página 167, 3ª; 17 de octubre de 1917, tomo XXVI, página 168, 1ª, y número 1043, tomo II, Jurisprudencia. Pero suponiendo que este recurso se rigiera por la ley 105 de 1931, al mismo resultado llegaría la Corte, porque los artículos 536 y 532 ordenan que se funde dentro del término del traslado para ese efecto; que si no se hiciere así, se declara desierto". (Auto, XLI, Nº 1893, diciembre 15 de 1932) 168, 2ª

DESERCION DEL RECURSO
DE CASACION

- Nº 74 -

Se había remitido el memorial de un recurso de casación antes de proferirse el auto de traslado para fundarlo.

"... Consta en el expediente que el auto en que se corrió traslado a la parte recurrente tiene fecha trece de junio de mil novecientos treinta y tres y el memorial dirigido a los Magistrados de la Corte, fundando el recurso de casación, fue recibido en esta Superioridad el día nueve de junio de este año, es decir, antes de dictarse el auto en que se ordenó correr traslado a la parte recurrente para fundar el recurso, todo lo cual está diciendo que el recurso no se fundó dentro del término que señala la ley, y, por tanto, habrá que declararlo desierto, de acuerdo con el artículo 539 de la ley 105 de 1931. En un fallo reciente dijo la Corte: 'Esta decisión

Págs.

se ajusta a la jurisprudencia constante de la Corte sobre el particular, como puede verse, entre otros, en los fallos de 27 de agosto de 1917, tomo XXVI, página 150, 3ª; 16 de octubre de 1917, tomo XXVI, página 167, 3ª; 17 de octubre de 1917, tomo XXVI, página 168, 1ª, y número 1043, tomo II, GACETA JUDICIAL. Pero suponiendo que este recurso se rigiera por la ley 105 de 1931, al mismo resultado llegaría la Corte, porque los artículos 530 y 532 ordenan que se funde dentro del término del traslado para ese efecto, que si no se hiciere así, se declara desierto'. En el estudio sobre reformas a la ley 105 de 1931, que la Corte presentó al Congreso Nacional, pidió que se reformara el artículo 530, así: 'La demanda puede remitirse a la Corte por la parte o su apoderado, desde el lugar de su residencia, de modo que llegue a la Secretaría antes de dicho término o durante él. La reforma —dijo la Corte— consiste en permitir que la demanda pueda acompañarse antes de dar traslado a la parte recurrente para alegar, pues es muy riguroso privarla de ese recurso por el solo hecho de anticiparse a fundarlo". (Auto, XLI, Nº 1895, agosto 21 de 1933) ..... 504, 2ª, y 505, 1ª

DESISTIMIENTO

- Nº 75 -

Estando ya en recurso de casación un juicio desistieron de él las partes.

"Considerando esta petición con criterio liberal, puede estimarse como un desistimiento del juicio, y en ese evento habrá que negarla, porque ante la Corte sólo se puede desistir del recurso de casación, no del juicio, por disponerlo así claramente el artículo 461 de la ley 105 de 1931, disposición que no fue modificada por el legislador, a pesar de la observación de la Corte al respecto para que se adicionara en el sentido de permitir que se pudiera desistir del juicio ante ella". (Auto, XLI, Nº 1892, noviembre 23 de 1932) 22, 1ª

DICTAMEN PERICIAL

- Nº 76 -

Alegó el actor recurrente en juicio sobre pago de servicios la primera causal de casación que reconocía el artículo 2º de la ley 169 de 1896, por no haber acogido el Tribunal el dictamen de los expertos que fijaron el monto de la remuneración que se debía.

"La Corte halla fundados los motivos que se dejan expuestos, alegados por el recurrente en apoyo de la causal primera, porque el Tribunal, para desechar el dictamen pericial y declararlo carente de mérito probatorio, ha debido expresar las razones que para ello tuviera, analizando detenidamente el dictamen rendido por los expertos y las demás pruebas del proceso, cosa que no hizo. 'Para que el Juez o Magistrado pueda preferir su propia estimación a la de los peritos avaluadores —ha dicho la Corte— es necesario que concurran tres condiciones conjuntamente: 1ª Que se tomen en consideración las razones en que funden su dictamen los peritos. 2ª Que se tengan en cuenta las demás pruebas legales del proceso; y 3ª Que se expresen los motivos de la determinación judicial. Si falta alguna de estas circunstancias, la estimación del Juez o Magistrado no subroga legalmente la de los peritos'. (Casación de 29 de julio de 1913, tomo XXIII, 153, 2ª)". (Casación, XLI, Nº 1893, febrero 28 de 1933) 199, 1ª

DICTAMEN PERICIAL

- Nº 77 -

Se tachaba un dictamen pericial por no haber sido aprobado.

"El punto está resuelto por la Corte: 'No puede objetarse la validez de un dictamen pericial, porque él no haya sido aprobado por el Tribunal que decreta la prueba. La ley no exige tal formalidad: lo único que previene es que tal dictamen se ponga en conocimiento de las partes'. (JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, tomo 2º, Nº 770)". (Casación, XLI, Nº 1895, julio 3 de 1933) (1) 447, 2ª

DIVISION DE BIENES COMUNES

- Nº 78 -

Se siguió un juicio divisorio conforme a la ley 30 de 1888 y en juicio ordinario se pidió por algunos de los comuneros la nulidad absoluta de la división hecha. No prosperó la acción y se recurrió en casación alegando la violación de los artículos 1388, 1505 y 1506 del Código Civil, porque se afirmó que los agrimensores habían arreglado a su arbitrio los linderos, sin sujeción a los señalados en la demanda.

"Establecía el artículo 1295 del Código Judicial, bajo el cual se siguió este juicio, que 'cuando sin ser por causa de sucesión haya de procederse a la división de bienes comunes, el condueño o comunero que la pretenda dirigirá su solicitud al Juez competente, expresando con toda claridad y precisión el bien o los bienes que hayan de dividirse, y las personas entre quienes haya de tener lugar la división, con expresión de su domicilio', y 'el valor total se dividirá entre todos los interesados en proporción a sus derechos' (artículo 2338 del Código Civil). 'Al solicitarse la división de un predio común, se expresarán claramente los linderos, el número y nombres de los interesados de que se tenga noticia, el derecho que a cada uno corresponde, los sitios o localidades de ubicación, la servidumbre de aguas y caminos de que goza o que le afecte, las diversas clases de terreno, abrevaderos y aguas vivas que lo bañan (artículo 41, ley 30 de 1888). 'Cuando haya de dividirse un terreno común, el Juez hará avaluarlo por peritos, y el valor total se distribuirá entre todos los interesados en proporción a sus derechos' (artículos 2338 del Código Civil y 65 de la ley 30 de 1888). Para la división de un predio en casos como el que aquí se contempla, los comuneros han de nombrar tres peritos y dos agrimensores, y 'corresponde a los agrimensores hacer la división empezando por levantar un plano topográfico del terreno cuya divi-

(1) Artículo 719 C. J.

Págs.

sión se ha pedido', esto es, un plano topográfico del terreno individualizado en la demanda. Por su parte, los árbitros a quienes el Juez del conocimiento debe pasar el expediente, tienen entre sus atribuciones la de 'dar a los agrimensores las instrucciones necesarias para que procedan a lo de su cargo, expresando en ellas los linderos del predio común', y que han de ser necesariamente los fijados por los demandantes en el libelo de demanda. No existe, ni ha existido durante el curso de este juicio, disposición alguna que autorice a los agrimensores ni a los árbitros para variar los linderos del predio cuya división se ha pedido ni para resolver cuestiones de propiedad de personas extrañas a la comunidad, cuestiones que, como lo hace notar el recurrente, ni siquiera se han suscitado en este juicio. El deber de los árbitros era el de darles a los agrimensores las instrucciones necesarias para el levantamiento del plano topográfico del terreno que habían de dividir, de acuerdo con lo pedido en la demanda, y los agrimensores no podían dejar de cumplir esas instrucciones sino en caso de oposición de persona o entidad extraña a la comunidad que alegara derecho exclusivo sobre todo o parte del terreno comprendido dentro de los referidos linderos, caso en el cual apenas podían los agrimensores haber suspendido sus trabajos mientras el punto se decidía por los Jueces competentes. Ni aun en ese caso podían los agrimensores, ni tampoco los árbitros, reducir la cabida del terreno, variando los linderos expresados en la demanda, a no ser que, de común acuerdo, así lo resolvieran los comuneros. Por estas razones la Corte estima fundada la acusación del recurrente, y es por tanto casable la sentencia". (Casación, XLI, Nº 1894, junio 8 de 1933) 354, 2ª

DOLO EXTRACONTRACTUAL

- Nº 79 -

Se demandó al Centro Social de Cali, por haber expulsado a uno se sus socios, al pago de perjuicios. Como no prosperase la acción, el actor recurrió en casación alegando la primera causal y violación de los artículos 63 y 1508 del Código Civil por aplicación indebida y por interpretación errónea. Dijo la Corte:

"Afirmó el Tribunal que el dolo, por su naturaleza, no se actúa sino en los actos y declaraciones de la voluntad, sobre todo en los contratos, y exige el empleo de arterías, maquinaciones o artificios; que para la prosperidad de la acción ejercitada debía constar plenamente que el procedimiento del Club con Vernaza había sido con esta clase de medios, y que, en caso afirmativo, se le había causado el daño cuya indemnización se persigue; y que como la Junta Directiva obró sin acudir a tales medios, antes bien, 'ajustándose a las reglas consignadas en lo que puede llamarse su ley fundamental, que son sus estatutos', no aparecía acreditado el dolo y la demanda quedaba desprovista de apoyo. Estima la Corte que el Tribunal, al

Págs.

aseverar que el dolo, por su naturaleza, no se actúa sino en las declaraciones de la voluntad, sobre todo en los contratos, se refirió al llamado dolo contractual, con olvido del extracontractual. En la falta extracontractual que, como es sabido, consiste en inferir un perjuicio a otro (perjuicio naturalmente distinto del que produce la inejecución de una obligación contractual), hay que inquirir si tal perjuicio se causa por malicia e intención de dañar, o apenas por omisión de aquellas precauciones que la prudencia debe inspirar a todo hombre diligente. En el primer caso, existe dolo, es decir, la intención positiva de ocasionar injuria a la persona o propiedad de otro individuo, aun que ello sea de suyo necesario el empleo de artificios, trampas y maquinaciones. Si el hecho es lícito, y cometido con intención de dañar —establece el artículo 34 de la ley 57 de 1887— constituye un delito; y que en materia civil puede haber dolo extracontractual, lo enseñan varias disposiciones del Código de la materia, como los artículos 293 y 1357. Con referencia al primero, por ejemplo, nadie ignora que no es por razón de contrato como el padre administra los bienes del hijo de familia, y, sin embargo, el Código admite que en el ejercicio de la administración, que proviene de la ley, ese padre puede llegar a hacerse responsable del dolo, por lo cual incurre en la sanción de PODER perder la administración. Por tanto, como en la ocurrencia que dio origen a este pleito no se trata de una falta contractual, el sentenciador aplicó indebidamente el artículo 1508 del Código Civil, que se refiere en especial a dicha falta, e interpretó erróneamente el último inciso del artículo 63, al exigir para toda clase de dolo el empleo de medios artificiosos, arteros, etc. Empero, esto sólo no sería motivo suficiente para infirmar el fallo, pues que si la falta atribuida al Club Colombia no fue cometida, no habría fundamento jurídico para condenarlo, a pesar del error del sentenciador". (Casación, XLI, Nº 1895, septiembre 18 de 1933) 541, 1ª y 2ª

ERROR

- Nº 80 -

Cuando ha habido comparación y apreciación de pruebas por el Tribunal sentenciador, y como resultado de esa estimación llega a una conclusión que el recurrente considera errónea, su acusación debe ser la de error evidente en la apreciación de las pruebas, y no la directa de error de derecho. (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 12 de 1932) (1). 33, 1ª

(1) Reproduce la Corte lo dicho en sentencia de casación del 30 de septiembre de 1918, Gaceta Judicial, XXVII, 90, 2ª

Págs.

ERROR

- Nº 81 -

No pueden servir de fundamento al recurso de casación errores que ninguna influencia pueden tener en la parte resolutiva de la sentencia. (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 12 de 1932) (1) 75, 1ª

ERROR

- Nº 82 -

"Si bien es cierto que que la Corte ha dicho que el error en que haya incurrido el Tribunal al desconocer las pruebas de una de las partes y que lo condujo al desconocimiento del derecho, puede alegarse como causal de casación, sin necesidad de citar la disposición infringida por tal error, ese concepto no autoriza al recurrente para acusar el fallo por error de hecho, sin demostrar éste por medio de un razonado análisis de las pruebas que estima no apreciadas por el Tribunal, haciendo a la vez una comparación de las conclusiones consignadas en la sentencia con las que debió sacar el sentenciador si hubiera tomado esas pruebas en consideración". (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 12 de 1932) (1)..... 74, 1ª

ERROR DE DERECHO

- Nº 83 -

En juicio sobre pago de perjuicios decía el actor recurrente que el sentenciador había incidido en error de hecho consistente en que se fundó para fallar en una prueba que no existía, pues por la manera como la copia de señalado documento llegó a los autos y por la persona que la expidió, con prescindencia absoluta de funcionarios públicos, dice el recurrente, se puede afirmar que no existe legalmente esa prueba.

"Se considera:—Si el Tribunal incidió en error al tomar como prueba la copia de los estatutos del Club, tal como fue solicitada y conseguida, el error no es de hecho sino de derecho. 'Es de derecho y no de hecho —ha declarado la Corte— el error que se comete al admitir como pruebas documentos a que faltan ciertas (PRUEBAS) formalidades legales'. (Casación de 26 de octubre de 1918, GACETA JUDICIAL, tomo XXVII). Mas para que quedara demostrado el error de derecho era necesario que el recurrente citara las disposiciones del Código Judicial, conforme a las cuales debían ser presentados en juicio los estatutos, con el fin de que prestaran fe probatoria, porque es claro que si la presentación no se verificó con arreglo a esas disposiciones pertinentes, la copia traída a los autos no es prueba apta, y el sentenciador erró de derecho al aceptarla". (Casación, XLI, Nº 1895, septiembre 18 de 1933) 545, 2ª

ERROR DE HECHO

- Nº 84 -

El recurrente actor en la sentencia de reivindicación que le fue desfavorable alegaba que el sentenciador había incidido en error de derecho al darle preferencia a la escritura del demandado, por considerar que versando la adquisición de éste y la del actor sobre un mismo inmueble prefería la escritura de aquél por haber sido primeramente registrada y de conformidad con el artículo 1873 del C. C. Dijo la Corte:

"Si, como lo dice el recurrente, el Tribunal apreció erradamente que los contratos de venta de que dan cuenta las escrituras números 1113, 1938, 612 y 35 citadas en este cargo, recayeron sobre una misma cosa, 'y ello no es así, es improcedente la acusación por error de derecho, ya que como lo ha dicho la Corte, 'éste no tiene cabida sino en el caso de que en la estimación de las pruebas con las cuales se ha pretendido demostrar un postulado cualquiera, se haya contravenido al valor que la ley asigne a dichas pruebas'. (Casación, 9 de junio de 1922, GACETA JUDICIAL, XXIX, 175, 2ª). El error de que se acusa al Tribunal no sería de derecho sino de hecho; pero como éste no ha sido alegado, no hay lugar a tomarlo en consideración". (Casación XLI, Nº 1895, julio 21 de 1933) (1) 467, 2ª

ESTADO CIVIL

- Nº 85 -

La actora en un juicio contra la Nación pretendió probar su carácter de cónyuge supérstite con un certificado del Juez que conocía del juicio de sucesión de su marido.

"El simple certificado expedido por el Juez 4º del Circuito de Bogotá, de que allí cursa el juicio de sucesión del nombrado señor Parra, y de que en ese juicio se reconoció a la señora María de la Cruz Gómez de Parra como cónyuge sobreviviente, no constituye ni la prueba principal ni la supletoria respectiva, entre otras razones, porque la ley no ha asignado a los Jueces la facultad de expedir certificaciones sobre el estado civil de las personas". (Sentencia, Sala de Unica Instancia, XLI, Nº 1895, junio 19 de 1933) 599, 2ª

ESTADO CIVIL

- Nº 86 -

Aunque en un juicio sobre petición de herencia advirtió el sentenciador que para tratar de averiguar si la actora era

(1) Concordancias: Nos. 1442, 1446, tomo 1º, Jurisprudencia de la Corte.

(1) Concuerda con esta doctrina la sentada por la Corte en casación del 20 de julio de 1912, Gaceta Judicial, XIX, 9, 2ª

(1) Concordancias: Nº 1466, tomo 1º, Jurisprudencia de la Corte, 1511, tomo 3º

Págs.

hermana natural del de cujus no se habían presentado las actas de bautizo de los dos presuntos hermanos, conceptuó que ellos tenían entre sí ese carácter porque así lo habían reconocido los litigantes. En casación se alegó la violación de los artículos 346, 347, 348, 349 y 351 del Código Civil, 22 de la ley 57 de 1887 y 79 de la ley 153 de 1887.

"Es evidente la violación apuntada. Es constante jurisprudencia de la Corte que el estado civil de las personas está sometido para su comprobación a determinadas pruebas, que de modo taxativo señala la ley, y entre estos modos de comprobación no está la confesión de las partes o su asentimiento. No se acompañaron ni las partidas eclesiásticas, ni las civiles que llevan los Notarios, como lo reconoce el sentenciador, ni siquiera se trató de demostrar por prueba supletoria ese estado, si es que la condición de hija natural admite como prueba la posesión notoria de ese estado". (Casación, XLI, Nº 1893, marzo 8 de 1933) 209, 2ª

ESTADO CIVIL

- Nº 87 -

El estado civil de hijo legítimo no se prueba por medio de la confesión, sino con las correspondientes actas de ese estado civil o con la prueba supletoria de que trata el artículo 391 del Código Civil. Cfr. la doctrina expuesta bajo el título CONFESION, Nº ... en sentencia de casación del 27 de noviembre de 1932 (Nº 1892).. 31, 2ª

EXCEPCION

- Nº 88 -

Sostenía un recurrente que el sentenciador había violado los artículos 82 de la ley 105 de 1890, 25 de la ley 100 de 1892 y 463 del anterior Código Judicial, por haber declarado probada como perentoria, siendo dilatoria, la excepción de ilegitimidad de la personería del actor.

"El cargo no es fundado, porque si bien la ilegitimidad de la personería es dilatoria, cuando se refiere a casos como los que contempla el artículo 25 de la ley 100 de 1892, es perentoria, y puede declararla de oficio el juzgador cuando se trata de la personería sustantiva de la parte, o falta de prueba legal de la existencia de dicha parte, que fue lo que el Tribunal decidió en este caso, y por consiguiente no puede reconocerse que hubiera interpretado erróneamente las disposiciones que cita el autor del recurso". (Casación, XLI, Nº 1892, noviembre 24 de 1932) 31, 1ª

EXCLUSION DE BIENES DE LOS INVENTARIADOS

- Nº 89 -

Se recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal que rechazó la objeción hecha a la partición de bienes en un juicio de sucesión, consistente en que se había incluído en la partición una finca que se pretendía no pertenecía al caudal herencial, sino al heredero objetante. Se decía que había sido violado el artículo 1388 del Código Civil.

"Después que se decidió adversamente para la señorita Pardo la solicitud que hizo con apoyo en el artículo 253 de la ley 105 de 1890, no instauró ella la respectiva acción ordinaria contra la inclusión en el inventario de la casa situada en Bogotá, acción a que se refería la disposición 2ª del artículo 162 del anterior Código Judicial, y el artículo 1271 del Código Judicial, a la sazón vigente. Según el artículo 1388 del Código Civil, en su inciso 1º, la partición no se retardará porque haya cuestiones sobre la propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo. Se entiende que la partición que se verifica es la de los bienes no sometidos a una disputa de propiedad, y que, como lo ha declarado la Corte, en relación con el otro o los otros en que haya esa disputa, no se lleva a efecto la partición sino cuando la justicia ordinaria decide a favor de la masa partible. (El inciso 2º trae el caso en que la partición se suspende). Mas adviértase que esa disputa no consiste simplemente en sostener por medio de memoriales en el juicio de sucesión que el pretendiente del bien es su dueño exclusivo, sino que es necesario deducirla de acción, para que a la autoridad judicial le sea dado decidirla. La expresión del artículo 1388, acerca de las cuestiones sobre la propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo, significa, pues, la existencia actual de una controversia, naturalmente intentada en la forma apta, o sea la estatuída por las leyes de procedimiento. Si así no fuera habría que admitir, con desconocimiento de la naturaleza propia del juicio de sucesión, que dentro de los trámites de éste podía el Juez fallar de plano aquellas cuestiones de propiedad, que de suyo implican materia contenciosa. Ahora bien: como la señorita Pardo García no ha incoado, cual ya se dijo, la acción encaminada a excluir del acervo la casa de Bogotá, por tener el dominio de ella, al presente no hay cuestión en vía de recibir una decisión de la justicia ordinaria, y, por tanto, no era el caso de que el Tribunal ordenara sacar dicha casa de los bienes que iban a partirse". (Casación, XLI, Nº 1895, julio 31 de 1933, 484, 1ª). Luego, continúa la Corte, no ha habido violación del artículo 1388 del Código Civil, ni directa ni por interpretación errónea".

EXEQUIBILIDAD

- Nº 90 -

No son inexequibles los artículos 3º, 4º y 5º del Código Judicial (Ley 105 de 1931). Sentencia de la Corte Plena, XLI, Nº 1892, septiembre 26 de 1934)..... 10, 2ª y 11, 1ª

Págs.

EXEQUIBILIDAD

- Nº 91 -

Acusado como inconstitucional el artículo 10 del Decreto Nº 945 de fecha 31 de mayo de 1932, lo declaró exequible la Corte. (Sentencia XLI, Nº 1892, septiembre 4 de 1934) 4, 2ª

EXISTENCIA DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS

- Nº 92 -

Véase la doctrina expuesta bajo el título "Personería de las sociedades extranjeras".

EXTRACTO DE CUENTA

- Nº 93 -

Se había presentado por la sociedad actora el extracto de una cuenta contra la demandada y el Tribunal le había dado entera fe, fundándose en que venía certificado por un funcionario público de un país extranjero.

"Considera el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación del extracto o cuenta presentado por los demandantes, puesto que ese extracto así autenticado es apenas una declaración unilateral que no puede obligar a terceros que no intervinieron en ella y que no le han dado su asentimiento. Ese extracto autenticado conforme lo exigen las leyes colombianas, apenas sirve para comprobar que está expedido conforme a la ley local de su origen, pero no que él sirva como plena prueba ante las leyes colombianas, ya que el artículo 1757 del Código Civil, que enumera las pruebas legales, no le atribuye fuerza probatoria a ese extracto. También considera el recurrente que el sentenciador violó los artículos 43 y 45 del Código de Comercio, que disponen que los libros comerciales llevados con los requisitos legales hacen fe en las causas que los comerciantes llevan entre sí, y que si una de las partes presenta los libros y la contraria no, el juzgador puede fundar su resolución en ellos, atendida la circunstancia del caso, y que cuando se hubiera ordenado la exhibición de los libros y no se hiciere, el comerciante renuente será juzgado por los asientos de los libros de su contendor. Para la Corte prosperan todos estos motivos de acusación. En efecto, el extracto de la cuenta de los señores E. A. Canalizo & Compañía, por venir certificado por un funcionario público del Condado de Bronx, cuya firma aparece autenticada conforme a las leyes colombianas, apenas prueba que ese extracto de cuenta se presentó ante dicho funcionario y que él ejerce funciones en ese Condado, pero en manera alguna ese extracto sirve para comprobar que el saldo que él arroja sea debido por los demandados, a menos que éstos lo hubieran aceptado expresa y tácitamente, cosa que no sucede en esta litis..." (Casación, XLI, Nº 1893, marzo 21 de 1933) 231, 1ª

F

FAMA PUBLICA

- Nº 94 -

Hacía hincapié el actor recurrente en un juicio sobre nulidad de un contrato, en que el Tribunal había incidido en error de hecho al apreciar las declaraciones de testigos que demostraban la fama pública del dolo con que había obrado el comprador.

"La fama pública es una prueba incompleta, es un indicio. Como se vio atrás, es función propia y exclusiva de los Tribunales apreciar los indicios. Por consiguiente, la Corte no puede modificar la estimación que hizo el Tribunal de la fama pública a que alude el recurrente". (Casación, XLI, Nº 1894, mayo 9 de 1933). (1) 332, 2ª

FIANZA

- Nº 95 -

Pretendía demostrar el fiador ejecutado en juicio seguido con jurisdicción coactiva, que por no haber firmado la escritura de fianza el fiado, estaba comprobada la excepción de inexistencia de la obligación de la fianza. La Corte acoge el concepto del Procurador, que dice:

"Considera el excepcionante que por no haberse firmado la escritura de fianza por el fiado, la fianza no existe y la escritura es nula. Para que una fianza exista, basta que sea aceptada por el fiador y el acreedor; la aceptación del fiado no es necesaria. En un contrato de fianza, el fiado es un tercero, cuya intervención no se requiere. Para demostrar esto, basta leer la definición de fianza, que dice: (2) 'La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, COMPROMETIENDOSE PARA CON EL ACREEDOR a cumplirla, en todo o parte, si el deudor principal no la cumple'; y lo dispuesto en el artículo 2371, que dice: 'Se puede afianzar sin orden y aun sin noticia, y contra la voluntad del principal deudor'. Este mismo razonamiento demuestra que los motivos por los cuales se dice que la escritura de fianza es nula, no pueden aceptarse". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1892, septiembre 19 de 1932) 116, 2ª

(1) Concordancias: que los Tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas, lo ha dicho la Corte en innumerables sentencias de casación, como puede verse de las doctrinas contenidas en los números 554, 254, 3265, 3274, Tomo 1o, Jurisprudencia de la Corte, 136, 140, Tomo 2o. y 230 y 250, Tomo 3o.

(2) Artículo 2361 del Código Civil.

Págs.

FIANZA

- Nº 96 -

Se alegaba en juicio ejecutivo que el nombramiento de la persona fiada no había sido registrado en la Contraloría General de la República; que esa oficina no había fijado el monto de la fianza y que el documento en que fue expedida no había sido examinado en lo concerniente a su forma, legalidad y solvencia del fiador, ni registrado y aprobado por la misma oficina, como lo ordenan los artículos 38 y 57 de la ley 42 de 1923.

"Visto como está que Sarmiento no obtuvo otro nombramiento que el que se le hizo en 1922 para Ayudante de la Administración de Correos, nada de extraño tiene la ausencia o falta de las formalidades a que se refiere el excepcionante, porque en esa época no se había dictado siquiera la ley 42. En esa fecha en que se otorgó la fianza (9 de septiembre de 1923), sí regía ya la ley en referencia, pero la falta de intervención del Contralor para los efectos del artículo 57 de la ley atrás nombrada, hará responsable al funcionario que permitió a Sarmiento sin ese requisito hacerse cargo del puesto, o continuar en él, pero no extingue la responsabilidad de éste ni de su fiador por las sumas de que dispuso". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1893, diciembre 7 de 1932)..... 272, 1ª y 2ª

FIANZA DE CARCEL

- Nº 97 -

Se escribió una diligencia de fianza de cárcel en que firmó el fiador, mas no el fiado. Por este motivo el fiador ejecutado para el pago de la multa impuesta opuso la excepción de nulidad de la fianza, que prosperó. Dijo la Corte:

"....La firma del excarcelado con libertad provisional es elemento esencial a la diligencia de constitución de fianza, y su omisión acarrea la nulidad de la misma, en cuanto a los efectos jurídicos que de ella se derivan, dado que tal documento no presta mérito ejecutivo". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1895, julio 8 de 1933). (1)..... 597, 2º y 598, 1ª

FIANZA DE CARCEL

- Nº 98 -

El fiador de un sindicado por un delito, que había sido excarcelado con fianza, no lo presentó oportunamente, por lo cual se le hizo efectiva la multa por la vía ejecutiva.

"Quien no presenta al sindicado en el tiempo determinado falta a su obligación y es por tanto responsable; corrobora esta afirmación lo dispuesto por el artículo 2377 del Código Civil, que dice: 'El fiador es responsable hasta de la culpa leve, en todas las prestaciones a que fuere obligado'". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1895, mayo 29 de 1933) 588, 1º

(1) Concordancia: cita la Corte la sentencia fecha 4 de febrero de 1922, publicada en el tomo XXIX de la Gaceta Judicial, pág. 100, 3a.

Págs.

FIDEICOMISO

- Nº 99 -

Jerónimo Castillo constituyó fideicomiso sobre varias fincas raíces; nombró fiduciario principal a Lino Beltrán y sustituto a Antonio Aurelio Beltrán; designó como fideicomisarios a los menores Casilda y Pánfila León y Jerónimo Castillo, hijo; declaró que el valor del fideicomiso era de doce mil pesos, "suma que se hallaba depositada en poder del constituyente para los fideicomisarios, depósito que hizo una persona que oculta su nombre", y se reservó para sí y para su esposa Rosario León el usufructo de las fincas raíces. Hermógenes y Agapito Castillo promovieron juicio ordinario contra las personas antes nombradas para que se declarase nulo el contrato de fideicomiso y el de usufructo, y subsidiariamente pidieron se declarase nula la donación entre vivos que en la misma escritura se constituyó, en caso de considerarla como tal. El Tribunal negó la petición principal, declaró que el contrato consignado en la escritura citada constituía donación entre vivos y que ésta era nula en cuanto excediera de dos mil pesos. Recurrieron en casación dos de los demandados alegando violación de varios artículos del Código Civil que establecen diferencias entre el fideicomiso y la donación entre vivos. Dijo la Corte:

"Estudiando las cláusulas del contrato y las probanzas traídas al debate, sostiene el Tribunal que 'todo induce a pensar que la declaración transcrita es inverídica, y que el constituyente Jerónimo Castillo al crear el fideicomiso intentó, en forma por cierto absolutamente equivocada, hacer a los menores fideicomisarios la trasmisión gratuita de la propiedad de los respectivos bienes por conducto del fiduciario Lino Beltrán. Existen al efecto varios indicios que conspiran a favor de esta hipótesis. En primer término, el hecho de que Jerónimo Castillo, para otorgar la escritura consignara en la Recaudación de Hacienda de Junín, por derechos de lazareto, la suma de novecientos sesenta pesos, como si tratara de hacer una donación. En segundo lugar, las confesiones de Lino Beltrán y Rosario León, obtenidas en posiciones absueltas ante el Juez Municipal de Junín, que no era el competente para conocer del juicio; posiciones que por ello sólo equivalen a una confesión extrajudicial de los absolventes, igual a una grave presunción. En tercer lugar, los indicios resultantes de las declaraciones de Benito González, Rafael Jiménez y Cenéreo Velásquez, indicios muy leves, tomados aisladamente, pero que en conexión con los dos primeros tienen alguna fuerza. Todos estos testigos declaran que le oyeron decir a Jerónimo Castillo que quería asegurarles a los hijos de Rosario León algunos bienes, y que al efecto había consultado con algunos abogados pa-

Págs.

ra que le hicieran la póliza; y que tenía arreglado con uno de esos abogados, por doscientos pesos, la póliza de la escritura a favor de Lino Beltrán. En cuarto lugar, los mismos términos en que está concebida la cláusula por medio de la cual el constituyente fijó el valor del fideicomiso en doce mil pesos; términos inexplicables, ante el hecho de que Castillo omitiera expresar la razón para conservar en reserva el nombre de la persona que le había dado el dinero para los menores'. Y concluye el Tribunal: 'En resumen: la constitución del fideicomiso, tanto en relación con el fiduciario como de los fideicomisarios, y del usufructo con relación a la usufructuaria Rosario León, fueron enajenaciones que se hicieron a título gratuito, equivalentes a donaciones entre vivos, de manera que las reglas concernientes a esta clase de donaciones son las que deben regular cada acto y determinar sus respectivos efectos'. 'Si en los fideicomisos, dice el doctor Fernando Vélez, la propiedad se transfiere a título gratuito, según se sostiene, y puede deducirse del artículo 795, ellos han debido reglamentarse en el libro 3º, que está exclusivamente destinado al modo de adquirir el dominio a dicho título, puesto que trata de las sucesiones por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, en virtud de las cuales recibimos gratuitamente los bienes ajenos. Los fideicomisos no son otra cosa que una de las sustituciones que reconoce el capítulo 9º del Título 4º del libro mencionado, capítulo que las divide en vulgar y fideicomisaria, y que trata de la primera, remitiéndose en cuanto a la segunda al presente título'. Las conclusiones jurídicas a que llegan el Tribunal y el doctor Fernando Vélez tienen un sólido fundamento en las disposiciones del Código Civil, que se transcriben en seguida: 'Lo dispuesto en el artículo 1458 comprende a las donaciones fideicomisarias o con cargo de restituir a un tercero' (artículo 1467). 'La donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos. Se entiende por INSINUACION la autorización del Juez competente, solicitada por el donante o donatario. El Juez autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal' (artículo 1438). El cargo es infundado". Salvó su voto el Magistrado José Miguel Arango en estos términos: "El recurrente ataca el fallo porque en él se aplicaron las disposiciones que reglamentan las donaciones entre vivos, cuando se trata de un fideicomiso, institución jurídica que está reglamentada de manera especial en el Título 8º, Libro 2º, del Código Civil. La sentencia refuta el cargo, copiando un concepto del doctor Fernando Vélez, en el cual el ilustre comentarista sostiene que si el fideicomiso se transfiere a título gratuito, él ha debido reglamentarse en el libro 3º del Código Civil, que trata de las donaciones entre vivos, y luégo cita el fallo los artículos 1467 y 1458, para concluir que el cargo del recurrente es infundado, es decir, para decidir que las disposiciones sobre donaciones entre vivos se aplican a los fideicomisos a título gratuito, y esta conclusión, así en general, es la que no acepta el magistrado disidente, por estos motivos: Hay diferencias cardinales entre las dos instituciones jurídicas denominadas FIDEICOMISO y DONACIONES ENTRE VIVOS, como son, entre otras, las siguientes: El fideicomiso es una limitación del dominio (artículo 793), y no un título traslaticio de dominio (artículo 765, Código Civil), como es la donación entre vivos. El fideicomiso siempre es condicional, eso es de su esencia (artículo 794), al paso que la donación entre vivos puede ser pura y simple. El fideicomiso supone necesariamente tres personas: el constituyente, el fiduciario y el fideicomisario; en la donación sólo intervienen dos: el constituyente y el donatario. Puede constituirse un fideicomiso sin que en el momento de deferirse exista el fideicomisario, pero que se espera que exista (artículo 798), al paso que no puede hacerse una donación entre vivos a una persona que no exista en el momento de la donación. El fideicomiso puede revocarse aunque haya sido aceptado por el fiduciario y notificada la aceptación al constituyente si ambos, si fiduciario y donante, así lo resolvieren (artículo 1471); mientras que la donación entre vivos, una vez aceptada, no puede revocarse sino por ingratitud (artículo 1485). El fideicomisario no está obligado a aceptar el fideicomiso sino en el momento de la restitución, época para la cual ya puede no vivir el constituyente. En el fideicomiso puede el donante no designar expresamente al fiduciario, o puede faltar el fiduciario estando todavía pendiente la condición y no por eso deja de haber fideicomiso (artículo 807), mientras que en la donación entre vivos es indispensable que exista el donatario en el momento de la donación. Muchas más diferencias podríamos anotar entre estas dos instituciones jurídicas, pero para fundamentar este salvamento sobran las señaladas, de donde se desprende que cada una de estas instituciones se rige por disposiciones propias e incompatibles, en muchas ocasiones, por lo cual no puede sostenerse que las disposiciones sobre donaciones entre vivos se apliquen a los fideicomisos. Sucede que los fideicomisos pueden constituirse por donación entre vivos, pero esto no quiere decir que el fideicomiso degenere en donación y pierda su carácter especial, por haberse escogido la donación como medio para su constitución. Lo que pasa en estos casos es que en el Título XIII del Código Civil, que trata de donaciones entre vivos, hay varias disposiciones relativas a los fideicomisos, como son los arts. 1467, 1469, 1470, 1471 y siguientes, disposiciones que debían estar colocadas en el título del fideicomiso, pero de ahí no se puede decir que las disposiciones sobre las donaciones entre vivos se apliquen a los fideicomisos; es que esas disposiciones sobre fideicomisos están, por indebida colocación, intercaladas en el Título 13, que reglamenta las donaciones entre vivos. Análogas consideraciones pueden hacerse acerca del usufructo, que difiere esencialmente de las donaciones entre vi-

Págs.

vos. Ninguna disposición existe en el Título 9º del Código Civil que regula el usufructo, ni ninguna existe tampoco en el Título 13 ('Donaciones entre vivos'), que exija la formalidad de la insinuación para el usufructo, ni menos la previa aceptación, de que habla el sentenciador. Las únicas obligaciones del usufructuario son prestar caución de conservación y restitución y hacer inventario solemne, pero la falta de estas formalidades, que bien pueden considerarse como una aceptación, no invalida el usufructo. Ellas comportan otras consecuencias distintas de la extinción del usufructo. Los comentos del doctor Vélez que trae el fallo, son para las donaciones entre vivos, y habría que demostrar que esas disposiciones se aplican al usufructo, cosa que no se ha hecho, en mi opinión". (Casación, XLI, Nº 1895, junio 30 de 1933) .. 438, 2ª, 439, 1ª y 440, 1ª y 2ª

FUERZA MAYOR

- Nº 100 -

La sociedad comercial denominada Echeverri Hermanos demandó a la sociedad llamada Eduardo L. Gerlein & Compañía para que se la condenase a pagarle unas sumas de pesos como daño proveniente de la no entrega de unas mercancías que le fueron consignadas, en su carácter de comisionistas de trasportes, para despacharlas a la sociedad actora. Alegó la demandada la excepción de fuerza mayor o caso fortuito, en no haber despachado oportunamente las mercancías por haber recibido dos órdenes judiciales: una de depósito y otra de entrega a favor de persona distinta de la sociedad demandante. No obstante esto, fue condenada en sentencia del Tribunal al pago de lo demandado. En casación alegó la parte demandada violación del artículo 430 del Código de Comercio, como consecuencia del error en la interpretación de los hechos que ocasionaron la fuerza mayor.

"El Tribunal expuso que la prueba del caso fortuito está a cargo del que la alega, y que la misma parte debe probar que ese caso habría alcanzado también la cosa aunque hubiese sido entregada al acreedor, y si el caso fortuito hubiese sucedido estando el deudor en mora, pues que así se desprende del precepto del artículo 1604 del Código Civil. Agregó que en relación con el lote número cuarto, la fuerza mayor se hace consistir en una orden dada por la autoridad; mas se desconocen los motivos de esa orden, y desconociéndose, faltan los elementos adecuados para poder fijar el alcance de la fuerza mayor. Una orden judicial siempre constituye un acontecimiento al cual no es posible resistir; pero es indispensable conocer los motivos en que se apoya para saber si en otras condiciones diferentes de aquellas en que fue dictada podía ser proferida. Para el Tribunal, la sociedad demandada debió establecer en el proceso el hecho de que, aun en poder de los demandantes las mercancías habrían podido ser alcanzadas por la fuerza mayor alegada, para lo cual eran pertinentes las copias de las respectivas resoluciones, que permitieran apreciar los fundamentos que inspiraron tales órdenes. En consecuencia, habiéndose producido la fuerza mayor durante la culpa del comisionista por el retardo en cumplir sus obligaciones, y faltando la prueba de que el caso fortuito hubiera afectado las mercancías en poder de Echeverri Hermanos, dicho comisionista ha de responder de la indemnización correspondiente a la entrega del lote. Empero, la Sala estima que si se dio por la sociedad demandada la prueba que echa de menos el fallador, constituída por el oficio número 2015, de trece de octubre de mil novecientos veintiséis, y el número 676, de tres de mayo de mil novecientos veintisiete, dirigidos a Eduardo L. Gerlein & Compañía por el Juez 3º del Circuito de Bogotá y el Juez 9º de la Policía Nacional, respectivamente. El Juez del Circuito les ordenó tener en su poder, hasta nueva determinación, las veintidós cajas de relojes y bombillas, remitidas por Bochlen & Zingg, de Hamburgo, a Echeverri Hermanos, por conducto de Eduardo L. Gerlein & Compañía. 'Esto se ha dispuesto en el sumario que se adelanta contra Benjamín y Guillermo Echeverri por el delito de estafa'. De su lado, el Juez de la Policía, comisionado del Juez 1º Superior, les significó que debían entregar esas cajas a Verbo Matallana & Compañía, por haberse resuelto así en el mismo sumario. Por estos oficios, se sabe que lo que motivó el depósito de las mercancías en poder de la casa comisionista, y luégo su entrega a Verbo S. Matallana & Compañía, fue el sumario incoado contra los miembros de la razón social de Echeverri Hermanos por el delito de estafa. Ahora bien: como se trataba de un procedimiento penal que se seguía de oficio, es claro que, aunque las mercancías les hubieran sido entregadas oportunamente a Echeverri Hermanos por Eduardo L. Gerlein & Compañía, el funcionario de instrucción y el Juez del conocimiento habrían podido decretar el depósito de ellas, sacándolas del poder de los mencionados Echeverri Hermanos, autorizados por el artículo 40 de la ley 169 de 1896 y demás disposiciones pertinentes. Luego es preciso concluir que con los mencionados oficios está acreditado que el caso fortuito también habría afectado las mercancías, aunque éstas les hubieran sido entregadas a la sociedad demandante por la demandada sin ningún retardo; y que el sentenciador, al no estimarlo así, incurrió en manifiesto error de hecho en lo que mira a la apreciación de esta prueba. Por obra de semejante error, fue violado el artículo 430 del Código de Comercio Terrestre, cuya transgresión fue acusada por el recurrente. Si por caso fortuito no pudo ser entregada la mercancía a Echeverri Hermanos, quienes sufrieron su pérdida, la casa de Eduardo L. Gerlein & Compañía no es responsable de la indemnización que se le cobra. Por tanto, será casada esta parte de la sentencia con el fin de proveer la absolución del demandado por el

Págs.

cargo referente al lote cuarto". (Casación, XLI, Nº 1895, junio 30 de 1933).. 433, 2ª

FUERZA Y VIOLENCIA

- Nº 101 -

Una mujer fue conducida en un automóvil, por varios individuos, a un sitio lejano en que la conocieron carnalmente. Sentenciados con aplicación del artículo 681 del Código Penal, alegaron en casación que no se hallaban reunidos los requisitos que la citada disposición legal exige.

"No hay duda de que esta disposición exige como requisito necesario, y en el caso contemplado, que la persona ofendida haya sido sorprendida, como se deduce de los propios términos de este artículo, cuando dice: 'El que sorprendiendo de cualquier otro modo a una persona y forzándola con igual violencia o amenazas....' La sorpresa es una cuestión de hecho que correspondía resolver al Jurado y que no la resolvió en este caso porque no fue interrogado acerca de ella. Tal omisión dependió de la forma en que fueron redactados los cuestionarios, pues el Juez no contempló los hechos delictuosos imputados a los acusados, a la luz que prevé el citado artículo 681, sino en armonía con lo dispuesto en los artículos 676 a 679, lo que denominó 'rapto con violencia'. Tal irregularidad la anota el Tribunal así: 'Tanto el Fiscal de esta corporación como los defensores de Bernal y Muñoz, piden se declare nulo el proceso por haberse formulado los cuestionarios' referentes a los delitos de rapto y fuerza y violencia, de acuerdo con el auto de proceder del Juzgado y no conforme al auto del Tribunal que lo reformó; que así, la cuestión del rapto se tuvo como principal y la de fuerza y violencia como accesoria, es decir esta última como consecuencia de la primera, lo cual contraría los términos del artículo 47 de la ley 169 de 1896, y además, el auto del Tribunal que consideró el rapto y la fuerza y violencia como delitos específicamente distintos'. Y después de transcribir esa entidad el segundo cuestionario, agrega: 'Quizá tengan razón el Fiscal y los defensores en la observación de que se trata, por cuanto en el cuestionario transcrito no sólo se habla nuevamente del rapto, sino que se contempla también el delito de heridas cometido por Bernal, por el cual se formuló otra cuestión. En dicho cuestionario se comprenden, o se anudan tres delitos que el Juez de derecho ha debido separar como lo hizo en la cuestión referente al rapto, que sintetiza este delito sin mencionar el de heridas ni el de fuerza y violencia'. En esa situación, no se puede aplicar el artículo 681, porque en la contestación que el Jurado dio al segundo cuestionario, no están comprendidos todos los elementos de hecho que tal disposición contiene, y no están comprendidos, se repite, porque el Juez de derecho al confeccionar los interrogatorios, partió de bases jurídicas distintas. Lo anterior sería suficiente para concluír que la casación debe prosperar. Mas, es conveniente agregar, por

Págs.

otra parte, que la sorpresa de que trata el mencionado artículo no tiene la menor comprobación, porque mal podía concurrir esa circunstancia en quien voluntariamente y sin engaño alguno, como lo expresa el Tribunal, aceptó la invitación que, en automóvil, de noche y con dirección a un sitio apartado y solitario, le hicieron Bernal y Muñoz, y no siendo, como no era, una mujer inexperta e inocente, pues al contrario, tenía un pasado licencioso, muy bien se dio cuenta de los móviles y propósitos de sus galanteadores, que eran los de realizar con ella actos carnales". (Casación, XLI, Nº 1892, octubre 28 de 1932).....113, 1ª y 2ª

GLOSAS DE LA CONTRALORIA

- Nº 102 -

Se fundaba la excepción de error de cuenta en un juicio ejecutivo, en que las cuentas fueron glosadas después de transcurridos los noventa días que como término perentorio señala el artículo 80 de la ley 42 de 1923 a la Contraloría para el examen de ellas.

"El artículo citado de la ley 42 de 1923 es del siguiente tenor: 'El Contralor General estudiará, observará o fenecerá las cuentas de los responsables del erario en un término que no excederá de noventa (90) días'. En referencia a esta disposición legal dijo esta Sala en sentencia de fecha catorce de octubre último, dictada en el juicio ejecutivo de la Nación contra el señor Carlos J. Camargo, lo que sigue: 'En interpretación de este texto legal, la Corte ha sentado repetidas veces la doctrina de que las glosas que formule el Contralor después de vencido el término de los noventa días expresado, carecen de valor legal y no pueden por tanto servir de base a los reconocimientos que con apoyo en ellas expidan los Administradores de Aduana por lo que hayan dejado de pagar los importadores a causa de defectos en la liquidación de derechos aduaneros'. El fundamento de esta doctrina se halla en que debiendo los importadores liquidar el precio de venta de las mercancías teniendo en cuenta el costo de ellas, en el cual entra como factor importante el valor del impuesto de aduanas, no es dable que después de liquidadas y vendidas las mercancías se obligue al importador a pagar un impuesto mayor a causa de haberse incurrido en errores en la primitiva liquidación, porque con tal procedimiento se pone al introductor en el caso de sufrir una pérdida neta, dado que ya no se podrá verificar el fenómeno que se conoce con el nombre de incidencia del impuesto, en virtud del cual el impuesto aduanero no lo soporta en realidad el importador sino el consumidor'. A este respecto dijo la Corte en sentencia que corre publicada en el número 1611 de la GACETA JUDICIAL, lo que sigue: 'No por gusto sino en acatamiento a legítimos intereses de

Págs.

la industria del comercio limitó la ley 85 de 1915 el tiempo para hacer los reconocimientos adicionales en el concepto de estar erradas las primitivas liquidaciones de los derechos de importación. El importador liquida sus mercancías de acuerdo con los gastos efectuados, entre los cuales se destaca el impuesto aduanero que paga, y así las da a la venta. Pero es claro que si después, en cualquier tiempo, se le puede imponer el pago de una suma mayor, so pretexto de liquidaciones erradas, ningún cálculo puede formar quien a ella se dedique ni le es posible evitar tampoco gravísimos perjuicios, señaladamente cuando ya se ha vendido la mercancía'. Conocida ya la doctrina de la Corte sobre el punto de que se trata, véase si aparecen comprobados los hechos que sirven de fundamento a la excepción. Respecto de las cuentas referentes a los años de 1925, 1926 y 1929, desde las fechas en que ellas llegaron a la Contraloría a las en que se formularon los avisos de observaciones y las glosas, transcurrieron más de noventa días, según aparece claramente de la certificación que dicha entidad expidió en virtud de lo dispuesto por esta Sala de la Corte en el auto que dictó para mejor proveer. De ello se sigue rectamente que es fundada, en esa parte, la excepción que se estudia". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLI, número 1893, febrero 16 de 1933).. 281, 1ª

GLOSAS DE LA CONTRALORIA

- Nº 103 -

Se basó una excepción de error de cuenta en el hecho de haberse hecho las glosas por el Contralor después de pasados los noventa días de que trata el artículo 80 de la Ley 42 de 1923.

".....La jurisprudencia de la Corte sobre este modo irregular del procedimiento de pasar cuentas adicionales fuera del tiempo que las leyes nombradas prescriben para ello, ha sido constante en no reconocer a tales cuentas carácter de documentos que presten mérito ejecutivo, y las razones de justicia en que se ha basado para desconocerles tal carácter, ha sido la seguridad y estabilidad que necesitan las operaciones comerciales, que no deben someterse a la contingencia de liquidaciones extemporáneas, ya que la fluctuación en el pago de derechos de aduana, haría nula la previsión mejor calculadora de los importadores para liquidar el precio de los artículos que han de darse al comercio, contingencia que quiso prevenir el legislador al señalar el plazo de noventa (90) días para glosar dichas cuentas". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1893). (1) 283, 1ª

GLOSAS DE LA CONTRALORIA

- Nº 104 -

Se fundó una excepción de error de cuenta, en juicio ejecutivo seguido con jurisdicción coactiva, en el hecho de haber presentado la Contraloría las glosas que fueron base para unos reconocimientos, después de trascurrido el término de noventa días que para el examen de las cuentas le otorga el artículo 80 de la Ley 42 de 1923.

"La citada disposición establece: 'El Contralor General estudiará, observará y fenecerá las cuentas de los responsables del Erario, en un término que no excederá de noventa (90) días'. En interpretación de este texto legal, la Corte ha sentado repetidas veces la doctrina de que las glosas que formule el Contralor, después de vencido el término de los noventa días expresados, carecen de valor legal, y no pueden, por tanto, servir de base a los reconocimientos que con apoyo en ellas expidan los Administradores de Aduana por lo que hayan dejado de pagar los importadores a causa de defectos en la liquidación de los derechos aduaneros. El fundamento de esta doctrina se halla en que, debiendo los importadores liquidar el precio de venta de sus mercancías, teniendo en cuenta el costo de ellas, en el cual entra como factor importante el valor del impuesto de aduanas, no es dable que después de liquidadas y vendidas las mercancías, se obligue al importador a pagar un impuesto mayor a causa de haberse incurrido en errores en la primitiva liquidación, porque con tal procedimiento se pone al introductor en el caso de sufrir una pérdida neta, dado que ya no podrá verificarse el fenómeno que se conoce con el nombre de incidencia del impuesto, en virtud del cual el impuesto aduanero no lo soporta en realidad el importador, sino el consumidor. A este respecto dijo la Corte, en sentencia que corre publicada en el número 1611 de la GACETA JUDICIAL, lo que sigue: 'No por gusto, sino en acatamiento a legítimos intereses de la industria del comercio, limitó la Ley 85 de 1915 el tiempo para hacer reconocimientos adicionales, en el concepto de estar erradas las primitivas liquidaciones de los derechos de importación. El importador liquida sus mercancías de acuerdo con los gastos efectuados, entre los cuales se destaca el impuesto aduanero que paga, y así las da a la venta. Pero es claro que si después, en cualquier tiempo, se le puede imponer el pago de una suma mayor, so pretexto de liquidaciones erradas, ningún cálculo puede formar quien a ella se dedique, ni le es posible evitar gravísimos perjuicios, señaladamente cuando ya han vendido las mercancías'." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1892, octubre 14 de 1932). ..... 126, 1º y 127, 1º

HIJUELA FORMADA AL CEDENTE DE DERECHOS HERENCIALES

- Nº 105 -

El cesionario de unos derechos herenciales solicitó en juicio de tercería excluyente en juicio ejecutivo, que se declarase su mejor derecho sobre los bienes embar-

(1) Se refiere la Corte a las Leyes 42 de 1923 y 103 de 1931, en sus artículos 80 y 8o., respectivamente.

Págs.

gados. No prosperó su acción porque el sentenciador prefirió el título de los ejecutados que lo constituía la hijuela formada al cedente de aquellos bienes, la cual había sido registrada. Por la primera causal de casación atacó el fallo el tercerista recurrente, alegando violación de los artículos 740, 745, 752 y 1857 del Código Civil. Dijo la Corte:

"Se considera: El derecho de herencia es un derecho real sobre una universalidad de bienes con la expectativa de concretarse, mediante la partición, en el dominio de uno o más bienes que constituyen la comunidad universal llamada herencia. Así lo reconoce la jurisprudencia, en desarrollo de principios legales. (Casación de veintiuno de febrero de mil novecientos veinte. GACETA JUDICIAL, tomo XXVII). Cedido ese derecho, al cesionario le tocan los mismos derechos y obligaciones que al cedente. Si aquél, con arreglo al artículo 1377 del Código Civil, interviene en la participación, en su favor se forma la hijuela correspondiente al derecho hereditario que adquirió. Mas si por no presentarse el cesionario, se hace esa hijuela en favor del cedente, a quién pertenecen los bienes en ella comprendidos? Para resolver el punto, el Tribunal citó en su apoyo una doctrina de la Corte, expuesta en sentencia de veinticinco de mayo de mil novecientos catorce (tercería excluyente de Heliodoro Monroy, en la ejecución de Domingo Acero contra Teresa Amaya y Antonio Caipa, GACETA JUDICIAL, tomo XXIV). De conformidad con dicha doctrina, con un desnudo título que acredita haberse adquirido cosas incorporales, no se puede probar el dominio de cosas corporales, aunque haciendo valer aquel título se pueda llegar a la adjudicación de semejantes cosas corporales; y si, por no haber intervenido el cesionario en la partición, la adjudicación se le hace al cedente, mientras esa partición no se desvirtúe por algún medio legal, hay que tener por dueño de los bienes al cedente, porque éste adquirió por el registro de la hijuela el dominio de las especies adjudicadas. De lo contrario, quedarían subvertidos los principios del Derecho Civil referentes a la tradición del dominio por el registro del título. Empero, en esta sentencia no se trató la cuestión en orden al artículo 752 del Código Civil cuya violación no fue acusada por el recurrente y así no podía la Corte situarse en un punto de vista no invocado. En cambio, en posteriores fallos ha sido explícita acerca del alcance del citado artículo en casos como el que se contempla en la actual tercería. En la citada casación de veintinueve de febrero de mil novecientos veinte, expuso: '4º Que fue infringido el artículo 762 del Código Civil, por cuanto habiendo sido el objeto de la venta a los Rincones derechos indeterminados, no puede considerárseles verdaderos poseedores, conforme a lo dispuesto en tal artículo, que exige que sea determinada la cosa poseída. Para contestar este reparo, basta tener en cuenta que las señoritas Tarazonas vendieron a los Rincones todos los derechos y acciones que por herencia de sus padres pudieran corresponderles en dos predios que especificaron por su situación y linderos, de modo que la adquisición al posterior cesionario de cuotas determinadas en esos predios vino a fijar para los Rincones, por virtud de los artículos 1401 y 752 del Código Civil, y con efecto retroactivo, la cuantía de lo vendido.' (Juicio de Príncipe y Cándido Rincón contra José del Carmen Escobar). En casación de quince de diciembre de mil novecientos veintitrés dijo que, 'como una asignataria había vendido sus derechos a la sucesión, nada tenía que se le adjudicara, y que si la adjudicación se hizo, ella redunda en favor de los dueños o compradores de los respectivos derechos, ya concretados en las especies asignadas. De tal suerte que si los compradores de los derechos no estuvieron en posesión, bien podrían reivindicar las cosas representativas de esos derechos de la vendedora y acaso de otro poseedor que derivara la posesión de la misma vendedora.' (Tercería de Antonio y Hernando Rojas, en la ejecución de Juan de D. y Abelardo Rojas contra Dolores Duque de Rojas). GACETA JUDICIAL, tomo XXX). Y ciertamente, si por la cesión del derecho hereditario, el heredero se desprende de sus derechos en la sucesión, al verificarse la partición y adjudicarse en ella una hijuela al cedente y por no haber comparecido el cesionario, no se ve motivo para desconocer que la hijuela, en la cual se concretaron los derechos del cedente, consolida retroactivamente en el cesionario esos derechos, una vez registrada. El efecto retroactivo de la tradición es muy de la índole de la legislación colombiana, como se advierte en los artículos 742, 743, 752, 767, 1874 y 1875 del Código de la materia. La tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en la respectiva oficina de registro; mas esta disposición legal hay que ponerla en armonía con aquellas otras en que, como las citadas, se establece la retroactividad del efecto de la tradición, o, si se quiere, la saneación retrospectiva de la tradición. En el caso de la presente tercería, hay prueba de que Ricardo Puente R., heredero testamentario de Pacífica Reyes de Manzano, vendió a Lucindo González todos sus derechos en la sucesión, mencionando expresamente los derechos que a la señora Reyes correspondían en la finca de Buchitolo. González vendió estos derechos, junto con otros adquiridos de distinta fuente, al presbítero Maximiliano Sanclemente; éste a su turno se los vendió a Cristóbal Uribe V. y el señor Uribe V., por último, los vendió a Lucindo Sanclemente. Mercedes Puente de Ortiz, también heredera testamentaria de Pacífica Reyes, vendió, autorizada por su marido, a Lucindo González, sus derechos hereditarios, con especificación del inmueble de Buchitolo y reserva de cinco plazas de terreno, que luégo vendió al presbítero Sanclemente. Estos derechos tuvieron la misma serie de traspasos que los de Ricardo Puente, hasta parar en poder del tercerista'. Con posterioridad a todas estas trasmisiones, se efectuó la partición de los bienes de la sucesión de Pacífica Reyes de Manzano, y en ella, por no haber intervenido Lucin-

Págs.

do Sanclemente, se les adjudicaron a los herederos cedentes Ricardo y Mercedes Puente, sendos derechos de mil seiscientos noventa y cinco pesos cuarenta y ocho centavos, y cuatrocientos sesenta y cinco pesos, setenta y tres centavos, respectivamente, en el inmueble de Buchitolo. Son éstos los embargados en la ejecución de Holguín contra los Puentes y los mismos cuyo desembargo persigue el tercerista, junto con el derecho reconocido a Luis A. Puente, por estimar que es dueño de ellos. Si por la venta de esos derechos hereditarios Ricardo y Mercedes Puente nada tenían en la sucesión, las adjudicaciones que en las hijuelas se les hicieron deben entenderse en provecho del actual cesionario. Es claro que los derechos hereditarios llevaban consigo la expectativa de quedar concretados en el inmueble de Buchitolo; luego quien crea, como el Tribunal, que el registro de las hijuelas en que se adjudican derechos de dominio en el inmueble a los cedentes, hizo a éstos dueños de semejante derecho, ha de admitir también que en virtud de esta adquisición de los cedentes, la transmisión al cesionario se efectuó desde la tradición de los derechos hereditarios, con arreglo al artículo 752 del Código Civil. Por no admitir esta conclusión, el Tribunal ha infringido el citado artículo 752 y debe ser infirmado el fallo respecto de los derechos de Ricardo y Mercedes Puentes". (Casación, XLI, Nº 1895, agosto 31 de 1933). ..... 521, 2ª, y 522, 1ª y 2ª

HOMICIDIO-ASESINATO

- Nº 106 -

Decía el Procurador que el apoderado del recurrente en un juicio por homicidio empezaba equivocadamente a sustentar la causal 3ª de casación, conforme al artículo 3º de la Ley 118 de 1931, diciendo que el delito de homicidio y el asesinato pertenecen, cada uno, a un género distinto en nuestro estatuto penal, siendo así que este último no es más que una especie del homicidio genérico que define el artículo 583.

"Las consideraciones con que demuestra esto aquel alto funcionario son muy oportunas y convincentes, y la Sala las acoge, por estar acorde con ellas. Pero no sucede lo propio con las extensas apreciaciones que en seguida hace el señor Procurador sobre el cuerpo del delito en el homicidio-asesinato, apreciaciones todas encaminadas a demostrar que forman parte del cuerpo del delito, tanto la premeditación como las circunstancias constitutivas del asesinato, en sí mismo considerado. Es obvio e indudable que si las diversas clases de homicidio contempladas en la ley penal sustantiva pertenecen a un solo género, la diferencia específica que las distingue en cada caso, sirve no para afectarlas en su esencia, sino simplemente para señalar su mayor o menor gravedad y fijar sus modalidades. De esta suerte, cuando el señor Procurador dice que si un hombre mata a otro, sin mandato de autoridad legítima expedido en cumplimiento de las leyes, como expresa nuestro Código, y además se comprueba que ese hombre premeditó su acción, la premeditación en tal caso no constituye parte integrante del cuerpo del delito de homicidio, que entonces se llamaría premeditado, sino que ella constituye una modalidad subjetiva, que agrava el homicidio, genéricamente considerado, e influye en la responsabilidad del delincuente para hacer más fuerte la pena que haya de imponérsele; pero ello no quiere decir que la premeditación forme parte del cuerpo del delito con las circunstancias constitutivas de asesinato. Porque cometido el hecho delictuoso que se llama homicidio, y comprobado en sus elementos objetivos, las circunstancias en que ese hecho se realizó influyen en la calificación de él, pero no en su comprobación material. Tan cierto es esto que, según dice el mismo señor Procurador, las distintas legislaciones aprecian el homicidio-asesinato con circunstancias diversas, circunstancias que influyen en su gravedad, es decir, en su especificación propia, pero no en su misma esencia; mas no se debe dejar de reconocer que en determinados casos algunas de esas circunstancias de asesinato pueden intervenir como elementos ya del cuerpo del delito, ya de la responsabilidad sin que se pueda afirmar de un modo categórico y concluyente que siempre que existen comprobadas esas circunstancias, ellas forman parte inseparable del cuerpo del delito, pues si así fuera no se podrían siquiera tener en cuenta para graduar la delincuencia del acusado". (Casación, XLI, Nº 1893, noviembre 19 de 1932)..... 255, 1ª

HOMICIDIO EJECUTADO EN EL MOMENTO DE RECIBIR OFENSAS

- Nº 107 -

Dos individuos, compañeros de delitos y aventuras, se hospedaron en un mismo hotel y en una misma pieza; estaban ya acostados cuando se suscitó entre ellos un altercado, por motivos insignificantes, quizá como consecuencia del alcohol que habían libado; ofendiéronse de palabra y uno de ellos creyéndose ofendido porque el otro le decía "robagallinas, gran pendejo, ladrón, infeliz", disparó su revólver y le dejó por muerto. Como el jurado respondiese al cuestionario presentado por el Juez de la causa que el homicida era responsable de un homicidio voluntario ejecutado en el momento de recibir ofensas, fue condenado a la pena de doce años de presidio, calificada la delincuencia en ínfimo grado y tenida en cuenta la reincidencia en que había incurrido el reo. El cual acudió en casación acusando la sentencia por no haber aplicado más bien el artículo 604 del Código Penal, en vez del 600. Dijo la Corte:

"El artículo 604 del Código Penal se refiere al que 'siendo provocado por alguna ofensa, injuria o deshonra grave, cometidas hacia su propia persona o la de alguna de las expresadas en el artículo 587, mate en el acto mismo al provocador'. Ello significa que la agresión ha de consistir en ofensa, injuria o deshonra graves, que produzcan en el agredido una

Págs.

reacción actual incontrolable; de suerte que si el veredicto del jurado no dice que se tratara de tal clase de ofensas, ni consta en los autos ese carácter, la simple manifestación de que el homicidio se cometió en el momento de recibir ofensas, indica nada más que ellas provocaron en el agente un arrebato pasional, que coloca el delito dentro de la hipótesis prevista por el ordinal 6º del artículo 587, y no en el caso especial de homicidio voluntario atenuado, a que se refiere el 604..... Es claro que si el veredicto no le da el carácter de graves a las ofensas, ni consta que lo fueran, no era el caso de aplicar el artículo 604, a pesar de la agregación introducida en el veredicto, como acertadamente lo demuestra el Tribunal. Y quedan así sin fundamento alguno los reparos aducidos contra su fallo condenatorio". (Casación, XLI, Nº 1895, marzo 15 de 1933) ..... 554, 2ª, y 555, 2ª

HOMICIDIO EJECUTADO EN UN ACTO PRIMO

- Nº 108 -

Entre Salomón Caicedo y Luis Rengifo se suscitó un altercado a causa de un negocio de unas bestias; Caicedo pretendía llevarse una yegua que había dado a Rengifo en cambio de un caballo que éste le había entregado: Rengifo se opuso, desenvainando una peinilla, y en esos momentos, Caicedo, para lograr su intento, le descargó un golpe con el primer palo que halló a la mano, a consecuencia de lo cual le fracturó el cráneo, causándole así la muerte. Interrogado el jurado sobre el hecho respondió: "Sí, en un acto primo, sin intención de darle muerte". El Juez y el Tribunal condenaron al reo a la pena de siete años de presidio. Casó la Corte la sentencia y condenó a Caicedo, como responsable de homicidio involuntario, a la pena de cuatro años de presidio y a sus accesorias:

"La circunstancia de haber cometido Salomón Caicedo la acción delictuosa en un acto primo, como lo declaró el jurado, es muy importante para fijar o individualizar su responsabilidad. Si el acto primo, como trata de definirlo, aunque no muy exactamente el ordinal 6º del artículo 587 del Código Penal, es el arrebato súbito e impensado de una pasión (mejor hubiera sido emplear la palabra emoción u otra semejante), es indudable que Caicedo no alcanzó a medir ni a darse cuenta, ni a dirigir su intención en el sentido de causar un mal grave a Rengifo: su acción se desarrolló dentro de lo que se llama un huracán psicológico y en esas condiciones, no se puede deducir con toda seguridad y precisión que Caicedo, al darle el garrotazo a Rengifo, hubiera tenido la peor y más grave de las intenciones, o sea la de causarle un daño grave, en forma que le correspondiera, dentro de los absurdos que contiene el Código Penal, una pena mayor, que si hubiera tenido la intención, clara y definida, de causar el mayor mal, o sea el de la muerte. La interpretación benigna se impone en este caso, con base en el mismo veredicto del jurado, tal como lo solicita el señor Procurador, o sea que debe darse aplicación a lo que dispone el artículo 611 del Código Penal". (Casación, XLI, Nº 1894, febrero 21 de 1933). 96, 2ª

Págs.

II

IMPEDIMENTO PARA DESEMPEÑAR CARGO DE JURADO

- Nº 109 -

De acuerdo con el artículo 243 de la Ley 57 de 1887 constituye impedimento para desempeñar el cargo de jurado, el hecho de haber sido defensor del reo. (Casación, XLI, Nº 1892, octubre 18 de 1932). 897, 2ª

IMPUESTO MUNICIPAL

- Nº 110 -

Aseveraba el recurrente que el sentenciador había violado la ley al interpretar el contrato entre el actor y el Municipio sobre arrendamiento de la renta de degüello.

"Como se ve, el Tribunal, en la interpretación que da al contrato, y respecto de la cual no se ha demostrado que aquél hubiera incurrido en evidente equivocación, capaz de generar un error de hecho, sino que es la más acorde con la voluntad de las partes y con las disposiciones que cita el sentenciador, a juicio de la Corte, considera que el rematador no tiene derecho para cobrar impuesto sobre pieles como parte éstas separadas de la res, porque ese impuesto no lo establecía el Acuerdo número 35 de 1926, bajo cuyo imperio se celebró el contrato, y no estableciéndolo, mal podría considerársele incluído en él, pues las autoridades no pueden hacer, en el desempeño de sus funciones, sino lo que la ley expresamente les prescribe. No ha dicho el Tribunal, como lo sostiene el recurrente, que al arrendar el Municipio de Bogotá la renta de degüello de ganado menor, tuviera que hacer abstracción de la piel de la res, sino que siendo el impuesto de pieles distinto del de degüello, y habiendo arrendado la entidad demandada solamente este último impuesto, aquél debía quedar y entenderse excluído necesariamente del contrato. Tampoco ha admitido el Tribunal, sin pruebas, como lo sostiene el autor del recurso, la existencia de la renta de degüello como distinta de la de pieles. Para llegar a esta conclusión, el sentenciador tuvo en cuenta no solamente el contrato, sino también el Acuerdo número 60 de 1927, aducido como prueba por la parte demandante, Acuerdo que aunque se llama aclaratorio del número 35 de 1926, en realidad es reformatorio, como lo sostiene el Tribunal. En ese Acuerdo sí se establece la renta de pieles, con lo cual se vino a adicionar el anterior, que no la traía. De ahí que el Tribunal dedujera que uno es el impuesto de degüello, que de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo nú-

Págs.

mero 35 de 1926 se causa 'por el hecho simple de dar muerte a una res, aunque no sea para la venta', y otro, muy distinto, el impuesto sobre pieles establecido posteriormente por el Acuerdo número 60 de 1927, que debía empezar a regir, como lo previene su artículo 12, el día en que termine el actual contrato (el celebrado con el señor Tomás O. Gutiérrez) de arrendamiento de la renta de degüello de ganado menor, o el día en que quede firmado por los rematadores de la referida renta el contrato aclaratorio del existente, en los términos del presente Acuerdo, y en conformidad con lo preceptuado en el Artículo 10 de éste. De cuanto se deja expuesto se deduce que es infundado el primer motivo que se alega". (Casación, XLI, Nº 1894, abril 24 de 1933)..... 328, 1ª y 2ª

INCONGRUENCIA

- Nº 111 -

Alegaba el recurrente en un juicio sobre patronato de una capellanía que al fallar el Tribunal admitiendo una excepción había caído en incongruencia, "porque probada una excepción perentoria quedaba destruída la acción y el Tribunal no podía considerarla en el fallo, pues son incompatibles la acción y la excepción a un mismo tiempo". Dijo la Corte:

".....En lo que hace a la incongruencia alegada, ya ha dicho la Corte que no puede considerar esta causal de casación si el recurrente no explica en qué consiste la incongruencia entre el fallo y las pretensiones deducidas en la demanda. (Casación de 22 de abril de 1913, GACETA JUDICIAL, XXIII, 34, 2ª); y como aquí no se hace esa necesaria explicación, el cargo es infundado". (Casación, XLI, Nº 1894, mayo 20 de 1933)..... 338, 1ª

INCONGRUENCIA

- Nº 112 -

Se acusaba un fallo por incongruencia entre lo pedido en la demanda y lo fallado. El actor se refería a las consideraciones hechas por el sentenciador en la parte motiva.

"Repetidas veces ha dicho la Corte que la incongruencia de una sentencia, que es causal de casación, no hay que buscarla entre los motivos o fundamentos de ella, sino sólo entre la petición de la demanda y la parte resolutiva del fallo'. (GACETA JUDICIAL, XXII, 324, 2ª)". (Casación, XLI, Nº 1895, junio 27 de 1933)..... 427, 1ª

INCONGRUENCIA

- Nº 113 -

En juicio sobre nulidad por simulación de un contrato decía el recurrente demandado que había incongruencia entre lo pedido y lo fallado porque el Tribunal se había basado en hechos que no habían sido expuestos en la demanda.

"Existe doctrina uniforme y constante de la Corte, establecida en numerosos fallos, de acuerdo con la cual, la incongruencia de una sentencia debe buscarse en la parte resolutiva y no en la motiva". (Casación, XLI, número 1895, julio 8 de 1933). (1)..... 446, 1ª

Págs.

INCONGRUENCIA

- Nº 114 -

Alegaba el actor recurrente en casación que la sentencia no había resuelto todas las peticiones de la demanda. La sentencia había sido absolutoria del demandado.

"La sentencia recurrida absuelve al demandado de todos los cargos formulados en la demanda. En este caso es improcedente la segunda causal, puesto que jurídicamente no puede haber exceso o defecto en la parte resolutiva de una sentencia absolutoria. Así lo ha resuelto uniformemente la Corte en innumerables sentencias". (Casación, XLI, Nº 1894, mayo 9 de 1933). (2)..... 331, 1ª

INCONGRUENCIA

- Nº 115 -

Se alegaba que el sentenciador había declarado resuelto un contrato de compraventa, fundado en un hecho distinto del alegado en la demanda para la resolución.

"Verdad es que el hecho invocado por el sentenciador para resolver el contrato es distinto del invocado por el demandante, pero la sentencia falló la resolución, que fue lo demandado, concordando así lo pedido con lo fallado. Cierto que el sentenciador no debe apreciar hechos no invocados en la demanda para fundar su fallo, pero ese error del sentenciador no genera la segunda causal, si la sentencia no condena a más de lo pedido, como sucede al presente. Al respecto ha dicho la Corte: 'No es causal de casación de una sentencia el que se encuentre apoyada en hechos que el actor no invocó para fundar la demanda. Si bien es cierto que en una sentencia no se deben apreciar hechos que no han sido objeto de la controversia, ello sólo no es motivo para casarla por la segunda de las causales de casación, si la sentencia no condena a más de lo pedido'. (Casación, 9 de agosto de 1895, XL, 26, 2ª)". (Casación, XLI, Nº 1895, julio 28 de 1933)..... 482, 2º

(1) Concordancias: cita la Corte las doctrinas de casación que figuran en los números 1173, 1187 y 1182 del tomo 2o. de la Jurisprudencia de la Corte, y 1960 del tomo 3o.

(2) Concordancias: cita la Corte las doctrinas contenidas en los números 626 y 628 del tomo 1o. de la Jurisprudencia de la misma. Véanse, además, las doctrinas de casación contenidas en los números 1912, 1913, tomo 1o., Jurisprudencia de la Corte, 1164, 1169, 1186, 1196, 1199, tomo 2o., y 1955, 1974, tomo 3o.

Págs.

INCONGRUENCIA

- Nº 116 -

Por la segunda causal se tachaba una sentencia, en cuanto creía el recurrente que ésta no estaba en consonancia con las pretensiones de la demanda.

"Observa la Corte que habiendo sido la sentencia absolutoria, hay que entender que abarcó todos los términos del litigio, y que, por lo mismo, no cabe alegar que fue deficiente el fallo. Así lo tiene resuelto la Corte en varias decisiones". (Casación, XLI, Nº 1893, febrero 28 de 1933). (1). 201, 2ª

INCONGRUENCIA

- Nº 117 -

El concepto de incongruencia de la sentencia con la materia del debate no se puede alegar en casación con apoyo en la primera causal, sino en la segunda. (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 14 de 1932). (2) 87, 1ª

INDICIOS

- Nº 118 -

En juicio sobre nulidad de un contrato alegaba el actor recurrente que el Tribunal había incidido en error de hecho al apreciar un recibo que, presentado por el demandado, se había demostrado que era falso, lo que era indicio vehemente de la mala fe del demandado que contribuía a comprobar el dolo, base de la acción de nulidad.

"El Tribunal apreció con potestad soberana todos los indicios, excepto el indicio de que trata el cargo, respecto del cual guardó silencio. La Corte está imposibilitada para reconocerle a un solo indicio valor de plena prueba, pues conforme con el artículo 589 del Código Judicial, 'un solo indicio no hace prueba plena o completa, sino es que sea indicio necesario (3). Como es obvio, el indicio que se estudia no es necesario". (Casación, XLI, Nº 1894, mayo 9 de 1933). (4) 333, 1ª

INEXEQUIBILIDAD

- Nº 119 -

Acusada la Ley 3ª de 1933 por ser violatoria del artículo 112 de la Constitución Nacional, la Corte la declaró inexequible. (Sentencia de la Corte Plena, XLI, número 1893, febrero 28 de 1935) . . . . . 145 a 148

INEXEQUIBILIDAD

- Nº 120 -

Acusado como inconstitucional el artículo 9º y su parágrafo 1º de la Ley 67 de 1926, declaró la Corte que no era el caso de declararlos inexequibles por no estar vigentes. (Sentencia de la Corte Plena, XLI, Nº 1893, diciembre 7 de 1934). Véase LEY ACUSADA (sobre expropiaciones) . . . . . 142 a 145

INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO

- Nº 121 -

Se decía en casación que el veredicto pronunciado en un juicio por homicidio era notoriamente injusto, lo cual deducía el recurrente de la confrontación y examen de las pruebas que tuvo en cuenta el jurado para condenar.

"Si se toman aisladas y separadamente los diversos hechos que suministra el proceso, como reveladores de la responsabilidad, su valor disminuye, y es muy fácil someterlos a severa crítica. Algo más: si se apreciaran esos indicios con criterio de Juez de derecho, que está sometido a tarifa legal de pruebas, y que necesita plena prueba de la culpabilidad para poder condenar (artículo 1656 del Código Judicial), quizá podría concluírse diciendo que esa plena prueba no existe. De ahí que para poder conciliar las amplias facultades de apreciación que tienen los jurados, a los cuales no pide cuenta la ley 'de los medios por los cuales llegan a adquirir el convencimiento, ni les prescribe reglas de que deban deducir la plenitud y la suficiencia de las pruebas', con el examen que corresponde al Juez de derecho cuando se invoca la injusticia notoria o evidente del veredicto, es necesario que este último funcionario estudie las pruebas, y deduzca sus consecuencias con criterio de Juez de hecho, en busca de la convicción íntima que ellos produzcan acerca de la responsabilidad, pues de lo contrario, la mayor parte de los veredictos condenatorios podrían tumbarse aun cuando estuvieran de acuerdo con la justicia". (Casación, XLI, Nº 1892, octubre 19 de 1932). 101, 1º

INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO

- Nº 122 -

La cuestión referente a injusticia notoria del veredicto no puede alegarse en casación sino cuando ha sido previamen-

(1) Concordancias: Véanse las doctrinas contenidas en los números 1164, 1165, 1185, 1199, tomo 2o., **Jurisprudencia de la Corte**; 1955, 1974, tomo 3o. El principio sentado en estas doctrinas tiene las excepciones consignadas en las que aparecen en los números 1195, tomo 2o., y 1961 y 1975, tomo 3o.

(2) Artículo 520 del Código Judicial.

(3) El artículo citado es hoy el 633 del nuevo Código Judicial.

(4) Ha dicho la Corte en innumerables sentencias que los Tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas: véanse las doctrinas contenidas en los números 284, 554, 3265, 3274, tomo 1o. de la **Jurisprudencia de la Corte**, 136, 140, tomo 2o., 230, 250, tomo 3o.

Págs.

te debatida en las instancias del juicio. (1). (Casación, XLI, Nº 1892, octubre 26 de 1932). 108, 2ª

INJUSTICIA NOTORIA

» Nº 123 «

Un reo alegaba en casación la causal de injusticia notoria del veredicto, pero sin hacer sobre el punto la menor alegación.

"Por este motivo y, sobre todo, por no haber sido debatida esta cuestión en ninguna forma en las instancias, no hay lugar a considerar nada acerca de tal causal". (Casación, XLI, Nº 1895, abril 29 de 1933. (2) 568, 2ª

INTERES DEL ACREEDOR EN LA SOLICITUD DE NULIDAD POR SIMULACION DEL CONTRATO QUE PERJUDICA SUS INTERESES

» Nº 124 «

Juana Francisca Collazos, viuda de Quesada, y María Francisca Quesada, deudoras de plazo vencido de Lorenzo Quesada, vendieron los únicos bienes que tenían, simultáneamente, a Santiago Quesada. Lorenzo pidió la nulidad de la venta por simulación y perdió el pleito ante el Tribunal sentenciador, el cual estimó que carecía de interés suficiente para la acción de nulidad. Recurrió en casación el actor acusando la sentencia de violación, por errores de hecho y de derecho, del artículo 15 de la Ley 95 de 1890. Invocó, pues, la primera causal de casación conforme al artículo 2º de la Ley 169 de 1896. Dijo la Corte:

"Se observa: Como la violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890 se hace depender de errores de hecho y de derecho por parte del Tribunal en la apreciación de las pruebas para negar la nulidad demandada, hay que estudiar si en realidad el fallo incide en tales errores. Para el Tribunal, el contrato de compraventa de que da fe la escritura número 1125, de primero de diciembre de mil novecientos veinticuatro, otorgado en la Notaría 1ª de Cali, es nulo, de nulidad absoluta, por causa de simulación; pero como en concepto del sentenciador, el actor no tiene el interés que la ley exige, carece de la acción por él intentada, y declaró, en consecuencia, probada la excepción de petición antes de tiempo. Al emitir este concepto el Tribunal, se atuvo, más que a la demanda y a las pruebas del proceso, a las doctrinas de la Corte que inserta en el fallo, sin detenerse a considerar si los casos que estas doctrinas contemplaban son iguales al que es materia del presente juicio. Entre los fallos que cita el Tribunal, figura el de treinta de agosto de mil novecientos veinticuatro (GACETA JUDICIAL, Tomo XXXI, página 348, 2ª), en el cual se sostiene que no hay error de derecho ni violación del artículo 15 de la ley 95 de 1890, al no estimar como interés suficiente, para demandar la nulidad absoluta de un contrato, el hecho de ser quien lo propone, acreedor de la persona a quien demanda, ni tampoco el perjuicio que pueda sufrir dicho acreedor porque el deudor disponga de una finca valiosa de su propiedad, porque entonces se trata de interés y perjuicios eventuales y remotos, de la posibilidad de un perjuicio únicamente, porque entonces no se sabía en qué condiciones pecuniarias quedaba el deudor para atender a sus deudas. Mas cuando, como en el caso de autos, se trae la prueba de no quedarle al deudor otros bienes para atender a tales compromisos, la conclusión no puede ser la misma, porque no le quedaría recurso al acreedor. Y el mismo fallo de la Corte citado deja a salvo esos casos, o sean cuando el acreedor tiene interés actual y está expuesto a sufrir un perjuicio actual y directo con la venta que hace el deudor, no sólo de una propiedad valiosa, sino de todos los bienes que a la fecha del pacto, tachado de nulo, constituyen el único patrimonio del deudor, porque aquél no disponga de más bienes sobre los cuales pueda caer el acreedor, pues entonces sí procede la acción de nulidad. Dijo en efecto la Corte en esa sentencia: 'El actor recurrente hace derivar el interés propio para anular el contrato del perjuicio, que en su opinión le resulta, de que una propiedad valiosa de su deudor fuera enajenada por él a terceros, y desapareciera así el patrimonio visible sobre el cual podría el acreedor hacer efectivo su crédito contra el vendedor de la finca'. La cuestión de derecho queda, pues, reducida a determinar qué clase de perjuicio es el que, por su naturaleza, puede dar origen al derecho de un tercero a obrar contra una convención celebrada entre individuos ligados por algún vínculo de derecho con ese tercero'. 'En los casos en que la ley requiere que exista un perjuicio, ya se trate de convenciones, ya de sentencias judiciales, cuyos efectos respecto de terceros se regulan por principios análogos, no se considera en teoría de derecho civil como perjuicio cualquiera consecuencia desfavorable que pueda derivarse de la ejecución de aquellos actos, sino que es preciso que estos hieran directa, real y determinadamente los derechos de un tercero, ya porque puedan quedar anulados, ya porque sufra desmedro su integridad. Un daño eventual y remoto, que apenas pueda entreverse en las estipulaciones de un contrato o en los fallos de una sentencia, no son elementos suficientes para constituir el perjuicio jurídico que requiere la ley'. Resta ahora determinar si al demandante asiste el derecho que invoca, por ser acreedor actual y causarle el contrato un perjuicio actual, y si al negarle ese derecho el Tribunal incurre en los errores de hecho y de derecho que se acusan en este primer cargo. De acuerdo con la doctrina de la Corte, sentada en casación de 29 de septiembre de 1917 (GACETA JUDICIAL, Tomo XXV, 180, 2ª), el derecho de donde se derive el interés jurídico, debe existir —lo mismo que el perjuicio que se trata

(1) Es ésta una doctrina constante de la Corte, como puede verse en numerosos fallos. Es aplicación de la ley 118 de 1931.

(2) Concordancias: véanse las doctrinas expuestas en los números 2052 y 2053 del tomo 3o. de la Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

de evitar por ese medio— al tiempo de deducirse la acción, porque el derecho no puede reclamarse de futuro. Véase, pues, si en el caso de autos se reúnen esos requisitos. El carácter de acreedor actual en el demandante lo deriva el recurrente del documento privado de fecha treinta de marzo de mil novecientos veinticuatro, que en copia obra a folios 4 y 5 del cuaderno de pruebas del actor en primera instancia, suscrito por las señoras Juana Francisca Collazos viuda de Quesada y María Francisca Quesada, por la cantidad de ochocientos pesos ($ 800) moneda corriente, que de él confiesan haber recibido en concepto de un negocio de compraventa, suma que se comprometían a devolverle dentro del plazo de seis meses, esto es, el treinta de septiembre del año citado. Para el Tribunal, el citado instrumento sólo da al demandante el carácter de simple acreedor actual, pues de ella resulta, sin lugar a duda: a) Que el treinta de septiembre de mil novecientos veinticuatro, esto es, dos meses antes de la celebración del contrato de venta (diciembre primero de mil novecientos veinticuatro), era Lorenzo Quesada acreedor de las vendedoras, señoras Juana Francisca Collazos viuda de Quesada, de la obligación aludida, que para la fecha del contrato era ya de plazo vencido. b) Que el catorce de octubre de mil novecientos veintisiete, fecha en que presentó la demanda de nulidad, y el veintiocho de noviembre del mismo año, fecha en que ella fue admitida, conservaba el demandante el carácter de acreedor de la expresada obligación. A consecuencia de este error de hecho, incide también la sentencia en error de derecho, pues tuvo al demandante como simple acreedor, y no como acreedor de una obligación de plazo vencido, y, por tanto, como acreedor actual, debió reconocerle el derecho que le asiste para impedir que sus deudoras se desprendieran de todos sus bienes, y se pusiera así en incapacidad de satisfacer la deuda. Lorenzo Quesada habría podido, una vez expirado el plazo estipulado en el documento de treinta de marzo de mil novecientos veinticuatro, hacer efectivo el crédito que allí aparece a su favor, de acuerdo con las disposiciones sustantivas y procedimentales pertinentes. Y si adelantando ese juicio, el mismo Quesada hubiera embargado los bienes materia de la venta de que se trata, y en tal ejecución el comprador Santiago Quesada los hubiera reclamado en tercería excluyente, el ejecutante Lorenzo Quesada, aduciendo la prueba de confesión hecha por aquél, que obra en autos, de que fue simulada dicha venta, por ese medio Lorenzo Quesada habría obtenido la declaración de nulidad del expresado contrato. Ahora, el hecho de que Lorenzo Quesada, alegando el mismo interés con idéntica prueba, haya promovido el presente juicio en vez del ejecutivo, no lo priva del derecho de alegar dicha nulidad. Ni valdría objetar contra esta apreciación que el documento de que se ha hecho mérito es un mero instrumento privado, no reconocido por los responsables de la obligación en él contenida, porque si éstas no lo objetaron ni lo tacharon de falso al presentarlo la contraparte en este juicio (junio siete de mil novecientos veintinueve) ni posteriormente, lo dieron por reconocido tácitamente desde la fecha de su otorgamiento (treinta de marzo de mil novecientos veinticuatro), de conformidad con lo que al respecto prescribían los artículos 594 y 595 del Código Judicial anterior, y con el 645 del nuevo, que contiene igual principio. Además respecto de Santiago Quesada, el mismo documento tiene fecha cierta, pues fue presentado en juicio, según la copia que obra al folio 4 del cuaderno de pruebas del demandante (artículo 1762 del Código Civil). Por lo que hace al perjuicio jurídico que el recurrente alega, se ve que el Tribunal incurre en el error de derecho que se le imputa, pues si hubiera entrado en el estudio de fondo del pleito —cosa que no hizo— como él mismo lo declara, y hubiera apreciado las pruebas que se adujeron para acreditarlo, no habría llegado a la conclusión de que el actor es simple acreedor, como en los casos considerados antes por la Corte, y que el contrato apenas le causa un perjuicio remoto, eventual y no actual". (Casación, XLI, Nº 1895, jlio 15 de 1933)

(1) ..... 459, 1ª y 2ª y 460, 1ª

INTERES EN LA DECLARACION DE NULIDAD ABSOLUTA DE UN CONTRATO POR SIMULACION

- Nº 125 -

Los hijos legítimos del primer matrimonio de un individuo pidieron la declaración de nulidad absoluta del contrato de venta de un bien raíz hecho por éste, en nombre de su sucesión ilíquida. Prosperó la acción y en demanda de casación de la sentencia del Tribunal que intentó el demandado comprador, alegó que los actores no tenían interés en la declaración de nulidad.

"El problema jurídico que plantea el recurrente está acertadamente resuelto por la Corte: 'Es manifiesto el interés que un hijo legítimo tiene en que se declare la nulidad absoluta de la venta que su difunto padre había efectuado, pues declarada tal nulidad, los bienes entran en la sucesión y deben repartirse entre los herederos del causante, entre quienes figura el demandante. Probada la calidad de hijo legítimo, queda comprobado el interés en el pleito, aunque el demandante no haya dicho en la demanda que tiene interés en tal declaratoria'. (JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, tomo 3º, número 2069)". (Casación, XLI, Nº 1895, julio 3 de 1933). (2) 447, 1ª

(1) Concordancias: véase la sentencia de casación de fecha 28 de mayo de 1935, publicada en el número 1897 de la Gaceta Judicial, páginas 34 y siguientes.

(2) Concordancias: véanse las doctrinas de casación contenidas en los números 2629, 2637, 2641, 2642, tomo 3.o, Jurisprudencia de la Corte. Concuerda con esta doctrina la número 456 de la Jurisprudencia Razonada del Tribunal Superior de Bogotá, por Latorre; concuerda también la Jurisprudencia de los Tribunales, Nos. 3559, 3572, tomo 2o.

Pág.

INTERPRETACION DE CONTRATOS

- Nº 126 -

En ella son soberanos los Tribunales, y la Corte no puede desconocerla, salvo evidente error de hecho o de derecho. Nos. 2038, 2042, 2044, 2046, 2047, 2048, y 2049, tomo 1º, JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, 1297, 1298 y 1300 del tomo 2º.

INTERPRETACION DEL CONTRATO

- Nº 127 -

En juicio sobre entrega de un documento cancelado alegaba el actor recurrente que la sentencia había incidido en errores de hecho en la interpretación de la cláusula de un contrato.

"Respecto de estos errores de hecho observa la Corte, en primer término, que es doctrina suya la de que el Tribunal es soberano en la interpretación de los contratos; que ésta sólo puede variarse en casación cuando es manifiestamente errónea, de acuerdo con los términos del contrato y las pruebas del proceso; y que cuando una cláusula puede prestarse a varias interpretaciones, la adopción por parte del juzgador, de cualquiera de ellas, no genera error evidente, porque donde hay duda no puede ocurrir error manifiesto en la interpretación. (Casación de 27 de abril de 1916, tomo XXIV, y casación de 11 de octubre de 1924, tomo XXXI, GACETA JUDICIAL, página 148, 1º)". Casación, XLI, Nº 1892, noviembre 24 de 1932). (1) 27, 2º

J

JURISDICCION

- Nº 128 -

Se invocó la segunda causal de casación del artículo 3º de la ley 118 de 1931, en un juicio en que se condenó a los encausados por circulación de moneda falsa, por creer incompetente el recurrente al Tribunal sentenciador para conocer del juicio, por falta de jurisdicción. Acogió la Corte el concepto del Procurador, que dice así:

"Ordóñez tenía su domicilio en San Agustín, Municipio perteneciente al Departamento del Huila. Allí le entregó a Manuel Muñoz catorce billetes falsos, bajo el compromiso de que irían los dos al Departamento del Cauca, y allí los daría a la circulación Muñoz, reconociéndole Ordóñez un peso por comisión de cada billete que expendiera. Celebrado este compromiso, bien pudiera decirse que desde entonces dio Ordóñez los billetes a la circulación, puesto que los entregó a otra persona en un negocio de comisión, y este acto contractual viene a determinar circulación de tales billetes. Y si la entrega la hubiera hecho a título de cambio o en pago de algo, es decir, en manera tal que de una vez hubiera quedado roto el vínculo entre Ordóñez y la posterior circulación de los billetes, bien estaría sostener que sus actividades cesaron desde que hizo tal entrega, y que como ella se cumplió en el Departamento del Huila, su delito quedó consumado allí, y sólo podía ser juzgado por los Jueces de aquel Departamento. Las actividades posteriores de Muñoz en el Departamento del Cauca, en relación con la circulación de los mismos billetes, que él llevó a efecto en Popayán, serían un hecho independiente, cargable sólo a la cuenta de responsabilidades de Muñoz, y juzgable por los Jueces de allí. Pero no ocurre tal cosa. La misma condición de haberle entregado Ordóñez a Muñoz aquellos billetes en comisión para que éste los expendiera, estableció un nexo jurídico entre los dos hombres, determinado en la circulación que Muñoz debía llevar a efecto por cuenta de Ordóñez, y éste quedó ligado a las consecuencias de tal circulación. De manera que en estas circunstancias hay que entender que el delito empezó a consumarlo Ordóñez en San Agustín, y fue a continuarlo y a terminarlo en Popayán. No se puede, por tanto, dividir el hecho principal, tomando aisladamente cada una de las actividades de estos dos sujetos como hechos diferentes, sin respecto el uno del otro. Más aún: Ordóñez estuvo en Popayán con Muñoz, lo acompañó en sus andanzas por varias tiendas que Ordóñez le indicó y donde podía expender los billetes, y recibió allí mismo el producto de los negocios que con ellos hizo Muñoz. Mayor concurso directo y activo no puede darse en el delito. Considérese, pues, el delito como continuado, empezado en San Agustín y terminado en Popayán, y la jurisdicción del Juez 2º Superior de este lugar resulta intachable, de acuerdo con el artículo 229 de la Ley 57 de 1887, por haber dicho Juez recibido el sumario y prevenido en el conocimiento". Agrega la Corte: "Basta lo dicho para que se vea que carece de fundamento la causal invocada". (Casación, XLI, Nº 1893, noviembre 19 de 1932) ..... 249, 1º y 2º

L

LESION ENORME

- Nº 129 -

Se decía que el Tribunal había incurrido en error de hecho y de derecho al analizar la prueba de la acción de lesión enorme.

"Como consta en el juicio que Murallas vendió los bienes antes de contestar la demanda, por el mismo precio, la acción por lesión enorme es improcedente, conforme con lo dispuesto por el artículo

(1) Concordancias: Nos. 2038, 2042, 2044, 2046, 2047, 2048 y 2049, tomo 1.o, Jurisprudencia de la Corte, 1297, 1298, 1300, tomo 2o.

Págs.

1951 del Código Civil". (Casación, XLI, Nº 1894, mayo 9 de 1933) (1) 334, 1º

LEY ACUSADA
(Sobre expropiaciones)

- Nº 130 -

Como violatorio del artículo 31 de la Constitución Nacional y del 5º del Acto legislativo número 3 de 1910 fue acusado el artículo 9º, y su parágrafo primero, de la ley 67 de 1926.

"Para proceder con método en el estudio del problema sometido a la decisión de la Corte, es indispensable analizar separadamente los distintos aspectos de la cuestión. Son éstos: 1º Que de conformidad con lo estatuído en el artículo 31 de la Constitución Nacional, toda expropiación por motivos de utilidad pública requiere plena indemnización. Y si se aplica el inciso 1º y el parágrafo 1º del artículo 9º de la ley 67 de 1926, la indemnización deja de ser plena. Por el contexto de la primera disposición acusada se comprende que el legislador quiso tener en cuenta para la indemnización, principalmente, el valor en el catastro de la cosa que se ha de expropiar, aumentado en un 50 por 100, aumento que viene a representar en la práctica los perjuicios que ocasione la expropiación. Y en la mente del legislador estuvo que el precio total no podría exceder del valor catastral más el 50 por 100 indicado, puesto que admitía la posibilidad de que el demandado tenía que 'devolver lo que se le hubiere dado de más, si del posterior avalúo así resultare', y no consideraba el caso de que ese posterior avalúo indicara un precio mayor que el señalado por el actor, fundado en el catastro, y admitido provisionalmente por el Juez. Y todo esto a pesar de la retención del 30 por 100 tomado del 50 en que se aumentaba el precio de la cosa objeto de la expropiación. Lo que quería decir que de antemano quedaba definido que el precio máximo a que podía ascender una indemnización en caso de forzosa enajenación de un inmueble que figura en el catastro, era el valor señalado en éste, más un 50 por 100. Sólo el precio mínimo era desconocido y buscar esto venía a ser el único objeto del posterior avalúo, que obligaba al propietario a restituír lo que había recibido de más sobre tal mínimo, llegado el caso. Siguiendo lo dicho por la Corte cuando estudió la ley 84 de 1920, podía repetirse aquí el concepto de que 'el criterio empleado para la fijación del precio de la finca, o sea el del avalúo catastral, no es violatorio del derecho de plena indemnización que la Constitución garantiza al propietario; pues acoge una avaluación 'establecida de antemano con su beneplácito'.... De modo que cuando el artículo acusado señalaba una norma para fijar el precio máximo que debía fijarse por motivo de la expropiación, contrariaba el principio de la plena indemnización que garantizaran el artículo 31 de la Constitución Nacional y el artículo 5º del Acto legislativo número 3 de 1910. Esto cuando el demandante hubiere podido fijar el precio, por existir catastro o no adolecer éste de incorrecciones y el Juez hubiere encontrado correcta la estimación pecuniaria fijada por aquél. Lo propio ocurría cuando tal estimación no se hacía, por falta de catastro, o ser incorrecto, o cuando el Juez no hallaba aceptable la apreciada por el demandante. En efecto: entonces, decía el parágrafo 1º del artículo acusado: 'El Juez, sin perjuicio de proveer al curso de la demanda, HARA PRACTICAR un avalúo pericial CON ABSOLUTA PRESCINDENCIA DE LAS PARTES, y acogido que fuere este avalúo por el Juez, puede el demandante consignar su valor, para que haya lugar a lo prescrito en el inciso precedente'. Como se ve, en este último caso no quedaba determinado el precio máximo de la indemnización, por faltar el dato del catastro. Y por consiguiente, podía sostenerse que no violaba el principio de la PLENA INDEMNIZACION, puesto que el dictamen pericial no estaba sometido a otras normas que a las de la equidad, que son las que deben tener en cuenta los peritos, a quienes ha de suponerse hombres probos y entendidos en la materia sometida a su decisión. Mas como al avalúo obtenido en este caso se procedía con prescindencia de las partes, y a él quedaba subordinado el que se practicara con posterioridad en el juicio, puesto que el parágrafo mandaba que se procediera según lo prescrito en el inciso precedente, tal avalúo indicaba el precio máximo obligatorio para el demandado, sin que a éste se le permitiera intervenir en él, ya tachando los peritos u objetando el dictamen. Y tal manera de proceder no es precisamente una garantía de PLENA INDEMNIZACION. Además, el hecho de que en el primer dictamen pericial no intervinieran las partes, constituía para el demandado, principalmente, una violación del principio constitucional, que manda que nadie sea juzgado sino 'observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'; pues para él ese dictamen era definitivo, si el posterior no señalaba un precio menor, que lo obligara a devolver parte de lo que se le hubiese dado provisionalmente. Pero como la ley 77 de 1927, en su artículo 2º, manda a los peritos que en el primer avalúo fijen el precio de la cosa, teniendo en cuenta el que contenga en el catastro, y si fuere objetado, ordena que lo fijen libremente, de modo que el precio de la indemnización no queda sometido ya al del catastro, sino al contrario, en éste seguirá rigiendo el señalado en el juicio de expropiación, los motivos de inconstitucionalidad del citado artículo 9º, deducidos por concepto de no ser plena la indemnización, han desaparecido, puesto que la ley 77 de 1927 es la que debe aplicarse hoy sobre ese punto, por ser posterior a dicho artículo 9º, y en-

(1) Concordancias: véanse las doctrinas contenidas en los números 2253, 3515, tomo 1º, Jurisprudencia de la Corte, 3496, tomo 3º Concuerda también con este punto la Jurisprudencia de los Tribunales, número 5680, tomo 2º

Págs.

tonces carece de objeto declarar la inconstitucionalidad de un mandato legal que no rige. Y no puede considerarse en vigor, porque si de conformidad con lo estatuído en el citado artículo 2º de la mencionada ley 77, el avalúo que debe tenerse en cuenta para la indemnización, es en definitiva el que señalan los peritos nombrados en el juicio, indudablemente según las reglas generales, es claro que ya no tiene cabida el que señale el demandante o peritos en cuyo nombramiento no intervengan las partes, puesto que tal cosa carece de objeto. 2º Que la indemnización no es previa, como lo exige el artículo 5º del Acto legislativo número 3 de 1910, si se aplican los preceptos acusados. En relación con este punto disponían ellos, después de dictar las normas a que debía sujetarse la fijación del monto de la indemnización, que el Juez 'ordenará la entrega al demandante del precio, y un 20 por 100 más, dejando en depósito el 30 por 100 restante, dispondrá que el demandante éntre inmediatamente en posesión de lo expropiado. El demandado se obligará en una diligencia a devolver lo que se le hubiere dado de más, si del posterior avalúo así resultare'. Como se ve, fijado el precio, y antes de decidir en definitiva sobre la expropiación, se le quitaba el inmueble al propietario y se le entregaba al demandante, y al propio tiempo se le daba al demandado parte del precio señalado; pues un 30 por 100 del mayor valor de la cosa se retenía por el Juez. De modo que antes de tramitar el juicio, y antes de indemnizar plenamente al demandado, se le quitaba el inmueble para entregarlo al demandante. Pero la ley 105 de 1931, que por reglamentar íntegramente el procedimiento en materia de expropiaciones dejó insubsistentes las disposiciones procedimentales que se hallan en las leyes 56 y 119 de 1890, la 38 de 1918, la 35 de 1915 y la 67 de 1926, según el principio del artículo 3º de la ley 153 de 1887, resuelve hoy toda dificultad, y hace inútil la declaración de inexequibilidad pedida... Se ha sostenido en el debate que la disposición acusada no puede considerarse abrogada, porque ella sólo entraña una medida preventiva, que no es óbice para que se cumplan las reglas procedimentales señaladas en la citada ley 105 de 1931. Esto es un error, como pasa a demostrarse: la ley 35 de 1915 que modificó las leyes 56 y 119 de 1890, señaló un procedimiento especial para los juicios de expropiación para vías férreas. Una ley posterior, la 38 de 1918, hizo extensivo a toda clase de vías públicas lo dispuesto en los artículos 13 a 27 de la ley 35 de 1915. Después, la ley 67 de 1926, en su artículo 8º, dispuso esto: 'Extiéndese a todas las empresas de utilidad pública las disposiciones a favor de las vía férreas, que consagra la ley 35 de 1915, y LAS DE LA PRESENTE'. Se ve claro, pues, por este mandato imperativo, que si algunas modificaciones introducía la ley 67 de 1926 al procedimiento, se refería al que señalaba la 35 de 1915. Según esta ley, la primera providencia del Juez era la sentencia de expropiación (artículo 16). Se abría el debate con la notificación de la sentencia en la forma indicada en los artículos 17 y 18, y el demandado sólo intervenía para nombrar peritos que fijaran el monto del avalúo, el cual señalaba el Juez en definitiva. El valor correspondiente se le pagaba al propietario, directamente o por consignación, y se entregaba lo expropiado al interesado (artículo 20). El propietario tenía derecho, en juicio ordinario, de contradecir el avalúo, llamado PROVISIONAL, y practicado en el juicio especial de expropiación, que no perdía su carácter de tal por el hecho de denominar provisional el avalúo hecho en él; nombre que se justificaba, si se considera que quedaba expuesto a ser rectificado en juicio ordinario, cuando el interesado promovía éste (artículos 21 y siguientes). Siendo esto así, como lo es, se ve claro que la ley 67 de 1926 sólo se propuso introducir la innovación de que el actor fijara por sí el avalúo, cuando había catastro que le diera base, o que lo fijaran peritos nombrados por el Juez, sin intervención de las partes, sencillamente, porque sólo existían éstas cuando se les notificaba la sentencia de expropiación, de acuerdo con la ley 35 de 1915, que debía aplicarse. Introdujo también la innovación de quitarle la cosa al dueño antes de pagarla y antes de que las mismas partes, de acuerdo con la ley 35 de 1915, nombraran peritos, al notificárseles la sentencia de expropiación. De modo que armonizando las leyes 35 y 67 citadas, que eran las que había que armonizar, porque eran las aplicables a estos casos, se concluye que no había tales diligencias preventivas dentro del juicio especial de expropiación, en el cual fuera posible después enmendar los agravios inferidos al derecho de propiedad; porque lo que era el referido juicio quedaba terminado con el POSTERIOR avalúo que en él se practicara en la forma dicha. Para modificar éste, era requisito indispensable un juicio ordinario, según la ley 35 de 1915. Y la tesis de que la ley 67 de 1926 debe aplicarse, armonizándola con el Código Judicial, es insostenible, sencillamente porque no hay armonía posible, dado que el Código señala un procedimiento absolutamente distinto del indicado en dicha ley y en la 35 de 1915, que fue la que modificó la 67. Sin que pueda decirse que las disposiciones de ésta modificaran el Código, por la potísima razón de que el Código es posterior a la ley. Si de modificaciones se trata, hay que admitir forzosamente que son la 67 y la 35 también las que han sido no sólo modificadas, sino abrogadas por el Código Judicial, en todas las disposiciones procedimentales que contengan, ya que el mismo Código enseña, en su artículo 850, que 'las disposiciones de este capítulo —el que trata de expropiaciones— no se oponen a la vigencia DE LAS CONTENIDAS en las leyes sobre expropiaciones por causa de utilidad pública, que tienen carácter sustantivo, o administrativo, o que den reglas sobre el monto de los

Págs.

avalúos'."..(Sentencia de la Corte Plena, XLI, Nº 1898, diciembre 7 de 1934) .... 142, 2ª; 143, 1ª y 2ª; 144, 1ª y 2ª, y 145, 1ª

LEY ACUSADA
(3ª de 1933, sobre gastos de representación de senadores y representantes)

- Nº 131 -

Por violatoria del artículo 112 de la Constitución Nacional fue acusada la ley 3ª de 1933, sobre gastos de representación de senadores y representantes. Dijo la Corte:

"Para llegar a la conclusión de que la ley acusada es inconstitucional, bastan estas consideraciones: La ley 89 de 1931 disponía en su artículo 1º lo siguiente: 'Desde la vigencia de la presente ley las DIETAS y GASTOS DE REPRESENTACION de los Senadores y Representantes serán en total a razón de veinte pesos diarios ($ 20)'. El decreto 1751, de 1º de octubre de 1931, teniendo en cuenta 'las proposiciones acordadas por las Cámaras Legislativas sobre 'que el Poder Ejecutivo puede y debe incluir las dietas de los miembros del Congreso en la rebaja de 10 por 100', de conformidad con las facultades extraordinarias, ordenó esto: 'Desde el primero del presente mes las dietas y gastos de representación de los Senadores y Representantes quedan reducidos en un 10 por 100, devengando por consiguiente $ 18 diarios'. Y el decreto 202, de 8 de febrero de 1932, modificó el anterior y dispuso: 'Desde el primero del presente mes las DIETAS y GASTOS DE REPRESENTACION de cada Senador y Representante se fijan en la suma de $ 15 diarios'. Como se ve, tanto la ley 89 de 1931 como los Decretos que la modifican, engloban las DIETAS y los GASTOS DE REPRESENTACION en una sola partida; lo que indica que el legislador ha considerado que los emolumentos de los Representantes y Senadores deben servirles para su decoroso sustento y el de su familia y para atender a 'desembolsos originados por atenciones y consideraciones' extrañas a aquellas necesidades. Lo que quiere decir que el legislador no entendió que por usar vocablos de distinto significado cambiase la esencia de la realidad que establecía. Más adelante dice: Como se ve, el propósito claro y manifiesto del Congreso con esta ley fue aumentar en $ 5 diarios la partida de $ 15 que señalaba para DIETAS y GASTOS DE REPRESENTACION de los Senadores y Representantes del año de 1933 el decreto ejecutivo número 202 de 1932; aumento que se hacía efectivo antes de que cesaran en sus funciones los miembros de la legislatura en que fué votado. Y esto es abiertamente violatorio de la Constitución Nacional; porque admitiendo que el Congreso pueda señalar GASTOS DE REPRESENTACION a sus miembros, no puede aumentarlos en favor de los que hayan decretado el aumento"... (Sentencia de la Corte Plena, XLI, Nº 1893, febrero 28 de 1935) ..... 146, 1ª y 147, 2ª

LEY ACUSADA

- Nº 132 -

Fueron acusados los artículos 3º, 4º y 5º del Código Judicial (ley 105 de 1931), como violatorios de los artículos 18, 57, 62, 150, 154 y 157 de la Constitución Nacional; 4º y 7º del Acto legislativo número 3 de 1910, y de los Actos legislativos números 1º de 1918 y 1º de 1921.

"... Como conclusión debe reconocerse que corresponde a la ley la determinación de los antecedentes y calidades necesarios para el desempeño de los empleos, en los casos que la Constitución no haya previsto, dado que las circunstancias de progreso científico en el país varían, y porque no sería de sabios legisladores permanecer atados a un solo y único concepto, siendo así que las distintas modalidades de los tiempos obligan a adecuar la legislación a ellas, de forma que ésta traduzca en sus estatutos el actual momento que la Nación viva. Y precisamente para aprovechar esos avances científicos fue por lo que, aparte de los casos contemplados en la Constitución, ésta dejó al legislador la facultad de hacer aquellas determinaciones; y cuando la ley estatuye sobre el particular, no hace otra cosa que cumplir la facultad que constitucionalmente ha recibido, según el artículo 62 de la Carta, concluyéndose que no existe violación constitucional en las disposiciones de los artículos acusados, en el concepto de ser contrarios a las de los artículos 150, 154, 157 y 62 del Estatuto Fundamental". (Sentencia de la Corte Plena, XLI, Nº 1892, septiembre 26 de 1934) 10, 2ª

LEY QUE RIGE LA PRUEBA

- Nº 133 -

Al fallar en instancia, por haber de casar la sentencia de un Tribunal, en cuanto al avalúo de los perjuicios que debían pagarse por la compañía demandada en un juicio sobre aguas, dijo la Corte:

"Conforme a la doctrina jurídicamente establecida por la Corte, el Tribunal obró con acierto al apreciar la prueba pericial, de acuerdo con la legislación que regía cuando se practicó la prueba. En sentencia de casación de tres de julio de mil novecientos treinta y tres, dijo la Corte: 'Esto es razonable, porque el valor de una prueba tiene que estimarse a la luz de la disposición que la establecía y reglamentaba, porque ella así constituía, dentro del sistema probatorio, una especie de derecho adquirido para la parte que la invocaba, que no puede ser desconocida por leyes posteriores, ya que la prueba de un derecho no puede quedar a voluntad del legislador para lo pasado. Esta no es doctrina nueva de la Sala. Ella está consagrada en sentencia de la Corte, de fecha veintisiete de junio de mil novecientos veintinueve, tomo XXXI, página 49,

Págs.

que dice: 'Preciso se hace en este caso examinar si habiendo entrado en vigencia el nuevo Código Judicial, ha de aplicarse el parágrafo del artículo 760, que excluye peritazgos posteriores a los practicados antes, cuando éstos no adolecen de error comprobado o de incapacidad o incompetencia de parte de los individuos que intervinieron como peritos; y si ha de aplicarse también la regla del artículo 770, sobre apreciación de las dos pruebas periciales practicadas en este juicio, o si, por el contrario, debe darse cumplimiento a las disposiciones del antiguo Código Judicial, que se hallan en oposición con las citadas arriba. Practicadas las dos pruebas periciales en este juicio cuando regía el Código Judicial adoptado por la ley 57 de 1887, y tratándose al presente, cuando un nuevo Código de Procedimiento está en vigor, de apreciar la fuerza probatoria de esos peritazgos y de su admisibilidad, esto es, tratándose de formalidades de fondo —DECISORIA LITIS— hay que atenerse al principio de que la ley aplicable es la del tiempo en que aconteció el hecho que se trata de probar, y que el juzgador puede usar del deber de apreciación que le imponía el artículo 79 de la ley 105 de 1890'... (Casación, XLI, número 1895, septiembre 10 de 1933) .... 526, 1ª y 2ª

LEY QUE RIGE LA PRUEBA

- Nº 134 -

En juicio sobre rescisión por lesión enorme se alegaba violación de los artículos 593, 601, 721, 722 y 730 del C. J., por cuanto el sentenciador no le dio valor de plena prueba al dictamen uniforme de dos de los peritos que avaluaron el valor del lote de terreno vendido, en el momento del contrato, siendo así que el citado Código le reconoce ese valor a la prueba pericial.

"Es verdad que esto dispone la nueva ley judicial, y cierto también que el Tribunal no se atuvo al dictamen de los dos peritos que estuvieron de acuerdo acerca del precio del inmueble al tiempo del contrato, pero como las disposiciones sobre pruebas son sustantivas, el valor que éstas comportan debe ser medido por la ley que las establecía y calificaba, es decir, por la ley coetánea al tiempo en que fueron solicitadas. Esto es razonable, porque el valor de una prueba tiene que estimarse a la luz de la disposición que la establecía y reglamentaba, porque ella así constituía, dentro del sistema probatorio, una especie de derecho adquirido para la parte que la invocaba, que no puede ser desconocido por leyes posteriores, ya que la prueba de un derecho no puede quedar a voluntad del legislador para lo pasado. Esta no es doctrina nueva de la Sala. Ella está consagrada en sentencia de la Corte, de fecha veintisiete de junio de mil novecientos veintinueve, Tomo XXXI, página 49, que dice: 'Preciso se hace en este caso examinar si habiendo entrado en vigor el nuevo Código Judicial, ha de aplicarse el parágrafo del artículo 760, que excluye peritazgos posteriores a los practicados antes, cuando éstos no adolecen de error comprobado o de incapacidad o incompetencia de parte de los individuos que intervinieron como peritos; y si ha de aplicarse también la regla del artículo 770, sobre la apreciación de las dos pruebas periciales practicadas en este juicio; o si, por el contrario, debe darse cumplimiento a las disposiciones del antiguo Código Judicial, que se hallan en oposición con las citadas arriba. Practicadas las dos pruebas periciales en este juicio cuando regía el Código Judicial adoptado por la ley 57 de 1887, y tratándose al presente, cuando un nuevo Código de Procedimiento está en vigor, de apreciar la fuerza probatoria de esos peritajes y de su admisibilidad, esto es, tratándose de formalidades de fondo —DECISORIA LITIS— hay que atenerse al principio de que la ley aplicable es la del tiempo en que aconteció el hecho que se trata de probar, y que el juzgador puede usar del deber de apreciación que le imponía el artículo 79 de la ley 105 de 1890'. Así, pues, el sentenciador no violó los artículos invocados por el recurrente al no acoger el dictamen de los dos peritos, al cual la nueva ley le da el valor de plena prueba cuando él es explicado y debidamente fundamentado". (Casación, XLI, número 1895, julio 3 de 1933) (1) 448, 1ª

LEY SUSTANTIVA

- Nº 135 -

Las disposiciones legales sobre pruebas son sustantivas..... (Casación, XLI, Nº 1895, julio 3 de 1933). (2) 448, 1ª

LINDEROS

- Nº 136 -

En la oposición a una propuesta sobre exploración de petróleos se habían presentado por el opositor títulos que no tenían un claro alindamiento sobre los bienes de que se decía dueño.

"... El dominio como derecho real que se tiene sobre una cosa corporal, para que pueda ser efectivo necesita ser conocido en su extensión, así por el agente activo del derecho como por los agentes pasivos del mismo; porque de otra manera el primero no sabe qué es lo que debe hacer respetar, y los segundos qué es lo que deben respetar; de manera que un dominio sobre una cosa corporal inmueble, es decir, sobre un predio rústico que no se sabe hasta dónde se extiende, bien puede considerarse como un derecho ineficaz, máxime cuando se trata de hacerlo prevalecer sobre otro derecho como es el del Estado, entidad a cuyo favor, como muy

(1) Concordancia: véase la doctrina expuesta en el número 2281, tomo 1º, Jurisprudencia de la Corte.

(2) Concuerdan con esta doctrina las expuestas en los números 2006, 2009 y 2013 del tomo 2º de la Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

bien lo dice el señor Procurador, acogiendo doctrinas expuestas por la Corte, existe la presunción legal de ser dueña de todas las tierras que existen dentro del territorio en que ejercita su soberanía; presunción que está acogida tanto en nuestra legislación como también en legislaciones extranjeras, según puede verse en estas sentencias: (Cita aquí la Corte las doctrinas de casación contenidas en los números 3263 del tomo 1º, de la JURISPRUDENCIA DE LA CORTE, y 357 del tomo 3º). Y agrega: "Confirma el criterio expuesto sobre la necesidad de la determinación precisa de los bienes raíces para ser eficaz el derecho de dominio, el hecho de que el Código Civil, en su artículo 2594 exige se expresen en las escrituras públicas sobre inmuebles la constancia de la situación de éstos y de sus linderos; disposición ésta que ha sido interpretada por la Sala de Casación Civil en el sentido de declarar como doctrina constante 'que no tiene valor probatorio una escritura pública de transmisión del dominio de un bien inmueble (finca raíz) si no está singularizada por medio de los correspondientes linderos'. (Casación, 22 de abril de 1925, tomo XXXI, 297, 2ª)". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1892, mayo 26 de 1934) (1). Hubo salvamento de voto porque estimó el Magistrado disidente que sí había precisión en los linderos, y por otros motivos (2) 136, 1º

LIQUIDACION DE LAS OPERACIONES DE UNA SOCIEDAD DE HECHO

- Nº 137 -

Praxedis y Juan C. Molina tenían formada una sociedad de hecho para negocios de mercancías, trasporte de carga a lomo de bestias, cría de ganados, etc.; aquél demandó a éste para que le rindiera cuentas de las operaciones comerciales por éste ejecutadas y perdió el pleito en ambas instancias, por lo cual recurrió en casación alegando la primera causal por error de hecho en que incurrió el sentenciador y que lo indujo a violar el artículo 2083 del Código Civil.

"Considera la Corte que, dada la existencia de la sociedad de hecho que el Tribunal reconoce como demostrada en algunas de las aseveraciones de Juan C. Molina, hechas en las cartas, es indudable que el socio expresado administró algunos negocios de esa sociedad, y que si bien no puede considerarse como administrador o gestor único de ella, como acertadamente lo expresa el sentenciador, no es el caso de absolverlo de la demanda, pues el artículo 2083 del Código Civil da derecho a cada uno de los miembros de una sociedad de hecho para pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar lo que hubiere aportado. El Tribunal incurrió, pues, en error manifiesto de hecho al desconocer la prueba que aparece de las cartas reconocidas por Juan C. Molina, de las cuales aparece que él manejó algunos de los negocios de la sociedad de hecho formada con su hermano Praxedis Molina, violó con ello el artículo 2083 del Código Civil, al desconocer el derecho que asiste a este último para pedir que su hermano Juan C. Molina presente las cuentas y la liquidación de las operaciones realizadas por él como administrador de la sociedad de hecho, advirtiendo que si bien no aparece probado que fuera él el único administrador de todas las operaciones de esa sociedad, sí lo fue de algunas, y sobre ellas debe versar la rendición de cuentas, que es base imprescindible de la liquidación de la sociedad" Ya al proferir la Corte su fallo de instancia, por haber de casar la sentencia recurrida, agrega: "El demandado propuso la excepción de nulidad de la Compañía, porque no existiendo escritura social, su omisión, a la luz de la disposición citada (1), produce nulidad absoluta entre los socios; pero a esto se observa que no se ha demostrado que los contratantes tuvieran el carácter de comerciantes, y si bien algunos de los fines de la compañía, según se expresa en la demanda, eran de índole comercial, otros, como la fundación de posesiones agrícolas y la adquisición de fincas raíces, no tienen ese carácter. De manera que no puede sostenerse que la Compañía fuera comercial, para que tenga aplicación el artículo 472 del Código Civil (2). A lo cual puede agregarse que, precisamente, cuando existe esa nulidad, no por ello quedan eximidos los socios de proceder a la liquidación de las operaciones anteriores, conforme al artículo 472 del Código de Comercio que armoniza perfectamente con el artículo 2083 del Código Civil, el cual, precisamente, prevé el caso de formaciones de sociedades de hecho, que no pueden subsistir legalmente como contrato alguno. En ambas disposiciones, la del Código de Comercio y la del Código Civil, está consignado el principio de equidad de la liquidación, para que cada socio recupere lo que le pertenece". (Casación, XLI, Nº 1893, febrero 28 de 1933) (3) .. 202, 2ª, y 203, 1ª

(1) La doctrina citada últimamente corresponde al Nº 2376 del tomo 3º de la Jurisprudencia de la Corte.

(2) Concuerda con esta doctrina la Jurisprudencia de los Tribunales: Nos. 3309, 3219, 3223, tomo 2º Doctrinas legales del Tribunal Superior de Ibagué, Nº 271.

(1) Artículo 472. C. Co.

(2) Por error de caja se citó el artículo 472 del Código Civil, en vez del de Comercio a que en seguida alude el fallo.

(3) Concordancias: véase la doctrina contenida bajo el título: "Sociedad de hecho", Nº 3335, tomo 3º, Jurisprudencia de la Corte. La Jurisprudencia Razonada de Latorre niega que pueda haber acción de rendición de cuentas en las sociedades de hecho.

Págs.

M

MEDIO NUEVO

- Nº 138 -

Corrigió el sentenciador el error sobre la suma que debía consignar el deudor en un juicio sobre oposición a un pago por consignación, declarando que debía ser una suma mayor que la consignada. Decía el recurrente que eso demostraba que la consignación no había sido bien hecha.

"Este es un medio nuevo, puesto que no se discutió en las instancias. El Tribunal, oficiosamente, enmendó un error numérico, sin que ninguna de las partes hiciese petición alguna sobre el particular. En la litis el deudor se limitó a sostener que lo que debía era una suma de dinero, y el acreedor que, conforme al contrato, no estaba obligado a recibir dinero, sino una porción de tierra por valor de quinientos pesos.... El cargo es, pues, infundado". (Casación, XLI, Nº 1894, marzo 29 de 1933) (1)..... 288, 2ª

MEDIO NUEVO EN CASACION

- Nº 139 -

Véase la doctrina contenida en el capítulo "Casación".

MINAS

- Nº 140 -

Se demandó la nulidad del denuncio de una mina. El actor que perdió el pleito alegó ante la Corte la violación de los artículos 1741 del Código Civil y 94 del Código de Minas, y sostuvo que había nulidad absoluta en el denuncio de una mina situada en terreno cultivado o destinado a la cría y ceba de ganado, cuando el denuncio se hacía sin permiso del dueño del terreno.

"En un caso en que se discutía la misma cuestión suscitada en este cargo, la Corte sentó la siguiente doctria: 'Las disposiciones legales que establecen causas de nulidad en los actos y contratos son de interpretación estricta, según la regla de que las leyes odiosas han de entenderse dentro de sus términos precisos sin que puedan aplicarse a casos no expresados en ellas. Y según otro principio sobre aplicación de las leyes, no ya teórico sino de derecho positivo, la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general (artículo 5º, ley 57 de 1887), principio contrario a la tesis del recurrente de que la disposición del Código de Minas que trata especialmente de las causas de nulidad de los títulos, debe ceder a la general del Código Civil sobre actos prohibidos. Por otra parte, la disposición del artículo 3º de la ley 38 de 1887 fue dictada en guarda de los derechos del dueño del terreno y en beneficio suyo. Suponiendo que hubiese nulidad, ésta sería relativa y alegable tan sólo por el beneficiado o sus herederos y cesionarios.' (GACETA JUDICIAL, tomo XXX, página 212, 1ª)". (Casación, XLI, Nº 1894, mayo 17 de 1933)..... 344, 2ª

MORA EN LOS CONTRATOS BILATERALES

- Nº 141 -

Véase la doctrina expuesta bajo el título: Resolución de un contrato bilateral, Julia Saavedra de Villafañe en juicio contra Reyes.

N

NULIDAD ABSOLUTA ALEGADA POR EL HEREDERO

- Nº 142 -

Véase la doctrina expuesta bajo el título de Interés en la declaración de nulidad absoluta de un contrato por simulación.

NULIDAD DEL JUICIO CRIMINAL

- Nº 143 -

Constituye nulidad en el juicio criminal el hecho de no reemplazar al Jurado que ha desempeñado el cargo de defensor del reo, de acuerdo con la causal 2ª del artículo 265 de la ley 57 de 1887. (Casación, XLI, Nº 1892, octubre 18 de 1932)..... 96, 2ª

NULIDAD DEL JUICIO CRIMINAL

- Nº 144 -

Nombrándole curador ad litem a un reo de homicidio que se halla demente, se le siguió el juicio en que se le condenó a la pena de veinte años de presidio.

"No puede someterse a duda que el procesado García es un demente.... El argumento de analogía que en un principio invocó el Juez de primera instancia para suspender el procedimiento, fue y es de la mayor importancia. Si tratándose del acusado ausente, a quien no se ha podido encontrar para notificarle el auto de proceder, ordena la ley con suspensión, con mayor razón tiene que verificarse ésta aun cuando haya mediado esa notificación, y aunque con posterioridad a ella el acusado sea víctima de enajenación mental, porque entonces desaparece legal y moralmente una de las partes, la principal, el que debe responder de su acción delictuosa, y mal puede comparecer ante la justicia a responder de ella, quien está privado de la razón y del conocimiento.... Es cierto que no existe disposición expresa de carácter legal que ordene esa suspensión; y no existe porque los legisladores de entonces no pudieron conocer los postulados de la ac-

(1) Los medios nuevos son inadmisibles en casación, ha dicho la Corte en diversas decisiones, como puede verse en las doctrinas de casación que contienen los números 497, 521, 557, tomo 1o, Jurisprudencia de la Corte, 256, 262, 265, 287, 291, tomo 2o., y 145, 536, 544, tomo 3o.

Págs.

cuela positiva, según los cuales, aun cuando se trate de un delincuente loco, el procedimiento siempre se sigue no propiamente para imponerle pena, sino como medida de seguridad y en busca del tratamiento más adecuado y con criterio de defensa social. Mas la Constitución en el Título XII, que lleva por mote DE LOS DERECHOS CIVILES Y GARANTIAS SOCIALES, previene en el artículo 26 que nadie puede ser juzgado sino observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, y el juicio criminal exige dentro de los principios que informan nuestra legislación, se repite, que el delincuente sea una persona normal, no sólo en el momento en que ejecuta el hecho criminal, sino durante todo el curso del procedimiento; de lo contrario, se le vence, y lo que es peor y más grave, se le condena, sin haber sido oído y vencido en juicio". Termina la Corte declarando nulo lo actuado. (Auto, XLI, Nº 1894, marzo 3 de 1933)..... 402, 1ª

NULIDAD DEL JUICIO CRIMINAL POR PRETERMISION DE UNA INSTANCIA

- Nº 145 -

Un Juez superior declaró notoriamente injusto el veredicto de un Jurado y consultó su decisión con el Tribunal, el cual revocó la declaración de injusticia notoria y condenó de plano a los encausados por robo a las penas correspondientes. La Corte trascribe, como fundamento de su fallo, otro de la misma en un caso análogo, en el cual se expuso:

"....El Tribunal, al revisar por vía de consulta la providencia del Juez en que declaró la injusticia notoria de los veredictos, tenía que limitarse a lo que era materia de ella, es decir, a confirmarla o revocarla, debiendo en este último caso devolver el expediente para que el Jurado fallara en el fondo; pero en vez de hacerlo así, procedió a dictar sentencia condenatoria de acuerdo con los veredictos, con lo cual vino a quedar suprimida una instancia, o sea la sentencia que en primera debía dictar el Juez a quo. El artículo 50 de la ley 169 de 1896, claramente está diciendo que la misión del Tribunal se reducirá a lo que se ha expuesto en el párrafo anterior, como se deduce de sus términos: 'Si a juicio del Juez las resoluciones fueren contrarias a la evidencia, declarará injusto el veredicto y consultará su determinación con el Tribunal Superior'. Termina la Corte invalidando el fallo recurrido para que el Juez dicte la correspondiente sentencia y no se pretermita la instancia. (Casación, XLI, Nº 1892, octubre 28 de 1932) 115, 2ª

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL

- Nº 146 -

Se había convocado un nuevo Jurado, al cual no asistió el procesado. En casación se alegó la nulidad del proceso, de conformidad con el artículo 264 de la ley 57 de 1887.

Págs.

"....Si la reunión del Jurado se llevó a la práctica sin la asistencia del procesado, que estaba preso entonces, como se encuentra ahora, no bastaba haberle notificado el auto que señalaba fecha para ese acto, sino que, para evitar la nulidad, fue preciso, además, permitirle la asistencia, ya que no estaba en libertad de concurrir, a pesar de la notificación personal que se le hacía, debido a su condición de preso. Esta doctrina, expresta en el citado fallo del cuatro de diciembre de mil novecientos veinticinco, ha tenido oportunidad de repetirla esta Sala de la Corte en varios otros fallos; tiene fundamento en los principios que informan el artículo 26 de la Constitución, y en el motivo concluyente de que la formalidad de la notificación personal sería letra muerta, si al que, procesado o preso, no se le dieran las facilidades necesarias para concurrir a las audiencias de su causa, o a ciertos actos trascendentales en el plenario. 'Tan cierto es esto —dijo la Sala— que aun faltando tal notificación, si las partes concurren, no hay nulidad por esa informalidad'. Y como, efectivamente, al folio 157 puede verse que la nueva reunión del Jurado se llevó a cabo sin la asistencia de las partes, no hay duda de que la actuación se encuentra viciada a partir de allí, por la cual se justifica infirmar el fallo". (Casación, XLI, Nº 1895, marzo 21 de 1933). 558, 1ª

NULIDAD DE LA DILIGENCIA DE FIANZA DE CARCEL

- Nº 147 -

Se escribió una diligencia de cárcel en que firmó el fiador más no el fiado. Por ese motivo el fiador ejecutado para el pago de la multa impuesta opuso la excepción de nulidad de la fianza, que prosperó. Dijo la Corte:

"....La firma del excarcelado con libertad provisional es elemento esencial a la diligencia de constitución de fianza, y su omisión acarrea la nulidad de la misma, en cuanto a los efectos jurídicos que de ella se derivan, dado que tal documento no presta mérito ejecutivo". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1895, julio 8 de 1933) (1)..... 597, 2ª y 598, 1ª

NULIDAD POR SIMULACION DE CONTRATO SOLICITADA POR EL ACREEDOR DEL DEUDOR QUE ENAJENO SUS BIENES CON PERJUICIO DE AQUEL

- Nº 148 -

Véase la doctrina titulada: Interés del acreedor en la solicitud de nulidad por simulación del contrato que perjudica sus intereses.

(1) Concordancia: cita la Corte la sentencia de fecha 4 de febrero de 1912, publicada en el tomo XXIX de la GACETA JUDICIAL, página 100, 3a.)

Págs.

NULIDAD DE UN TESTAMENTO

- Nº 149 -

Se pidió la nulidad del testamento de Abraham Mejía D. porque se aseveró que, siendo demasiado sordo, no había oído la lectura del testamento que otorgó ante Notario. Como el Tribunal no accediese a la declaración de nulidad recurrió en casación el actor acusando el fallo por primera causal, como violatorio de los artículos 1072 y 1074 del Código Civil. Decía el Tribunal: "Es de advertir que tal argumentación se funda en el concepto erróneo de que es preciso que el testador oiga la lectura de sus disposiciones testamentarias, cuando el artículo 1074 del Código Civil sólo exige que el testador esté a la vista mientras se lee el testamento. Quienes deben oír todo el tenor de las disposiciones testamentarias son aquellas personas cuya presencia es necesaria, tales como el Notario, si lo hubiere, y los testigos instrumentales, como se deduce rectamente del texto legal, cuya redacción está indicando claramente las dos partes de que se compone, la primera, referente al testador, y la segunda, a las personas que deben oír la lectura del testamento." Dijo la Corte, para casar la sentencia recurrida:

"Se considera: El doctor Fernando Vélez, en su obra titulada 'Derecho Civil Colombiano', comenta acertada y jurídicamente el artículo 1074 del Código Civil, según consta en los apartes que se copian en seguida: 'Otro modo de otorgar el testamento sería que después de recibidas aquellas personas, el testador dicte sus disposiciones al Notario, bien para que éste las escriba o para que las escriba otro individuo, puesto que el artículo 1074 no exige, como el 972 del Código francés, que precisamente sean escritas por el Notario. Pero una vez que se haya concluído de escribir el testamento, debe leerlo en alta voz, de modo que lo oigan el testador y los testigos. Cuando el testador dicta sus disposiciones, nada se opone a que el Notario, sin modificar en lo más mínimo el fondo de éstas, varíe su redacción para mayor claridad. Cuando el testamento se escribe en el mismo acto de otorgarse, será nula toda disposición que el testador no dicte, y que se reduzca a que después de escrita por el Notario o por cualquiera otra persona, le sea leída al testador, y éste conteste sí o nó, o haga un signo de afirmación o negación (artículo 1118). Es, pues, de la esencia del testamento, cuando interviene el Notario que una vez terminado aquél se lea en alta voz por el mismo Notario, y que mientras se lee íntegramente, el testador esté a la vista del Notario y de los testigos, y que todos oigan el tenor de todas las disposiciones testamentarias.' (Tomo IV, páginas 166 y 167). Existe en el juicio plena prueba de que el testador no oyó la lectura de todas sus disposiciones testamentarias..... Por lo expuesto, la sentencia es casable por haber quebrantado el Tribunal los artículos 1072 y 1074 del Código Civil y el 12 de la Ley 95 de 1890". (Casación, XLI, Nº 1895, julio 25 de 1933). Págs. 472, 2ª, 480, 1ª

El Magistrado disidente, doctor José Miguel Arango, manifestó en su salvamento de voto que sí había plena prueba de que el testador oyó leer su testamento, y que, además, había manifestado repetidas veces su voluntad de dejar todos sus bienes a la heredera nombrada.

OBJECIONES A LA PARTICION

- Nº 150 -

Véase la doctrina expuesta bajo el título: "PARTICION".

OBLIGACION DEL VENDEDOR DE ENTREGAR LA COSA VENDIDA

- Nº 151 -

Véase la doctrina contenida bajo el título: TRADICION DE LA COSA VENDIDA.

OPOSICION EN ASUNTOS DE PETROLEOS

- Nº 152 -

En juicio de oposición a una propuesta sobre explotación de petróleos fijó la Corte el alcance del artículo 26 de la Ley 37 de 1931 en estos términos, trascribiendo una doctrina anterior:

"Según el artículo 26 de la Ley 37 nombrada, el fundamento de la oposición debe referirse a la propiedad del petróleo que se trata de explotar; de consiguiente, las pruebas que deben presentarse han de referirse a la demostración de este derecho; y aunque la Resolución que en estas circunstancias dicte la Corte, dada la naturaleza del juicio breve y sumario, no hace tránsito a cosa juzgada, sí debe producir el efecto de autorizar al Gobierno para celebrar el contrato respectivo, si el fallo fuere favorable al proponente, 'quedándole al opositor vencido el derecho de demandar en juicio ordinario a la Nación, ante el Poder Judicial', según lo preceptúa el inciso 5º del artículo citado". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1892, mayo 26 de 1934). 132, 2ª

OPOSICION EN ASUNTOS DE PETROLEOS

- Nº 153 -

Habíase declarado que en las oposiciones que versan sobre asuntos de petróleos el opositor es el actor con todas las consecuencias jurídicas que esa condición le impone. Como se solicitase reposición de ese auto, dijo la Corte, acogiendo el concepto del Procurador:

"..... El derecho de oposición que se concede a un tercero para intervenir en la negociación que se trata de celebrar

Págs.

entre la Nación y un particular que quiere explorar y explotar petróleos lleva consigo una acción para hacer efectivo ese derecho, y por lo mismo le imprime al opositor el carácter de demandante; y lo es quien reclama que se le respete su derecho y que para ello no se lleve a efecto la negociación proyectada. Si es verdad que la disposición citada (1) no expresa que el opositor ha de tener la condición de demandante y que su escrito de oposición deba acogerse como demanda, en ese sentido hay que entenderlo porque, por las razones expuestas, ese escrito que con las pruebas acompañadas y con la propuesta y los documentos que le acceden se manda a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para que esa entidad decida si es o no fundada la oposición, ha de ser el libelo con que se inicia el juicio de oposición que ella debe decidir". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1895, julio 4 de 1932) 584, 2ª

PACTO DE RETROVENTA

- Nº 154 -

Casó la Corte la sentencia de un Tribunal que, de acuerdo con lo pedido en la demanda, declaró haber cumplido la actora el pacto de retroventa que figuraba en cierta escritura de venta y, como consecuencia, la resolución del contrato y la obligación para el demandado de restituír los bienes vendidos, considerado como poseedor de mala fe. Decía el Tribunal: "¿Pero la vendedora ejerció legal y oportunamente su derecho de retracto? El demandado alega que no se le dio la noticia del retracto con la anticipación de seis meses y por notificación judicial anterior al vencimiento del pacto, y este es un hecho admitido por la demandante. El artículo 1943 del Código Civil dice: '....El primer inciso fija el plazo del pacto de retroventa cuando los contratantes no lo han señalado. El segundo inciso no se puede entender ni aplicar con prescindencia del primero sino relacionándolo y armonizándolo con él como lo hizo el legislador al colocarlos ambos en una sola disposición. Por tanto, el requisito de la noticia anticipada que en todo caso exige el segundo inciso, ha de entenderse para cuando el plazo de la retroventa no es convencional sino legal. Y como en todo caso el plazo no era el legal sino el de dos años que señalaron los contratantes, síguese que la vendedora no estaba obligada a dar el aviso anticipado de que recobraría las fincas vendidas. Por otra parte, la ley no exige el aviso anticipado como condición de validez del retracto sino como requisito previo para que pueda pedirse la restitución de la cosa recobrada en virtud del ejercicio del derecho del retracto. En efecto, la única condición exigida por el artículo 1939 para que el vendedor recobre la cosa vendida es el reembolso de la cantidad estipulada al comprador o de lo que le haya costado la compra. Y la razón del plazo concedido por la ley al comprador y determinado por el aviso anticipado es la de que éste necesita prepararse para la restitución de la cosa comprada y proceder a la percepción de frutos. De aquí que la consecuencia que trae la omisión del aviso anticipado, sea convencional o legal el plazo de la retroventa, es la de que el retrayente no puede pedir la restitución inmediata de la cosa retraída, sino que tiene que esperar, para su devolución, seis meses si es un bien raíz, quince días si es una cosa mueble y la próxima percepción de los frutos si la cosa no los da sino de tiempo en tiempo y a consecuencia de trabajos e inversiones preparatorias. Por consiguiente, de la falta del aviso anticipado por la demandante al demandado no se puede deducir que no se hubiera cumplido la condición resolutoria de la venta, ni que se hubiera dejado de verificar el retracto". La Corte se expresa así:

"Para la Corte es clarísima la violación del artículo 1943 del Código Civil. Esta disposición está redactada de una manera límpida y es de una claridad meridiana. Ella no da asa para hacer los distingos que hace el Tribunal, ni da pie para decidir que ella sólo se aplica cuando el plazo es legal y no convencional. Esta interpretación está respaldada con la misma autoridad de la Corte, quien en sentencia de fecha veintidós de noviembre de mil novecientos seis, al resolver un caso en un todo idéntico al que hoy se estudia, dijo refiriéndose al artículo 1943: 'Por lo que hace a la primera condición de las que se anotaron como indispensables para que la retroventa llegue a consumarse, que consiste en el aviso o noticia que el vendedor debe dar al comprador de que va a intentar la acción de retroventa, con anticipación por lo menos de seis meses para los bienes raíces, condición cuyo no cumplimiento sirve de fundamento al motivo de casación que se hace descansar en la violación del artículo 1943 del Código Civil, que como ya se vio, fue desechada en el caso del pleito por el Tribunal sentenciador, quien después de declarar, basado en que el retracto se consumó el dos de mayo, que el aviso no se dio, lo estima innecesario, porque, dada la situación de las partes, ninguna restitución tenía que hacer el comprador al vendedor. Nuestro Código Civil, en el artículo 1943, declara de una manera terminante a favor del comprador el derecho a que se le dé noticia anticipada, que no bajará de seis meses para los bienes raíces ni de quince días para las cosas muebles, y como tal disposición no adolece de oscuridad, ni se advierte en ella vacío que el juzgador debiera llenar, la sentencia acusada debió haberla aplicado y no la aplicó al considerar el aviso como una simple formalidad procedimental, y al declarar, como declaró, que en el caso del pleito carecía de objeto'. Bien es cierto que la Corte de entonces, a pesar de considerar que

(1) El artículo 26, inciso 4o. de la ley 37 de 1931.

Págs.

se había quebrantado la disposición del artículo 1943, no infirmó el fallo, porque consideró que la oferta del reembolso del precio antes de los seis meses de que habla la ley, oferta que la Corte consideró equivalente al aviso antelado que exige la disposición del artículo 1943, porque, 'quien anuncia que restituirá el precio de una cosa que ha vendido y pactado recobrar, avisa necesariamente que debe volver a la adquisición de esa cosa, esto es, manifiesta el intento de recuperarla', pero ese evento no acaece al presente, pues la vendedora con pacto de retroventa, no ofreció reembolsarle al comprador el precio antes de vencerse los seis meses de que habla la ley, para que ese ofrecimiento pudiera considerarse como el aviso legal. Ahora, como este fundamento es el primordial de la sentencia, caído él, en virtud del quebrantamiento del artículo 1943, todo el fallo cae". (Casación, XLI, Nº 1893, marzo 17 de 1933) 218, 1ª y 2ª, y 219, 1ª

PARTICION

- Nº 155 -

Objetada una partición el objetante dejó ejecutoriar en cierto punto la sentencia del Juez. En el recurso de casación pretendía que se revalidara la sentencia del Tribunal por no haber pronunciado sobre el punto que se dejó ejecutoriar ante el Juez.

"Considera la Corte que este reparo se hizo a la primitiva partición y fue negado por el Juez en sentencia que el actual recurrente dejó ejecutoriar, pues interpuso su apelación fuera de tiempo, como se vio atrás al hacer la historia del pleito. Ese punto quedó fuera de debate en la segunda instancia y no puede ser reproducido en casación, pues no es la sentencia del Juez sino la del Tribunal la que está sujeta al recurso. 'Nada significa, expone el autor del recurso, que las objeciones hayan sido rechazadas o falladas en contra de sus pretensiones', porque, como lo dice la Corte en la sentencia de fecha diez de diciembre de mil novecientos quince (tomo XXV, página 255), en la casación de un juicio de sucesión no puede alegarse ejecutoria de las decisiones del Tribunal que resuelva las objeciones de la partición. 'De esta manera el recurso de casación carecerá de objeto en la mayor parte de los casos'. La jurisprudencia que el recurrente invoca ha sido constantemente observada por la Corte: pero aquí no se trata de una decisión del Tribunal sobre objeciones, sino de la del Juzgado, que dejó ejecutoriar el actual recurrente y que por lo mismo quedó fuera de la jurisdicción del Tribunal. En caso análogo dijo esta Corte: 'Las decisiones ejecutoriadas de los Tribunales sobre objeciones a la partición, no impiden el recurso de casación, porque éste versa propiamente sobre esas decisiones, y porque la parte al apelar de la resolución del Juez agota todos los medios que la ley pone a su disposición para la defensa de sus derechos. Pero no sucede lo mismo cuando lo ejecutoriado es la decisión del recurso de apelación. En tal caso debe considerarse que el interesado abandonó las objeciones, o las retiró o desistió tácitamente de ellas; y por otra parte, para que sea admisible en el fondo el recurso de casación es necesario que en las instancias del juicio se hayan agotado todos los medios ordinarios de defensa.' (Véase GACETA JUDICIAL, tomo XVII, página 257, 1º)". Casación, XLI, Nº 1894, abril 25 de 1933)..... 327, 1ª

PARTICION

- Nº 156 -

Se intentó casación contra una sentencia confirmatoria de la de primera instancia que había aprobado la partición en un juicio divisorio de bienes comunes, y alegaba el recurrente la segunda causal del artículo 520 del Código Judicial sosteniendo que no habiéndosele hecho en el juicio adjudicación ninguna de bienes a sus poderdantes que eran verdaderos condueños, no estaba la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

"Considera la Corte que el Tribunal se fundó para confirmar la sentencia del Juzgado, aprobatoria de la partición, en que ésta no había sido objetada por las partes que intervinieron en el juicio, pues al hacerse presentes en él los señores Carvajales Sicard, se limitaron a proponer excepciones tendientes a obtener la nulidad de la actuación, las cuales fueron desechadas. Por tanto, no habiendo objeciones a la partición, que son las que fijan los puntos de controversia en los juicios divisorios, no cabe alegar la causal segunda de casación que se refiere a las peticiones de la demanda, cuando la sentencia deja de fallar sobre lo pedido, o resuelve más de lo solicitado, o a las objeciones, cuando en el fallo hay exceso o defecto al decidirlas". (Casación, XLI, Nº 1894, marzo 27 de 1933)..... 363, 1ª

PARTICION COMO TITULO DECLARATIVO DE DOMINIO ENTRE CONDUEÑOS

- Nº 157 -

Cierto individuo vendió un terreno a una sociedad, la cual, al liquidarse, lo partió entre varios condueños. Instauró aquél la acción de rescisión del contrato de venta por lesión enorme contra los miembros de la sociedad disuelta y ganó el pleito. En demanda de casación de la sentencia del Tribunal alegaba la parte demandada que el sentenciador había violado los artículos 765 y 1951 del Código Civil, por cuanto conceptuaba que la partición tenía por objeto la determinación del derecho común, por medio de la adjudicación, no causa enajenación para los efectos del artículo 1951 de dicho Código, cuando, como en el caso del litigio, la rescisión del contrato de venta versa sobre partes alícuotas de un bien determinado, y ello, desde luego, porque enajenar, según el diccionario de la Lengua, citado por el apoderado de la parte

Págs.

demandada, no es otra cosa que pasar o trasferir a otro el derecho de un bien.

"Se observa: Considera el recurrente que nuestro Código Civil, en el artículo 765, consagra el mismo concepto del derecho romano de que la partición no es declarativa sino traslativa de la propiedad, que es un acto de verdadera enajenación; pero como ya se ha hecho notar en otras decisiones, en el derecho civil colombiano, los actos legales de partición son títulos traslaticios del dominio del causante a los herederos, mas no entre los coherederos, al tenor de lo establecido en el artículo 1401 del mismo Código, según el cual 'cada signatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto, en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión'. En este mismo sentido se expresa el expositor italiano Francisco Ricci, quien, refiriéndose al artículo 1034 del Código Civil de su nación, que consagra el mismo principio del nuestro, dice: 'Si cada coheredero, pues, está considerado como inmediato sucesor del DE CUJUS con respecto a los bienes que componen su cuota, y si se supone que nunca tuvo la propiedad de los demás bienes de la herencia, quiere decir que ni adquiere su cuota por cesión de los coherederos, ni cede sus derechos sobre la cuota que a éstos se les asigna; es, pues, evidente que la división, en derecho patrio, no hace pasar la propiedad de unos herederos a los otros, sino que determina los bienes sobre los cuales cada condividendo ha adquirido exclusivo derecho desde el momento en que la sucesión se abrió por lo que no es TRASLATIVA, sino DECLARATIVA de propiedad'. (Derecho Civil Teórico y Práctico, tomo 9º, número 111). La Corte mantiene este concepto, ya expuesto por ella, en casación de 12 de junio de 1899, cuando dijo que 'en presencia del claro y categórico principio de derecho establecido por el artículo 1401 del Código Civil, es imposible negar que verificada la partición extrajudicial de unas tierras, cada uno de los adjudicatarios adquiere, con exclusión de los otros y por transmisión directa de su causante, el lote que en la división le cupo, viniendo a ser la partición de este modo y de conformidad con el artículo 765, inciso 3º del Código Civil, título traslaticio de dominio del causante a cada uno de los sucesores en el respectivo lote, a la vez que título meramente declarativo de dominio entre los coasignatarios'. (GACETA JUDICIAL, 239, 1ª). El cargo es infundado". (Casación, XLI, Nº 1895, agosto 4 de 1933) ..... 490, 1ª y 2ª

PARTICION COMO TITULO DECLARATIVO DE DOMINIO ENTRE COPARTICIPES Y TRASLATICIO CON RELACION AL CAUSANTE

- Nº 158 -

En un juicio de tercería excluyente consideró el sentenciador que siendo la adquisición del tercerista de simples derechos hereditarios, sus títulos no podían primar sobre los de los ejecutados que tenían hijuelas registradas de dominio. Argüía el tercerista recurrente en casación que la partición de bienes no confiere por sí sola el dominio y que el Tribunal dio a las hijuelas efecto traslaticio, siendo así que la partición produce efecto solamente declarativo. Dijo la Corte:

"Para la Corte, la partición tiene efecto declarativo entre los copartícipes y traslativo del causante a cada uno de ellos, según se desprende de la compaginación de los artículos 765 y 1401 del Código Civil. Si, hecha la partición, se reputa que cada asignatario ha sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en el cupo que se le adjudica y que jamás ha tenido parte en los otros bienes de la sucesión, es indudable que dicha partición deslinda, despeja o declara los derechos mutuos de los copartícipes, para que cada uno de ellos, merced a la ficción jurídica de la retroactividad, aparezca como sucesor inmediato y único del DE CUJUS en su cuota; con lo cual se cumple el doble fenómeno de que acaba de hablarse y quedan satisfechos los dos artículos citados. La partición en un juicio de sucesión no confiere por sí sola el dominio al asignatario, si el causante no era dueño de los bienes partidos y adjudicados; pero sí lo confiere en el caso contrario, pues de otra suerte sería letra muerta el inciso 3º del susodicho artículo 765". Casó la Corte la sentencia recurrida, por otro concepto. (Casación, XLI, Nº 1895, agosto 31 de 1933) 521, 1ª

PATENTE

- Nº 159 -

Fue demandado el Departamento de Cundinamarca para el pago de perjuicios por valor del aparato y enseres que componían una fábrica de licores y por la destrucción de la fábrica y la paralización de la industria desde que empezó el monopolio. Acogió la Corte los razonamientos del Tribunal sentenciador, así:

"La base esencial o fundamental de una acción de esta clase, es la patente de instalación de fábrica expedida conforme a las reglas de la Ordenanza número 66 de 1915, ya citada, como lo ha dicho este Tribunal en diversidad de fallos y como lo ha dicho igualmente la Corte Suprema de Justicia. La razón de esto consiste en que sólo el que ha patentado su fábrica, es el que tiene derecho a exigir del Departamento el cumplimiento de sus obligaciones". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1892, septiembre 27 de 1932) 118, 1ª

PERMISOS ADMINISTRATIVOS

- Nº 160 -

Véase la doctrina expuesta bajo el título: Concesiones administrativas.

Págs.

PERSONERIA DE LA SOCIEDAD COLECTIVA MERCANTIL

- Nº 161 -

La existencia de una sociedad colectiva de comercio no se comprueba con la confesión de las partes, o asentimiento acerca de su existencia, sino con prueba escrita, en que se llenen determinadas formalidades legales. (Casación, XLI, Nº 1892, noviembre 24 de 1932) 30, 2ª

PERSONERIA DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS

- Nº 162 -

Se había opuesto en un juicio sobre pago de una suma de dinero por perjuicios, la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería de la parte demandada. El Tribunal consideró que la escritura de poder que The Santa Marta Railway Company había conferido a su apoderado en Londres para representarla, constituía prueba de la existencia misma de la sociedad. Se alegó en casación la primera causal por violación de los artículos 164 de la ley 40 de 1907, en relación con el primero de la ley 164 de 1888. Trascribió la Corte el documento en que se confiere el poder, protocolizado por escritura pública, y dijo:

"En relación con el contenido de este documento, se observa: 'La sociedad se forma y prueba por escritura pública, registrada, conforme al Código Civil, de acuerdo con el artículo 465 del Código de Comercio; pero, para el solo efecto de reconocer en juicio la personería jurídica de las sociedades y la representación de sus administradores, se admitirán también como prueba las copias de los extractos de las escrituras sociales expedidas por el Secretario del Juzgado en donde el extracto hubiere sido registrado, según el artículo 36 de la ley 40 de 1907. En esta forma ha establecido la ley, taxativamente, las pruebas con que ha de acreditarse la personería jurídica de las sociedades mercantiles y anónimas, civiles y de comercio domiciliadas en el país; y, en cuanto a las extranjeras, rige el mismo principio legal que exige su comprobación con el documento de su fundación, a cuyo efecto el decreto legislativo número 2 de 1906, dispuso lo siguiente: 'Artículo 1º Las sociedades o compañías domiciliadas fuera del país que tengan o establezcan empresas de carácter permanente en el territorio de la República, protocolizarán, dentro de los seis meses subsiguientes a la iniciación de sus negocios, el documento de su fundación y de sus estatutos en la Notaría de la circunscripción en donde esté el asiento principal de sus negocios o industrias. Las anónimas protocolizarán, además, en la misma Notaría, la prueba de la autorización del Estado, en el caso de que sea necesaria dicha autorización para su existencia legal.—Parágrafo. El término será de un año, si tales compañías tuvieren ya negocios establecidos en el país.—'Artículo 2º Dichas sociedades deberán tener en Colombia, en el lugar en donde esté el asiento principal del tráfico de su explotación, un representante con facultades de mandatario y con igual personería que la del Gerente, para las controversias judiciales que ocurran y para los negocios establecidos en el país.—Parágrafo: Los poderes de los representantes de estas compañías serán protocolizados en la misma Notaría de que trata el artículo 1º—'Artículo 3º Los documentos de que hablan los artículos anteriores, para que produzcan efecto en Colombia, deberán extenderse con las formalidades exigidas en el lugar en donde se otorguen, y deberán además venir autenticados por el empleado diplomático o consular de Colombia residente en dicho lugar, y a falta de tales empleados, por el Cónsul o Ministro de una nación amiga'. La exigencia del artículo 1º del citado decreto legislativo número 2, de acreditar en el país la existencia y personería de las sociedades extranjeras, de que allí se trata, con el documento de su fundación protocolizado en la Notaría de la circunscripción donde tengan el asiento principal de sus negocios en la República, no se suple con la presentación de un documento, como el que aquí se contempla, en que apenas se nombra, constituye y establece a determinado individuo en el país, 'verdadero y legal apoderado' de una compañía cuya existencia no se ha acreditado en la forma requerida por la ley". (Casación, XLI, Nº 1895, junio 27 de 1933) .. 428, 1ª y 2ª

PRELACION DE CREDITOS

- Nº 163 -

"De acuerdo con el artículo 2495, ordinal 6º, del Código Civil, los créditos del Fisco y los de las Municipalidades, por impuestos fiscales o municipales devengados, gozan de preferencia por privilegio que los califica como de primera clase, y como tales afectan todos los bienes del deudor, aun los hipotecados, y a su pago están afectos todos esos bienes hasta concurrencia de su valor total". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1893) 280, 1ª

PREMEDITACION

- Nº 164 -

"La premeditación en el homicidio no es elemento que integre o forme parte del cuerpo del delito, sino que atañe a la responsabilidad, como elemento específico". (Casación, XLI, Nº 1893, noviembre 19 de 1932) 253, 1ª

PRESCRIPCION

- Nº 165 -

Una sociedad que, al reconstituirse, había descuidado registrar el extracto de la escritura, se opuso a la demanda de adjudicación de un terreno baldío que ella reclamaba como propio. El sentenciador

Págs.

declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería de la sociedad y ésta alegó en casación la primera causal exponiendo, entre otros motivos, que como habían pasado más de treinta años desde la fecha en que se constituyó la sociedad hasta la de la sentencia, el vicio de nulidad absoluta que se atribuía al contrato social había quedado saneado por el lapso de tiempo.

"Afirman los recurrentes que el vicio de nulidad absoluta que se atribuye al contrato quedó saneado por el transcurso de más de treinta años, a partir del veinticuatro de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, fecha de la escritura, hasta la fecha de la sentencia; por lo cual, al no reconocerlo así el Tribunal, infringió la segunda parte del mismo artículo 15 (1)... Empero, si el acto de reconstitución no produjo efecto alguno contra terceros, al tenor del artículo 480 (2), el solo curso del tiempo no alcanza a conferírselos. Lo que sanea el tracto de treinta años son los vicios de que pudieran adolecer los contratos celebrados con terceros por la sociedad de hecho y las obligaciones contraídas por los socios entre sí". (Casación, XLI, Nº 1893, diciembre 14 de 1932) (3). 161, 2ª

PRESCRIPCION CONTRA LA NACION POR CREDITOS FISCALES

- Nº 166 -

Se alegaba la prescripción de la acción ejecutiva contra la Nación, por haber pasado más de diez años sin que ésta hubiese hecho efectivo el alcance deducido a su favor. Adujo la Corte, en apoyo de su fallo, los siguientes pasos del concepto del Procurador:

"Niego que haya habido prescripción, porque la acción de la Nación para reclamar sus créditos fiscales no prescribe sino en treinta años, como se sostuvo en el juicio que contra el mismo excepcionante se sigue ante esa misma honorable Sala, donde se dijo: 'Alega, además, el excepcionante la prescripción de la acción. Fúndase en que habiendo constituído la fianza en mayo de mil novecientos once, se le vino a notificar el mandamiento ejecutivo el diez de agosto de mil novecientos treinta y uno, es decir, más de veinte años después de que había contraído su obligación. Ante todo hay que advertir que la prescripción extintiva de la acción no principia a correr sino desde que la acción puede hacerse efectiva, es decir, tratándose del presente caso, no desde el otorgamiento de la fianza, sino desde la ejecutoria del auto definitivo por el cual el alcance se dedujo'. Por lo demás, soy de parecer que las acciones para reclamar créditos del Tesoro Público prescriben sólo en el período de treinta años, y claro está que durante todo este período deben conservar su carácter primitivo y originario, es decir, si primitivamente fueron acciones ordinarias, su carácter de acciones ordinarias, y si lo fueron ejecutivas, deben conservar su carácter de tales; porque de otro modo, si, por ejemplo, la acción ejecutiva perdiera su carácter de ejecutiva en diez años, en realidad de verdad prescribiría este derecho especial de la Nación en un término no menor de treinta años, lo cual sería contrario a la disposición citada del Código Fiscal. Además, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 258 del Código Fiscal, los Recaudadores tienen jurisdicción coactiva para el cobro de los créditos a favor del Tesoro, reconocidos por ellos y por las Cortes de cuentas u otros Recaudadores; ahora bien: en parte alguna admite la ley que esta jurisdicción desaparezca mientras el crédito reconocido exista; luego siempre, mientras haya un crédito reconocido por alguna de estas autoridades, habrá jurisdicción coactiva en los Recaudadores para hacerlo exigible; no pueden aplicarse, por lo tanto, a los créditos fiscales las disposiciones sobre prescripción de la acción ejecutiva en materia civil, pues ellos están regidos por las disposiciones fiscales y las que determinan la jurisdicción coactiva, las cuales, como especiales que son priman sobre aquéllas". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1892, noviembre 4 de 1932) .... 128, 2ª, y 129, 1ª

PRESCRIPCION DE CORTO TIEMPO

- Nº 167 -

Decía el demandado recurrente en un juicio sobre pago de servicios, que el sentenciador había incurrido en error de derecho al afirmar que la prescripción de ellos se cuenta desde el día en que dejaron de prestarse.

"La Corte encuentra fundado este cargo en cuanto al error de derecho en que incurrió el Tribunal al decir que la prescripción se cuenta desde que dejaron de prestarse los servicios, porque no hay disposición legal que autorice dicho concepto, sino el de que la prescripción de la acción se cuenta desde que la obligación se hace exigible, como lo establece el artículo 2535 del Código Civil, lo que es distinto de lo dicho por el Tribunal. En este punto debe, pues, casarse el fallo". (Casación, XLI, Nº 1893, febrero 28 de 1933). 197, 2ª

PRESCRIPCION DE LA RESPONSABILIDAD DEL PORTADOR

- Nº 168 -

Se demandó a un individuo para la entrega de unos bultos de mercancías que éste se obligó a trasportar, según el actor, desde el año de 1907. Como la demanda no se instauró sino en 1927, se opuso la excepción de prescripción, que prosperó.

"El contrato de transporte puede ser civil o comercial. Si es comercial, la res-

(1) Ley 95 de 1890.

(2) Código de Comercio.

(3) La doctrina restante del fallo está relatada en el punto titulado "Registro del extracto de la escritura social".

Págs.

ponsabilidad del partador, por hecho o culpa suyos, prescribe en los términos señalados en el numeral 4º, artículo 313 del Código de Comercio. Si el contrato es civil, también son aplicables las reglas especiales del Código de Comercio en lo relativo a la prescripción, según se desprende de lo preceptuado por el artículo 2078 del Código Civil. Pero hay más. El demandante no demostró en qué mes del año de mil novecientos siete recibió el demandado las mercancías, y como el Tribunal asienta la conclusión de que han transcurrido veinte años entre el día en que se dice que el demandado recibió las mercancías y el año de mil novecientos veintisiete, doce de diciembre, en que se notificó la demanda, y esta conclusión del Tribunal no ha sido acusada por el recurrente, queda, por tanto, en firme la resolución del Tribunal, en cuanto establece que la acción del actor está prescrita". (Casación, XLI, Nº 1893, marzo 14 de 1933) 213, 1ª

PRESTACIONES MUTUAS

- Nº 169 -

Por segunda causal acusó un recurrente en juicio de reivindicación la sentencia, por haber asignado valor a una tienda que no fue objeto de la demanda ni de las excepciones opuestas por el demandado, según el recurrente.

"Las prestaciones mutuas legalmente quedan incluídas en la demanda, de suerte que el juzgador siempre debe considerarlas en la sentencia, ora a petición de parte, ora de oficio". Cita la Corte en apoyo de su doctrina la sentencia de 29 de agosto de 1922, publicada en el tomo XXIX, de la Gaceta Judicial, 284, 2ª (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 6 de 1932). (1) 56, 1ª

PREVARICATO

- Nº 170 -

Cierto individuo acusó por prevaricato a los magistrados de un Tribunal, sin presentar la prueba sumaria a que alude el artículo 359 de la ley 105 de 1890.

"El prevaricato constituye el cargo más grave y delicado que puede hacerse a un juez o magistrado, y así, la sola afirmación que haga, un denunciante o acusador, de que determinado juez o magistrado ha cometido ese delito, no es, no puede ser suficiente para que un funcionario de instrucción pueda dar cabida a una investigación que a la postre, y aun cuando se pronuncie sobreseimiento, puede esgrimirse como arma en contra de la reputación del juez o magistrado acusado. Con el fin de evitar esos perjuicios y falsas interpretaciones, la disposición que se ha transcrito (2) establece un requisito previo, el de la prueba, siquiera sumaria, para que se pueda dar cabida a la investigación; el cumplimiento de ese requisito constituye una salvaguardia, aunque no completa, contra los perjuicios que puedan derivarse de un denuncio o de una acusación temeraria". (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLI, Nº 1894, febrero 14 de 1933) 390, 2ª

PRIVILEGIO

- Nº 171 -

Se acusaba el artículo 10 del Decreto Nº 945, de fecha 31 de mayo de 1932, como violatorio del ordinal 3º del artículo 3º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910. Dijo la Corte:

"Según lo tiene entendido esta corporación, el privilegio consiste en una gracia o prerrogativa que se concede a uno, libertándolo de alguna carga o gravamen, o confiriéndole algún derecho de que no pueden gozar otros". (Sentencia de Corte Plena, XLI, Nº 1892, septiembre 4 de 1934) 4, 1ª

PRUEBA

- Nº 172 -

La petición de una prueba en los grados del juicio no es suficiente para acreditar el derecho, si esa prueba no se trae por la parte que la ha pedido. (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 2 de 1932) 47, 1ª

PRUEBA

- Nº 173 -

Las disposiciones legales sobre pruebas son sustantivas. (Casación, XLI, Nº 1895, julio 3 de 1933). (1) 448, 1ª

PRUEBAS ADUCIDAS EN UN JUICIO Y PRESENTADAS EN OTRO

- Nº 174 -

En juicio ordinario sobre nulidad de un contrato pretendió demostrarse, con el dictamen pericial de médicos que dijeron en un juicio de interdicción que el presunto interdicto era un demente senil, la falta de consentimiento en quien trasmitió una finca raíz a cambio de una renta vitalicia. Se pretendía que ese dictamen fuera considerado en el juicio ordinario sobre nulidad.

"El Tribunal manifestó que el dictamen pericial del juicio de interdicción no tiene en el presente sino el alcance de una declaración más o menos fundada. No dice el impugnador qué clase de error cometió el Tribunal al emitir este concepto; pero admitiendo que quiso referirse a uno de derecho, la Corte no halla fundada la objeción. En la teoría de las pruebas judiciales se discute el valor que revistan en un juicio las practicadas en otro, y algunos autores sostienen que los resultados de una prueba sobre la exis-

(1) Concordancias: Nos. 2123, 2126, tomo 3o., Jurisprudencia de la Corte.

(2) Artículo 359, ley 105 de 1890.

(1) Concordancias: véanse las doctrinas expuestas en los números 2006, 2009, 2013, tomo 2o. Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

tencia de determinado hecho pueden tener eficacia en cualquier juicio, con tal que dicha prueba haya sido practicada en contradicción de las mismas partes; que el hecho sea idéntico, y que se hayan observado las formas prescritas por la ley para la producción de la prueba. El Código Judicial, vigente cuando se instauró el actual proceso, disponía que la confesión judicial hecha en juicio probaba en otro diverso, y que las declaraciones de testigos practicadas fuera del juicio necesitaban ratificación (sin menoscabo, por supuesto, de los casos particulares en que se aceptaban informaciones sumarias); pero nada establecía acerca del mérito que tuviera en un juicio una prueba pericial cumplida en otro. La Sala, concretándose al punto que ahora se debate, estima que el dictamen médico-legal levantado en el juicio de interdicción de Antonio Cadavid, no tiene en el actual juicio ordinario completo valor, en perjuicio de las pretensiones del demandado, que no fue parte en aquel juicio especial (o al menos no está acreditado que lo hubiese sido); y para apoyar esta conclusión, reproduce y acoge lo expuesto en la sentencia de casación, proferida el siete de diciembre de mil novecientos veintitrés, en el juicio de Ismael Pinilla contra Manuel y José Pablo Higuera: 'En opinión de la Corte, el Tribunal no yerra en esta apreciación de derecho. La misión de los peritos, llamados a dar su dictamen sobre el estado mental de la señora Higuera de Pinilla en la época en que se promovió el juicio de interdicción de ella, se reducía a conceptuar —después del examen de la paciente, en tres días consecutivos— si ésta se hallaba en esos días en estado de enajenación mental que la hiciese incapaz de obligarse por sí misma, sin que fuese preciso, para los efectos de la declaración de interdicción, que señalasen la época en que la demencia empezó con seguridad o en que pudo empezar. Si el concepto de los peritos sobre este punto —por más terminante y categórico que fuese— tuviera carácter definitivo o decisivo, quedarían desde luego condenados como nulos todos los actos y contratos ejecutados o celebrados por el demente antes del decreto de interdicción y sin defensa alguna los terceros que con él hubiesen contratado, porque no les quedaría campo para acogerse a la presunción que consagra el inciso 2º del artículo 553 del Código Civil, puesto que de antemano quedaba establecido un estado habitual y permanente de demencia, anterior al decreto de interdicción, por virtud de un dictamen que los interesados en la validez de los actos del demente no han podido combatir por falta de ocasión, y que ha sido dado por unos peritos en cuyo nombramiento no intervinieron, y a quienes hubieran podido recusar. Por eso el dictamen de que se trata, en cuanto al estado de demencia en que hallaron a la paciente, en los días en que la reconocieron, es válido, y fue suficiente para que con fundamento en él se decretase la interdicción; pero no puede apreciarse del mismo modo para el efecto de tener como cierto que la demencia data de cinco años antes de mil novecientos once, porque no era atribución de los peritos determinar retroactivamente la duración de ese estado, con perjuicio de terceros que no intervinieron ni podían intervenir en el juicio de interdicción'. (GACETA JUDICIAL, tomo XXX)". (Casación, XLI, Nº 1892, noviembre 15 de 1932) ..... 14, 2º y 15, 1ª

PRUEBA DE LA DILIGENCIA O CUIDADO

- Nº 175 -

Véase la doctrina titulada: "CULPA".

R

RECAUDADOR DE RENTAS

No puede celebrar estipulaciones que obliguen a la Nación

- Nº 176 -

Reconvenida una sociedad comercial para el pago de una suma de dinero por derechos de importación, se verificó una transacción en virtud de la cual se obligó a pagar por cuotas y aseguró el cumplimiento de lo pactado ante el Recaudador otorgando un documento de fianza con otro fiador, sin intervención de los primeros fiadores. Se alegó la excepción de novación y que los primeros fiadores habían quedado libres de responsabilidad.

"El Fiscal del Tribunal fue de concepto, del cual participa también el Procurador de la Nación, que el pacto celebrado por el Recaudador de Rentas Nacionales con los deudores principales, no produjo los efectos jurídicos que ellos le atribuyen, o sea que los primeros fiadores quedaran libres de responsabilidad. Uno y otro se fundan en que el Recaudador General de Rentas Nacionales no tiene personería para celebrar estipulaciones que obliguen a la Nación, a lo cual agregan que el contrato en que se funda la excepción no aparece aprobado por el Ministro respectivo. El apoderado del excepcionante afirma que esa atribución se encuentra en el artículo 4º de la Ley 36 de 1923, que a la letra dice: 'El Recaudador de Rentas Nacionales ejecutará y hará efectivas todas las leyes..... etc'. La Sala es de parecer idéntico al de aquellos funcionarios, pues en verdad que allí no se encuentra la autorización que se pretende. Repárese que la facultad de este funcionario es la de ejecutar y hacer efectivas las leyes sobre rentas nacionales, y en ninguna de éstas está la de hacer concesiones a los deudores en lo relativo a plazos, que, entre paréntesis, estaba ya vencido el de la obligación que se persigue, y en lo relativo al modo de solucionarlas. No habiendo ley sobre la materia, cuál podía el Recaudador ejecutar y hacer efectiva? Las autorizaciones para el eficaz desempeño de esas funciones (ejecutar y hacer efectivas las le-

Págs.

yes sobre rentas,)las determina en seguida la disposición transcrita: 'Son: exigir informes escritos de los contribuyentes y otras personas; hacer comparecer testigos...' Es posible que dentro de esta enumeración puedan caber otros actos y diligencias, pues no parece que ella tenga un carácter estrictamente limitativo, pero en todo caso se ve que son de carácter procedimental, es decir, medios que puede emplear para inquirir quiénes son los deudores del Fisco; en qué cuantía y en qué circunstancias. Y crece de punto esta convicción al considerar que, conforme a la Constitución (artículo 76, ordinal 14), y al Código Fiscal (artículos 31 y siguientes), todos los contratos del Estado, con excepción de los que se efectúan en licitación pública, deben ser celebrados por el Presidente de la República o aprobados por él". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1892, noviembre 5 de 1932)..... 130, 1ª y 2ª

RECURSO DE CASACION

- Nº 177 -

Al replicar a la demanda de casación decía el opositor que, como cuestión previa, debía declararse inadmisible el recurso porque el recurrente se había fundado en una ley que no existía cuando citó las causales de casación que señala el artículo 2º de la Ley 169 de 1895, en vez de ser la de 1896.

"Considera la Corte que el memorial de Ramírez al Tribunal llena los requisitos a que se refiere la doctrina de casación citada, porque si por cualquier causa el recurrente erró en cuanto al año en que fue expedida la ley que establece dichas causales, no así en cuanto a la indicación de las que alega, pues dice que ellas son las detalladas en los numerales 1º y 2º del artículo 2º de la Ley 169. Basta, como lo dice la doctrina de la Corte, que se indiquen la causal o causales en que se funda el recurso, y esa indicación puede hacerse en la sola cita de ellas, sin necesidad de expresar su contenido, como lo sostiene el recurrente". (Casación, XLI, Nº 1893, febrero 28 de 1933)..... 193, 2ª

RECURSO DE CASACION

- Nº 178 -

Se declaró desierto un recurso por no haberse fundado en tiempo oportuno.

"El recurrente no fundó su recurso ante la Corte sino en un escrito que remitió desde su residencia, y que llegó a la Secretaría de la corporación el once de agosto de mil novecientos treinta y dos, y el término para fundar dicho recurso empezó el tres de octubre del mismo año. La Corte en varios fallos estableció la doctrina de que, cuando el recurso de casación no se funda ante el Tribual sino ante la Corte, pero antes de empezar a correr el término que establecía el artículo 151 de la Ley 40 de 1907, y otras, era inadmisible, teniendo en cuenta que la misma disposición señalaba ese término con el carácter de perentorio. El artículo 530 del nuevo Código Judicial no le da tal carácter a ese término, pero estatuye que 'la demanda (la de casación) puede remitirse a la Corte por la parte o su apoderado desde el lugar de su residencia, de modo que llegue a la Secretaría dentro de dicho término' (de treinta días). Y el artículo 532 dice que si el recurso no se funda dentro del término legal, la Sala lo declarará desierto y condenará en costas a la parte recurrente". (Auto, XLI, Nº 1895, septiembre 9 de 1933)..... 537, 2ª

El salvamento de voto del doctor Tancredo Nannetti, dice: "Si el escrito en que se funda el recurso llega a la Secretaría antes de que empiece a correr el término, es de evidencia inmediata que tal escrito, cuando el término empieza a correr, obra ya en los autos y queda dentro de dicho término. Otra cosa ocurre cuando la demanda de casación llega a la Corte expirados los treinta días del traslado. Entonces sí es extemporánea esa demanda. Interpretar la disposición legal en el sentido de que el escrito en que se funda el recurso debe llegar a la Secretaría precisamente cuando están corriendo los treinta días del traslado, y no antes, es someter el derecho de las partes a la contingencia de los medios de transporte".

RECURSO DE CASACION EN LO CRIMINAL

- Nº 179 -

Un Juez de Circuito condenó a un individuo a la pena de siete años y medio de presidio y a sus accesorias. El Tribunal revocó el fallo. El Fiscal de esta corporación intentó recurso de casación invocando las causales 1ª y 4ª de la Ley 118 de 1931. Negó el Tribunal el recurso basándose en el artículo 1º de la Ley 78 de 1923, por lo cual ocurrió de hecho el Fiscal ante la Corte, la cual declaró procedente el recurso en estos términos:

"Si el texto legal pudiera interpretarse con independencia de los que en conjunto dan unidad y armonía al sistema de la Ley 78 de 1923, ampliado por la 118 de 1931, bien pudiera creerse que no hay lugar al recurso de casación cuando, en casos como el presente, la sentencia de segunda instancia es absolutoria. Pero para sostener tesis semejante, sería preciso que el intérprete usara un criterio unilateral, inspirado nada más que en los intereses del reo, en menoscabo de los permanentes y muy altos en que se encarna la defensa social en la lucha contra la delincuencia..... Por consiguiente, si el delito que se juzga trae aparejada pena de la cuantía que señala el artículo 1º de la Ley 78 de 1923, está dentro del espíritu del legislador conceder la casación del Ministerio Público, aunque la sentencia sea absolutoria. Lo contrario, conduciría al absurdo de fomentar la impunidad, y por ello es preciso al intérprete y al Juez rechazar esa conclusión". (Casación, XLI, Nº 1894, enero 31 de 1933)..... 889, 2ª

Págs.

RECURSO DE CASACION EN LO CRIMINAL

- Nº 180 -

Condenado un individuo por el Juez Superior a veinte años de presidio se disminuyó la pena por el Tribunal a tres años de reclusión. Interpuso casación el Fiscal, la cual le fue negada y hubo de recurrir entonces de hecho, alegando que el artículo 1º de la Ley 78 de 1923 debe entenderse en el sentido de que el recurso de casación se ha de conceder contra toda sentencia de la que pueda resultar una pena de seis años, pues la inflexión verbal "resulta al reo", que emplea el artículo, no equivale a que se hubiera impuesto dicha cantidd de pena, sino que al aplicar en la sentencia correctamente la ley penal debe resultarle al reo la pena de seis años o más de presidio, reclusión o prisión, lo cual está en armonía con la primera causal de casación que consagra el ordinal 1º del artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

"No hay duda que el Tribunal tuvo razón al sostener que el artículo 1º de la Ley 78 de 1923 no quedó reformado ni derogado por la Ley 118 de 1931, pues ésta tuvo por principal objeto reformar lo existente en cuanto a los motivos o causales de casación, y el artículo final de esta última Ley, claramente especificó cuáles de las disposiciones de la Ley 78 de 1923 quedaban reformadas, y entre ellas no se encuentra el mencionado artículo 1º, que fija un necesario límite en cuanto a las sentencias que dan origen al recurso de casación, pues de lo contrario toda condenación por insignificante que fuera la pena que se impusiera, daría lugar a él, lo que hoy por hoy es inadmisible. Mas si bien es cierto que ese artículo 1º señala un límite, también es cierto que de sus términos se desprende el derecho que asiste a un Fiscal para interponer un recurso en casos como el de que ahora se trata. En efecto: contra las sentencias definitivas que pronuncien en última instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial dice esa disposición, y de las cuales resulte al reo una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión, habrá lugar al recurso de casación. No dice ese artículo que la pena que se haya impuesto en esa clase de fallos, sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión, sino que habla 'de las cuales resulte al reo' y de ese término 'resulte' puede depender, y depende principalmente de lo que establezca la ley penal, que es la que define el delito y señala la pena correspondiente: y si en este caso, a la delincuencia de Heliodoro Marín puede corresponderle, es decir resultarle, de acuerdo con esa ley penal, una pena que sea o exceda de seis años de presidio o reclusión, no hay duda que hay lugar al recurso interpuesto". (Auto, XLI, Nº 1893, enero 30 de 1933). . . . . 261, 1ª y 262, 2ª

RECURSO DE HECHO

- Nº 181 -

Se negó un recurso de casación por no alcanzar la cuantía del juicio a la exigida por el artículo 519 del Código Judicial. Ocurrieron de hecho ante la Corte los recurrentes y no admitió ésta el recurso.

Págs.

"Aparece que los solicitantes ocurrieron ante la Corte dentro del término que establece el artículo 514 del Código Judicial, pero entre las copias presentadas no consta que ellos hubieran pedido reposición del auto en que se les negó el recurso de casación, lo que es indispensable conforme al artículo 513 del mismo Código". (Auto, XLI, Nº 1895, julio 10 de 1933). 449, 1ª

REGISTRO

- Nº 182 -

Se había admitido la confesión de una de las partes como prueba de ciertos puntos que constaban en una escritura que no había sido registrada.

"Considera la Corte que, en efecto, la base del pleito, o sea la compraventa de 'la hacienda de 'La Palma', celebrado entre el presbítero doctor Aguilera y C. y el señor Gonzalo Núñez, con las obligaciones y derechos consiguientes consignados en la escritura respectiva, que es la número 32, otorgada en Guacarí el doce de junio de mil novecientos veinte, no está demostrada, porque, como muy bien lo dice el Tribunal, la copia de ese instrumento fue traída al proceso sin la nota de registro respectiva, lo que hace que, conforme al artículo 2673 del Código Civil, no pueda hacer fe en juicio ni ante autoridad alguna". (Casación, XLI, Nº 1894, mayo 29 de 1933). (1) 365, 1ª

REGISTRO DEL EXTRACTO DE LA ESCRITURA SOCIAL

- Nº 183 -

Había declarado el sentenciador en juicio de oposición a la solicitud de adjudicación de un terreno baldío la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería del opositor, por no haber registrado el extracto de la escritura de reconstitución de la sociedad anónima demandante.

"Por virtud del artículo 2º de la Ley 42 de mil ochocientos noventa y ocho, son aplicables a las sociedades anónimas las disposiciones de los artículos 469, 472 y 480 del Código de Comercio terrestre. La reconstitución de la Sociedad Agrícola y de Inmigración requería escritura pública, y el extracto de tal escritura debía ser registrado en el Juzgado respectivo y publicado. Faltando, como faltan, las diligencias de registro y publicación, el acto de reconstitución no produjo efectos contra terceros, como es el señor Trucco, de conformidad con el artículo 480 citado. Luego el Tribunal, al reconocer la ex-

(1) Concordancias: véanse las doctrinas contenidas en los números 3415, tomo 1o., Jurisprudencia de la Corte; 2134, tomo 2o., y 3344 y 3345, tomo 3o. Concuerda con esta doctrina la sentada en el número 4648, tomo 2o., de la Jurisprudencia de los Tribunales.

Págs.

cepción de ilegitimidad de la personería de la entidad reconstituída, no hizo en el fondo otra cosa que aplicar la doctrina del artículo en favor del demandado, que no se halla ligado contractualmente con la Sociedad, porque es claro que si el acto de reconstitución no vale respecto de Trucco, la Sociedad reconstituída no es una persona capaz de ejercitar una acción contra él. Con arreglo al artículo 479, el tercero que contrate con una sociedad que no ha sido legalmente constituída, no puede sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones; mas se comprende que esto no es lo que ocurre en el caso del litigio. No ha desconocido el Tribunal que la sociedad anónima y la colectiva se forman y prueban por instrumento otorgado ante el Notario; pero hallando que el extracto de la escritura de constitución de la Sociedad Agrícola y de Inmigración no fue registrado en el Juzgado, no pudo menos de negarle al acto efectos contra Trucco. La sentencia puso en relación los artículos 465 y 551 con el 480, lo cual no implica interpretación errónea ni indebida aplicación de los dos primeros, sino una compaginación legal de ellos con el último. Cuanto al artículo 472, del cual se desprende, según los recurrentes, que la sociedad en que se han omitido la escritura constitutiva o cualquiera de las solemnidades de los artículos 469 y 470, si nula entre los socios, no lo es para los terceros, adviértase que no fue violado con lo resuelto por el sentenciador acerca de la excepción de ilegitimidad de la sociedad reconstituída, una vez que ésta se encuentra en el evento del artículo 480". (Casación, XLI, Nº 1893, diciembre 14 de 1932). (1)..... 151, 1ª y 2ª

REGISTRO DE LA DEMANDA

- Nº 184 -

Se solicitó la cancelación del registro de la demanda fundándose el solicitante en que siendo el actor y habiéndose verificado el registro a petición suya, bien podía desistir de esa inscripción. El magistrado sustanciador negó lo solicitado en atención a que en el juicio no solamente tenía interés el actor sino el acreedor hipotecario demandado, quien por separado seguía un juicio ejecutivo en el cual estaba embargada la finca que el actor perseguía, de tal manera que al ordenar la cancelación del registro de la demanda, se perjudicaba al ejecutante. Se intentó recurso de súplica y la Sala resolvió:

"Conforme al artículo 42 de la ley 57 de 1887, todo Juez a quien se presente una demanda civil ordinaria sobre la propiedad de un inmueble, ordenará que se tome razón de ella en el libro de registro de demandas civiles, luégo que el demandado haya sido notificado de la demanda. Esta disposición, al par que protege al demandante, tiende a realizar uno de los principales objetos del registro, que es el de dar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los bienes raíces, o le imponen gravámenes o limitaciones al dominio de éstos, poniendo al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble, esto es, tiene por objeto el beneficio de terceros. De allí que mientras el juicio no haya terminado por sentencia o desistimiento, no puede cancelarse la inscripción, que les advierte a todos los interesados que la finca raíz está en litigio. Así lo deja entender claramente el último inciso del artículo 42 de la ley 57 de 1887. El ordenamiento de la inscripción es un deber del Juez, no puede sostenerse que es un derecho del actor en un juicio en que se ventila el derecho de dominio de bienes raíces, y que en cualquier tiempo puede pedir la cancelación del registro de la demanda mientras dure el juicio, pues que ello redundaría en perjuicio de terceros, cuya fuente de información para sus transacciones sobre inmuebles es la Oficina de Registro. Por tanto, la Sala declara que no es el caso de reconsiderar el auto suplicado". (Auto, XLI, Nº 1895, septiembre 2 de 1933). 527, 1º y 2ª

REGISTRO DEL EXTRACTO DE LA ESCRITURA SOCIAL

- Nº 185 -

Se declaró probada en juicio de oposición a la solicitud de adjudicación de un terreno como baldío, la excepción de ilegitimidad de la personería del actor opositor por no haber registrado la sociedad Agrícola y de Inmigración el extracto de la escritura social. Por primera causal se atacó el fallo del Tribunal diciendo que no habiéndose registrado la escritura social el contrato apenas era nulo entre los socios, pero que eso no hacía inexistente jurídicamente la sociedad. Dijo la Corte:

"La entidad jurídica llamada sociedad se constituye mediante un contrato que la define con el nombre de sociedad o compañía, 'por el que dos o más personas estipulan poner un capital a otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación' (artículo 2079 del Código Civil). Las sociedades que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio, y las que se organizan en forma anónima, sean civiles o comerciales, deben constituirse con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio, y por consiguiente, el contrato de su formación debe hacerse constar por escritura pública, registrada conforme al Código Civil, que será la prueba de su celebración; y, además, habrá de registrarse en la Secretaría del Juzgado o de la Cámara de Comercio correspondiente, y dentro del

(1) Igual doctrina sentó la Corte en otras sentencias proferidas en juicios promovidos por la misma Sociedad Agrícola y de Inmigración para oponerse a diversos denuncios. Véanse, por ejemplo, las sentencias de fechas 1o. y 3 de diciembre de 1932, publicadas en este mismo tomo XLI de la GACETA JUDICIAL, cuya doctrina está ya relatada. Véase también la sentencia de fecha 31 de marzo de 1933, G. J., tomo XLI, No. 1894, páginas 293 y siguientes.

Págs.

término legal, un extracto de esa escritura, certificado por el Notario que la hubiere autorizado, extracto que debe publicarse en forma legal. (Artículos 465, 469, 470 y 551 del Código de Comercio y 2090 del Código Civil). Constituída la sociedad con arreglo a esos preceptos legales, que son de orden público, adquiere la calidad legal de persona jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Así, pues, si se omite alguna de esas formalidades, como las que en este cargo anotan los recurrentes, esa omisión produce estos efectos: la sociedad como entidad comercial o civil carece de capacidad legal para ser representada judicialmente, con individualidad propia, toda vez que la omisión de las formalidades dichas ha impedido la creación de la persona ficticia a que la ley concede tal capacidad; y por otra parte, el contrato de sociedad, aunque subsiste, queda afectado de nulidad absoluta entre los socios, que es lo que establece el artículo 472 del Código de Comercio". (Casación, XLI, Nº 1895, julio 22 de 1933) ..... 472, 1ª y 2ª

REGISTRO DEL EXTRACTO DE LA ESCRITURA SOCIAL

- Nº 186 -

Se declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería de la sociedad que se opuso al denuncio de unos terrenos baldíos, por no haber registrado el extracto del contrato social. Decía la sociedad recurrente que el sentenciador había violado, por interpretación errónea, los artículos 469, 470 y 551 del Código de Comercio.

"Se observa: el Tribunal no ha dicho que la Sociedad Agrícola y de Inmigración no se constituyera por la escritura número 319 de 24 de marzo de 1899, a que se refiere el recurrente, sino que no se ha comprobado que se hubiera registrado y publicado el extracto social, como lo ordenan los artículos 469 y 470 del Código de Comercio, aplicables a las sociedades, sin distinción, según el artículo 2º de la ley 24 de 1898, omisión que produce nulidad absoluta, al tener expreso del artículo 472 ibídem. Ahora, no basta, como lo pretenden los recurrentes, que se constituya una sociedad, conforme a esas disposiciones, para que pueda obrar, sino que debe llenar además el requisito indispensable del registro y publicación, porque si fuera suficiente la escritura de constitución, no diría el numeral 1º del artículo 472 del Código de Comercio que la omisión de la escritura social, y LA DE CUALQUIERA DE LAS SOLEMNIDADES PRESCRITAS EN LOS ARTICULOS 469 Y 470, PRODUCE NULIDAD ABOLUTA ENTRE LOS SOCIOS, lo que claramente implica que el legislador asimiló la parte de esas formalidades al requisito del otorgamiento de la escritura social; y porque el argumento que saca el Tribunal de lo dispuesto en el artículo 489, en relación con el 465 ibídem, para el caso, es concluyente. En efecto, el Tribunal se refiere, lo mismo que los recurrentes, a la Sociedad Agrícola y de Inmigración que se dijo reconstituir por la escritura número 319 de marzo de mil ochocientos noventa y nueve, Notaría de Medellín. Si, pues, por esta escritura se trató de modificar la primitiva sociedad en alguna forma, esta modificación, conforme al texto terminante del artículo 480 del Código de Comercio, no producía efecto alguno contra terceros, sin el registro y publicación de la manera que designa el artículo 470 ibídem, aunque hubieran sido escrituradas, porque la disposición exige conjuntamente esos tres requisitos". (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 2 de 1932). (1) 42, 2ª

REGISTRO DE LA PARTICION EN JUICIO DIVISORIO

- Nº 187 -

El demandado en un juicio sobre nulidad de una partición material de un terreno común, recurrió en casación contra la sentencia que le fue adversa. Afirmó que el sentenciador había incidido en error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba de la sentencia aprobatoria de la partición, por cuanto admitió que estaba demostrada la partición del inmueble y la sentencia aprobatoria sin haberse presentado las copias de esos documentos con la correspondiente inscripción. Se enumeraron como violados los artículos 765, 759, 756, 1760, 2637, 2652 y 2673 del Código Civil. Dijo la Corte:

"Considera la Corte que, evidentemente, el pleito carece de base, pues se ha pedido la declaración de nulidad de la partición del fundo denominado Guayabal del Santísimo, y de la respectiva sentencia aprobatoria, sin hallarse demostrada jurídicamente dicha partición, desde luego que estando sometida la partición de una finca raíz y la sentencia que la aprueba, a la formalidad del registro, conforme al artículo 2652 del Código Civil, no aparece la prueba de que los títulos presentados al efecto hayan sido inscritos, y por lo mismo, no hacen fe en juicio ante ninguna autoridad, conforme lo dispone de modo perentorio el artículo 2673 del Código Civil. El Tribunal incurrió, pues, en error de derecho, y quebrantó los artículos del Código Civil que se dejan mencionados, por lo cual debe casarse la sentencia y resolver el litigio, absolviendo al demandado de todos los cargos de la demanda; pues, como se ha dicho, no están jurídicamente demostradas, ni la partición ni la sentencia cuya nulidad se demanda". (Casación, XLI, Nº 1895, septiembre 4 de 1933) 529, 1ª

(1) Concuerda con esta doctrina la de casación del 1o. de diciembre de 1932, publicada en el número 1892, Gaceta Judicial, 34, 2a. y 35 1a.

Págs.

REINCIDENCIA

- Nº 188 -

Decía el recurrente que el Tribunal sentenciador había violado el artículo 2º de la ley 105 de 1922.

"Una sentencia ejecutoriada, por medio de la cual aparece evidente condenación por una primera reincidencia, sin margen, legalmente, con todo fundamento, para que se pueda deducir a un reo una segunda reincidencia, sin que sea preciso echar mano o tener a la vista el fallo que sirvió al juzgador respectivo para condenar por esa primera reincidencia, pues la mera sentencia en que esto se hizo tiene toda la fuerza legal y jurídica suficiente para darle valor en tal sentido". (Casación, XLI, Nº 1892, octubre 21 de 1932) 104, 1ª

REIVINDICACION CONTRA EL POSEEDOR DE UN DERECHO DE USUFRUCTO

- Nº 189 -

Benito Santos había constituído un derecho de usufructo sobre una finca a favor de Valois Santos y donó por escritura la finca a Sixta Tulia Prada, la cual la vendió a Antonio Mansilla. Posteriormente ejecutó Benito a Valois y embargó la finca donada, que fue rematada. Sixta Tulia y Mansilla demandaron a los rematadores para que se declarase nulo el remate y para que se decretase la reivindicación en su favor. Negó el Juez la primera petición, pero otorgó la segunda, o sea la reivindicación, y el Tribunal confirmó la sentencia, contra la cual recurrió en casación uno de los demandados, el cual alegó que había rematado el derecho de usufructo constituído a favor de Valois Santos y que, por consiguiente, el fallo era violatorio de los artículos 752, 741, 756 y 2637 del Código Civil. Acusó el fallo por primera causal. Dijo la Corte:

"Considera la Corte que en tratándose de reivindicación, que es asunto en que se ventila el dominio, la obligación del demandante es la de comprobar su condición de dueño de la cosa que se trata de reivindicar. Si el demandado opone títulos de propiedad inferiores a los del demandante, aunque sean válidos, prevalece el derecho de éste y prospera su acción, sin que sea preciso anular previamente los que exhibe el poseedor si no son suficientes a contrarrestar el mejor derecho que asiste al reivindicador. En el caso actual los actores presentaron un título de dominio anterior a la diligencia de remate exhibida por los demandados, y si es verdad que el ejecutado tenía el derecho de usufructo, al cual quiere limitar el recurrente la tradición hecha por el registro de la diligencia de remate, tal derecho se extinguió con la muerte del usufructuario y se consolidó con la nuda propiedad que pertenecía a los demandantes según su título. Precisamente en este pleito que, como se ha dicho, es de dominio, cabe la declaración del mejor derecho del reivindicador a la propiedad de la finca que se reivindica, sin que sea preciso declarar previamente la nulidad de un título que no puede, por ser inferior, contrastar la fuerza del que ha servido de base a la acción". (Casación, XLI, Nº 1895, julio 10 de 1933) ... 452, 1ª y 2ª

REIVINDICACION CONTRA TERCER POSEEDOR

- Nº 190 -

Véase la doctrina titulada "Acción reivindicatoria contra tercer poseedor".

RENDICION DE CUENTAS PEDIDA A UN SOCIO DE UNA SOCIEDAD DE HECHO

- Nº 191 -

Véase la doctrina contenida bajo el título "LIQUIDACION DE LAS OPERACIONES DE UNA SOCIEDAD DE HECHO".

REPRESENTACION

- Nº 192 -

Se había conferido por el Gobernador de un Departamento un poder a un abogado para que representase al Departamento en un juicio, y no se había reconocido la representación por el Tribunal.

"La representación judicial de las entidades de derecho público por medio de mandatarios especiales, se halla regulada por el artículo 173 del Código Judicial, cuyo tenor es como sigue: 'El Estado, los Departamentos y los Municipios....., etc.....' El Tribunal estima que la calificación de las circunstancias previstas en el texto transcrito para que haya lugar a representación por apoderado de un Departamento, corresponde hacerla al Tribunal ante quien se ventile el juicio respectivo, y considera al propio tiempo que no se está en ninguno de los casos que la referida disposición contempla para que haya lugar al nombramiento de apoderado, motivos por los cuales no admitió la personería del doctor Gómez. La Corte no halla necesario entrar a dilucidar el problema planteado por el Tribunal, por existir una razón radical para la confirmación del auto recurrido en lo referente a la personería del Departamento. Con arreglo al artículo 250 del Código Judicial, las personas jurídicas deben comparecer en juicio por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales, según el caso. El representante de un Departamento, tanto en las actuaciones judiciales que éste debe promover como en las que contra él se inician y que deban ventilarse ante el Tribunal Superior, es el Fiscal de dicho Tribunal (numeral 3º, artículo 176, Código de Organización Judicial). El Gobernador del Departamento no lo representa sino en los asuntos políticos y administrativos (numeral 3º, artículo 59, Acto Legislativo número 3 de 1910; numeral 4º, artículo 127, Código Político y Municipal). Síguese de lo dicho que aunque

Págs.

sea el Gobernador quien puede celebrar contrato con un abogado para que represente al Departamento en juicio, quien debe poner en ejecución el contrato confiriendo o suscribiendo el correspondiente poder, es quien tiene la representación judicial del Departamento, es decir, el respectivo Agente del Ministerio Público, siguiendo las instrucciones que se le den. Esto lo establecía de manera categórica el artículo 24 de la Ley 100 de 1892, disposición que aunque no ha sido reproducida en el nuevo Código Judicial, está implícitamente contenida en el numeral 3º, artículo 176 de esta obra". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1893, marzo 17 de 1933). ..... 284, 1ª y 2ª

REPRESENTACION

- Nº 193 -

Se basaba la solicitud de declaración de nulidad de un juicio en que habiendo constituído el Departamento de Boyacá apoderado especial para el juicio que le había instaurado la Sociedad Colombiana de Fomento, no tenía por qué actuar el Procurador.

"Según el artículo 160 del Código Judicial, 'el Procurador General de la Nación interviene en todos los asuntos señalados por la ley de que conoce la Corte Suprema, ya en Sala Plena, ya en una de sus Salas especiales'. De acuerdo con el numeral 5º del artículo 175, arriba citado, es función judicial del Procurador 'defender ante la Corte Suprema los intereses de los Departamentos y de los Municipios, cuando el Estado no tenga interés en el asunto y la respectiva entidad no tenga representante constituído ante la Corte'. El artículo 173 de allí también declara: 'El Estado, los Departamentos y los Municipios no pueden ser representados por apoderados en los litigios en que sean parte sino en los casos en que por razón de distancia o incompatibilidad de funciones, importancia excepcional del negocio, u otro análogo, no pueden representar a dichas entidades los Agentes del Ministerio Público. En casos tales puede el Gobierno, el Gobernador, o el Alcalde respectivo, celebrar contratos con abogados que representen a la respectiva entidad'. Armonizadas estas disposiciones, fácil es concluir que mientras no ocurra incompatibilidad de intereses con el Estado, el representante nato ante la Corte de las otras entidades de derecho público lo es el señor Procurador General de la Nación; y que sólo por excepción, en las circunstancias previstas por el artículo 173, dichas entidades pueden estar representadas por apoderados en los litigios en que sean parte". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1893, febrero 7 de 1933) 275, 2ª

RESCISION POR LESION ENORME

- Nº 194 -

Ana Moncayo de Mayolo confirió poder por escritura pública a Aparicio Molina sobre administración de bienes y para limitar el dominio de éstos constituyendo a favor de otras personas fideicomiso, derechos de usufructo, uso y habitación y servidumbres prediales. Creyendo el apoderado que entre estas facultades se hallaba la de vender los bienes raíces vendió dos de éstos a Víctor Moncaleano. Por escritura posterior a la de venta declaró la señora Moncayo que habiendo olvidado el apoderado que vendía a nombre de su poderdante, le traslería en debida forma a Moncaleano el dominio de los bienes antes vendidos por aquél. Demandó la señora Moncayo a éste para que se declarase rescindido el contrato último por lesión enorme y fue rechazada en ambas instancias, por lo cual recurrió en demanda de casación acusando la sentencia por la primera de las causales que reconocía el artículo 2º de la Ley 169 de 1896 y aduciendo como motivos la violación de los artículos 1874, 1759, 1687, 1689, 1690, 1693 y 1694, y 1946 a 1954 del Código Civil.

"El Tribunal, razonando sobre la venta de cosa ajena, hecha por Molina R. a Moncaleano, estimó que la manifestación posterior verificada por la señora de Mayolo en la escritura cuyos apartes quedan transcritos, debe aceptarse como una ratificación tácita del acto celebrado por Molina, porque no puede remitirse a duda que la intención de dicha señora no fue otra que la de dar por valedero el contrato celebrado por quien enajenó un bien de propiedad de aquélla, con lo cual llénase el objeto de la ratificación, y porque de no ser así, no se habría convenido en la escritura de mil novecientos veintisiete en aceptar el mismo precio, dándolo por recibido a su satisfacción, ni se habrían agregado ciertas cláusulas encaminadas a hacer desaparecer la actuación dolosa de quien enajenó un inmueble. La declaración que hacen las partes—continúa el Tribunal—de dejar írrito y sin valor el contrato contenido en la primera escritura, no tiene el alcance que se ha pretendido darle, desde que parte de un supuesto falso, cual es el de considerar la existencia del mandato, que, como se ha visto, no puede surgir a la vida jurídica. Quiere decir todo lo expuesto—concluye el sentenciador—que tanto el contrato de venta a que alude la escritura de mil novecientos veinticinco, como su tradición, se efectuaron desde esa fecha, confiriendo, por consiguiente, desde entonces a Moncaleano, su condición de comprador; y que no habiéndose comprobado que el precio que diera dicho señor por los inmuebles fuera inferior a la mitad de su justo precio, es infundado el ejercicio de la acción de que habla el artículo 1947 del Código Civil.—Considera el recurrente que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al apreciar la escritura número 760, de veintinueve de abril de mil novecientos veintisiete, Notaría de Cali, al decir que en ella se contiene una ratificación tácita del contrato celebrado entre Aparicio Molina y Víctor Moncaleano, porque lo aparente en él es la intención expresada por la vendedora de Mayolo, aceptada por el comprador, de cambiar el contrato anterior, sustituyéndolo por el posterior, libertar al anterior vendedor de sus obligaciones

Págs.

de tal, para tomar esas obligaciones la vendedora. Que el Tribunal para evadir el escollo de esas expresas declaraciones, viendo que ellas hacían imposible una tesis de ratificación expresa, como sucede en el propósito de cambiar el cuerpo de un hombre en el cuerpo de una mujer, les dio la calidad de una ratificación tácita, como será ver el cuerpo de un hombre y suponer que hay escondido un cuerpo de mujer. No se curó el Tribunal—continúa diciendo el autor del recurso—de tener en cuenta que la ratificación tácita no está en el acto contractual, sino como en la estipulación para otro (artículo 1560 del Código Civil), o en la nulidad (artículo 1754, ibidem). Ratificación tácita es la sugerida por un acto posterior y material de lo estipulado antes. Desde que ambas partes van a una Notaría y celebran un contrato con especificación propia y clara, no hay lugar a esas entendederas. Que por entrarse el Tribunal por esas veredas, dejando de dar al contrato de mil novecientos veintisiete su índole propia, un contrato en que Moncaleano y la señora de Mayolo celebraron una compraventa rescindible por lesión enorme; contrato que sirvió para que sus obligaciones novaran las del contrato de mil novecientos veinticinco, quedando obligada la dueña y quedando libre el anterior vendedor de lo ajeno, el Tribunal ha violado, por falta de aplicación, las siguientes disposiciones: el artículo 1759 del Código Civil, en que se instituye la fe que tienen los instrumentos públicos entre las partes, en lo relativo a su otorgamiento, a su fecha, a las declaraciones hechas en ellos, y los artículos 1687, 1689 y 1694 del Código Civil, que establecen la llamada novación de las obligaciones contractuales, y los artículos 1946 y 1954 del mismo Código, sobre rescisión por lesión enorme del contrato de venta. Que hay igualmente error de derecho al apreciar la escritura 760, de abril de mil novecientos veintisiete, Notaría de Cali, y decir el Tribunal que en dicha escritura se contiene una ratificación tácita del contrato celebrado entre Aparicio Molina y Víctor Moncaleano, porque, al contrario, no hay en él ratificación expresa ni tácita, sino que constata que se quiso sustituir y destruir el contrato anterior. No quiso mejorarlo sino reemplazarlo. Que de ambas maneras había podido obrar la señora de Mayolo, pero que optó, con asentimiento del comprador Moncaleano, en una novación en lugar de una ratificación. Y el Tribunal, al cambiar el valor legal del acto, en forma de darle una interpretación legal que no es la suya propia, incurrió en error de derecho, y con este error y el de hecho manifiesto, violó las mismas disposiciones anteriormente citadas. La Corte encuentra fundados estos cargos, porque la ratificación, sea expresa o tácita de un acto o contrato, tiene por objeto dejarlo subsistente, y si bien la señora de Mayolo, al celebrar el contrato de mil novecientos veintisiete, parece haber tenido la intención de ratificar el de mil novecientos veinticinco entre Aparicio Molina y Víctor Moncaleano, en el hecho hizo uno nuevo para reemplazarlo, y transfirió directamente

Págs.

al último la propiedad de las fincas que al mismo le vendió Molina, aceptando la declaración hecha por Moncaleano y Molina de dar por írrito el contrato de mil novecientos veinticinco, en términos que a Moncaleano no le quedó otro título de las fincas que el contrato de mil novecientos veintisiete. De modo que al estimar el Tribunal que el contrato de esta última fecha contenía simplemente una ratificación tácita del anterior, incurrió en error de hecho manifiesto, con el cual violó, por no haberlo aplicado, el artículo 1759 del Código Civil, al desconocer la fe que presta entre la Sra. de Mayolo, Aparicio Molina y Víctor Moncaleano el contrato citado de mil novecientos veintisiete, y violó también el artículo 1946 del Código Civil, que establece la lesión enorme en favor del vendedor, al decir que esta acción, en el caso, debía regirse por el contrato de mil novecientos veinticinco, que quedó sin efecto por voluntad de los tres contratantes nombrados, y no por el de mil novecientos veintisiete. Consecuencialmente incurrió el sentenciador en error de derecho en la apreciación del contrato de mil novecientos veintisiete, al estimarlo como prueba de una ratificación tácita del anterior, que no contiene sino una nueva convención, con lo cual violó, además, las disposiciones sobre novación, que cita el autor del recurso. Por fuerza de las anteriores violaciones, debe casarse la sentencia, en la parte en que el Tribunal no da cabida a la acción de lesión enorme, ejercitada por la señora de Mayolo a que se limitó la casación, acción que se fundó en el contrato de mil novecientos veintisiete. No hay, pues, necesidad de considerar el otro cargo". Fallando ya en instancia, la Corte decretó la rescisión por lesión enorme demandada. (Casación, XLI, Nº 1894, abril 18 de 1933). . . . . 306, 2ª, y 307, 1ª y 2ª

RESCISION POR LESION ENORME

- Nº 195 -

En juicio de rescisión por lesión enorme de un contrato de compraventa fue atacado el fallo por la segunda causal de casación, pues decía el demandado recurrente que no habiendo pedido el actor sino que se decretase la rescisión, había incongruencia entre lo pedido y lo fallado al agregar el Tribunal la suma que debía reconocerse como justo precio del inmueble al tiempo del contrato. Dijo la Corte:

"..... En lo referente al punto segundo de la parte resolutiva del fallo recurrido, en el cual el sentenciador reconoce como justo precio del inmueble el de un peso y diez y seis centavos oro la vara cuadrada, se observa que, si bien no aparece expresamente formulada esa petición en la parte petitoria de la demanda, 'es lo cierto—como lo observa la parte opositora—que, dada la naturaleza del juicio y el fin que en él se persigue, el Tribunal, aunque expresamente no se hubiese demandado la fijación del precio necesariamente tenía que hacerla, pues la acción rescisoria por lesión enorme se

Págs.

funda precisamente, o en haberse vendido la cosa por menos de la mitad de su justo precio, o por uno inferior a la mitad del precio que paga por ella el comprador, y, por tanto, para decretarla, debe necesariamente fijarse en el fallo cuál es el justo precio, a fin de que pueda darse cumplimiento a lo que dispone el artículo 1948 del Código Civil, claro como es que, sin esa fijación, hecha por el sentenciador, no se podría dar cumplimiento, por falta de base, a lo que ese texto dispone: o completar el precio justo con deducción de una décima parte, o restituir el exceso de precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte, en su caso". Por estas consideraciones la Corte declara infundada esta acusación por la segunda causal de casación". (Casación, XLI, Nº 1895, agosto 4 de 1933). Tampoco fue infirmado el fallo por primera causal. 489, 2ª

RESCISION POR LESION ENORME EN CONTRATOS ALEATORIOS

- Nº 196 -

No es aceptable en esta clase de contratos. Véase la doctrina expuesta en el punto titulado: ACCION RESCISORIA POR LESION ENORME EN CONTRATOS ALEATORIOS.

RESGUARDOS DE INDIGENAS. POSESION Y TITULOS DE DOMINIO

- Nº 197 -

Una comunidad de indígenas promovió juicio de reivindicación basándose en la copia de una antigua diligencia de posesión a su favor. Prosperó la acción porque estimó el Tribunal sentenciador que esa copia era título de dominio suficiente para la reivindicación. Como recurriese en casación el demandado invocando la primera causal de casación por violación directa de los artículos 946, 950, 1758 y 2606 del Código Civil, basada en varios cargos, dijo la Corte:

"Considera la Sala, respecto de la primera parte del cargo, que la Corte en pleno declaró, por sentencia de treinta de octubre de mil novecientos veinticinco (GACETA JUDICIAL, números 1655 y 1656, tomo XXVII), que la República de Colombia reconoció a los indígenas 'las asignaciones de los terrenos llamados resguardos, hechas a las parcialidades de indígenas por las leyes españolas, pero sometiéndolas por altas consideraciones de orden público a la división y distribución entre sus miembros, con el objeto de que la propiedad y posesión comunes se mudara, cuando las circunstancias lo permitieran, en propiedad de las familias o de los individuos por la asignación de sus parcelas'. Según este fallo, fundado en las leyes que allí se citan, y que obliga a todos los poderes públicos, no puede la Sala reconocer que el Tribunal hubiera violado las disposiciones que cita el recurrente, al declarar que la ley dio título de propiedad a los resguardos de indígenas. Ahora: el Tribunal no ha declarado que con sólo invocar los resguardos la ley general que les reconoció dominio, puedan ejercitar con éxito la acción reivindicatoria. Si así hubiera sido, tendría razón el recurrente, porque para que la sola ley sirva de título de propiedad de inmuebles, es preciso que en ella misma se determinen los bienes por su situación y linderos, o de otro modo inequívoco expresado también en ella, y en las leyes generales, como tales, no se hizo esa determinación. Y prueba de que no fue ese el concepto del Tribunal, es la que en seguida tuvo en cuenta la diligencia de posesión del año de mil setecientos veintidós, presentada por la parcialidad demandante, para reconocer la acción reivindicatoria instaurada en este juicio. De modo que en esos dos puntos no es fundado el cargo. Pero en el resto de él dice el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al estimar la copia de la diligencia de posesión presentada por el demandante, del año de mil setecientos veintidós, como prueba de la posesión inmemorial del resguardo de 'Cuñamono' y 'Lomapricta', y que también violó, por error de hecho y de derecho varias disposiciones sustantivas, de que habla en el motivo primero del capítulo 2º de la demanda de casación. Habrá, pues, que considerar esta última parte del primer cargo, unida con el primer motivo del capítulo 2º citado, por ser uno mismo. En apoyo de estos reparos—arguye el autor del recurso—que según el artículo 1758 del Código Civil, es instrumento público o auténtico, el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario; que el artículo 678 del Código Judicial anterior, vigente cuando se interpuso el recurso, establecía cuáles eran los instrumentos auténticos, y en el numeral 2º se refiere a los que se hallen en los archivos públicos de carácter oficial, y a las copias de estos documentos, autorizadas por los empleados respectivos; que el artículo 679 del propio Código Judicial determinaba las condiciones o requisitos para que tales documentos pudieran tenerse como pruebas, entre ellas la de que se pidan durante el juicio por el Juez de la causa a la oficina donde reposaran sus originales, y, por último, que el artículo 686 del mismo Código agrega que 'los documentos se expedirán en copia bajo la responsabilidad de los empleados encargados de la custodia de los originales...' No hay disposición legal—continúa diciendo el recurrente—según la cual una copia de una diligencia, como la que obra en autos, del año de mil setecientos veintidós, pueda ser título del derecho de dominio, ni de la posesión. El artículo 12 de la Ley 89 de 1890, dice que en caso de haber perdido una parcialidad de indígenas sus títulos, por caso fortuito o por maquinaciones dolosas y especulaciones de algunas personas, comprobará su derecho sobre el resguardo por el hecho de la posesión judicial, o no disputada por el término de treinta años, caso que no se cuente con esa formalidad, y de acuerdo con el Código Civil. De suerte que ni siquiera la copia de la copia de esa diligencia puede suplir—dice el recurrente—la existencia del título, ni para comprobar

Págs.

la posesión, pues si en el caso de la facultad del título, el derecho al resguardo se comprueba con el hecho de la posesión, esta posesión que la parcialidad demandante hubiera tenido alguna vez en las tierras del resguardo, ha debido probarse con el testimonio de cinco testigos de notorio abono, examinados en la forma prescrita por el artículo antes citado. La copia de la diligencia, aparte que no es la prueba de la posesión, ni título de dominio, no vino a los autos en la forma legal, pues ni pidió al archivo oficial donde reposa original la diligencia, ni está expedida bajo la responsabilidad del funcionario encargado de la custodia del original..... Se considera: El Tribunal no tomó la copia de la diligencia de posesión dada a la parcialidad demandante el año de mil setecientos veintidós como título de dominio, porque dijo que éste lo constituía la ley general, que reconoció a los resguardos de indígenas el dominio de ellos. Tomó el sentenciador la copia de la diligencia como prueba de la posesión inmemorial de dicha parcialidad sobre el terreno disputado. Ahora, cualquiera que sea el valor probatorio de dicha copia, no era suficiente para ordenar la reivindicación demandada, porque no pudiendo ser la ley general el título inmediato de dominio de la parcialidad demandante, debido a que no se determinaron en ella los inmuebles para cada caso, el actor debió presentar este título inmediato del terreno de que se trata. Y no habiéndolo presentado, se encontraba en el caso del artículo 12 de la Ley 89 de 1890, disposición según la cual, para que sea admisible la prueba de la posesión judicial que sirva para reconocer el derecho al resguardo, es preciso que se compruebe la pérdida fortuita del título directo del resguardo. Y esta prueba no la adujo el demandante..... De modo que al estimar el Tribunal que con la copia de la diligencia de posesión a favor del demandante, del año de mil setecientos veintidós, precedía completo el título de dominio de los resguardos de 'Cañamomo' y 'Lomaprieta', y era así procedente la acción reivindicatoria deducida por dicha parcialidad, incurrió en error de hecho y de derecho, violando con ellos el artículo 12 de la Ley 89 de 1890 y también los artículos 946 y 950 del Código Civil, relativos a la reivindicación, y por ello debe casarse la sentencia, sin necesidad de considerar los demás cargos formulados en la demanda de casación". (Casación, XLI, Nº 1895, agosto 30 de 1933). ..... 513, 1ª y 2ª, y 514, 1ª

RESOLUCION DE UN CONTRATO BILATERAL

- Nº 198 -

Julia Saavedra de Villafañe vendió todos los derechos hereditarios que como sucesora de Tito Saavedra le correspondieran en la sucesión de éste sobre determinada finca raíz, y se obligó a hacerle adjudicar esos derechos al cesionario comprador de ellos, Félix María Reyes, el cual, basándose en que Julia no había cumplido esta obligación, la demandó en juicio sobre resolución del contrato. Prosperó la acción ante el Tribunal y la demandada recurrió en casación alegando la primera causal del artículo 520 del C. J., por violación de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil. Dijo la Corte:

"Considera el Tribunal que la vendedora no cumplió con la cláusula duodécima del contrato que se hizo constar en la escritura número 30, de diez y nueve de enero de mil novecientos veintinueve, y que por ese incumplimiento 'la finca no se adjudicó a Reyes en la partición de los bienes herenciales de Tito Saavedra, y pasó a ser propiedad del adjudicatario de ella en esa partición.....' Luégo agrega: 'El incumplimiento de la obligación estipulada en la cláusula duodécima del contrato, consta de la propia confesión de la demandada, al contestar el hecho 8º de la demanda'. El Tribunal da, pues, por establecido, que el juicio de sucesión testada de Tito Saavedra, de donde hace derivar la vendedora Saavedra de Villafañe los derechos hereditarios que fueron materia del contrato, se siguió y concluyó con la partición y adjudicación de dichos derechos a persona distinta del comprador, por confesión de la misma vendedora. Pero al respecto cabe observar que, aun suponiendo acreditado que la demandada hubiera infringido la susodicha cláusula 12—como lo afirma el Tribunal—la falta de cumplimiento por una de las partes a sus obligaciones, no da por esa sola circunstancia derecho a la otra parte para pedir la resolución del contrato, porque la condición resolutoria tácita que establece el artículo 1546 del Código Civil, en el cual se apoya el Tribunal, ha de entenderse con la restricción que le impone el 1609 de la misma obra, según el cual 'en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos'. De tal suerte que si el Tribunal estimaba que la vendedora no había cumplido con la obligación que le impuso la cláusula 12 del contrato, de obtener que se adjudicaran al comprador los derechos hereditarios que se había comprometido a transmitirle, ha debido entrar a examinar en seguida si la otra parte había cumplido o se había allanado a cumplir las obligaciones que eran de su cargo. Mas, como lo observa el recurrente, el Tribunal no se preocupó por hacer ese estudio; pues entiende él —según se desprende de su fallo— que basta el incumplimiento de una sola de las partes, aunque la otra parte esté también en mora, para que sea el caso de aplicar el artículo 1546 del Código Civil. Es ese un concepto absolutamente erróneo, pues este artículo no puede interpretarse aisladamente, sino en relación con el 1609 del mismo Código, con el cual guarda estrecha armonía. El comprador no ha cumplido las obligaciones que el contrato le impuso, pues si bien es cierto que en el hecho tercero de la demanda dijo que había pagado los $ 5,800, precio de la venta, de acuerdo con lo convenido en el contrato, acerca

Págs.

de ese hecho fundamental de la acción, que la parte demandada negó, en ninguna de las instancias del juicio allegó prueba alguna para acreditarlo. Sólo hay constancia en autos del pago de mil pesos, que el comprador dio al contado al firmarse la escritura de venta. Aun suponiendo, pues, que la parte demandada faltó al cumplimiento de sus obligaciones, la demandante no ha comprobado haber cumplido con las suyas. En tales condiciones, ni demandante ni demandado pueden considerarse en mora, ni ninguno de ellos está autorizado para pedir la resolución del contrato, de acuerdo con el artículo 1609 del Código Civil. Refuerza este concepto la siguiente doctrina de la Corte, sentada en casación de 7 de diciembre de 1897: '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'. (GACETA JUDICIAL, XIII, 200, 2ª). La sentencia viola, por tanto, los artículos 1546 y 1609 del Código Civil, como lo sostiene el recurrente. La violación de esos preceptos es suficiente motivo para infirmar la sentencia recurrida, sin necesidad de entrar a considerar los otros motivos de casación alegados". (Casación, XLI, Nº 1895, julio 3 de 1933). (1) 442, 2ª y 443, 1ª

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO EN MATERIA DE DELITOS Y CULPAS CIVILES

- Nº 199 -

Verificando el ingeniero doctor Carlos Edmundo Cortés el traslado de una pala de vapor en el Ferrocarril del Norte de un punto a otro, fue aplastado por la cuchara de la pala. La viuda y los hijos legítimos del occiso demandaron a la Nación, como propietaria de aquella empresa de trasportes, para el pago de perjuicios causados por la muerte del doctor Cortés. Al revocar la Corte la sentencia del Tribunal de Bogotá sentó la siguiente doctrina:

"Corresponde ahora examinar si, efectivamente, de acuerdo con los hechos anteriores, los demandantes tienen derecho a una indemnización por parte del Estado, propietario del Ferrocarril, por el accidente en que perdió la vida el doctor Cortés. El artículo 1494 del Código Civil señala las fuentes de las obligaciones y el 2341 establece el derecho a obtener una indemnización por causa de delito o culpa. Sobre este particular dijo con mucho acierto la Corte, en sentencia de veinte de octubre de mil ochocientos noventa y ocho, lo siguiente: 'En materia de delitos y culpas civiles, la jurisprudencia se halla perfectamente de acuerdo en hacer recaer sobre los comitentes la responsabilidad de los agentes, aun por la mala elección que de ellos se haga. Un empresario de transportes, por ejemplo, que tiene a su servicio empleados que por su negligencia, malicia o descuido causan daños a las personas o a las cosas, se hace responsable de las faltas de sus dependientes, por no haber puesto el debido cuidado en su elección, y haber empleado a personas que no tienen las condiciones requeridas para el buen desempeño de su cargo. El rigor de estos principios es mayor, si cabe, cuando se trata de los hechos de los empleados públicos con relación a la entidad que los nombra'. En el presente caso, ya se ha visto que no sólo la pala que ocasionó la muerte del doctor Cortés fue mal armada, sino que también el maquinista Clímaco Ospina, que la manejaba, no era persona competente, porque a él no se le enseñó el manejo de esa máquina como pala, sino como grúa, según declaraciones del propio Ospina y del jefe de talleres. No puede decirse que el empleado público que arrienda sus servicios profesionales a una empresa dependiente del Estado, no podría exigir a éste la indemnización correspondiente por los daños que en su persona le causara, provenientes de descuido, de negligencia o de la correspondiente falta de cuidado, de la mala escogencia de sus compañeros de trabajo, porque esta clase de desastres o accidentes, cuando provienen, como en el caso que se estudia, de la falta de diligencia y de conveniente cuidado, llevan generalmente en sí mismos el sello de la culpa, es decir, de la falta de dirección o de vigilancia en la regular marcha del servicio, ya que el empleado, cuando se contrata, lo hace bajo la confianza de que los instrumentos o máquinas que se le entreguen para el desempeño de su trabajo, tienen que estar rodeados de todas las condiciones de garantía y de eficacia necesarios, y el demás personal que trabaja con él tiene la habilidad necesaria, porque al arrendar sus servicios no se somete en ningún caso a los riesgos aleatorios de los daños personales, ya que nadie que tenga mediano sentido puede pensar en renunciar a la vida o a la integridad personal". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1895, junio 30 de 1933) ..... 592, 2ª, y 593, 1ª

RETROVENTA

- Nº 200 -

Véase la doctrina contenida bajo el título: "PACTO DE RETROVENTA".

S

SOCIEDAD Y SU REGISTRO

- Nº 201 -

Véase la doctrina contenida bajo el título: "REGISTRO DEL EXTRACTO SOCIAL".

(1) Concordancias: véanse las doctrinas de los números 3525, tomo 1o., Jurisprudencia de la Corte; 3534, tomo 3o. Concuerda la Jurisprudencia del Tribunal de Bogotá, por Latorre, No. 306.

Págs.

SOCIEDAD

- Nº 202 -

Se alegaba por el recurrente en juicio de oposición a la adjudicación de unos baldíos que el sentenciador había interpretado erróneamente los artículos 469 y 470 del Código de Comercio al declarar probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería de la compañía opositora por el hecho de no haberse registrado el extracto de la escritura de reconstitución social.

"Considera la Corte que, conforme al artículo 472 del Código de Comercio, la falta de las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470 del mismo Código, están equiparadas a la omisión de la escritura social en cuanto a sus efectos. Esas faltas, como la de la escritura social, producen absoluta nulidad entre los socios. De modo que no puede alegarse que sin las solemnidades prescritas en los artículos 472 y 470 del Código de Comercio, prueba por sí sola la escritura social la existencia de la sociedad. Ahora, en cuanto a los efectos que respecto de terceros produce la falta de los requisitos anteriores, el Código prevé los diferentes casos que pueden ocurrir en las correspondientes relaciones jurídicas. Los socios no pueden alegar el incumplimiento de las solemnidades prescritas para la formación de la sociedad contra terceros interesados en la existencia de ella (artículo 477); ni el tercero que hubiere contratado con una sociedad que no hubiere sido legalmente constituída, podrá sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones (artículo 479 del Código de Comercio); pero en el presente caso no se trata de un tercero ligado contractualmente a una sociedad constituída de manera ilegal. ....El extracto.... no fue registrado ni publicado conforme lo mandan los artículos 469 y 470 del Código de Comercio; por lo mismo, esa reconstitución de la sociedad, hecha, como se ha dicho, variando en puntos sustanciales la sociedad primitiva, no produce efecto alguno contra terceros, y de allí que el Tribunal no haya errado al declarar la excepción de ilegitimidad de la personería de la compañía demandante". (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 1º de 1932). (1)..... 34, 2ª, y 35, 1ª

SOCIEDADES EXTRANJERAS.
(PERSONERIA)

- Nº 203 -

Véase la doctrina expuesta bajo el título: PERSONERIA DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS.

SEGURO DE INCENDIO

- Nº 204 -

En un juicio sobre pago de un seguro de incendio alegaba el actor recurrente de la sentencia del Tribunal que éste había interpretado erróneamente el artículo 703 del C. Co. Dijo la Corte:

(1) Concordancia: No. 3811, tomo 3o., Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

"Como lo declara el artículo 733 del Código de Comercio, las disposiciones sobre seguro contra incendio que éste consagra en la sección segunda, capítulo 2º, Título 8º del Libro 2º, se refieren a los seguros contratados con compañías domiciliadas en Colombia o con aseguradores que residan en este país, pues si se ha contratado con aseguradores residentes en el extranjero, que no tengan en Colombia sino 'meros agentes', el seguro se regirá por las leyes del país del domicilio del asegurador. La expresión 'meros agentes', sólo puede referirse a simples intermediarios que, sin ser apoderados de los aseguradores, se dedican por cuenta de éstos, mediante la celebración de contratos ad referendum, a la consecución de solicitudes de seguros; pero no a aquellas personas a quienes las compañías aseguradoras domiciliadas en país extranjero, han confiado su representación en Colombia, en calidad de apoderados, con las formalidades establecidas por las leyes de la República. Al agente así constituído con facultades para representar a los aseguradores y para obrar en nombre de ellos, no se le puede reputar simple intermediario o mero agente de los aseguradores, sino como la propia persona de éstos, y el seguro ajustado con tales apoderados se rige por la ley colombiana en cuanto no se halle previsto en la póliza. Es, por tanto, fundado el cargo que el recurrente le hace a la sentencia recurrida de indebida aplicación del artículo 703 del Código de Comercio". (Casación, XLI, Nº 1895, septiembre 4 de 1933)..... 532, 2ª

SEPARACION DE BIENES

- Nº 205 -

Decía el recurrente en un juicio sobre separación de bienes que el sentenciador había violado el artículo 154 del Código Civil, porque estimaba que para que haya lugar a la separación de bienes por la causal 4ª de ese artículo, se requiere que uno de los cónyuges haya abandonado en absoluto todos los deberes de esposo y padre, o de esposa y madre.

"Considera la Corte, que si bien la redacción del numeral 4º del artículo 154 del Código Civil pudiera prestarse a la interpretación que le da el recurrente, su genuina inteligencia no puede llegar hasta esos extremos, pues bien se comprende sin mayores esfuerzos de dialéctica, que el abandono por parte de uno de los cónyuges, de alguno de los deberes que le incumben y que hiciera imposible la consecución de los fines para los cuales está constituído el matrimonio, sería causal necesaria de separación de bienes, por ejemplo, dejar el marido de suministrar a la mujer lo necesario según sus facultades, de tal manera que peligrara la vida de la mujer a causa de inanición. En este evento, quizás el mismo recurrente no se atrevería, para decretar la separación de bienes, a exigir que el marido hubiera abandonado de modo absoluto el cumplimiento de los demás deberes de marido. Hay pues que interpretar este numeral en el sentido de

jidad no se ha presentado ni puede presentarse, porque los veredictos pronunciados en este caso no dejan la menor duda sobre su alcance y significación. No está, por tanto, justificada la causal 5ª de casación". (Casación, XLI, Nº 1892, octubre 19 de 1932)..... 102, 1ª

VEREDICTO DEL JURADO

- Nº 215 -

Había respondido un Jurado el cuestionario que se le propuso sobre responsabilidad del acusado por homicidio: "Sí, en riña provocada por el occiso y compañeros". Como se le condenase, de acuerdo con el numeral 7º del artículo 587, en relación con el 600 del Código Penal, a la pena de seis años de presidio, el reo recurrente en casación alegó la causal segunda de la ley 118 de 1931, diciendo que tenía su fundamento en el hecho de que si el Jurado hubiera querido aplicar el artículo 600, contestara de manera simplemente afirmativa, sin modificación, pero como modificó su respuesta, tal modificación debía interpretarse de manera favorable y no rigurosa, es decir, de acuerdo con lo que pretendió el Jurado, o sea la aplicación del artículo 602.

"Se considera: El Jurado emite su veredicto en conciencia, sin tener en cuenta la aplicación jurídica que a él deba darse, lo que corresponde precisamente al Juez Superior. De suerte que si el recurrente pretende penetrar en el fuero íntimo de los juzgadores de hecho para escudriñar el sentido recóndito de su conciencia en relación con el veredicto dado, allá él, ya que bien puede hacerlo desde un punto de vista abstracto; pero concretamente el querer del Jurado se transparenta es en su propio veredicto, el cual debe interpretarse y traducirse a la realidad legal y procesal. Y como esta realidad resalta más claramente de las consideraciones de los juzgadores de instancia que de las aseveraciones escuetas del sustentante del recurso, a aquéllas, mejor que a éstas, se atiene la Corte en el presente caso". (Casación, XLI, Nº 1895, abril 28 de 1933)..... 568, 1ª

VIOLACION DE LA LEY

- Nº 216 -

En juicio de reivindicación alegaba el actor recurrente de la sentencia que absolvió al demandado de los cargos de la demanda, que el sentenciador había violado directamente el artículo 1873 del Código Civil, por cuanto "asienta el Tribunal que el demandado no es poseedor del terreno reivindicado, pues los inmuebles que posee —dice la sentencia— están especificados de manera completamente distinta de las escrituras...." Dijo la Corte:

"No dice el recurrente, como es de rigor en este recurso, en qué consiste la violación directa del artículo 1873 del Código Civil, ni en qué consiste el error de derecho. 'Para que exista violación directa de una disposición legal— ha dicho la Corte— es necesario que el fallo contenga disposiciones contrarias a ese precepto'. (Casación, 30 de noviembre de 1922, GACETA JUDICIAL, XXIX, 325, 3ª)" (Casación, XLI, Nº 1895, julio 21 de 1933). (1)..... 487, 1º

VIOLACION DE LA LEY

- Nº 217 -

Un individuo se constituyó acusador particular contra unos Magistrados de un Tribunal, por supuesta violación de ley expresa.

"La violación de ley con la responsabilidad consiguiente, exige la concurrencia de estos dos elementos: la aplicación de una determinada disposición en vez de otra que existe, expresa y terminante para el caso, y la voluntad y malicia, es decir, el dolo con que se haya procedido. Para que se cometa ese delito no basta el primer elemento, porque si así fuera, todas las veces en que un superior, dentro del recurso de apelación, por ejemplo, o dentro del recurso de casación en el cual existe una causal que se llama 'ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma', tuviera necesidad de revocar, de invalidar o casar un fallo por tal motivo, existiría responsabilidad por parte del inferior, lo cual es sencillamente absurdo, ya que todo puede depender del distinto criterio de interpretación. Para que exista el delito que se viene examinando, es necesario que concurra el otro y principal elemento, o sea el dolo, es decir, la voluntad perversa, la conciencia por parte del agente de conculcar el derecho, dejando de aplicar maliciosamente una determinada norma jurídica para tener en cuenta otra muy distinta, con el propósito de perjudicar". (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLI, Nº 1894, febrero 14 de 1933). (2) 392, 1

(1) Concordancia: véase la doctrina expuesta en el número 2615, tomo 2o., Jurisprudencia de la Corte.

(2) Concordancia: No. 1084, tomo 3o., Jurisprudencia de la Corte. Concuerda también la Jurisprudencia de los Tribunales, No. 5445, tomo 2o.

de las disposiciones constitucionales, legales y administrativas interpretadas, citadas o aludidas por la Corte en el presente Tomo XLI.

CONSTITUCION NACIONAL

Artículos	Números
26	146
31	130
62	132
76	176
100	132
154	132
157	132

ACTO LEGISLATIVO No. 3 de 1910.

Artículos	Números
4	72
5	130
59	192

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
68	79
184	206
203	206
204	28, 206
205	206
206	206
207	28, 206
211	28
299	79
391	87
558	174
669	5
742	105
743	105
762	105
762	105
765	99, 157, 158
767	105
793	99
794	99
795	99
798	99
807	99
824	5
825	5
946	197
950	197
1020	22
1072	149
1074	149
1118	149
1325	59
1359	79
1377	105
1388	89
1394	194
1401	105, 157, 158
1458	99
1467	99
1469	90
1471	99
1485	..

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
1470	99
1494	199
1498	5, 66
1509	79
1546	198
1547	4
1548	4
1560	194
1604	71, 100
1613	60
1614	60
1609	198, 212
1687	194
1688	194
1754	194
1757	30, 93
1758	197
1759	69, 194
1779	69
1781	28
1782	28
1783	28
1789	28
1850	58

CODIGO CIVIL (Continuación)

Artículos	Números
1857	64
1873	216
1874	105
1875	105
1880	212
1882	212
1933	4
1943	154
1946	194
1947	5, 194
1948	195
1951	129
1954	194
1975	5
1979	21
2078	168
2079	185
2083	137
2090	185
2287	5
2290	5
2303	69
2338	78
2341	199
2371	95
2377	98
2498	163
2535	187
2594	136
2652	186
2673	182, 186

CODIGO DE COMERCIO

Artículos	Números
43	93
45	93
313	168
465	162, 183, 186
469	183, 185, 186, 202
470	185, 186, 202
472	137, 183, 185, 186, 202
477	202
479	202
480	165, 183, 186
551	183, 185
703	204

CODIGO PENAL

Artículos	Números
29	1
587	107, 108
604	107
676	101
677	101
678	101
679	101
681	101

CODIGO JUDICIAL

Artículos	Números
162	89
289	10
542	30
543	30
589	118
678	197
679	197
681	60
694	124
695	124
719	11
760	133, 134
770	133, 134
833	49
1271	89
1295	78
1516	70
1656	121

NUEVO CODIGO JUDICIAL

(Ley 105 de 1931)

Artículos	Números
17	209
160	193

CODIGO JUDICIAL (Continuación)

Artículos	Números
173	192, 193
175	193
176	192
260	192
209	10
351	8, 9
366	9
461	75
513	181
514	181
520	34, 50, 51

NUEVO CODIGO JUDICIAL

Artículos	Números
521	8
530	73, 74, 178
532	73, 178
539	60, 74
593	30
607	212
645	124
669	209
860	130

CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL

127	192

CODIGO FISCAL DE 1873

Artículos	Números
901	29
904	26, 29
909	27
910	29

CODIGO FISCAL ACTUAL (Ley 110 de 1912)

Artículos	Números
31	176
85	25
253	166

LEYES CITADAS

LEY	68 de 1872
—	27
LEY	18 de 1874
—	27
LEY	61 de 1874
1o.	27
LEY	292 de 1875
53	30
LEY	42 de 1882
4o.	27
LEY	38 de 1887
3o.	140
LEY	57 de 1887
5o.	140
34	79
42	184
229	128
243	109
265	143
LEY	153 de 1887
3o.	130
LEY	80 de 1888
85	78
LEY	89 de 1890
12	197
LEY	95 de 1890
15	124, 165
11	149
LEY	105 de 1890
72	174
79	133, 134
217	41
218	41
253	89
359	170
LEY	56 de 1890
—	130
LEY	119 de 1890
—	130
LEY	100 de 1892
24	192

LEYES CITADAS (Continuación)

25	88
LEY	169 de 1896
1o.	177
2o.	34, 47, 51, 177
11	11
47	101
50	145
LEY	42 de 1899
2o.	183, 186
LEY	40 de 1907
36	162
151	178
157	70
LEY	35 de 1915
13	130
14	130
15	130
16	130
17	130
18	130
19	130
20	130
21	130
22	130
23	130
24	130
25	130
26	130
LEY	85 de 1915
—	102, 104
LEY	38 de 1918
—	130
LEY	84 de 1920
—	130
LEY	90 de 1920
9o.	43, 44
10	73
LEY	36 de 1923
4o.	176
57	96
LEY	42 de 1923
57	98
80	102, 104
LEY	45 de 1923
3o.	72
4o.	72
LEY	78 de 1923
1o.	179, 180
LEY	67 de 1926
8o.	130
9o.	120, 130
LEY	77 de 1927
2o.	130
LEY	37 de 1931
26	152
LEY	89 de 1931
1o.	131
LEY	118 de 1931
—	70, 179, 180
LEY	32 de 1933
—	119

Ordenanza No. 66 de 1915, de Cundinamarca, 169.

DECRETOS CITADOS

Decreto de 7 de enero de 1870. 27.

Decreto Legislativo No. 2 de 1906, artículos 1o., 2.o y 3o., 182.

Decreto No. 1751, de 1o. de octubre de 1931, 131.

Decreto No. 202 de 8 de febrero de 1932, 131.

Decreto No. 945 de 1932, artículo 10, 72.

CODIGO CIVIL FRANCES

Artículos	Números
972	140

CODIGO CIVIL ITALIANO

Artículos	Números
1034	157

INDICE ALFABETICO

TOMO XLI

A

Pág.

Acta de la sesión del 1º de mayo de 1935 425
Acuerdo Nº 1º de 1º de mayo de 1935, de la Sala de Casación Civil 425
Acuerdo Nº 1º de 1º de mayo de 1935, de la Sala de Negocios Generales 425
Acuerdo Nº 2º de 2 de mayo de 1935, de la Sala Civil de Unica Instancia 426
Acuerdo Nº 8 de 1º de mayo de 1935, de la Sala de Casación en lo Criminal 426
Acuerdo Nº 18 de 1935, sobre elección de conjueces 158
Acuerdo Nº 22 de 1934, sobre cambio de radicación del sumario contra Ernesto Krull. Homicidio 99
Acuerdo Nº 28 de 1934, sobre cambio de radicación del sumario contra el Teniente Pío Rengifo. Homicidio 94
Acuerdo Nº 32 de 1934, sobre cambio de radicación del sumario contra Abel de la Ossa y otros. Homicidio 243
Acuerdo Nº 34 de 1934, sobre cambio de radicación del sumario contra Ernesto Krull. Homicidio 244
Afanador Alfredo y otro en juicio contra Jesús M. Matiz y la Compañía Colombiana de Seguros 22
Afanador Marcín contra el Departamento de Cundinamarca. Ejecutivo 594
Agudelo Joaquín contra el Departamento de Antioquia y otros. División de bienes comunes 267
Aguilera Rafael D. contra Gonzalo Núñez, por pesos 302
Aguirre Luis F. contra Rosa Emilia Ospina y otra. Nulidad de un contrato 219
Alvarez N. Avelino contra Urbano Rodríguez R., sobre entrega de unas mercancías 212
Alvarez José Santiago contra el Municipio de Bogotá. Rescisión de un contrato por causa de lesión enorme 447
Alvarez Bernal Manuel. Causa por homicidio 399
Alvarez Rogelio. Causa por homicidio 567
Andrade José H. Se declara infundada la oposición hecha por éste a la propuesta de Luciano Restrepo, sobre explotación de hidrocarburos 131
Angel Alberto y otros, sobre adjudicación de unos terrenos baldíos, con oposición de la sociedad Agrícola y de Inmigración 291
Angel Alejandro & Compañía contra Pedro A. Gómez C. Juicio de reivindicación 443
Arango Albertina contra Benjamín Sandino. Separación de bienes 504
Arango P. Natalio contra varios Magistrados del Tribunal Superior de Manizales. Sobreseimiento definitivo 300
Aranguren Samuel contra Aristides Espinosa. Ejecutivo 469

B

Bácares Justo Pastor y otros contra Jacobo Forero. Nulidad de un contrato y petición subsidiaria de rescisión por causa de lesión enorme 445
Barba Guichard Ramón contra el Departamento de Cundinamarca, sobre incumplimiento de un contrato 264
Bazurto de Lizarazo Rosalina contra Antonio María Lizarazo. Separación de bienes 304
Bernal Epaminondas contra el Municipio de Cajicá, por pesos .. 505
Bernal Juan de J. y otro. Fuerza y violencia 111
Bernal María Elena y otra contra Zalatiel Pérez G., por pesos 203
Borda Alfredo y otro contra la Nación, por perjuicios 264
Borrero Gil Gonzalo y otros contra Ernesto Borrero. Reivindicación 481
Buenaventura Jiménez José Gregorio. Adjudicación de una capellanía 336

C

Catalizo E. A. & Compañía contra Pinzón & Compañía y otros, ... 188
Cadavid José de Jesús y otros contra Carlos Cadavid C. Nulidad de un contrato sobre constitución de renta vitalicia 12
Caicedo Rosendo y otros contra Jesús María Mina, sobre derecho a la participación de una herencia 213
Caicedo Salomón. Causa por homicidio 396
Camacho Herminda. Infanticidio 95
Camacho de Pardo Wenceslaa contra Servilio Pardo. Separación de bienes 78
por pesos 230
Carballo Nicolás Ramiro contra The Colombian Railways and Navigation Company Limited, por perjuicios 188
Carranza Juan de Dios, causa por heridas 289
Carranza Juan de Jesús. Causa por heridas 569
Castellanos Vicente Alberto. Causa por homicidio 398
Castillo Hermógenes y otro contra Lino Beltrán y otros. Nulidad de un fideicomiso y de un usufructo 436
Castillo Forero e Cadena Carlos. Homicidio 553
Ceballos Roberto contra The Santa Marta Railway Company Limited, por pesos 426
Cordero T. Felipe y otros sobre objeciones a la partición de bienes de la sucesión de Antonio Arias González 64
Córdoba Juan Clímaco y otros contra los Padres Jesuitas y otros. Caducidad de unas asignaciones testamentarias 177
Cortés Eusebio y otros contra el Banco de Colombia y César Sánchez Núñez, por pesos 22
Cuenca de Villa Eva contra Julio G. Villa. Separación de bienes 340

D

Decreto Ejecutivo Nº 945 de 1932. Se declara que no es inexequible el artículo 10 acusado, en cuanto se refiere a los contratos de arrendamiento, anticresis, etc. 1
Delgado S. Lemidas. Rescisión por lesión enorme de un contrato de compraventa 154
Departamento de Boyacá contra Francisco Antonio Rodríguez. Ejecutivo 118
Departamento de Caldas contra Polidoro Alzate y otro, por pesos. Ejecutivo 231
Departamento Norte de Santander contra Ricardo Durán Buenahora y otros. Ejecutivo 283
Díaz Leopoldo y otros contra Francisco Arango V. Juicio de reivindicación 464
Droescher William. Ejecución seguida por la Nación 129

E

Echeverri Hermanos contra Eduardo L. Gerlein & Compañía, por pesos 428
Escobar Julián J. Ejecución seguida por la Nación 124
Espinosa de Sierra Evangelina contra Salomón Catt 546

F

Falla de Lamilla Manuela. Juicio de sucesión. Se dirime una competencia afirmativa entre el Juez del Circuito del Agrado y el 5º del Circuito de Bogotá 240
Fernández M. Diego contra Concepción Puerta de Sánchez y otro. Oposición al denuncio de una mina de oro 34
Fiscal 1º del Tribunal de Bogotá contra Sergio y Arcadio Ruiz. 51
Fiscal del Tribunal de Santa Marta, contra varios. Reivindicación del predio Orihueca 530

G

Galindo C. Isidro y otro contra Carlos Carvajal N. División de un predio 302
Gamboa Paulino contra Mateo Gamboa, por pesos. Tercería coadyuvante de Vicente López Gómez 384
Gaona Mercedes contra Miguel Arias. Se declara desierto el recurso de casación intentado 528
García Cruz y otra contra Ana de Dios Carvajal y otra. Nulidad de una legitimación y reforma de un testamento 36
Gerlein R. Eduardo. Se niegan los recursos de hecho en la ejecución que le seguía la Nación 1
Gómez de Grisales Cruz y Ascensión contra Carlos Posada Arango. Juicio de reivindicación 4
Gómez Gabriel. Homicidio 109
Gómez J. J. y Compañía contra la Escandinavian West Indies Line Limited, por pesos 51
Gómez José Domingo. Causa por robo 109
Gómez Juan. Homicidio 25
Gómez Manuel A. contra el Departamento de Caldas 58
Gómez de Parra María de la Cruz y otros, contra la Nación 59
Gómez de Velandia Mercedes contra Pedro Velandia. Separación de bienes 34
González Camila viuda de Jaramillo contra la Empresa Eléctri-

Págs.

ca de Pereira. Incumplimiento de un contrato 524
González Rafael M. y otro. Se niega el recurso de hecho 211
Granada Roberto Arturo. Homicidio y heridas 247
Gualteros Leonidas. Causa por homicidio 569
Guerrero Heliodoro. Se declaran no probadas las excepciones propuestas por éste en la ejecución seguida por la Nación contra Manuel Guerrero 116
Guerrero Inocencio y otros contra Celedonio Gómez. Juicio de reivindicación 510
Guerrero Mario A. contra Emiliano Arellano. Se declara desierto el recurso de casación intentado 537
Gutiérrez Tomás O. contra el Municipio de Bogotá, por incumplimiento de un contrato sobre renta de degüello 320
Guzmán Esponda Eduardo. Cumplimiento de una sentencia extranjera 50

H

Henao Jesús María contra la Nación. Tacha de un testigo 573
Henao de Francisco Jesús María contra la Nación, por perjuicios 277
Holguín Luis Alberto contra Luis A. Puente R. Tercería excluyente de Lucindo Sanclemente 514

J

Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales contra José María Ribón, por pesos 421
Jurado Sergio Antonio y otros, por delitos contra la Hacienda Pública 393

L

La Nación contra Bernardino Camargo. Ejecutivo 587
La Nación contra José Manuel Soriano. Ejecutivo. Se determina la manera como debe hacerse un pago, dando aplicación al artículo 2495 del Código Civil en relación con el 2499 de la misma obra 279
La Nación contra Guillermo Sarmiento y Aquiles González. Ejecutivo 271
La Nación contra Jesús Tejada y otros. Deslinde 272
La Nación contra Marcial Polo G., por pesos 278
La Nación contra Luis C. Ovalle. Ejecutivo 280
La Nación contra Miguel A. Zúñiga, por pesos. Se declara probada una excepción 282
La Nación contra Miguel A. Zúñiga, por pesos. Se declara que no están probadas unas excepciones propuestas por éste en la ejecución seguida por la Nación 286
La Nación (Juez de Rentas y Ejecuciones Fiscales de Buenaventura) contra Rufino Villegas 588
La Nación (Administración de Hacienda Nacional de Neiva) contra Luis Carlos García Borrero 597
Ley 3ª de 1932, sobre gastos de representación de Senadores y Representantes. Se declara inexequible 145
Ley 67 de 1926. No es el caso de declarar inexequibles el inciso 1º y el parágrafo 1º del artículo 9º de esa ley, sobre expropiaciones por causa de utilidad pública 141
y 105 de 1931. Se declara que no son inexequibles los artículos 3º, 4º y 5º de esa ley, que se refieren a organización judicial y procedimiento civil 8
Lista de los Magistrados principales de los Tribunales Superiores para el período de 1935 a 1939 600
López de Acevedo Carmen contra Juan Gregorio Robledo y otro. Tercería excluyente 174
López de Díaz Eloísa contra Francisco Haeberlin. Propiedad parcial de una edificación 52
López de Garzón Georgina contra Alejandro Díaz. Resolución de un contrato 216
López Nicolás contra la Sociedad Agrícola y de Inmigración. Oposición al denuncio de un terreno baldío 471
Lozano Jenaro contra Cipriano Gómez y otros. Nulidad de una partición 527
[illegible] Miguel. Causa por homicidio 401
[illegible] Bautista. Causa por homicidio 555
[illegible] Emilio. Causa por homicidio 557

Ll

[illegible]ras Codazzi Ricardo. Pensión 579

M

[illegible]nilla Antonio y otra contra Amalia Santos de Cardoso y otra. Juicio de reivindicación 449
Manrique de Pinto Rita contra Abel Murallas. Nulidad de un contrato y petición subsidiaria sobre rescisión por lesión enorme 328
Marciales Benito y otros. Homicidio 97
María Heliodoro. Homicidio 261
Martínez Pereira Enrique y otro, contra la Nación, por perjuicios y otras pretensiones 276
Medina L. Jesús contra el Departamento de Antioquia, por pesos 593
Medina Juan Ramón contra María del Carmen Castro, viuda de Arismendi y otro 177
Mejía Alberto & Compañía contra unas compañías de seguros, por pesos 529
Mejía Patricio contra Ana Joaquina Mejía y otro. Nulidad de un testamento 478
Melguizo Pablo E. Objeciones a una partición 356
Mendiela Peralta Jacinto contra Ulpiano Barreto. Juicio de reivindicación 462
Mendoza de Mogollón Matilde contra Marco Aurelio Mogollón. Separación de bienes 502
Molina Callejas Germán, con oposición de Heliodoro González y Atanasio Vargas. Denuncio de una mina de oro 303
Molina Praxedis contra Juan C. Molina. Rendición de cuentas .. 200
Moncayo de Mayolo Ana María contra Víctor Moncaleano y otro. Rescisión por lesión enorme 305
Montero Luis María y otros contra Inocencia Vanegas. División de un predio 379
Morales Nicolás contra Rafael Angel, por pesos 355
Mosquera Manuel R. División de un predio 351
Municipio de Marinilla contra el doctor Rafael Agudelo. Violación de un contrato sobre construcción de un acueducto 313
Muñoz Manuel y otro. Circulación de moneda falsa 248
Muñoz Torres Enrique contra Jesús María Camargo Chaparro y otro. Nulidad de un testamento cerrado 16

N

Navia T. Severo. Ejecutivo seguido por la Nación 126

O

Obando Marín Juan Bautista. Homicidio 109
Ochoa Dominga contra José Parra o Montoya. Separación de bienes 496
Ortiz Ciro A. y otro. Causa por homicidio 383

P

Padilla Benjamín y otros contra Adolfo Escobar y otros, por pesos 192
Pardo Germán D. Juicio de sucesión. Objeciones a una partición 483
Pinilla Ismael. Juicio de sucesión. Objeciones a la partición 326
Posada Arturo contra la Nación. Rescisión de un contrato por lesión enorme 156
Prieto Vicente contra Ariosto Prieto, por pesos 257
Proposiciones aprobadas por la Corte con motivo de la elección de Magistrados de los Tribunales Superiores para el período de 1935 a 1939 601
Pulido de Cortés Ana Josefa contra la Nación. Indemnización por un accidente de trabajo 589

Q

Quesada Lorenzo contra Santiago Quesada y otros. Nulidad de un contrato y de una partición 455
Quintero Basilio contra Francisco Díaz Acevedo. Pago por consignación 287
Quintard José Tomás. Causa por homicidio 563

R

Ramírez Bernardo contra Mercedes Baquero de Acuña y otras. Nulidad de un contrato 31
Ramírez G. Abel contra Luis F. Ramírez. Rescisión de un contrato por lesión enorme 499
Reina Jaime y otros contra Julio Hurtado H. y otros. Nulidad de una división 351
Restrepo G. Francisco J. contra Emiliano Sierra y otros. Nulidad de unas actuaciones en juicio ejecutivo 68
Restrepo & Robledo, Compañía Colombiana de Seguros y otros contra la Nación, por pesos 574
Reyes Félix María contra Julia Saavedra de Villafañe, por pesos 440
Rincón Luis Felipe y Ovidio. Causa por homicidio 561
Ríos Angel. Heridas 349

Págs.

que el abandono de cualquier deber indispensable para la vida matrimonial, induce causal de separación de bienes, sin que sea necesario el abandono absoluto de todos y cada uno de los deberes de esposo y padre o de esposa y madre; situación ésta que queda naturalmente sometida a la apreciación del juzgador". (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 5 de 1932). (1) 52, 1º

SEPARACION DE BIENES

- Nº 206 -

Decía el recurrente que para que pueda decretarse la separación de bienes es menester que éstos existan.

"Para decidir si es o no el caso de decretar la separación de bienes, sólo ha de tenerse en cuenta si está o no justificada alguna de las causales que para ello señala la ley, sin tener que tomar en consideración si existen bienes propios de los cónyuges o de la sociedad conyugal, ya que la separación no tiene el único objeto de que se distribuyan los bienes existentes, sino que produce los efectos que para el futuro establecen los artículos 203, en su inciso 2º, a 208 del Código Civil". (Casación, XLI, Nº 1892, diciembre 12 de 1932)..... 81, 1ª

SEPARACION PARCIAL DE BIENES

- Nº 207 -

Véase la doctrina contenida en el punto titulado: "BIENES DEJADOS A LA CONYUGE CON CONDICION DE NO ADMINISTRARLOS EL MARIDO".

SOBRESEIMIENTO

- Nº 208 -

El sobreseimiento que se pronuncia en ocasiones en favor de un sindicado no significa precisamente que sea inocente, sino que no han logrado reunirse los elementos legales suficientes que acrediten su responsabilidad para abrirle causa criminal. (Casación, XLI, Nº 1892, octubre 19 de 1932)..... 97, 2ª

T

TACHA DE UN PERITO

- Nº 209 -

En juicio contra la Nación fue tachado el perito que el Magistrado sentenciador nombró de conformidad con el ordinal 8º del artículo 706 del Código Judicial. Consistía la tacha en que al tiempo de rendir su dictamen desempeñaba el pero el puesto de médico de la Escuela Militar de Cadetes y recibía, en consecuencia, remuneración de la Nación por esos servicios médicos. Dijo la Corte:

"Entre las tachas señaladas por la ley, relativas así a los testigos como a los peritos, el numeral 2º del artículo 669, mediante una presunción de parcialidad, considera impedidos para declarar o dictaminar a los 'empleados subalternos que están viviendo del sueldo o remuneración que dicha parte les paga'. Es evidente que esta disposición es excepcional y también lo es que la ley procedimental citada, refiriéndose a los empleados públicos, sólo priva a los empleados judiciales o del Ministerio Público el ser nombrados peritos, según el artículo 17 de la citada ley; de suerte que a la disposición del artículo 669, ordinal 2º, no se le puede dar la extensión que el articulante pretende, porque si tal hubiera sido el intento del legislador, evidentemente no hubiera dejado por fuera del artículo 17 a los demás empleados no mencionados en él... Y esto es razonable, porque fundada la tacha establecida en el numeral 2º del artículo 669 del Código Judicial en la relación de dependencia existente entre la parte y su empleado subalterno, considera que éste se halla carente de la libertad que es necesaria para decir la verdad o emitir su parecer en contra de los intereses de su patrón; empero, de que esto sea así, no se sigue que se hallen en idéntica condición los empleados públicos al servicio del Estado en pleitos en que éste interviene como parte, porque ellos no derivan su investidura ni tampoco sus emolumentos, de una persona privada que esté en capacidad de coaccionarlos de modo directo, sino de la entidad pública que desde este punto de vista es esencialmente abstracta y cuyos intereses están muy por encima del criterio con que los particulares pueden mirar los propios. Los empleados públicos encargados de la administración, bien se trate de la legislativa, de la ejecutiva o de la consultiva, gerencian con la mira del interés común; y este interés por más acendrado que se considere nunca puede equipararse al de los particulares que obran en beneficio exclusivo de su patrimonio individual; de consiguiente, no se puede aplicar el criterio establecido en la disposición que formula la tacha, que no puede referirse sino a los empleados subalternos de los patrones particulares y no a los empleados públicos". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLI, Nº 1895, abril 19 de 1933)..... 573, 574

TESTAMENTO NULO

- Nº 210 -

Véase la doctrina titulada: NULIDAD DE UN TESTAMENTO.

TITULO DECLARATIVO DE LA PARTICION ENTRE CONYUGES

- Nº 211 -

Véase la doctrina titulada PARTI-

(1) La Corte reproduce esta misma doctrina

TRADICION DE LA COSA VENDIDA

- Nº 212 -

Pidió el vendedor de unas joyas que se condenase al comprador al pago de una suma de dinero que éste le quedó debiendo como precio del contrato. El Juez absolvió al demandado y el Tribunal le condenó al pago. Ocurrió el demandado en casación acusando la sentencia de violación de los artículos 1609 y 1880 del Código Civil, pues decía que mientras el vendedor no haya hecho la entrega material de lo vendido no puede exigir el pago del precio, porque el orden lógico de los actos que forman el fenómeno jurídico de la compraventa exige que la cosa vendida se entregue primero y que en seguida pague el comprador el precio.

"Se considera: Con arreglo al artículo 1880 del Código Civil, 'las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida'. 'El vendedor —dice el inciso 1º del artículo 1882— es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él'. Conforme a las disposiciones transcritas, Vicente Prieto contrajo la obligación de entregar inmediatamente las cosas vendidas, puesto que en el contrato no se fijó tiempo para su entrega. 'En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos' (artículo 1609 del Código Civil). En su condición de vendedor y de demandante, toca a Vicente Prieto probar la entrega de lo que vendió, inclusive los libros y llaves de caja correspondientes al negocio de joyería. Pero lejos de haber probado el demandante la entrega, existe en el juicio plena prueba de la no entrega de gran parte de las cosas vendidas". Reproduce en seguida la Corte las declaraciones de unos testigos cuyo análisis hizo el Tribunal sin darles fuerza de plena prueba, y agrega: 'Hubo error manifiesto del Tribunal al desechar como pruebas las declaraciones de los testigos en mención, tan claras, tan convincentes, tan plenas de verdad. Hubo, asimismo, error evidente en declarar que Vicente Prieto no se ha constituído en mora por la no entrega de los libros. Por consiguiente, la sentencia recurrida infringió los artículos 1880, 1882 y 1609 del Código Civil y 697 del Código Judicial, ora porque el vendedor está obligado a entregar todas las cosas vendidas, inclusive los libros, ora porque la prueba testimonial no podía rechazarla para coger en su reemplazo la prueba derivada de leves indicios, deducidos de meras omisiones". (Casación, XLI, Nº 1894, 359) (1) y (2)..... 359, 1ª y 2ª

(1) Hubo salvamento de voto por estimar el Magistrado disidente que se trataba de un contrato de naturaleza distinta.

(2) Sentencias de 25 de 2528, 2529, tomo 3º

V

VENTA DE LA NUDA PROPIEDAD CON RESERVA DEL USUFRUCTO DE POR VIDA

- Nº 213 -

Véase la doctrina expuesta bajo el mote: CONTRATO ALEATORIO.

VEREDICTO CONTRADICTORIO

- Nº 214 -

Se invocaba en un juicio por homicidio la causal de casación de haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio, y se decía: "Fue concebido en esta forma el veredicto: 'El acusado Benito Marciales es responsable de haber dado muerte, en asocio de cuatro individuos más, a Sinforoso Rozo?, de.....? El Jurado contestó: Sí. Pero el Jurado al contestar que sí, no reconoció sino a tres responsables más, y no a cuatro, puesto que absolvió a los otros dos acusados. No hay, por consiguiente, según el veredicto, asociación de Benito Marciales con cuatro individuos más. Y, a pesar de esto, el Jurado contestó que sí, es decir, que Benito Marciales es responsable de haber dado muerte a Rozo, en asocio de cuatro individuos más. Hay en esto contradicción evidente". La Corte dijo:

"Se considera: Aun cuando varios tomen parte en la comisión de un delito, la responsabilidad es siempre personal, y así, en el presente caso, si bien fueron cinco los enjuiciados, como copartícipes en el homicidio, todos ellos respondieron individual y personalmente, porque individual y personalmente era su responsabilidad. El hecho de que en los cuestionarios se hubiera preguntado con respecto a cada uno si era responsable de haber dado muerte a Sinforoso Rozo, en asocio de cuatro individuos más, no era una agregación sustancial o necesaria para afirmar o negar la responsabilidad en forma que lo que se dijera de uno había que declararlo respecto de los demás. Tanto es así, que el Jurado pudo libremente, como lo hizo, condenar a tres de los acusados y absolver a los otros dos. De suerte que al contestar afirmativamente el Jurado algunos cuestionarios los de Marciales, Laguado y Contreras y negativamente los referentes a los otros dos acusados, no declaró que la responsabilidad de los primeros existía por haber sido cometido el delito por cada uno de ellos, necesariamente en compañía de cuatro más, o que esos cuatro fueran determinadas personas y no unas distintas; simplemente afirmó, y eso era suficiente, que sí estaba acreditada, en su concepto, la responsabilidad de tres de ellos. La contradicción que la ley establece como causal de casación, tiene que ser de tal naturaleza, que no pueda saberse cuál sea la intención o el pensamiento del Jurado, en forma que el Ju-

Págs

Robledo Luis Eduardo, Magistrado del Tribunal de Manizales, por heridas. Se sobresée definitivamente 245
Romero Edelmira contra The Barranquilla Railway and Pier Company Limited, por perjuicios 231
Rosanía Gustavo contra Tránsito Espinosa. Reivindicación 302
Ruiz Miguel A. Juicio militar por deserción 280

S

SALVAMENTOS DE VOTO:

Del Magistrado doctor José Miguel Arango:

En la sentencia que declaró que no es inexequible el artículo 1º del Decreto Nº 945 de 1932 5
En la sentencia que declaró que no son inexequibles los artículos 3º, 4º y 5º de la ley 105 de 1931, sobre organización judicial y procedimiento civil 11
En la sentencia proferida en el juicio de Hermógenes Castillo y otro contra Lino Beltrán y otros, sobre nulidad de un fideicomiso y de un usufructo 440
En la sentencia proferida en el juicio sobre nulidad de un testamento, seguido por Patricio Mejía contra Ana Joaquina Mejía y otro 480

Del Magistrado doctor Parmenio Cárdenas:

En la sentencia proferida en la causa por homicidio seguida contra Fernando Serrano, por homicidio 107

Del Magistrado doctor Jenaro Cruz:

En la sentencia que declaró infundada la oposición hecha por José H. Andrade a la propuesta de Luciano Restrepo sobre explotación de hidrocarburos 137

Del Magistrado doctor Remigio González Gooding:

En la sentencia que no declaró inexequibles el inciso 1º y el parágrafo 1º del artículo 9º de la ley 67 de 1926, sobre expropiaciones por causa de utilidad pública 284
En lo referente a lo resuelto en el Acuerdo Nº 32 de 1934 243

Del Magistrado doctor Ignacio González Torres:

En la sentencia que declaró que no es inexequible el artículo 10 del decreto Nº 945 de 1932 6

Del Magistrado doctor José Joaquín Hernández:

En la sentencia proferida en el juicio seguido por Cruz García contra Ana de Dios Carvajal, sobre nulidad de una legitimación y reforma de un testamento 372
En la sentencia proferida en el juicio sobre nulidad de un testamento, seguido por Patricio Mejía contra Ana Joaquina Mejía y otro 478

Del Magistrado doctor Germán B. Jiménez:

En la sentencia que declaró que no son inexequibles los artículos 3º, 4º y 5º de la ley 105 de 1931, sobre organización judicial y procedimiento civil 11
En la sentencia por la cual se casó la del Tribunal de Medellín, en el juicio seguido por el Municipio de Marinilla contra el doctor Rafael Agudelo, por violación de un contrato sobre construcción de un acueducto 318
En la sentencia proferida en el juicio promovido por Vicente Prieto contra Ariosto Prieto, por pesos 360
En la sentencia proferida en el juicio seguido por Luis María Montero y otros contra Inocencio Vanegas, sobre división de un predio 332
En la sentencia proferida en el juicio seguido por Manuel Aranguren contra Aristides Espinosa 471
En la sentencia proferida en el juicio seguido por Camila González viuda de Jaramillo contra la Empresa Eléctrica de Pereira, sobre incumplimiento de un contrato 527

Del Magistrado doctor Julio Luzardo Fortoul:

En la sentencia que declaró que no es inexequible el artículo 10 del decreto Nº 945 de 1932 5
En la oposición a la celebración de un contrato sobre explotación de petróleos 585

Del Magistrado doctor Juan E. Martínez:

En la sentencia que declaró que no es inexequible el artículo 10 del decreto Nº 945 de 1932 7

Del Magistrado doctor Tancredo Nannetti:

En la sentencia proferida en el juicio seguido por Mario A. Guerrero contra Emiliano Arellano, por haberse declarado desierto el recurso de casación 1

Del Magistrado doctor Juan C. Trujillo Arroyo:

En la sentencia que no declaró inexequibles el inciso 1º y parágrafo 1º del artículo 9º de la ley 67 de 1926, sobre expropiaciones por causa de utilidad pública 1
En el auto que confirmó el de proceder en la causa seguida contra Sergio Antonio Jurado y otro, por delitos contra la Hacienda Pública 1
Santana María Teresa y otros contra César González y otros 1
Saurat Emilio. Causa por robo. Se invalida la sentencia del Tribunal de Barranquilla 1
Serrano Fernando. Causa por homicidio 1
Sierra Alberto contra la sucesión ilíquida de Ana María Sierra por pesos 1
Sierra José María (sucesión) contra Pedro Ignacio Duque. Juicio de reivindicación 1
Sierra Vásquez y Compañía (Sociedad). Juicio que le siguió el Departamento de Antioquia 1
Silva Miguel contra Fray Andrés de Cardona. Oposición al denuncio de unos terrenos baldíos 1
Silva Rueda Roberto y otro contra el Departamento de Cundinamarca, por perjuicios 1
Simmonds Carlos N. contra el Departamento del Cauca, por pesos 1
Sociedad Agrícola y de Inmigración contra Bernardo Mora. Oposición al denuncio de un terreno baldío 1
Sociedad Agrícola y de Inmigración contra Ismael Correa y Compañía. Oposición al denuncio de un terreno baldío 1
Sociedad Agrícola y de Inmigración contra Pedro Truceo O. Oposición a la adjudicación de un terreno baldío 1
Sociedad Agrícola y de Inmigración. Se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Medellín, de fecha 23 de febrero de 1931 1
Sociedad Agrícola y de Inmigración contra Pedro Vásquez. Oposición a la adjudicación de un terreno baldío 1
Sociedad Colombiana de Fomento contra el Departamento de Boyacá, sobre cumplimiento de un contrato 1
Sociedad Urbanizadora La Favorita contra el Departamento de Tolima. Rescisión de un contrato por lesión enorme 1
Sociedad Urbanizadora La Favorita contra el Departamento de Tolima. Se revoca el auto de 4 de octubre de 1932, de la Sala de Negocios Generales 1

T

Tirado Macías Ricardo y otra contra Heliodoro D. Rojas. Nulidad de un contrato de compraventa 1
Tobar Urbana contra Polonia Eloísa Argüelles de Muñoz, sobre derechos a una sucesión 1
Torres Guillermo A. y otro contra Adolfo Charri, por pesos 1
Torres Ramona contra Abraham Abril. Separación de bienes 1
Trespalacios Benjamín. Se confirma el auto de proceder contra éste 1

U

Usma Gerardo. Homicidio 1

V

Valderrama Guadalupe. Se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal de C 1
Vanegas Camilo. Oposición a la celebración de un contrato sobre explotación de petróleos 1
Vega Manuela viuda de Vargas. Pensión 1
Velásquez Neira Aníbal. Causa por homicidio 1
Vélez C. Aurelio contra Lucrecio Vélez & Compañía. Rescisión de un contrato por lesión enorme 1
Vernaza Augusto M. contra el Club Colombia, por pesos 1
Villa Hernando. Ejecutivo que le seguía la Nación 1
Visita correspondiente a los meses de septiembre y octubre de 1934 92
Visita correspondiente a noviembre de 1934 1
Visita correspondiente a diciembre de 1934 y enero de 1935 1
Visita correspondiente a febrero y marzo de 1935 1

W

Wills de Restrepo Teresa y otros contra José Manuel Restrepo por pesos 1