GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR, JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas.—Ley XIII).
"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVI BOGOTA — FEBRERO 1938 NUMERO 1932

LA RESPONSABILIDAD POR CULPA

UNIDAD GENERICA Y DIFERENCIAS ESPECIFICAS

Por el doctor JUAN JOSE AMEZAGA (1)
Catedrático de la Facultad de Derecho de Montevideo.

SINTESIS

El mantenimiento de la antigua clasificación de la culpa en contractual y extracontractual apareja considerables ventajas didácticas y prácticas que la doctrina moderna debe reconocer.

Su unidad de género (responsabilidad culpable) deriva en una subdivisión lógica de especies. En la culpa contractual, es dentro del contrato donde debe buscarse, precisarse y encontrarse el derecho violado; en la culpa extracontractual, es dentro del derecho positivo donde debe hallarse la infracción del deudor y la sanción penal o civil que corresponda aplicar.

Un estudio atento de similitudes y diferencias en las dos zonas de la responsabilidad, invita a conservar la división tradicional, en nombre de la unidad genérica y la diferencia específica entre la responsabilidad contractual y la aquiliana.

En un erudito e interesante estudio publicado a principio de este año por el profesor Henri Mazeaud, se puntualiza el abuso que dentro de las ciencias jurídicas se ha hecho de la clasificación de las obligaciones, dividiéndolas en obligaciones contractuales y extracontractuales, para explicar "no solamente las diferencias que las separan en cuanto a su modo de formación sino también las diferencias que las separan con posterioridad a su nacimiento'.

Sin desconocer la exactitud de la observación en cuanto señala los inconvenientes de las construcciones jurídicas cuando se extienden más allá de las realidades, creo que la clasificación de las responsabilidades civiles en las dos grandes categorías denominadas culpa contractual y culpa aquiliana encierra valores lógicos apreciables, facilidades prácticas indiscutibles, y ventajas didácticas que todos los tratadistas antiguos y modernos se han visto forzados a reconocer.

(1) Versión taquigráfica del señor Santiago Legrand.

I

LA RESPONSABILIDAD FUNDADA SOBRE LA CULPA ES PRINCIPIO DE UN GENERO

Sólo las especies se clasifican y se definen, —y la definición se hace siempre señalando el género próximo y las diferencias específicas— Goblot, en su "Traité de logique", recuerda que los mismos objetos pueden ser clasificados de muchas maneras diferentes, y que el valor de una clasificación depende del uso que su autor se propone hacer de ella. Por esta razón, se dejan de lado las cualidades de los objetos a clasificar que no interesan a los fines que se persiguen con determinada clasificación. La clasificación de las obligaciones por sus fuentes, no excluye otra por sus efectos. ni otra por las responsabilidades que puedan nacer cuando se violan derechos ajenos. Separar las obligaciones en categorías sin dejar residuos que interesen al fin de cada clasificación y mantener entre los sujetos incorporados a cada categoría semejanzas específicas que se definen por caracteres importantes, significa realizar una clasificación perfecta tanto del punto de vista lógico como del punto de vista científico. No se destruye una clasificación demostrando que las diferentes especies presentan los caracteres comunes que corresponden al género. Por el contrario. esta consideración de los caracteres genéricos es indispensable en toda clasificación que siempre parte de estos caracteres para fijar y precisar luégo las diferencias específicas siguiendo el principio de la subordinación de los caracteres. No se concibe la clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales, en gratuitos y onerosos si no se parte de los caracteres esenciales y generales de todos los contratos, para definir luégo, las diferencias que separan a las diversas especies dentro de un mismo género. Ningún principio lógico se opone a que las obligaciones se clasifiquen de muchas maneras diferentes, según el uso a que responda la clasificación. Pueden coexistir muchas clasificaciones. Al lado de la clasificación de las obligaciones en contractuales y extracontractuales, puede presentarse la clasificación de las obligaciones "en obligaciones de medios y obligaciones de resultado"; (Demogue) o la clasificación de las obligaciones en obligaciones determinadas y obligaciones generales de prudencia y diligencia, etc.

Del mismo modo, la responsabilidad civil se ha clasificado desde hace muchos años en responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual o aquiliana, lo que no excluye que al lado de la clase responsabilidad culpa haya aparecido la responsabilidad riesgo, y que al principio de culpabilidad se le haya opuesto el principio de la causalidad. En materia de clasificación "las diferencias esenciales difieren de los caracteres importantes en que aquéllas son la condición y no la consecuencia de todos los otros caracteres del género definido, de las diferencias de sus especies y subespecies. El carácter esencial es el principio de un género".

Ahora bien: es innegable que la culpa es el carácter esencial de numerosísimos casos de responsabilidad civil, y que es el fundamento y el principio de un género: responsabilidad culpable o responsabilidad fundada sobre la culpa que pueden coexistir, pero, que son independientes y esencialmente diferentes de la responsabilidad fundada sobre el riesgo, o sobre el principio de causalidad.

II

LAS DIFERENCIAS ESPECIFICAS EMANAN DE LA CALIDAD DEL DERECHO VIOLADO

Tenemos, pues, "el principio de un género": responsabilidad culpable, —que a su vez admite una división en dos especies caracterizadas a su vez por diferencias esenciales: responsabilidad culpable contractual y responsabilidad culpable extracontractual—. Hemos mantenido y continuamos manteniendo la diferencia entre la culpa contractual y la extracontractual, porque si bien una y otra se fundan sobre la culpa, negligencia, imprudencia, o dolo del deudor, lo que les atribuye una absoluta identidad genérica, se diferencian por la naturaleza del derecho violado por el deudor. En la culpa contractual se imputa al deudor el incumplimiento de una obligación que emana de un contrato, y es dentro del contrato que debe buscarse, encontrarse y precisarse el derecho violado por el deudor, mientras que en la culpa extracontractual se acusa al autor de un delito o cuasi delito de la violación de una obligación impuesta por la ley, y es dentro del derecho positivo donde debe hallarse la infracción cometida por el deudor y la sanción penal o puramente civil que corresponda aplicar. El derecho a los daños y perjuicios por incumplimiento de una obligación de origen contractual exige la demostración de la existencia de un vínculo jurídico emanado de la voluntad de las partes contratantes y la interpretación de la naturaleza, eficacia y alcance de este vínculo jurídico. La identidad genérica de la culpa como fundamento de las dos responsabilidades, no se opone a las diferencias

específicas que derivan de la calidad del derecho violado,

Constituye culpa en el sentido amplio de la palabra todo acto ilícito que causa un daño al derecho ajeno. Si el derecho violado tiene su fuente en un contrato la culpa se llama contractual y si, por el contrario, el derecho violado se halla establecido en la ley, la culpa se llama extracontractual o aquiliana. Mazeaud y Mazeaud, en su notable obra sobre responsabilidad civil, no han dividido su libro en dos partes consagrando una de ellas a la responsabilidad contractual y otra a la responsabilidad delictual; han reunido en una sola parte los estudios en las dos categorías de la responsabilidad. Este método no significan, dicen Mazeaud y Mazeaud, que nos coloquemos entre aquellos que han sostenido que la responsabilidad civil es una sola y que son idénticas las reglas que gobiernan la responsabilidad contractual y las que gobiernan la responsabilidad delictual. Por el contrario —agregan—, tendremos muchas veces que señalar las diferencias entre los dos órdenes de responsabilidad civil, pero, como esas diferencias no son fundamentales hemos agrupado bajo un plan único los problemas de uno y de otro dominio.

Si por diferencias fundamentales entienden los ilustres autores franceses, las que representarían una oposición esencial entre los dos órdenes de resopnsabilidad, es evidente que tienen razón, puesto que tanto una responsabilidad como la otra son especies de un mismo género. Pero, entre estas especies existen a su vez atributos propios que permiten clasificarlas como diferencias dentro del mismo género. Lo mismo ocurre con casi todas las clasificaciones. La división de los hombres en distintas razas no significa establecer oposiciones que excluyan a los integrantes de algunas razas del género "hombre'; pero, entre éstos, existen diferencias que permiten establecer categorías con atributos propios sin desconocer los atributos genéricos. Para estudiar al hombre puede ser útil la clasificación por razas. Pero puede prescindirse al estudiar el hombre en sus aspectos antropológico, fisiológico y psicológico, etc., de la división de los capítulos por razas. Dentro del estudio de cada uno de estos aspectos se señalarían las diferencias fundamentales, que, como especies de un género común, presentan las diversas razas. Esto es lo que han hecho los profesores Mazeaud. El único reparo que puede hacérseles —no es el de haber reunido las dos responsabilidades dentro de un plan único—, sino el de haber desconocido el carácter fundamental de una diferencia que es perfectamente clara y definida, y ue se ven obligados a recordar y a puntualizar en todos los capítulos de su profundo y meritorio estudio.

III

LAS DIFERENCIAS SUSTANCIALES QUE SE HA CREIDO ENCONTRAR ENTRE LAS DOS CATEGORIAS DE RESPONSABILIDAD CULPABLE Y QUE NO EXISTEN

En esta materia, se ha abusado de la clasificación entre la culpa contractual y la extracontractual desconociendo su unidad genérica al señalar diferencias que no existen. Se recordará que se sostenía que la culpa contractual podía cometerse por actos y por omisiones, mientras que la culpa extracontractual suponía siempre actos positivos, olvidando que las omisiones hacen incurrir en responsabilidad, aun en ausencia de todo contrato, cuando la ley ha ordenado la ejecución de actos determinados. Se recordará que la doctrina tradicional, anotaba como diferencia los grados que existen en la culpa contractual y que no se admiten en la culpa extracontractual. A primera vista esta diferencia, si se examinan los artículos 1319 y siguientes y 1344 de nuestro Código Civil puede presentarse como exacta. En efecto, los artículos 1319 y seguientes establecen que en materia extracontractual se responde de la culpa levísima y el artículo 1344 dispone que debe prestarse la culpa leve, pero, que esta obligación aunque regulándose por un solo principio es más o menos extensa según la naturaleza del contrato o el conjunto de las circunstancias.

Como decía, a primera vista parecería fundada esta diferencia, pero como lo ha demostrado Planiol se confunde al establecer la extensión de la oblgación en la gravedad de la culpa. Dice Planiol:

El artículo 1137, dice, que determina la responsabilidad del deudor en materia de contratos, reglamenta una cuestión de obligación y no una cuestión de culpa; determina la extensión de la obligación en la gravedad deudor las obligaciones y promesas que tiene que ejecutar; pero, en el límite en que la obligación existe se puede decir que toda contraversión a esa obligación constituirá una falta, una culpa, por ligera que ella fuera, y sin distinguir si la obligación es convencional o legal. Se trata, pues, de saber, no en qué medida el deudor ha faltado a su obligación, sino en qué medida él se encuentra vinculado y qué suma de diligencia se había comprometido a prestar.

De manera que esto explica esa diferencia, esa elacticidad establecida en la ley. No se trata propiamente de una diferencia en el criterio de medida de la culpa,, sino que se trata de una diferencia en la extensión de las obligaciones. Las obligaciones que dan lugar a responsabilidad por delito, o cuasi delito, son obligaciones independientes de la voluntad de las partes, y tienen ese carácter estricto que obliga a todos los que viven en sociedad a no perjudicar, en lo más mínimo, el derecho de los demás; al contrario, las obligaciones que nacen de los contratos tienem mayor o menor elasticidad, precisamente porque depende de la voluntad de las partes que ha creado.

La tercera de las diferencias invocadas, es la siguiente: se dice que la culpa contractual se presume, mientras que la culpa extracontractual no se presume.

El que acusa a la contraparte por no haber cumplido con las cláusulas de algún contrato, no tiene que probar absolutamente nada, tiene que presentar el contrato y alegar su incumplimiento. De manera que se presume la falta de cumplimiento de la otra parte y es ésta la que tiene que probar, o bien que ha cumplido con lo estipulado en el contrato, o bien que no ha cumplido por haber mediado fuerza mayor o caso fortuito, o encontrarse dentro de algunas de las excepciones expresamente establecidas en la ley.

Por el contrario, el que acusa a una persona por concurrencia desleal debe probar no solamente el hecho de realizar actos de comercio en competencia, sino que debe probar también que ha existido imprudencia, negligencia o impericia en el comerciante rival; tiene que probar que se violó su derecho tutelado por la ley con culpable conducta.

De suerte —concluyen los partidarios de esta diferencia— puede afirmarse que la ley presume la culpa contractual. y, por el contrario, que la ley no presume la culpa extracontractual.

Esta diferencia tampoco tiene fundamento; y no lo tiene por dos razones: primera, porque no puede decirse de un modo absoluto, que la ley no presume la culpa extracontractual; al contrario, en muchas disposiciones la presume como en los casos en que el daño ha sido causado por las cosas "de que uno se sirve o están a su cuidado"; y, presume también la culpa in vigilando o in eligendo, cuando se trata de hechos ilícitos, probados, de personas que se hallan bajo la guarda o dependencia de otra.

De suerte que si la culpa contractual se presume, la culpa extracontractual también se presume en muchos casos.

Y, en segundo lugar, la presunción que establece la ley —si presunción puede llamarse—, en el caso de culpa contractual, no es una consecuencia de la teoría de la culpa, sino una aplicación de los principios generales de la prueba civil que establece que el actor debe probar su acción.

El que demanda a una parte, exigiendo el cumplimiento de un contrato, y acusándola por su falta de cumplimiento, sólo tiene que probar el vínculo contractual. El reo que hace valer la excepción, sosteniendo que ha cumplido, o alegando que no ha cumplido por haber mediado fuerza mayor o caso fortuito, respecto de la excepción se hace actor, y debe probarla.

Es, por consiguiente, la aplicación de un principio extraño a la doctrina de la culpa, el que explica esta diferencia entre la culpa contractual y la extracontractual, y no, —como se ha querido sostener—, una divergencia entre los conceptos esenciales de una culpa y de la otra.

La cuarta diferencia que se ha señalado entre la culpa contractual y la extracontractual se relaciona con la reparación del perjuicio.

En la culpa contractual la reparación del perjuicio es menos extensa que en la culpa extracontractual.

El artículo 1319 del Código Civil, dice que "los daños y perjuicios debidos al acreedor, a no ser de los fijados por la ley o convenidos por los contratantes, son en general de la pérdida que ha sufrido, y del lucro de que se ha privado con las modificaciones de los artículos siguientes". Y el artículo 1320, dice: "El deudor no responde sino de los daños y perjuicios que se han previsto o podido prever al tiempo del contrato, cuando no ha provenido de dolo suyo la falta de cumplimiento de la obligación. Aún en el caso de que la falta de cumplimiento provenga de dolo del deudor, los daños y perjuicios que no están fijados por la ley o convenidos por los contratantes, no deben comprender respecto de la pérdida sufrida por el acreedor, y el lucro de que se ha privado, sino lo que ha sido consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento.

De manera que el deudor responde únicamente de los daños y perjuicios previstos, o que se han podido prever en la culpa contractual mientras que en la culpa extracontractual se responde no sólo del mal directamente causado sino de la privación de ganancias que sea consecuencia inmediata del

hecho ilícito, sin atender a la posibilidad de previsión el concepto de la previsión desaparece: responde del daño y de todo lo que ha sido consecuencia inmediata de ese daño.

Por consiguiente, se dice, la reparación, en el caso de culpa extracontractual, es más extensa que en el caso de culpa contractual.

Esta diferencia, si bien está establecida en la ley, vamos a ver, al estudiar la forma de reparación y al estudiar, más adelante, la doctrina de la culpa extracontractual, que tampoco tiene razón de ser: su explicación se encuentra en la jurisprudencia, en el origen histórico; pero, en realidad, la tendencia del Derecho Civil moderno es la de admitir, por un lado, una responsabilidad sin culpa, —y claro está que en este caso la reparación del perjuicio siempre tiene que ser más atenuada, más leve, menos grave— y, por otro lado, una responsabilidad con culpa y, respecto de esta última se ha sostenido, y se sostiene por muchos autores, el criterio propuesto por Yhering con la denominación de criterio o de principio del equilibrio entre la culpabilidad y la reparación: a mayor culpabilidad, mayor reparación y a menor culpabilidad, menor reparación.

IV

LA DUALIDAD GENERICA DE LA RESPONSABILIDAD SEGUN POLACCO Y JOSSERAND

Josserand, en su Curso de derecho positivo francés, sostiene que existe una verdadera dualidad de responsabilidad; que equivocadamente la doctrina y la jurisprudencia han querido modelar la responsabilidad delictual sobre la responsabilidad contractual que supone la violación de una obligación preexistente; que en la responsabilidad extracontractual no preexiste una obligación anterior; y que la responsabilidad extracontractual no nace de la violación de derechos o deberes preexistentes sino de la culpa misma. En el delito o el cuasi delito el único generador de la responsabilidad extracontractual es el delito o el cuasi delito, es la culpa misma la fuente de la obligación. La tesis de la unidad de la responsabilidad descansa sobre una serie de paralogismos. Es falso que el contrato sea una verdadera ley y es falso que las leyes constituyen un contrato de gran envergadura puesto que la ley es un acto de autoridad; es falso, que una obligación se extinga por el incumplimiento del deudor, desde que es precisamente en este instante del incumplimiento cuando aparece toda la fuerza del vínculo jurídico. Hay diferencias entre las dos responsabilidades, concluye Josserand, en cuanto a su origen, es decir, la ley o la voluntad de las partes, en cuanto a la capacidad exigida por contraerla, en cuanto a la extensión de la reparación, en cuanto a las convenciones de no responsabilidad, en cuanto a la solidaridad y en cuanto a la competencia.

Dejando de lado por ahora lo relativo a la afirmación que refuta Josserand de que la obligación se extingue por el incumplimiento del deudor, lo que interesa es la diferencia que se señala entre la culpa contractual y la extracontractual, —y que ya ha sido anotada y defendida hace treinta años por el sabio profesor Polacco—. En la culpa contractual, dice Polacco, se trata de exigir el incumplimiento de una obligación que ya existe: la culpa da nacimiento a una obligación sucedánea o accesoria de reparación de los daños y perjuicios. En la culpa aquiliana no existe un nexo obligatorio anterior, y la culpa es por sí misma la fuente de nacimiento del nexo obligatorio que impone la reparación. Constituye, concluye Polacco, una discusión puramente teórica la de sostener la preexistencia de una obligación general de no hacer daño a otro en la culpa aquiliana, puesto que la ley no la ha tomado en cuenta para nada y mantiene separadas las dos clases de responsabilidad culpable.

V

REFUTACION DE CARNELUTTI

Creo que la mejor contestación a las afirmaciones de Polacco y de Josserand, la ha ofrecido a principio de este siglo el profesor Carnelutti. Una obligación no preexiste entre dos partes sólo por causa de un contrato. Las fuentes de las obligaciones son varias, y entre ellas la más importante por sí sola y por la fuerza que acuerda a determinadas manifestaciones de voluntad es la ley. Las obligaciones nacen de los actos ilícitos. Esto nadie lo discute. Pero para que un acto sea ilícito es necesario que sea contrario a la ley, —que viole obligaciones o deberes que la ley impone—. No concibo, dice Carnelutti, que pueda existir culpa donde no se presente alguna obligación; y que el deber jurídico, "neminem leadere" no sería probablemente otra cosa que una especie de "fata Morgana" que ha ilusionado y continúa ilusionando a los juristas. Culpa sin preexistencia de una obligación especial no puede existir —agrega— Carnelutti, y esto es lo que en sustancia enseñan todos los jurisconsultos, puesto que el primer elemento de hecho ilí-

cito es la contradicción al "jus", es decir la violación de una norma jurídica, o si se quiere el "incumplimiento de una obligación impuesta por esta norma". La culpa contractual o no contractual no crea relaciones de derecho; transforma la relación originaria en una relación secundaria.

La refutación de Carnelutti es concluyente. No se concibe que un acto pueda ser calificado de ilícito si no es contrario al derecho. Pero Carnelutti, al establecer que la culpa sea contractual o extracontractual no crea sino que, 'modifica, transforma una relación de derecho preexistente", sienta la doctrina seguida tímidamente por Mazeaud y combatida por Josserand, según la cual el incumplimiento del deudor, daría lugar por novación a la extinción de la obligación primitiva y al nacimiento de la obligación nueva de reparar el daño causado. La idea de novación a la que se deslizan talvez sin sentirlo los que sostienen esta tesis se encuentra en abierta oposición con la naturaleza de la relación jurídica obligatoria. No es cierto que el incumplimiento del deudor modifica o transforma el vínculo jurídico.

En las obligaciones contractuales el acreedor tiene el derecho de exigir el cumplimiento de la obligación. El incumplimiento del deudor no transforma la relación obligatoria, y es como consecuencia de esta relación obligatoria que se exige su cumplimiento en la forma convenida o en su equivalente exacto mediante la correspondiente liquidación de daños y perjuicios. Con razón ha dicho de la Massue en un artículo publicado en la Revue trimestrielle de droit civil, que se abusa de la idea de novación cuando lo que sirve de único fundamento de la acción del acreedor es la obligación preexistente cuyo cumplimiento exige.

VI

CONCLUSIONES

De todo lo expuesto se infiere que la nueva tentativa de Josserand como la ya antigua tentativa de Polacco para establecer una diferencia de naturaleza entre la culpa contractual y la extracontractual, no puede encontrar un fundamento sólido en que apoyarse. La unidad genérica aparece siempre y se impone a las diferencias específicas que subsisten confirmando los caracteres comunes a ambas responsabilidades.

No deben llevarse las consecuencias de la clasificación clásica más adelante de lo que autorizan las reglas de la lógica. Por mi parte, la he aceptado —y continúo aceptándola porque la clasificación encierra los valores lógicos de las clasificaciones científicamente útiles—. En efecto, para determinar si hay inejecución de una obligación que tiene como fuente un contrato, es necesario precisar el contenido y la extensión del vínculo que obliga al deudor; y, para juzgar la responsabilidad extracontractual en que ha incurrido una persona debe ante todo determinarse cuál es el derecho que ha violado. En el primer caso la obligación tiene por fuente la voluntad de las partes y la ley; en el segundo la ley es fuente del derecho violado. En el primer caso la investigación para precisar el derecho violado es doble; en el segundo no hay que investigar ni hay que interpretar otra voluntad que la de la ley. La unidad del género "culpa" o "responsabilidad fundada sobre la culpa" no se opone a la multiplicidad de las especies que lo integran. Toda clasificación útil se basa sobre la agregación a los caracteres genéricos de los atributos específicos propios, y creo haber demostrado que la división de la culpa en contractual y aquiliana no destruye la unidad del concepto genérico y define caracteres de especies que merecen estudio separado.

Además, creo que la división del estudio de la culpa ofrece ventajas prácticas indiscutibles. La ley separa las disposiciones de la responsabilidad contractual de la aquiliana, y la doctrina casi sin discrepancias y los repertorios de jurisprudencia han seguido el sistema del Código Civil.

Y, por último, tendremos oportunidad de apreciar en el estudio detenido de la materia, las conveniencias didácticas de la separación de las dos responsabilidades.

La unidad genérica de la responsabilidad culpable no se opone a que se reconozcan las diferencias específicas que existen entre la responsabilidad contractual y la aquiliana.

(De "La revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", de Montevideo.)

CORTE PLENA

SE DECLARAN EXEQUIBLES EL PARAGRAFO DEL ARTICULO 15 Y EL ARTICULO 16 DE LA LEY 67 DE 1935

1. El parágrafo del artículo 15 de la Ley 67 de 1935, no contiene una prohibición para tratar por medio de las llamadas ciencias ocultas las enfermedades, trastornos mentales o nerviosos o de otro orden; se limita a reglamentar el ejercicio de esa profesión y a establecer sanciones para los que no cumplan los reglamentos, de la misma manera que lo ha dispuesto la ley para el ejercicio de la medicina, de la odontología, etc. Ningún reparo de inconstitucionalidad puede hacérsele a este artículo, que se ciñe estrictamente a las facultades otorgadas por la Carta Fundamental al legislador, en guarda de la seguridad social. 2. El artículo 16 acusado tiene por fin una medida de seguridad social, para impedir el engaño frecuente de que hacen víctimas a las gentes incautas ciertos profesionales de la adivinación. Por ningún aspecto puede considerarse inconstitucional esa disposición, ya que el legislador tiene facultades para establecer sanciones aplicables a quienes atenten contra la seguridad de los asociados.

Corte Suprema de Justicia.—Corte Plena.—Bogotá, febrero diez y ocho de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor José Ramón Rojas, ciudadano colombiano, cedulado en Ibagué bajo el número 686877, demandó ante la Corte la inexequibilidad del parágrafo del artículo 15 y el artículo 16 de la Ley 67 de 1935, por estimar que tales disposiciones no están conformes con lo dispuesto en el artículo 15 del Acto Legislativo número 1º de 1936.

Fue oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, quien opinó que se deben declarar exequibles los textos acusados, porque no vulneran los principios constitucionales que garantizan la libertad de trabajo. Se procede a fallar el negocio, previas las siguientes consideraciones:

Los dos preceptos materia de la acusación dicen así: Parágrafo del artículo 15 de la ley 67 de 1935: "Las personas que por medio de las llamadas ciencias ocultas, se dediquen a tratar enfermedades, trastornos mentales o nerviosos o de otro orden, necesitan para el ejercicio de su profesión el permiso del respectivo Director Departamental de Higiene, quien no lo concederá sino previa la comprobación, asesorado por médicos competentes, de la eficacia del tratamiento y de la idoneidad y buena conducta del solicitante. La violación de esta disposición será castigada con las sanciones establecidas por la presente Ley para los demás casos de infracción. Si se tratare de extranjeros infractores, serán juzgados como extranjeros perniciosos, de acuerdo con lo establecido por el artículo 5º de la Ley 118 de 1928".

Artículo 16:

"El que con fines de lucro interprete sueños, haga pronósticos o adivinaciones, o por cualquier otro medio semejante abuse de la credulidad ajena, incurre en multa de veinte a quinientos pesos.

"La multa se aumentará hasta mil pesos si se hiciere uso de hipnotismo o procedimiento similar".

El artículo 38 de la Constitución Nacional (15 del Acto Legislativo número 1º de 1936), señalado por el demandante como el texto violado por las disposiciones acusadas, dice así:

"Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones.

"Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas.

"La ley podrá restringir la producción y el consumo de los licores y de las bebidas fermentadas.

"También podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos".

El demandante se refiere especialmente a los dos primeros incisos del artículo transcrito.

Por medio de la Ley 67 de 1935 se reglamentó el ejercicio de la profesión de medicina y cirugía, ya reglamentada en leyes anteriores, las cuales quedaron derogadas. Fue expedida de conformidad con el artículo único del Acto Legislativo número 1º de 1932 que regía entonces. Tal disposición establecía lo siguiente:

"Toda persona podrá abrazar cualquier oficio u ocupación honesta sin necesidad de pertenecer a gremio de maestros o doctores.

"Las autoridades inspeccionarán las industrias y profesiones en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas. La ley podrá restringir la producción y el consumo de los licores y de las bebidas fermentadas.

"También podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas públicas de transportes o conducciones y exigir título de idoneidad para el ejercicio de las profesiones de ingenieros en sus distintos ramos, abogado, médico y sus similares".

La reforma de 1936 que rige hoy, a cuyas luces se debe estudiar el problema, es más explícita y comprensiva que los textos constitucionales anteriores, por cuanto le da a la ley la facultad de exigir títulos de idoneidad y de reglamentar el ejercicio de todas las profesiones.

Los textos legales acusados se acomodan a los mandatos constitucionales y no hay razón para considerarlos inexequibles, como se verá a continuación.

A través del régimen constitucional colombiano se ha conservado la libertad de industria y de trabajo, con las restricciones establecidas por la ley. Al Legislador corresponde la facultad de reglamentar el ejercicio de las profesiones y el Organo Ejecutivo tiene la atribución de inspeccionar las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas.

En todas las constituciones del mundo existen estas restricciones a la libertad de industria y de trabajo, como medidas de beneficio social. La intervención del Estado en el ejercicio de la actividad industrial tiene plena justificación para velar por la defensa colectiva. Si el ejercicio de las industrias y del trabajo no tuviera el control estatal, se verían constantemente amenazadas la integridad de la sociedad y la vida de los individuos.

El parágrafo del artículo 15 de la Ley 67 de 1935, no contiene una prohibición para tratar por medio de las llamadas ciencias ocultas las enfermedades, trastornos mentales o nerviosos o de otro orden; se limita a reglamentar el ejercicio de esa profesión y a establecer sanciones para los que no cumplan los reglamentos, de la misma manera que lo ha dispuesto la ley para el ejercicio de la medicina, de la odontología, etc. Ningún reparo de inconstitucionalidad puede hacérsele a este artículo, que se ciñe estrictamente a las facultades otorgadas por la Carta fundamental al legislador, en guarda de la seguridad social.

Los argumentos que hace el actor con el fin de poner de relieve las dificultades que se pueden presentar para el cumplimiento de la ley, por la ignorancia de los principios de las ciencias ocultas, como lo anota el señor Procurador en su concepto, no pueden servir de base para fundar ante la Corte una objeción de inconstitucionalidad. La misión de esta entidad en las damendas de inexequibilidad es la de examinar la conformidad o inconformidad del acto acusado con las disposiciones de la Constitución Nacional, sin que pueda apoyar su fallo en las razones de conveniencia o inconveniencia alegadas por el demandante.

Con relación a la acusación del artículo 16 de la Ley 67 de 1935, se expresa así el señor Procurador:

"Por el artículo 16 —acusado— la ley prohibe los pronósticos, las adivinaciones y la interpretación de sueños con fines de lucro, y prohibe también todo otro medio semejante de explotación de la credulidad ajena. Los infractores de esta disposición, incurren en multas de veinte a quinientos pesos. Ataca también el demandante esta disposición porque la estima contradictoria con la anterior que autoriza el ejercicio de una profesión reconociéndole así el carácter de profesión lícita.

"El actor confunde en una sola dos cosas que el legislador separó por ser distintas. A la primera, o sea el tratamiento de enfermos por medio de las "ciencias ocultas", le dio carta de naturaleza entre las profesiones mé-

dicas, a condición de que los que quieran dedicarse a la aplicación de sus métodos se sometan a condiciones y requisitos que la ley consideró indispensables y de posible realización, del propio modo que el ejercicio de las demás especialidades médicas está restringido a los que comprueben su idoneidad y demás exigencias legales.

"Lo segundo, o sea la taumaturgia como medio de explotación de la credulidad ajena, quedó prohibido, sencillamente porque ese es un oficio ilícito, sin que haya razón o motivo para considerar incluído en la prohibición el hipnotismo teatral y demás farsas de la laya, a las cuales el público asiste por vía de entretenimiento y a sabiendas de que paga porque se le divierta. El legislador considera ilícita aquella explotación, y su prohibición bajo penas severas, está comprendida dentro de la facultad de reglamentación de las profesiones y, a falta de esta, dentro del deber general que tiene el Estado de garantizar la seguridad de los asociados definiendo y sancionando los hechos contrarios al derecho".

Las anteriores observaciones del señor Procurador son jurídicas. El artículo 16 acusado tiene por fin una medida de seguridad social, para impedir el engaño frecuente de que hacen víctimas a las gentes incautas ciertos profesionales de la adivinación. Por ningún aspecto puede considerarse inconstitucional esa disposición, ya que el legislador tiene facultades para establecer sanciones aplicables a quienes atenten contra la seguridad de los asociados.

El damandante considera que el artículo 16 referido no tiene fundamento, porque los abusos que en él se sancionan los comprende el Código Penal bajo las denominaciones de estafa y abuso de confianza. Este argumento, si fuera evidente, podría servir para demostrar la redundancia de la disposición acusada, pero no su inconstitucionalidad. Además, el legislador se vio en la necesidad de establecer medidas eficaces sobre las actividades de los adivinos y magos. que se estaban haciendo demasiado frecuentes y que necesitaban disposiciones especiales y más expeditas para impedir la explotación indebida del pueblo.

Por todo lo anterior se llega a la conclusión de que no son inconstitucionales las disposiciones acusadas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de las funciones que le señala el artículo 149 de la Constitución Nacional, y previa audiencia del señor Procurador General de la Nación, decide que son exequibles el parágrafo del artículo 15 y el artículo 16 de la Ley 67 de 1935, acusados como inconstitucionales por el señor José Ramón Rojas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, dése cuenta al Ministerio de Gobierno, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Liborio Escallón.—Aníbal Cardoso Gaitán. Pedro A. Gómez Naranjo.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Salvador Iglesias.—Fulgencio Lequerica Vélez.—José Antonio Montalvo. Juan Franciosco Mújica.—Pedro Alejo Rodríguez.—Hernán Salamanca.—Eleuterio Serna R.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

REIVINDICACION.—CUANDO PUEDE ALEGARSE UNA NULIDAD ADJETIVA.—BALDIOS. DICTAMEN PERICIAL.—POSESION DE MALA FE

1.—De acuerdo con el numeral 2º del artículo 449 del C. J., no puede alegarse nulidad por incompetencia de jurisdicción si ha habido reclamación sobre este punto y se ha declarado improcedente y ha quedado ejecutoriada tal declaración. 2.—El reivindicador, en casos como el presente, debe demostrar que las inscripciones de los títulos que presenta para comprobar su calidad de dueño han sido canceladas y que la inscripción a su favor está vigente; en eso consiste la suficiencia del título de que trata el artículo 635 del C. J. 3.—Las leyes 71 de 1917, 85 de 1920, artículo 2º, y 52 de 1931, artículo 1º, modificaron el concepto resolutorio de las adjudicaciones de baldíos. 4.—Es durante el término de traslado, artículo 720 del C. J., cuando se presenta la oportunidad legal para objetar un dictamen pericial. 5.—No puede ser considerado poseedor de buena fe el demandado cuyos títulos han sido declarados nulos y menos cuando el demandado poseedor ha tenido conocimiento de esa anulación.

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

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

Eusebio Ortiz ejercitó la acción reivindicatoria y sus consecuenciales, contra Albertino y Mariela Rivera respecto del lote o porción de terreno situado en jurisdicción de Pandi o San Bernardo, en el sitio denominado "El Acueducto" y delimitado como aparece en la demanda.

El juez de primera instancia absolvió a los demandados de los cargos de la demanda.

El demandante Ortiz apeló de ese fallo y el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 16 de noviembre de 1933, revocó la del juez a quo y en su lugar hizo las declaraciones solicitadas en la demanda, pero se apartó de ellas en cuanto consideró a los demandados como poseedores de buena fe. Ambas partes interpusieron recurso de casación, el cual pasa ahora a decidirse.

Sentencia acusada

Sobre los factores que condicionan la acción reivindicatoria, a saber: dominio de la cosa, demostrado por el demandante, singularización de ésta y posesión de la misma por parte del demandado, el Tribunal concluyó que estando plenamente acreditados esos tres factores, la acción incoada debía prosperar. Respecto del dominio del lote reclamado por Ortiz, el Tribunal se basó en las escrituras siguientes: 810 de 8 de junio de 1921 y 1141 de 13 de junio de 1927 de la notaría 4ª de Bogotá, aclaratoria de la anterior. El dominio del lote de terreno de "El Acueducto" lo adquirió Ortiz, según esas escrituras, y así lo afirma el Tribunal, por venta que le hizo Hernando Valenzuela.

"Son estas dos escrituras las que forman la titulación de Ortiz, dice el Tribunal, porque ellas son las que le transfieren el dominio de la totalidad del inmueble..." El Tribunal en seguida estudió los títulos de adquisición por parte de Hernando Valenzuela y tuvo en cuenta las escrituras 540 de 22 de septiembre de 1912, de la notaría de Fusagasugá, la 762 de 20 de septiembre de 1912, de la misma notaría, y la 362 de 1º de junio de 1914, también de la notaría de Fusagasugá.

Como Hernando Valenzuela vino a ser en definitiva sucesor de Antonio María Liévano en el dominio del lote que se reivindica, el Tribunal estudió también el título de éste, que arranca del 30 de mayo de 1890 y que tiene por origen una adjudicación, en el concepto de baldío hecha a Liévano, adjudicación de una extensión mayor que el lote que se reivindica. "El título del señor Liévano, dice el Tribunal, como adjudicatario de las cinco mil hectáreas que integraron la hacienda de Alejandría, es perfecto, porque, como se ha visto, para la adjudicación se

llenaron todos los requisitos exigidos por las leyes fiscales de entonces".

El Tribunal estudió también los títulos presentados por los demandados y concluyó que con ellos no se prueba un mejor derecho al dominio del lote que reclama Ortiz, y por eso, previa comparación de los títulos de ambas partes, dijo esto: "Por lo expuesto es necesario concluír que está plenamente demostrado que el demandante Eusebio Ortiz es propietario del lote denominado 'El Acueducto' ".

Basándose el Tribunal en la diligencia de inspección ocular practicada por el juzgado el 25 de octubre de 1928, estimó que el dictamen pericial rendido con motivo de ella es prueba plena de que el lote alinderado en la demanda forma parte del terreno o globo denominado "El Acueducto". Y así viene a quedar, en concepto del Tribunal, establecido el requisito mencionado sobre singularización del terreno objeto de la demanda.

Finalmente, respecto de la posesión del lote por parte de los demandados, el Tribunal la encontró plenamente establecida y previo examen de las pruebas presentadas por éstos para acreditar la prescripción, estimó que no estaba comprobada en este pleito la realización de ese fenómeno jurídico.

Demanda de casación del recurrente demandado

El recurrente acusa en primer término la sentencia por la causal 6ª del artículo 520 del C. J. en relación con el numeral primero del artículo 448 de la misma obra, y funda su acusación en lo siguiente: en que el origen de los títulos presentados por el demandante provienen del Estado, puesto que éste fue el primitivo dueño de los baldíos que formaron después la hacienda de "Alejandría" de donde se dice desmembrado el terreno de "El Acueducto", y que los demandados han alegado ser ocupantes de terrenos baldíos, y efectivamente demostraron haber pedido y obtenido la adjudicación como colonos. "En estas condiciones, dice el recurrente, la única conclusión admisible, es que en este pleito tiene la Nación un interés claro y definido, porque la reivindicación que se demanda se refiere a un globo reputado como baldío y por consiguiente el Estado ha debido ser representado debidamente, correspondiendo el conocimiento del litigio en primera instancia al Tribunal y en segunda a la Corte. Por este aspecto, y habiendo conocido del juicio en primera instancia el juzgado del circuito de Fusagasugá y en segunda el Tribunal, se violó el artículo 73 del antiguo C. J., bajo cuyo imperio se instauró la demanda, en concordancia con el artículo 47 de la ley 23 de 1912 y los artículos 142, 154, 156 y 157 del mismo C. J.". Agrega el recurrente que aun admitiendo, en gracia de discusión, que el Estado no tenga que ver en el pleito por estimarse que la tierra de "Alejandría" no es baldía, se tendría que se habían violado los artículos 79 y 80 de la Ley 110 de 1912, puesto que el demandado Albertino Rivera es cultivador y en ese carácter pidió y obtuvo del Estado la adjudicación.

La Corte considera:

El presente litigio se inició sobre la base de que el terreno materia de la reivindicación es de propiedad particular del demandante Eusebio Ortiz. La parte demandada no contestó la demanda; pero al proponer las excepciones perentorias de que da cuenta el escrito que corre al folio 49 del cuaderno principal, estuvo muy lejos de sostener que trataba de un terreno baldío y adujo por eso en su defensa la prescripción adquisitiva y extintiva extraordinaria, y respecto de la última, invocó títulos inscritos. Es claro que si hubiera entendido que se trataba de terrenos baldíos, no hubiera alegado esas defensas, porque contra la Nación los baldíos no prescriben. Toda la litis se ha trabado y desarrollado sobre el concepto de que se trata de un terreno particular que si en un principio fue baldío, salió del patrimonio del Estado por adjudicación que hizo éste al denunciante desde 1890. Además, la cuestión sobre si el agente del ministerio público debía o no intervenir en este negocio, fue discutida y fallada en sentido negativo en auto de fecha 30 de mayo de 1932. (Fojas 36 y siguientes del cuaderno Nº 6º) y es sabido que de acuerdo con el numeral segundo del artículo 449 del C. J., no puede alegarse nulidad por incompetencia de jurisdicción si ha habido reclamación sobre este punto y se ha declarado improcedente y ha quedado ejecutoriada tal declaración, como sucede en el presente caso.

La sentencia acusada falló en el fondo el negocio y revocó la de primer grado y como no adolece de ninguna irregularidad en el modo como fue dictada y es a esta sentencia a la que tiene que atenerse la Corte, porque es la acusada, no puede tampoco por este aspecto aceptarse el segundo cargo hecho por el recurrente en su primer capítulo, denominado "Incompetencia de jurisdicción".

Se rechazan, pues, los cargos.

Aun cuando la sentencia no ha sido acusada directamente en el concepto de error manifiesto en la apreciación de pruebas que hubiera llevado al Tribunal a la violación de la ley sustantiva, sí puede interpretarse la demanda de casación en sentido de haberse formulado sobre el concepto de que fueron violadas las normas antes indicadas por mala apreciación de las pruebas, lo cual obliga a la Corte a estudiar los siguientes extremos: a) los títulos de dominio presentados por el actor; b) la singularización e identificación del lote que se reivindica; y c) el carácter de poseedora de la parte demandada respecto del lote materia de la reivindicación.

a) Títulos de dominio. El Tribunal llegó a la siguiente conclusión sobre este punto: "Es necesario concluír que está plenamente demostrado que el demandante Eusebio Ortiz es propietario del lote denominado 'El Acueducto". Esta conclusión la dedujo previo estudio de los títulos presentados por Ortiz, de los de su antecesor en el dominio del lote, señor Hernando Valenzuela, y de los de su tradente, señor Antonio María Liévano, primer dueño.

Consta de la escritura 432 de 30 de mayo de 1890, otorgada ante el notario 3º de Bogotá, registrada en el libro 1º de 7 de julio de 1890 ((fojas 31 vta. del cuad. Nº 4), que Antonio María Liévano denunció ante el Gobernador de Cundinamarca, como baldíos, unos terrenos situados en los municipios de Arbeláez y Pandi, comprendidos dentro de los linderos que señaló y pidió la adjudicación de 5,000 hectáreas a cambio de títulos de baldíos. En cumplimiento del decreto 832 de 11 de octubre de 1884 y de la ley 48 de 1882, el terreno fue medido por el agrimensor y se levantó el respectivo plano topográfico. Llenados todos los requisitos de la ley, la Gobernación de Cundinamarca, en resolución de 12 de noviembre de 1889, adjudicó a Liévano las 5,000 hectáreas provisionalmente, y ordenó remitir el expediente al Ministerio de Hacienda, al que correspondía hacer la adjudicación definitiva, la que fue decretada por resolución de 28 de enero de 1890. De acuerdo con el decreto 833 de 31 de julio de 1876, el alcalde de Pandi fue comisionado para hacer la entrega real y efectiva del globo adjudicado, la que tuvo lugar el 8 de abril de 1890; consta en el acta que el Alcalde, acompañado del secretario y del personero municipal, se trasladó al sitio e hizo entrega real del globo al adjudicatario. Llenados estos últimos requisitos, el Gobierno Nacional, por intermedio del fiscal del Tribunal, procedió a hacer la tradición del lote en la escritura Nº 432 ya citada.

Por instrumento público 540 de 22 de septiembre de 1912 de la notaría de Fusagasugá, instrumento registrado debidamente, Félix Pabón Liévano vendió a Hernando Valenzuela los derechos y acciones que le correspondan en la sucesión de Antonio María Liévano (fojas 1ª a 3ª del cuaderno nº 8). Consta de la escritura 762 de 20 de diciembre de 1912 de la notaría de Fusagasugá, registrada en el libro Nº 1º, la partición de los bienes sucesorables pertenecientes a la sucesión de Antonio María Liévano, integrados por la hacienda de "Alejandría", nombre del terreno que se le había adjudicado a Liévano. En esa partición consta que se dividió tal hacienda en 48 unidades, de las cuales correspondieron 47 a Manuel María González y una a Hernando Valenzuela, como cesionario de Félix Pabón Liévano. Para cubrirle esta parte a Valenzuela, se le adjudicó el lote denominado "El Acueducto", segregándolo de la hacienda de "Alejandría", lote de ciento setenta y dos hectáreas con cuatro mil metros cuadrados, por sus linderos allí precisados.

El demandante Eusebio Ortiz adquirió de Hernando Valenzuela el lote materia de la reivindicación a que se refiere este juicio, por medio de las escrituras 810 de 8 de junio de 1921 (fojas 9 a 13 del cuad. Nº 1º), y 1141 de 13 de junio de 1927, ambas otorgadas en la notaría cuarta de Bogotá, y registradas debidamente.

El Tribunal sostuvo que la identificación del lote de "El Acueducto" aparece de los mismos títulos de Ortiz, y esta apreciación o conclusión no ha sido impugnada en el recurso. Asímismo, el Tribunal se refirió a los certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Fusagasugá, que corren a los folios 27, 50 vta. y 51 del cuaderno de pruebas del demandante, para afirmar que con tales ementos queda perfectamente establecida la identidad del lote que se reivindica.

El recurrente niega el valor probatorio de los certificados del registrador de Instrumestos Públics y Privados en los folios 27 y 50 vta. del cuaderno de pruebas del demandante y de que se ha hecho mérito. Para la Corte esos certificados tienen valor probatorio y conceptúa que el Tribunal no erró al asignarles el valor correspondiente por estas razones: dichos certificados no pueden ser considerados aisladamente sino refiriéndolos a las escrituras que como prueba del dominio ha presentado la parte actora; de la lec-

tura de tales certificados, se ve sin estudio alguno que se refieren al predio a que hacen relación las escrituras presentadas por el demandante, escrituras que, como ya se observó, están debidamente registradas. El reivindicador, en casos como el preseste, debe demostrar que las inscripciones de los títulos que presenta para comprobar su calidad de dueño han sido canceladas y que la inscripción a su favor está vigente; en eso consiste la suficiencia del título de que trata el artículo 635 del C. J., el cual, por lo que acaba de expresarse, no fue violado por la sentencia recurrida. Para acreditar la suficiencia de un título registrado, cuando la ley hable de títulos de esa naturaleza, dice el artículo que acaba de citarse, se presenta el título mismo con la correspondiente nota de registro; y se acompaña también un certificado del respectivo registrador de instrumentos públicos en que se exprese que el registro del título designado por su número y fecha no ha sido cancelado por ninguno de los tres medios indicados en el artículo 789 del código civil; y que los registros anteriores al actual, comprendidos en un período de diez años, se han cancelado, al tenor del mismo artículo, hasta llegar al último registro.

El demandante presentó sus títulos de dominio, como se ha dicho, con las correspondientes notas de registros, y basta leer los certificados de que ya se ha hecho mérito, y a los que se refirió el Tribunal, para concluír que están expedidos dentro de la norma del precitado artículo 635, porque para el presente caso lo importante es saber si los registros anteriores al que actualmente tiene el demandante fueron cancelados, y si el demandante tiene a su favor la respectiva inscripción, lo cual está comprobado y aparece de los certificados.

El recurrente sostiene que los títulos del demandante son deficientes porque, procediendo en su origen de una adjudicación de baldíos, ésta quedaba bajo condición resolutoria si el adjudicatario no cumplía las condiciones legales, o sea, cultivar no menos de un diez por ciento de lo adjudicado y que el adjudicatario no cumplió con esa condición.

Es cierto que toda adjudicación de baldíos estaba sometida a una condición resolutoria, o sea, la de que el terreno adjudicado volvía al Estado si el adjudicatario no cultivaba dentro de cierto tiempo una parte de lo adjudicado. Posteriormente el legislador dictó varias normas, que son las leyes 71 de 1917, 85 de 1920, artículo 2º; 52 de 1931, artículo 1º, que modificaron el concepto resolutorio de las adjudicaciones de baldíos, normas que se limita a citar la Corte, pero que para el caso presente no influyen porque no solamente en el caso de este pleito no está demostrado que el adjudicatario no hubiera cumplido con la condición de cultivar, sino que el actor demostró plenamente lo contrario. En efecto, presentó la resolución número 2 de 1923 de la Gobernación de Cundinamarca y la del Ministerio de Agricultura y Comercio de 28 de febrero de dicho año, aprobatoria de la de la Gobernación. En esas resoluciones se parte de la base de que el adjudicatario primitivo de las tierras de "Alejandría" cumplió con las obligaciones legales que le imponía su título, y es de observar que tales resoluciones están insertas en la sentencia acusada. De modo, pues, que aun cuando existiera hoy la condición resolutoria, en la adjudicación de baldíos, no podría sostenerse por lo ya dicho que el adjudicatario no hubiera cumplido con su obligación de cultivar lo adjudicado.

Pero hay más: la parte demandada se amparó en un título de adjudicación del terreno denominado "San Roque", adjudicación que fue declarada nula por el Consejo de Estado en sentencia de 11 de enero de 1922 y trajo además a los autos copia de la escritura 663 de 20 de mayo de 1915 de la notaría primera de Bogotá, en la que aparece que Albertino Rivera vende a Arcadio Perdomo el predio denominado "San Roque"; el Tribunal observó que no se trajo la escritura por la cual adquiriera la señorita Mariela, y concluyó del examen de esos títulos que no existe continuidad en esa titulación, la que tiene el vicio de proceder de una adjudicación nula.

Esta apreciación no ha sido impugnada en casación, no se ha acusado el fallo por error manifiesto de hecho respecto de ese extremo, ni menos señalado en qué consistiera ese error, de donde resulta que el demandante, consideradas así las cosas, quedaría amparado por sus títulos aun en la hipótesis de que fueran deficientes, y entonces ante los títulos de la parte actora no quedaría como elemento de prevalencia contra ellos sino el hecho de la prescripción adquisitiva, ordinaria o extraordinaria, defensa que desde el principio propuso la parte demandada. Por lo que acaba de decirse, resulta inoperante el cargo hecho en casación sobre la no ratificación de una escritura de las que presentó el actor, y vale la pena advertir que esa notificación atañe al demandante y a sus causahabientes en el dominio de "El Acueducto", pero en manera alguna al demandado, porque no fue parte en esos contratos.

La prescripción ordinaria no podría triunfar en esta litis, por lo mismo que la parte demandada no adujo títulos suficientes.

Los fundamentos del Tribunal para declarar que la prescripción extraordinaria tampoco se había consumado, no fueron extremos del recurso y el recurrente no atacó por error de hecho o de derecho las pruebas que desechó el Tribunal para no declarar probada tal defensa.

c) Carácter de poseedora de la parte demandada. El recurrente cree ver una contradicción entre el hecho de que no se haya deducido la prescripción y la afirmación del Tribunal de que los demandados sean poseedores del predio de "El Acueducto". Pero examinando los autos y leyendo detenidamente la sentencia acusada, se concluye fácilmente que no hay tal contradicción y por eso el Tribunal se expresa así: "... resultaría que como la demanda se le notificó el 25 de septiembre de 1927 (a Albertino Rivera) y a Mariela Rivera el 5 de octubre del mismo año, la adquisición prescriptiva vino a quedar interrumpida en las fechas indicadas y de 1900 a 1927 no alcanzó a correr el término de treinta años que la ley señala como indispensable para adquirir por prescripción extraordinaria y para extinguir la acción del propietario, y en consecuencia debe desecharse el cargo".

Resulta que si es cierto que los demandados no han podido consumar en su favor la prescripción adquisitiva extraordinaria, sí han sido poseedores del lote que se reivindica y por lo tanto la contradicción no existe.

No existe, pues, violación de las normas sustantivas señaladas por el demandante y que son al respecto los artículos 946, 950 y 952 del C. C.

Se rechaza, pues, este cargo, puesto que como se ha visto, el actor demostró plenamente su derecho de dominio; la parte demandada ni adujo un título escriturario que tuviera prevalencia sobre los presentados por el demandante ni demostró que se hubiera consumado en su favor ninguna de las dos clases de prescripción adquisitiva, la ordinaria o la extraordinaria.

b) Singularización del lote demandado. El Tribunal se basó en la diligencia de inspección ocular practicada el 25 de octubre de 1929, y en el dictamen unánime de los peritos, para concluír que "el dictamen es plena prueba de que el globo alinderado en la demanda forma parte del terreno o globo denominado 'El Acueducto', y así viene a quedar comprobado el requisito mencionado ...ia singularización del terreno objeto de la demanda".

El recurrente considera que el Tribunal infringió los artículos 723 y 730 del C. J., al darle el valor de plena prueba al dictamen pericial. En relación con el artículo 723, dice que en los autos aparece manifiesta la impericia de los peritos, y en relación con el artículo 370 sostiene que el dictamen pericial está en oposición con lo que consta en la inspección ocular, la cual sí es plena prueba, de acuerdo con el artículo que acaba de mencionarse.

La Corte observa respecto de la primera acusación lo siguiente:

El dictamen uniforme de los tres peritos fue puesto en conocimiento de las partes, no fue objetado y fue aprobado. Es durante el término del traslado, artículo 720 del C. J., cuando se presenta la oportunidad legal para objetar un dictamen pericial. Además, como se verá en seguida, dicho dictamen no está en oposición con lo que aparece de la diligencia de inspección ocular.

Esta acusación no es, pues, fundada.

Respecto del segundo cargo se observa: Como puede verse de la inspección ocular practicada en los días 24 y 25 de octubre de 1928 (fojas 64 a 65 del cuad. de pruebas del demandante), se identificó la finca, y una vez identificada, los peritos levantaron el croquis de ellas, que corre al folio 73 y con dicho croquis presentaron su dictamen y concluyeron que la finca reivindicada en este juicio hace parte del predio de "El Acueducto". En la diligencia de inspección ocular se observó que uno de los puntos de la colindancia es con Sinforoso Gutiérrez, cuyo nombre es el de Joaquín Gutiérrez, circunstancia que tuvieron en cuenta los peritos y que en nada desvirtúa el dictamen pericial porque a lo más se trata de una equivocación en mero nombre, equivocación que no refluye porque no se trata de un sitio distinto en contra del dictamen pericial. Por este aspecto se ve claramente que la diligencia de inspección ocular está de acuerdo con el dictamen pericial. En el acto de la diligencia no se encontró la trocha de "El Acueducto", y los peritos, según se lee en el acta, "manifestaron de común acuerdo que para determinarla y fijar por este lado el lindero del predio... necesitaban un término para dentro de él hacer los trabajos correspondientes a esa determinación de acuerdo con los datos que sobre el particular dan las piezas del expediente". El plazo les fue concedido, los peritos levantaron el plano y todos los linderos quedaron perfectamente aclarados.

El cargo que se estudia no es fundado, y para la Corte la diligencia de inspección ocular cuadra con el dictamen pericial.

Recurso de casación de la parte demandante

La parte actora interpuso casación por cuanto considera que los demandados han debido ser considerados como poseedores de mala fe para el efecto de la restitución de los frutos y no como poseedores de buena fe, como lo estimó el Tribunal fallador. Por eso acusa el recurrente demandante la sentencia por la primera causal del artículo 520 del C. J. y señala como violados los artículos 768 y 964 del C. C. Este, por no haberse aplicado, debiendo ser el caso de aplicarlo.

La Corte considera:

Los títulos inscritos aducidos por la parte demandada fueron desechados por el Tribunal, quien anotó que procedían de una adjudicación nula y citó la resolución de anulación de tales títulos, o sea, la sentencia de 11 de enero de 1922, cuya copia auténtica obra en los autos, resolución que, como es obvio, no ignoraban los demandados y que fue dictada en el juicio promovido, entre otros, por Hernando Valenzuela, causante anterior del demandante Eusebio Ortiz, juicio que afectaba a Albertino Rivera. De modo que, siendo así las cosas, no puede decirse que la parte demandada tuviera la buena fe, es decir, la conciencia de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, ni la persuación de haber recibido la cosa de quien tenía facultad de trasmitirle, artículo 768 del C. C., el cual, por este aspecto resultó violado. El Tribunal tuvo como base para estimar a los demandados poseedores de buena fe, el hecho de haber éstos penetrado y cultivado el terreno en disputa, pero a esto observa la Corte que ese hecho no los sitúa en la condición de poseedores de buena fe, porque está demostrado que el terreno que se reivindica no es baldío, sino de propiedad del demandante. Ha debido, pues, el Tribunal, a juicio de la Corte, aplicar el artículo 954 del C. C.

La acusación, pues, debe prosperar, y siendo esto así, es preciso casar en esa parte la sentencia.

Sentencia de instancia

Esta tiene que limitarse a darle aplicación, por lo ya dicho, al artículo 964, puesto que no está establecida la buena fe de los demandados por lo que ya se expresó. La presunción de buena que amparaba a Albertino Rivera cesó desde la notificación de la sentencia pronunciada por el Consejo de Estado de 11 de enero de 1922, sentencia que anuló la resolución sobre adjudicación hecha a Albertino Rivera dictada por el Ministerio de Hacienda. Desde ese día debe, por lo tanto, Rivera restituír los frutos al demandante. La demandada Mariela Rivera no presentó ningún título de dominio, como se ha visto, pero al proponer las excepciones se fundó en lo que respecta a la ordinaria en que era poseedora hacía diez años del lote materia de la reinvindicación. Esta manifestación está hecha el 12 de septiembre de 1928; luego debe los frutos desde el 12 de septiembre de 1918, que es la posesión que confesó.

La sentencia recurrida queda, pues, en firme, pero reforzada únicamente en el sentido de la condenación en frutos, de acuerdo con lo que acaba de expresarse.

Fallo:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida y la reforma en el sentido de que la condenación en frutos a los demandados debe fijarse como ha quedado determinado en este fallo, a saber: El demandado Albertino Rivera debe restituír al demandante Eusebio Ortiz los frutos del inmueble reivindicado, no sólo los percibidos sino los que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder desde la fecha de la notificación de la sentencia del Consejo de Estado de fecha 11 de enero de 1922, y de que se ha hecho mérito en este fallo. La demandada Mariela Rivera debe restituír al demandante Eusebio Ortiz, los frutos del inmueble reivindicado, no sólo los percibidos sino los que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad y teniendo la cosa en su poder, desde el día 12 de septiembre de 1918.

En todo lo demás queda en firme la sentencia recurrida.

Las costas del recurso son a cargo de los recurrentes demandados.

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

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno Jaramillo.—Hernán Salamanca.—El Conjuez, Gustavo Valbuena.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACTUACION.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 351 DEL C. J.

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

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

Los señores José María y Manuel María Navarrete han pedido que se declare inadmisible el recurso de casación interpuesto por el señor Rafael Paredes contra la sentencia dictada por el Tribunal de Pasto el 4 de noviembre de 1935 en el juicio ordinario que aquéllos y otros promovieron contra este último. Dos razones invocan en apoyo de su tesis, a saber: a) Que el recurso fue interpuesto por el doctor Jorge Coral, que fue apoderado legal del demandado tan sólo para el juicio, pero que no tiene facultad especial para interponer el recurso de casación, porque —dicen los memorialistas— "el poder conferido para el pleito terminó con él". Agregan los peticionarios que el único caso en que se puede interponer un recurso sin poder, es el del art. 1º, 269 del C. J., que no tiene aplicación en este caso; b) Que el recurso de casación estuvo mal interpuesto y mal concedido por el Tribunal, porque, si bien es cierto que fue formulada la correspondiente petición el 9 de diciembre —es decir, la víspera del día en que vencía el término legal— resulta que el recurrente "ese día no pudo ser oído por cuanto no había habilitado una hoja de papel común, deber que cumplió el 16 del mismo mes y año, esto es, seis días después de caducado el término para impetrar el supradicho recurso". "Como el señor Paredes, agregan los peticionarios, el día 9 de diciembre, en el que interpuso el recurso, no tenía derecho para hacerlo, por cuanto la ley, expresamente, se lo prohibió, en fuerza de una sanción, por no haber habilitado una hoja de papel común, resulta, con plena evidencia, que el dicho recurso es extemporáneo y, como tál, no puede prosperar y debe ser declarado inadmisible". Respecto del primero de esos razonamientos, la Corte considera: Por memorial sin fecha presentado ante el Juez 2º del Circuito de Pasto el señor Rafael Paredes confirió poder especial al doctor Jorge Coral Samper para que lo representara "en la demanda" promovida por sus "hermanos", con el objeto de impugnar su filiación legítima y su carácter de heredero del señor Epaminondas Navarrete. Termina de esta suerte el citado memorial: "con que doy poder al doctor Coral Samper a fin de que me represente en esta segunda de mis hermanos fechada el 16 de febrero último. Pido lo declare por mi personero investido de las facultades de transigir, desistir, cobrar costas, relevándolo de ellas". Por auto de 27 de junio de 1933, el Juez 2º resolvió tener al doctor Jorge Coral Samper como mandatario judicial del señor Rafael Paredes M. para el asunto y con las facultades expresamente conferidas en el memorial-poder. Aunque es evidente que el referido poder no aparece redactado en una forma técnica impecable, no es menos cierto que mediante él quedó facultado el apoderado para representar al poderdante en el juicio que contra éste promovieron los señores Navarretes, y aun cuando el recurso de casación, como lo anotan insistentemente los mismos, es un recurso extraordinario, que no implica un nuevo grado de jurisdicción y que tiende esencialmente a la defensa de la ley contra las violaciones que de ella hagan los Tribunales, no es posible desconocer, de una parte, que obra dentro del juicio y para los efectos del juicio aquel que, precisamente por no estar ejecutoriada la sentencia de segunda instancia, interpone contra ella el único recurso posible que es el de casación, y, de otro lado, que tal recurso, aun cuando tenga ese carácter extraordinario y sui generis de que hablan los memorialistas, no deja de formar parte del juicio respectivo, sobre todo en la legislación colombiana, conforme a la cual, cuando se encuentra fundada, por la Corte, alguna de las causales alegadas, aquélla no puede limitarse a infirmar el fallo acusado sino que tiene que dictar en su lugar la resolución que corresponda. Con respecto a la segunda de las consideraciones hechas por los peticionarios, la Corte considera: El art. 351 del C. J. ha sido interpretado y aplicado de dos maneras distintas, a saber: a) La mayor parte de los Tribunales y Juzgados de la República ha estimado que la sanción establecida por el segundo inciso de ese texto contra el litigante que no suministró oportunamente papel sellado, es una sanción que no se limita a no oír al recurrente mientras no consigne las estampillas necesarias para revalidar el papel común empleado, sino que se extiende también a esto otro: a dar por no presentadas oportunamente las peticiones

formuladas dentro de los respectivos términos legales cuando la revalidación del papel sellado no se efectuó dentro de los mismos términos. b) El Tribunal de Pasto, en este juicio, estimó, en cambio, que dicho art. 851 no puede tener ese alcance, sino que debe aplicarse e interpretarse en el sentido de que, una vez suministradas las estampillas, debe ser resuelta, en la forma a que haya lugar en derecho, la respectiva petición formulada por la parte que revalidó el papel común, si tal petición fue formulada en tiempo, aunque el suministro de estampillas se haya hecho con posterioridad al vencimiento del respectivo término. Para aplicar de esa suerte el artículo, aduce el Tribunal estas razones: "No puede remitirse a duda que la interposición de un recurso cualquiera y la sanción de no ser oída la parte, en el caso previsto en el art. 351 del C. J., son dos cuestiones distintas, tanto en el tiempo como en sus consecuencias jurídicas. En efecto, al interponer un recurso dentro del término legal, la parte ejercita un derecho, a la vez que se consuma un hecho, cuya existencia o acaecimiento no puede desconocerse. Oír a la parte, significa decretar su petición, ya concediéndole un recurso, ordenando la práctica de alguna diligencia, etc., función que, naturalmente, corresponde al Juzgador; por consiguiente, no puede confundirse la presentación de la solicitud o interposición del recurso con el despacho o decreto de la misma. La sanción que establece el art. 851 del C. J. no se refiere al acto de la parte, en cuyo caso sería el señor secretario el encargado de rechazar la petición, sino simplemente al despacho favorable de lo pedido; pero ni siquiera en forma absoluta, sino relativa, temporal, condicional, y si se quiere porque el artículo invocado dice que la parte renuente no es oída en el juicio mientras no consigne las estampillas necesarias; por lo tanto, una vez llenado aquel requisito, la parte tiene que ser oída, de acuerdo con el texto literal de la ley. Si se interpretara la disposición en la forma expuesta por los reclamantes, se impondrá una sanción distinta de la prevista por el art. comentado, comoquiera que se llegaría la conclusión de desechar un recurso interpuesto en tiempo, siendo así que lo único que cabe es no decretar, temporalmente, la solicitud, pero no puede considerársela como no presentada o como presentada fuéra de tiempo. Por otra parte, una interpretación semejante del art. 851 del C. J. causaría un perjuicio irreparable a la parte que tiene que habilitar el papel, cuando la intención del Legislador, al imponer tal sanción, fue la de que no se ocasionara perjuicio a nadie, como puede verse en el siguiente aparte de exposición de la comisión: 'En el primero de ellos se halla el texto que manda que si la parte obligada no suministrare el papel que le corresponde, el Secretario lo supla con papel común, bajo la sanción de que el renuente no es oído mientras no consigne en estampillas de timbre nacional, el doble del valor del papel sellado que ha debido emplearse. Este sistema tiene la ventaja de que evita los retardos y demoras que suelen ocurrir en los juicios por el motivo indicado, sin causar perjuicio a nadie.' En la mayoría de los casos, el perjuicio será irreparable, porque, según el art. 350 del C. J., los Secretarios no pueden dar cuenta con los recursos interpuestos, sino cuando haya transcurrido, respecto de todas las partes, el plazo para hacer uso del mismo derecho; de suerte, pues, que el auto que dispone no oír al renuente, será dictado ya vencido el término legal. En consecuencia, a la parte afectada por la sanción, ni siquiera le quedaría la posibilidad legal de presentar nuevamente su solicitud. Podría objetarse a lo anterior que la efectividad de una solicitud cualquiera, de una apelación, por ejemplo, podría aplazarse indifinidamente por el renuente, no suministrando las estampillas; pero, en este evento, a la contraparte le quedaría el derecho de pedir al Juez que, previo requerimiento, se declarara desierto el recurso o solicitud en cuestión, si, dentro de un determinado plazo, no se cumple con el requisito de adherir las estampillas (art. 367 del C. J.). Por último, si la tesis sustentada antes fuera inadmisible, la sanción de no oír a la parte renuente no puede quedar en firme sino una vez ejecutoriado el auto respectivo; pero como el doctor Coral Samper suministró las estampillas antes de estar ejecutoriado el auto de 12 de diciembre, debe concluírse que la sanción determinada en el art. 351 del C. J., cualquiera que sea la interpretación que se acepte, no puede tener aplicación en el presente caso".

La Corte acoje la segunda de las interpretaciones expuestas, es decir, la contenida en la providencia del Tribunal Superior de Pasto, no sólo por las razones que allí se exponen, sino también por estas otras: Suplido con papel común el papel sellado que dejó de suministrar el respectivo interesado, y evitadas con ello las demoras con que el inciso primero del art. 351 se pretendió evitar, es obvio que la regla contenida en el inciso segundo del mismo texto sólo tiene una finalidad de carácter fiscal, lo cual se cumple

plenamente con la interpretación que el Tribunal de Pasto le ha dado a dicho texto, y sin necesidad de exponer a los litigantes a continuas asechanzas y celadas que culminan frecuentemente con el sacrificio, desconocimiento o menoscabo de derechos que la ley sustantiva les reconoce y cuya paralización no es necesaria para la realización de la aludida finalidad fiscal, sobre todo si se tiene en cuenta que, como lo dice el Tribunal, en todo caso le queda a la contraparte que llegue a considerarse perjudicada por alguna demora en el suministro de las estampillas, el derecho de pedir al Juez que, previo requerimiento, se declare desierto el recurso respectivo si dentro de un determinado plazo no se suministran aquéllas. Aplicar en otra forma, en un caso como en el presente, el art. 351, conduce no sólo a agravar innecesariamente y a hacer desproporcionada e inadecuada a su finalidad una sanción que obedece a razones de carácter fiscal, sino también a convertir el procedimiento en vehículo de menoscabo y cercenamiento de derechos. Es claro por lo demás que, dentro de nuestro sistema preclusivo, la interpretación que acaba de exponerse no puede llegar hasta permitirle al Juez resolver una determinada petición cuando ya ha pasado la oportunidad procesal por haber entrado el juicio en otra etapa o período. Si mientras el renuente no es oído —por no haber suministrado las estampillas—, los trámites del juicio continúan, como es lo natural y legal, y en virtud de ello se dicta o se ejecutoría una providencia cuyo alcance y oportunidad hacen imposible procesalmente la medida pedida y solicitada por el renuente, es claro que la solicitud de ésta yo no puede decretarse, pero no porque ése sea el alcance del art. 351 del C. J., sino porque acontecimientos procesales o providenciales posteriores llegan a hacer impracticable lo pedido. Así se armonizan la rapidez y oportunidad del procedimiento con las finalidades fiscales. Si, por ejemplo, se pide oportunamente la apertura a prueba por un litigante que no ha suministrado las estampillas necesarias para revalidar el papel común empleado, a esa petición no puede acceder el Juez después de que se suministren las estampillas si cuando éstas se suministran ya se ha citado para sentencia, pero no porque el art. 351 haya de interpretarse en la forma que primeramente se indicó, sino porque nuestro sistema preclusivo constituye un obstáculo insuperable para que se resuelvan solicitudes de apertura a prueba cuando ya las partes están citadas para sentencia. No está por demás anotar que en el presente caso, aún adoptando para la aplicación del art. 351, la interpretación contraria a la que acaba de exponerse, la invocación de él ante la Corte, por parte del opositor, para sostener la inadmisibilidad del recurso, no dejaría de constituír un caso clásico de abuso de derecho, por falta de un interés serio y legítimo para ello, pues en el asunto que se estudia no existe, para dicho opositor, interés en evitar que el procedimiento se entrabe, se complique o se dilate injustificadamente, sino un empeño —que la Corte no podría considerar como interés serio y legítimo— de que se le desconozca al recurrente —por haberse éste tardado seis días en suministrar las estampillas, de manera que a nadie perjudicó— un derecho fundamental importantísimo que la ley le concede: el de acusar la sentencia como violatoria de la ley. Por último, cabe anotar que cuandoquiera que la ley procedimental aplica como sanción la de la pérdida de un derecho o la de ejecutoria de la providencia contra la cual se interpuso el recurso, exige un previo requerimiento a la parte contra la cual se pretende aplicar esa sación, para que ésta se justifique como un castigo a contumacia del litigante renuente y no se tome como arma o instrumento de salto. Por lo cual, se resuelve: admitir el recurso de casación interpuesto por el señor Rafael Paredes contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pasto en este juicio, y disponer que se siga la sustanciación.

Notifíquese.

Antonio Rocha. — Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J. J. F. Mújica.—Eduardo Zuleta Angel.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION

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

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica)

Visto el art. 532 del Código Judicial, y considerando que, según lo informado por el Secretario en la nota que inmediatamente precede, el recurrente no presentó demanda de casación y el término para hacerlo expiró el 23 de los corrientes, 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 demandante Víctor J. Gómez contra la sentencia que en el juicio ordinario sobre perjuicios y otros puntos entablado por él contra José Manuel Acevedo R., pronunció el Tribunal Superior de Bucaramanga el 17 de marzo de 1937.

Sin costas, por no aparecer que se hayan causado.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia en la Gaceta Judicial, de esta providencia.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J. Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Emilio Prieto Hernández, Oficial mayor.

ACLARACION DE UNA SENTENCIA.—COSTAS

1.—Como lo ha sostenido la Corte varias veces, la condenación en costas en casación, al tenor del artículo 537 del C. J., es mecánica, independiente de todo concepto de temeridad o malicia en el recurrente. Basta que no se case la sentencia para que la condenación proceda, a menos que se rectifique una doctrina o que la Corte llegue a la conclusión de no casar el fallo, pero por motivo distinto del que sustenta la sentencia recurrida. 2.—La expresión de que las costas de la apelación, del incidente o del recurso, son del apelante o del recurrente, envuelve el concepto de que son contra el recurrente o apelante cuyo recurso no prospera. Esa fórmula equivale, y así se ha entendido siempre en la Corte, Tribunales y Juzgados, a la siguiente: "Condénase en costas al recurrente". Ambas fórmulas expresan el mismo pensamiento y tienen el mismo sentido.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

En el ordinario promovido por los señores Obispo de Tunja y Marcelino Pulido R. contra el Municipio de Samacá, el personero de la parte actora pidió aclaración de la sentencia proferida por la Corte el 10 de agosto próximo pasado.

La aclaración intentada no versa sobre la parte resolutiva del fallo, que no casó la sentencia recurrida, sino sobre unos conceptos de la parte motiva, a saber:

La Corte, al decir que no se violó el artículo 2519 del C. C., porque el derecho al uso de las aguas no entraña el dominio de ellas, agregó que el dominio y el uso son completamente distintos. Sobre la base del dominio de las aguas a favor del Estado, el le-

gislador reconoce a los particulares el uso de ellas, que no puede nunca trocarse en dominio. Y advierte que así lo entendió el fallador de Tunja ante los artículos 892 y 2519 del C. C., cuyas frases transcribe tomando este aparte de la sentencia del Tribunal:

"Lo cual no quiere decir que la sentencia pueda servir de obstáculo para que el sobrante se haga desaparecer mediante una equitativa reglamentación del uso de las aguas, llevada a cabo dentro de las prescripciones legales y por autoridad competente. Si se aceptara que por la conformación física del terreno no puede volverse el sobrante, ello querría decir que el uso de las aguas no se efectúa dentro de las prescripciones legales y que más bien se trataría de la apropiación de aguas de uso público que no son susceptibles de adquirirse por la prescripción. Artículo 2519 del C. C.".

El fallo cuya aclaración se solicita dice al respecto:

"La Corte acepta esta doctrina y, refiriéndola especialmente al artículo 892 del C. C., estima que el deber de devolver el sobrante de las aguas al acostumbrado cauce a la salida del fundo es una obligación inherente al uso, no sustituíble por dinero, y que si por la posición topográfica del predio que se beneficia con las aguas o por otras circunstancias, el sobrante de ellas no puede devolverse a su cauce ordinario, el empleo de las aguas que así se haga, sea por el riberano mismo o su cesionario, o en general por cualquier usuario, no está dentro de las prescripciones legales y debe cesar. De modo que el usuario no puede beneficiarse de las aguas si por la naturaleza o disposición de las obras que haya hecho con tal fin o por la conformación del terreno u otro motivo cualquiera se halla en la imposibilidad de devolverlas a su acostumbrado cauce, pues si así no fueran las cosas, ese uso se trocaría prácticamente en la apropiación de las aguas, lo que es inadmisible. Y sea del caso observar que en esta forma queda condicionado o establecido el derecho reconocido en la sentencia al municipio de Samacá, para hacer uso de las aguas del río Teatinos o Boyacá, y sobre el mismo pie queda establecida la condenación a dicho municipio para devolver las aguas a la salida del predio".

El reclamante cree ver una contradicción o incompatibilidad entre los dos párrafos transcritos, el del Tribunal y el de la Corte, y afirma "Que no pueden coexistir los conceptos de la Corte y del Tribunal de Tunja sobre el mismo punto, puesto que, según el sentenciador de Boyacá, con una equitativa reglamentación del uso de las aguas quedará exonerado el Municipio de Samacá de volver el sobrante del río Teatinos a su acostumbrado cauce, al paso que vosotros decís que si por cualquier motivo el usuario se halla en la imposibilidad de devolverlas —y este motivo podría ser una equitativa reglamentación— el uso se trocaría prácticamente en la apropiación de las aguas, lo cual es inadmisible".

No existe la contradicción o incompatibilidad a que se refiere el reclamante, porque en la sentencia se contemplan, tanto por el fallador de Tunja como por la Corte, dos extremos: a) Que en ejercicio del derecho reconocido por el artículo 892 del C. C., el dueño de una heredad haga uso de las aguas que corren naturalmente por ella, y devuelva el sobrante a su acostumbrado cauce a la salida del fundo; y b) Que el dueño de una heredad, en ejercicio también del precitado artículo, haga uso de las aguas, pero que por la conformación topográfica del terreno o por otras circunstancias, no pueda devolver el sobrante de las aguas a su acostumbrado cauce a la salida del fundo.

En el primer caso se trata de un uso regular y legal de las aguas; en el segundo, el usuario no puede beneficiarse de ellas porque ese beneficio equivaldría a una apropiación de aguas de uso público, las cuales no son susceptibles de apropiación por los particulares.

Vistas así las cosas, como claramemnte, a juicio de la Corte, se lee en el fallo, no puede existir incompatibilidad ninguna entre lo sostenido por el Tribunal de Boyacá y la Corte. Vale observar que después de explicarse esto mismo en la sentencia, la Corte dijo que en esa forma quedaba condicionado o establecido el derecho reconocido en la sentencia al municipio de Samacá y sobre el mismo pie queda establecida la condenación a dicho municipio a devolver las aguas a la salida del predio.

Así, pues, ni hay contradicción entre lo sostenido por el Tribunal de Tunja y la Corte, ni los conceptos de aquél y de ésta ofrecen verdadero motivo de duda, por lo cual no se está en el caso del artículo 482 del C. J.

En realidad de verdad, el punto o puntos a que se refiere el reclamante no son motivo de una aclaración del fallo por lo ya dicho, sino de la ejecución de la sentencia. Entonces, en esa oportunidad, será cuando habrá que ver, de acuerdo con las pruebas de las partes, si las obras que ha construído el municipio de Samacá para captar parte de las aguas del río Teatinos, o si la confor-

mación topográfica del terreno u otra circunstancia hacen imposible o no que el sobrante de las aguas de dicho río vuelva a su cauce normal. Entonces será el caso de aplicar lo que muy claramente han dicho el Tribunal de Tunja y la Corte en este fallo. Avanzar hoy otro concepto sobre el particular, no tratándose de la ejecución de la sentencia, sería impertinente.

También se refiere el reclamante a la condenación en costas del recurso, y observa por una parte que "ninguna de las causales por las cuales la ley autoriza la condenación en costas ha mediado en el caso que traje ante vosotros", y por la otra dice "surge la duda para averiguar qué significa la frase que pusísteis al final de vuestro fallo, al decir: las costas del recurso son del recurrente. ¿Querrá decir esto que mi parte tiene derecho a las costas, puesto que son de ella"?

La Corte considera: 1º) Como lo ha sostenido varias veces, la condenación en costas en casación, al tenor del artículo 537 del C. J., es mecánica, independiente de todo concepto de temeridad o malicia en el recurrente. Basta que no se case la sentencia para que la condenación proceda, a menos que se rectifique una doctrina o que la Corte llegue a la conclusión de no casar el fallo, pero por otro motivo distinto del que sustenta la sentencia recurrida. 2º) En este pleito no ha habido sino un solo recurrente, la parte actora; la sentencia no fue casada, luego, al tenor del artículo 537 citado, las costas del recurso son de su cargo y la expresión las costas de la apelación, del incidente o del recurso, son del apelante o del recurrente, envuelve el concepto de que son contra el recurrente o apelante cuyo recurso no prospera. Esa fórmula equivale, y así se ha entendido siempre en la Corte, Tribunales y Juzgados, a la siguiente: "Condénase en costas al recurrente". Ambas fórmulas expresan el mismo pensamiento y tienen el mismo sentido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, resuelve: no es el caso de aclarar la sentencia proferida por esta Sala el diez de agosto del año en curso en el ordinario de los señores Crisanto Luque, Obispo de Tunja, y Marceliano Pulido R. contra el Municipio de Samacá.

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

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

ACCION PRINCIPAL DE REIVINDICACION Y RECONVENCION SOBRE RESTITUCION DEL PRECIO DE BIENES COMPRADOS, PAGO DE EXPENSAS Y MEJORAS Y DECLARACION DEL DERECHO DE RETENCION.—INTERPRETACION DE LA DEMANDA.—REGISTROS.

1.—Al juzgador no le es dado interpretar la demanda cuando las peticiones de ésta son suficientemente claras y su sentido no es anfibológico u oscuro. 2.—Instituído el registro de los bienes raíces, entre otros fines, para dar a conocer el estado de la propiedad raíz, a cada comprador le es fácil indagar ese estado antes de proceder a la adquisición o, por mejor decir, al otorgamiento de la escritura pública. Limitarse confiadamente, cándidamente, o maliciosamente, en los diversos casos, a aceptar o dar por aceptada la afirmación del tradente sobre libertad de lo que enajena, conduce a consecuencias lamentables que la ley quiso evitar en la forma aludida. Quien da por libre la finca que no lo está, incurre en error de hecho. En lo general, este error no lleva consigo una culpa de que se derive daño a tercero. En tales circunstancias un error de esa clase no se opone a la buena fe (art. 768 C. C.) ni basta, por tanto, a destruír la presunción establecida para ésta por el art. 769 del mismo Código.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Virgilio Rodríguez y Agripina Gamboa de Rodríguez, hijo y viuda de Martín Rodríguez, demandaron como herederos declarados ambos de este señor y además ella como cónyuge sobreviviente, ya para sí en estos caracteres, ya para esa sucesión, la restitución de los fundos Rosal o Bomboná y Lomagrande de Caicedos, ubicados en Linares, y el pago de sus frutos y deterioros, dirigiendo su acción contra Dictinio Melo, vecino como ellos de ese Municipio; y este señor los contrademandó sobre expensas y mejoras y pago del precio que se explicará adelante y sobre retención de aquellas fincas.

Repartida la demanda el 22 de septiembre de 1933 al Juzgado 2º del Circuito de Túquerres, donde cursó la primera instancia, se sentenció allí el 28 de agosto de 1935 negando lo pedido por los demandantes y concediendo sólo en parte lo suplicado en la reconvención. Apelado ese fallo por ambas partes, cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior de Pasto, quien la decidió en sentencia de 14 de julio de 1936, contra la cual recurrió Melo en casación.

Circunstancias varias demoraron la venida del proceso a la Corte, entre ellas la solicitud de aclaración y la actuación sobre cumplimiento del fallo a favor del art. 525 del C. C. Repartido aquí el 23 de mayo de 1937 y admitido y tramitado debidamente el recurso, pasa a decidirse.

Antecedentes

Martín Rodríguez vendió a Dictinio Melo los fundos en referencia por escritura número 166, otorgada ante el Notario de Samaniego el 20 de abril de 1928, y muerto aquél, sus prenombrados hijo y viuda vencieron a Melo en juicio ordinario sobre nulidad absoluta de esa compraventa en juicio ordinario fallado así: el Juzgado declaró la nulidad y decretó la restitución consiguiente en sentencia de 13 de octubre de 1932, y el Tribunal, en la de 1º de agosto de 1933, se limitó a declarar la nulidad y expresamente suprimió lo tocante a restitución, dejándolo para juicio distinto, en el erróneo concepto de haber petición antes de tiempo mientras la sentencia de nulidad no estuviese ejecutoriada. De ahí que apenas lo estuvo en el subsiguiente septiembre se iniciara ese juicio distinto, que es el presente.

Por la claridad que arrojan sobre la controversia misma y muy especialmente sobre el recurso de casación, como se verá adelante, pasan a resumirse y en lo cardial a trascribirse demanda, contrademanda y respuestas.

La demanda principal contiene estos siete pedimentos de los actores: 1º Declaración de que la herencia o sucesión de Martín Rodríguez, representada por ellos es dueña de las fincas aludidas. En subsidio, que tales dueños son el actor como heredero y la actora como cónyuge sobreviviente. 2º Que el demandado debe restituírles esos fundos con sus anexidades, mejoras y frutos, como poseedor de mala fe. 3º Que Melo está en condición de cosa ajena (sic), respecto de esos inmuebles y ha sido su poseedor de mala fe

desde la fecha de la citada escritura. 4º Que debe pagar los frutos naturales y civiles desde esa fecha. 5º Que debe pagar los deterioros causados desde la misma fecha. 6º Que debe pagar las costas del juicio, si se opusiere a la demanda. 7º Que se ordene la cancelación del registro de la dicha escritura de compraventa.

Fueron hechos fundamentales: 1º Los demandantes son herederos y además, la señora, es cónyuge sobreviviente de Martín Rodríguez; 2º Este vendió a Melo los bienes en referencia por medio de aquella escritura estando embargados y secuestrados; 3º Esa compra-venta fue absolutamente nula y así pidieron los autores se declarara mediante demanda de 5 de diciembre de 1931; 4º En ese juicio se declaró tal nulidad por Juzgado y Tribunal, y es de 1º de agosto de 1933 el fallo último; 5º "Por efecto de ese fallo, las cosas vuelven a su estado anterior, como si nunca hubiera existido el contrato de compraventa ya indicado y el dominio de los inmuebles vuelve a radicarse en la sucesión de Martín Rodríguez y consecuencialmente en los suscritos demandantes"; 6º "Por efecto de aquellas sentencias el demandado Dictinio Melo debe entregar y restituír los inmuebles ya indicados"; 7º Melo es la persona contra la cual se sentenció esa nulidad; 8º Melo es actual poseedor de esos bienes; 9º Estos han sufrido graves deterioros de toda clase por culpa de Melo desde que los compró en perfecto buen estado; 10º Dicha sentencia establece virtualmente que Melo no es poseedor regular por no ser justo su título: 11º Melo quedó en condición de poseedor irregular y de mala fe, por el vicio de nulidad absoluta de su título; 12º En este punto anuncian los demandantes la comprobación en el curso del juicio de los hechos y del derecho que les asiste.

Melo contestó el 10 de noviembre de 1933 (Cdno. ppl. fols. 66 y 67): a los pedimentos, así: Al 1º "Admito que la herencia de Martín Rodríguez representada por los demandantes es dueño de los fundos Rosal o Bomboná y Loma Grande de Caicedos..., en virtud de haberse declarado nulo el contrato que dicha escritura expresa" (se refiere a la de 20 de abril de 1928, ya citada). La petición subsidiaria de este punto 1º la niega por lo que acaba de contestar. Al 2º: "La niego por el derecho de retención que me corresponde sobre los fundos que se trata de reivindicar en tanto no se me pague lo dado en calidad de precio y sus intereses, así como el valor de las expensas y mejoras, como lo solicito en mi demanda de reconvención; y lo admito únicamente respecto al reconocimiento que hace el actor sobre la existencia de las prestaciones mutuas." Niega el 3º y el 4º sin dar razón. Niega el 5º, "por no haber habido ninguna clase de deterioros." La solicitud 6ª que, como se vio, se refiere a costas, la contesta diciendo: "La niego, porque no me opongo al reconocimiento del derecho de dominio que le corresponde a la herencia de Martín Rodríguez sobre los fundos que se trata de reivindicar; y mal puedo pagar costas al defender un derecho legal en la forma demandada en el libelo de reconvención." Al punto 7º dijo: Ni lo afirmo ni lo niego. Como se vio, esta solicitud se refiere a la cancelación del registro de la escritura de 1928.

Melo respondió sobre los hechos fundamentales: Al 1º: "Lo admito." Al 2º: Lo admite en cuanto a haberse otorgado la escritura; pero no en cuanto a haber estado a la sazón los bienes fuera del comercio, pues él ignoraba el embargo y secuestro decretados contra Melo, quien lo engañó diciéndole que estaban libres. Al 3º y al 4º: Es verdad que había embargo inscrito, por lo cual se anuló la compraventa; pero él no lo sabía. Al 5º: "Lo acepto. Y además agrego que esa nulidad declarada me da derecho a la acción restitutoria que ejercito en la demanda de reconvención que presento junto con esta contestación." Al 6º: "Lo niego, pues yo no puedo entregar dichos inmuebles en tanto no se me pague la cantidad por el precio, sus intereses y el valor de las expensas y mejoras." Al 7º: "Lo admito y en la misma forma de la sentencia." Al 8º, espera la prueba correspondiente. El 9º lo niega por no haber deterioros. El 10º, niega que la sentencia de nulidad califique la calidad de su posesión y agrega que antes de aquello lo amparó su título. Respecto del 11º dice negarlo por no engendrar un hecho; y respecto del 12º dice que no es jurídico incluír en la lista de hechos el anuncio de la prueba. La demanda de reconvención (Cdno. ppl., fols. 92 a 94, pide: 1º Que inmediatamente que se decida este asunto, la herencia de Martín Rodríguez, representada por los demandantes, restituya a Melo $ 3,500 del precio con sus intereses legales desde el día de la escritura; 2º Que se condene a aquella herencia a pagar a Melo lo que se le adeuda por expensas y mejoras en dichas fincas, para lo cual expresa la cifra de mil pesos, que sujeta a la estimación legal; 3º Que mientras no se le pague, no está en el caso de restituír las fincas; 4º Que tiene derecho de retención de ellas hasta que ese pago se le haga o se le asegure, y 5º Que se les condene en costas si se oponen.

Aduce estos hechos como fundamentales de su contrademanda: 1º Haberse declarado nula la compraventa de 20 de abril de 1928 por las sentencias de Juzgado y Tribunal ya citadas, de las cuales la de éste es la del referido 1º de agosto de 1933; 2º Haber sido precio de esa compraventa la suma de $ 3,500 que Melo pagó al vendedor; 3º Estar ubicados y deslindados los respectivos fundos tal como este hecho detalla; 4º Haber sembrado Melo allí antes del 29 de abril de 1932 dos cuadras de caña de azúcar, mil matas de plátano y doscientos árboles de café y hallarse todo ello bien cultivado y en perfecto desarrollo; 5º Haber reparado él en parte y en parte reconstruído la casa del Rosal antes de ese día; 6º Haber repuesto una pared del trapiche de esa casa, destruída en un terremoto, con un muro de piedra; 7º Haber completado el mismo trapiche con los varios enseres discriminados en este punto; 8º Haber puesto cercas de alambre y otras cerraduras en el fundo de Bomboná; 9º Haber fallecido en Linares el vendedor Rodríguez; 10º Haberse reconocido herederos de este señor en providencia judicial de 23 de octubre de 1931 su viuda Agripina Gamboa y su hijo Virgilio.

Respondieron los demandantes negando que Melo hubiera pagado el precio y hecho las mejoras por él afirmadas; reconociendo apenas que reempajó la casa, lo que no es mejora sino simple reparación, y advirtiendo que las siembras hechas por él representan daño, porque para ponerlas destruyó plantaciones importantes y reproductivas; advierten además que caso de ser mejoras, no siendo necesarias sino a lo sumo útiles, no es el caso de abonárselas a Melo, por ser poseedor de mala fe. Por todo esto se oponen a los pedimentos de Melo y le niegan el derecho de retención.

Por su estrecha conexión con el recurso que se está decidiendo en el presente fallo y por su trascendencia, se anticipa esta observación que se desarrollará adelante, a saber: la demanda principal y la de reconvención y sus respuestas dejaron establecido en forma inequívoca y concreta que este litigio había de versar, no sobre la nulidad antedicha decretada en sentencia ejecutoriada cuya copia registrada vino desde luego al proceso, ni sobre la consiguiente restitución considerada en sí misma, en la que en principio convino el demandado y, a mayor abundamiento, invocó como razón de ser de la retención opuesta como excepción y también de sus acciones como contrademandante, sino exclusivamente sobre las modalidades de tal restitución y sobre los elementos de las respectivas prestaciones mutuas.

La sentencia recurrida

El Tribunal, basándose cardinalmente en la referida sentencia sobre nulidad de la compraventa de 1928, en que esa nulidad se declaró por estar embargados a la sazón en actuación judicial contra el vendedor los bienes trasferidos por él en ese contrato y en que una anulación obliga a restituír a las partes a su estado anterior al contrato o acto anulado, encontró improcedentes e inecesarias las súplicas sobre declaración del dominio en favor del vendedor o su herencia o sus sucesores, y la de que los respectivos bienes no son de su poseedor actual, y al propio tiempo, hallándolas procedentes ante la restitución obligada de que se ha hecho mérito, estudió las súplicas relativas a ella o en que ella consiste y las halló cómo en su sentir correspondía a las probanzas, decidiendo el juicio doble, en suma, así:

I. No es el caso de hacer las declaraciones demandadas en los puntos 1º y 3º de la demanda principal. II. Es improcedente la acción ejercitada en la petición subsidiaria del punto 1º. III. Melo debe restituír a la sucesión de Martín Rodríguez representada por su viuda e hijo legítimo, los demandantes, dentro de tres días de ejecutoriada esta sentencia, los inmuebles determinados en el libelo. IV. Melo restituirá esos bienes con sus enseres, útiles y accesorios reputados inmuebles por su destinación. V. Pagará $ 180 anuales por frutos del 20 de abril de 1928 al día de esa entrega. VI. Pagará $ 410 como valor de los deterioros causados en esos predios. VII. En este punto la sentencia enumera ciertas obras, las califica de mejoras necesarias y reconoce a Melo el derecho de cobrarlas, de modo que impone a los demandantes la obligación de pagarle su valor tal como se fije mediante la tramitación indicada por el art. 553 del C. J. VIII. El Registrador cancelará la inscripción de la citada escritura de compraventa. IX. Se absuelve a los demandantes de los demás cargos de la contrademanda. Costas comunes.

El recurso

Para éste se invocan por nulos los motivos 1º y 3º del art. 520 del C. J., que pasan a estudiarse con la debida separación.

En lo tocante al primer motivo, o sea, violación de ley sustantiva, en la extensa demanda de casación se distingue ante todo la parte, que es la mayor de ese alegato, en

que el recurrente acusa al Tribunal, citando las pertinentes disposiciones del Código Civil sobre nulidad y sobre reivindicación, porque, a pesar de haber dado los demandantes a su acción el nombre de reivindicatoria, el Tribunal no procedió en consecuencia, no exigió a los actores la comprobación del dominio que para esa acción es indispensable y decretó prestaciones que sólo cabrían como efecto si se hubira establecido la causa, esto es, si se hubieran a la verdad sentado y demostrado las bases requeridas en ley para la prosperidad de una acción de dominio.

En esta senda llega el recurrente a pretender discusión dentro de este juicio y recurso sobre la admisibilidad misma de la acción de nulidad que ejercitaron los actuales demandantes como sucesores del vendedor, a pesar de estar éste impedido para ejercitarla por haber sido contratante y negársela el art. 15 de la ley 95 de 1890 a que el Tribunal debió someterse, según el recurrente.

Como de paso se observó ya aquí en relación con el resumen y trascripción parcial, en lo cardinal, de demandas y respuestas, nada de eso vino a ser ni puede considerarse materia del litigio. Limitado y circunscrito el debate desde su iniciación simplemente a las modalidades de la restitución demandada, es decir, a la forma y detalles de ésta y a la manera de llevarse a cabo, no es admisible que a estas horas del litigio, en el recurso de casación, ni en general en hora posterior a aquélla en que la litiscontestación quedó definitivamente planteada y cerrada, se controvierta sobre si por haberse empleado en el libelo la palabra reivindicación sea acusable la sentencia que entró a considerar un pedimento de restitución inequívocamente formulado como tal y, además, entendido así por el reo.

Si los actores pidieron restitución aduciendo como fuente la sentencia declaratoria de la nulidad, al juzgador no le era dado abstenerse de verlo así y de fallar en consecuencia por el empleo erróneo de aquella palabra que no podía apartarlo de su deber, claramente indicado por el art. 481 del C. J. Y si le es dado al juzgador, en aras de este deber, llegar en su caso a interpretar al efecto un libelo de demanda anfibológico u oscuro, con más veras le sería imposible eludirlo cuando, como en el presente caso sucede, no cabe la menor duda sobre qué es lo pedido ante la simple lectura del libelo, máxime cuando el objetivo y aun el sentir literal de éste se ve corroborado por la respuesta del reo y por su demanda de reconvención.

Aunque la opinión de un demandado no podría dar por sí sola asidero a esa potestad y a ese deber del sentenciador, la que proviene de algo más fundamental, como es el citado precepto del art. 481 y el contenido en el art. 472 del mismo Código Judicial, no sobra el recuerdo que se viene haciendo del modo y términos en que Melo contestó la demanda.

Obrando, además en el proceso en legal forma copia de la sentencia de nulidad y constancia de su ejecutoria y registro, al Tribunal no le era dado negarse a estudiar las modalidades de una restitución suplicada por los actores y aceptada por el reo, entre otras razones porque no le era dado presentar de suyo o suscitar controversia inexistente entre las partes.

Del propio modo y por idénticas razones, la Corte no podría aceptar que a pretexto de casación viniera a considerarse hoy sub judice lo que quedó fallado en el juicio ordinario sobre nulidad por sentencia que para quienes fueron parte en él, que son los mismos que litigan en éste, tiene la fuerza de cosa juzgada al tenor de los arts. 473 y 774 de dicho Código. Ni podría la Corte por lo mismo, admitir que hoy se controvirtiera lo que dichas demanda, contrademanda y respuestas dejaron fuera de discusión y, por ende, fuera de las lindes que circunscriben en cada pleito la intervención y acción de la autoridad judicial.

En tal virtud, el presente fallo forzosamente ha de limitarse a estudiar los cargos que versan sobre los tópicos que sí fueron materia del pleito a la luz de aquella relación jurídico procesal, esto es, a lo que las partes precisaron como tema y motivo de sus diferencias, a saber: devolución del precio, indemnización de deterioros y abono de mejoras, expensas y frutos, y al derecho de retención.

Acusa el recurrente la sentencia como violatoria de las disposiciones legales que al efecto cita, entre ellas principalmente el art. 769 del C. C., por cuanto el Tribunal lo reputa de mala fe en su posesión. La influencia de esta circunstancia sobre las prestaciones de que acaba de hablarse, indica que este cargo debe considerarse en primer lugar.

El Tribunal llegó a ese concepto por haber comprado Melo estando embargados los bienes, lo que hacía ilícito el contrato a la luz del art. 1521 del C. C. por haber podido y debido Melo precaverse, de acuerdo con el art. 2637 de la misma obra; por haberse

declarado la nulidad absoluta de la compraventa cabalmente en razón de ese embargo; por haber permanecido la escritura de compraventa sin registrarse más de dos años, hasta que se creó la Oficina de Registro de Linares, ya que en la de Samaniego, a que correspondía hasta entonces, no se había podido inscribir por el embargo, y por ser sospechosa la conducta de Melo, en cuanto esa enajenación conducía a defraudar a los sucesores de Rodríguez disminuyendo el patrimonio de éste sin que, por otra parte, hubiera habido pago del precio de la venta, ya que documento posterior demuestra que Melo no lo pagó como el vendedor declaró en aquella escritura.

Es verdad que, instituído el registro entre otros fines con el de capacitar a todo contratante sobre el estado de la propiedad inmueble, según advierte en su inciso 2º el citado art. 2637, sencillo es, y hasta de obligada prudencia, a cada comprador indagar ese estado antes de proceder a la adquisición o, por mejor decir, al otorgamiento de la escritura pública. Limitarse, confiadamente, cándidamente, o maliciosamente, en los diversos casos, a aceptar o dar por aceptada la afirmación del tradente sobre libertad de lo que enajena, conduce a consecuencias lamentables que la ley quiso evitar en la forma aludida. Quien da por libre la finca que no lo está, incurre en error de hecho. En lo general, este error no lleva consigo o no significa una culpa de que se derive daño a tercero. En tales circunstancias un error de esa clase no se opone a la buena fe (art. 768 ibídem), ni basta, por tanto, a destruír la presunción establecida para ésta por el citado art. 769.

Así, pues, ha de considerarse a Melo como poseedor de buena fe hasta que un hecho tan eficaz como al efecto vino a ser la sentencia declaratoria de la nulidad de su título, destruyó esa presunción o la hizo imposible. Esa sentencia se dictó el 1º de agosto de 1933 y quedó ejecutoriada según auto de 29 de septiembre de ese año notificado por estado de dos del subsiguiente octubre.

En suma: la Corte, que no halla descaminados los razonamientos del Tribunal acerca de los elementos indiciales referidos, estima sin embargo que de la inadvertencia o imprudencia que llevó al comprador a no indagar el estado legal de lo que compraba y que, ignorándolo, los adquirió cuando estaban embargados, no puede deducirse un elemento probatorio bastante a destruír la presunción legal del citado art. 769.

Se halla, pues, fundado el cargo de violación directa de esta disposición legal sustantiva, en cuanto el Tribunal remonta su referido concepto de mala fe hasta el día mismo de la compraventa o sea, el 20 de abril de 1928, en vez de hacerlo datar de la sentencia que declaró la nulidad absoluta.

Como se verá en seguida, la corrección que acaba de hacerse a ese concepto, basta a la prosperidad de los reclamos de Melo sobre mejoras, por cuanto las que el Tribunal le desconoce corresponden a la primera época de las dos que acaban virtualmente de formarse, o sea, a la anterior a la sentencia de nulidad.

Mejoras

El Tribunal enumera algunas de éstas y calificándolas de necesarias reconoce a Melo el derecho de cobrar su valor, dejando la fijación respectiva para la ejecución de la sentencia (C. J., art. 553), por no haberse hecho en este juicio. Limitándose a ellas este reconocimiento, quedan negadas otras, no por no haberse demostrado aquí, sino por ser útiles y no tener derecho a que se le abonen quien es poseedor de mala fe, de conformidad con el art. 966 del C. Civil.

Melo acusa la sentencia por violatoria de este artículo, así como del 768, por considerársele de mala fe y por negársele el derecho de que se está hablando.

Esas otras mejoras, concretando el razonamiento a las que quedaron comprobadas en autos, consisten en la plantación de caña de azúcar la de plátano y la de cafetos de que él habla desde su contrademanda y de cuya existencia, aunque no de número de plantas ni de extensión de los cultivos, da fe la inspección ocular practicada por ante el Juzgado de primera instancia en los fundos de Loma Grande de Caicedos y Rosal o Bomboná, el 11 y el 13 de agosto de 1934 respectivamente (Cdno. ppl., folios 144 a 146).

Si esas mejoras son anteriores a la sentencia de nulidad y, por tanto, corresponden a la época en que Melo conservaba su calidad de poseedor de buena fe por las razones ya expresadas a este respecto, tiene derecho a que esas mejoras se le abonen, al tenor de los dos primeros incisos del citado art. 966, lo que vale decir que se acepta, en esta forma y dentro de este límite, el cargo de violación de esta disposición legal.

Se advierte que el valor de estas mejoras no quedó establecido en este proceso y que, por tanto, ha de fijarse como y cuando determina y autoriza el art. 553 del C. J.

Deterioros

Estos fueron avaluados en $ 410 por peritos contra los cuales no se justificó la tacha de parcialidad que opuso Melo, así como

en providencia del Juzgado confirmada por el Tribunal se desecharon las objeciones formuladas por Melo contra el dictamen mismo. Además, de los deterioros se dejó fe en las actas de la citada inspección ocular.

Ante los arts. 721 y 730 del C. J. no se halla aceptable el cargo de error en la apreciación de estas pruebas. Estudiando esas actas y dictamen no cabe aceptar tampoco el cargo de error de hecho en esa apreciación. No sobrará recordar que este error debe ser tal que aparezca de manifiesto en los autos, según el citado art. 520 del C. J. en su ordinal 1º **in fine**.

De otro lado, no se halla aceptable tampoco el cargo de violación del art. 963 del C. C., consistente en que Melo lo reputa indebidamente aplicado por no ser poseedor de mala fe. Y no se acepta o acoge el cargo, porque, de un lado, esos deterioros consisten principalmente en la destrucción de una plantación de paja toquilla, de que él se aprovecha en cuanto se le reconoce el valor de las plantaciones ya referidas aquí con que la reemplazó, y de otro lado, porque los demás deterioros corresponden a la época posterior a la sentencia de nulidad, en que ya su presunción de buena fe no subsiste. Así se desprende de la inspección ocular y dictamen pericial citados y de las declaraciones de testigos recibidas como pruebas.

Frutos

El referido dictamen pericial (Cdno. 1º, fol. 147), los avalúa en $ 180 anuales, y a este pago condena el Tribunal al demandado Melo, a partir del 20 de abril de 1928, día de la escritura.

Reclama él en casación al respecto atribuyendo error en la apreciación de la prueba, error que, por lo dicho, no ha ocurrido, y también acusando de violación del art. 964 del C. C. por hacer remontar el fallo esta condena hasta la fecha de la compra, no siendo desde entonces la posesión de mala fe.

Lo antedicho a este respecto indica la procedencia del cargo, en cuanto la condena incluye la época anterior a la sentencia de nulidad, es decir, en cuanto se extiende al lapso en que Melo se hallaba bajo buena fe presunta y en el amparo consiguiente a la luz del citado art. 964, cuya violación se reconoce acreditada en esta forma y dentro de estos límites, lo que hace acoger así el cargo.

No se acoge el de error en la apreciación del dictamen en cuanto la referida cifra de $ 180 se toma por el Tribunal como la del producto líquido, debiendo tomarse sólo, al decir de Melo, como la del producto bruto. Ese error no se advierte, Por el contrario: el contexto mismo del avalúo, los pasajes pertinentes de la diligencia de inspección ocular con ocasión de la cual se rindió y, además, las preguntas formuladas a los peritos, indican el acierto del Tribunal al tomar ese avalúo tal como lo hizo.

Precio

La escritura pública de compraventa, otorgada el 20 de abril de 1928 (Cdno. 1º, folios 72 a 74), lo fija en $ 3,500, que el vendedor declara recibidos; y un documento privado suscrito por Melo y también por el vendedor el 3 de septiembre de 1930 (folio. 174 y 175 **ibídem**), demuestra que no hubo tal pago al contado, porque allí declara Melo deberle $ 2,830 "procedentes de esa compraventa."

Ante este documento, que tiene contra Melo la fuerza probatoria establecida por el art. 1761 del C. C., es inadmisible la pretensión suya de que los demandantes, sucesores del vendedor, sean condenados a devolverle los $ 3,500 que éste declaró recibidos en la escritura pública, como desde luego se declara inadmisible, en este concepto, el cargo de violación de los arts. 1759 y 1746 del C. C. que Melo formula contra la sentencia, alegando la fuerza probatoria de la escritura pública contra quienes la otorgaron o de éstos derivan sus derechos y alegando, de otro lado, que el art. 1746 obliga a restituciones que, por recíprocas, implican, en caso como el presente, la devolución al comprador de lo que pagó como precio.

Pero sí se acoge el cargo de violación de estas disposiciones por las razones que acaban de expresarse, en lo relativo a la diferencia entre aquellas dos cantidades, así: los demandantes, sucesores de Melo, se hallan bajo la carga que éste se impuso al declarar recibidos los $ 3,500 y no se han descargado sino de los $ 2,830 que Melo confiesa deber aún a la fecha del documento privado. Le adeudan, pues, la diferencia, o sea, un saldo de $ 670.

El Tribunal estima que este documneto lleva consigo una rebaja del precio y que éste, según el documento, pasó de los $ 3,500 a los $ 2,830 y sobre este pie, no habiendo comprobado Melo pago alguno de esta suma, no encuentra que haya lugar a devolverle nada.

La Corte encuentra fundado el cargo que hace Melo de error de hecho en la apreciación de esa prueba, porque efectivamente el documento, si bien demuestra decidida voluntad de Martín Rodríguez en favor de

Melo, lo que lleva a colegir que si hubiera habido pago de los $ 670 se habría puesto allí de presente, no contiene a la verdad declaración que manifieste ni frase que sugiera que, sin pago alguno de Melo, por mera rebaja que modificó el precio inicial quedara éste en los $ 2,830 y esta suma hubiera de reputarse como precio efectivo.

Por tanto, debe condenarse a los demandantes a pagar a Melo esos $ 670 con sus intereses legales desde la fecha de la escritura en que Martín Rodríguez declaró haberlos recibido, tal como pide Melo y como lo indica el art. 1617 del C. C. en lo tocante a intereses.

En cuanto al cargo de violación de las disposiciones legales relativas a condonación y a renta vitalicia formulado por el recurrente, citándolas, fundado en que al negarse el Tribunal a decretar la devolución del precio desoyó lo que el documento establece sobre pagos parciales y periódicos y sobre condonación por el vendedor de lo que a la muerte de él estuviera aún pendiente, se halla jurídica la opinión del Tribunal de que la nulidad absoluta que afectó la compraventa y que se declaró en sentencia ejetoriada ha de afectar sus accesorios, derivados y componentes, pues no se comprendería en ley ni en lógica que, anulada la compraventa, quedasen en pie los convenios sobre el precio, modo de pagarlo, remisión de un posible saldo, etc.

El Tribunal, como es ha visto, reconoció en favor de Melo ciertas mejoras e hizo la consiguiente condenación a cargo de los demandantes, no obstante lo cual le negó el derecho de retener los bienes mientras ellas no se le hayan asegurado o cubierto. El recurrente halla en esto pie para acusar la sentencia de violatoria del art. 970 del C. C. El cargo se halla justificado.

Y si para conceptuar así bastaría, como acaba de verse, el hallarse pendiente esa sola prestación, con más veras, si cabe, ocurre reconocerle ese derecho de retención al considerar que suben, por virtud del reconocimiento que la Corte hace de otras mejoras y también del referido saldo del precio con intereses, sin que valga en contrario la mera conjetura, carente de base firme aquí, de que la cifra del valor de las prestaciones favorables a Melo haya de ser inferior a la de las decretadas en su contra. No obrando aún ante el juzgador el dato preciso del monto de unas y de otras, algunas aún ilíquidas, mal puede procederse sobre la base de una compensación que, extinguiendo la deuda a favor de Melo, suprimiera la causa de la retención terminantemente establecida por dicho art. 970.

Lo hasta aquí dicho conduce a casar parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto se reconoce a Melo el antedicho saldo del precio con intereses, así como las mejoras consistentes en las expresadas plantaciones, y en cuanto se data el pago de frutos, no de la fecha de la escritura de compraventa, sino de la de ejecutoria de la sentencia de nulidad, o sea, del 29 de septiembre de 1933, y, además, en cuanto se le reconoce el derecho de retención hasta que las prestaciones a su favor se le aseguren satisfactoriamente o se le cubran, sea por pago efectivo, sea por la compensación a que puede haber lugar con las prestaciones a cargo de él por frutos y deterioros.

Resta considerar tan sólo el motivo 3º del citado art. 520.

Consecuente Melo con su empeño, posterior y contrario a su respuesta a la demanda, de que, por haber calificado los demandantes de reivindicatoria su acción no puede prosperar cuanto con esta precisa acción se relacione, estimó contradictorias la negativa dada por el Tribunal a la solicitud de aquéllos sobre declaración de su dominio respecto de los inmuebles en cuestión y sobre que Melo es poseedor de cosa ajena, por un lado, y por el otro, la orden de restituír los bienes y pagar frutos y deterioros. De ahí su memorial que llamó de aclaración de la sentencia, recurso que el Tribunal negó en su providencia respectiva, refiriéndose a los respectivos pasajes de aquélla (Cdno. 3º, fol. 84). Y de ahí que, con igual lógica, aduzca ahora el motivo que acaba de citarse, consistente en contener la sentencia en su parte resolutiva disposiciones contradictorias subsistentes a pesar del pedimento de aclaración.

Para rechazar este cargo basta recordar lo expuesto aquí acerca de que inequívocamente se demandó una restitución aduciendo como fuente una sentencia de nulidad y que el juzgador no podía desobedecer el artículo 1746 del C. C., invocado expresamente por el mismo recurrente como razón de su demanda de reconvención, disposición según la cual cada parte es responsable de la pérdida de las especies o su deterioro, de los intereses y frutos y del abono de las

mejoras, tomándose en cuenta la buena o mala fe.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, o sea, la pronunciada en este juicio doble por el Tribunal Superior del distrito judicial de Pasto con fecha catorce de julio de mil novecientos treinta y seis, y dejándola en firme en cuanto no la alteren las declaraciones y condenaciones que pasan a formularse en los puntos siguientes, la reforma así:

1º Condénase a los demandantes a pagar a Dictinio Melo seiscientos setenta pesos ($ 670), con sus intereses legales desde el veinte de abril de mil novecientos veintiocho hasta el día del pago;

2º Condénase a los demandantes a pagar al mismo Melo el valor de las plantaciones de caña de azúcar, plátano y café que éste puso antes del 29 de septiembre de 1933 en los fundos sobre cuya retención versa este juicio, valor que se fijará como indica el art. 553 del C. J.

3º Reconócese a Melo el derecho de retener los aludidos fundos hasta que se le asegure satisfactoriamente o se le pague el valor de las expresadas prestaciones y de la que le decreta la sentencia del Tribunal en el punto VII de su parte resolutiva.

4º La fecha inicial para el pago de los frutos que debe hacer Melo a los demandantes a razón de quince pesos ($ 15) el mes, no será la de escritura de compraventa, sino la de ejecutoria de la sentencia que la declaró nula, o sea, el veintinueve de septiembre de mil novecientos treinta y tres.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Juan Francisco Mújica. — **Liborio Escallón.**—**Ricardo Hinestrosa Daza.** — **Miguel Moreno J.**—**Hernán Salamanca.** — **Arturo Tapias Pilonieta.**—**Pedro León Rincón.** Srio. en ppdad.

EXCLUSION DE BIENES DE UN INVENTARIO Y PETICION DE DOMINIO.—SINDICO DEL LAZARETO EN LOS JUICIOS DE SUCESION.—RESTITUCION DE BIENES INVENTARIADOS INDEBIDAMENTE.—ESTIPULACION PARA OTRO.

1.—De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil y la ley 63 de 1936, los Síndicos recaudadores del impuesto de Lazaretos pueden y deben intervnir en los juicios de sucesión para los efectos puramente fiscales hasta la ejecutoria del auto aprobatorio de los inventarios y avalúos, en la forma y condiciones expresadas en el art. 55 de la citada ley 63, pero en manera alguna se justifica su intervención de oficio en un debate judicial que versa sobre el dominio de una finca y que se agita independientemente del juicio sucesoral. 2. Si la herencia dentro de cuya masa de bienes está el indebidamente inventariado, está ilíquida, la acción debe dirigirse contra la sucesión representada por los herederos, o contra el adjudicatario o adjudicatarios de la cosa si ya se ha liquidado, y en este caso, sólo por la parte que posea el demandado. 3.—Ningún poder revocatorio unilateral establece el artículo 1506 del Código Civil. El tercero a cuyo favor se hace una estipulación, por el solo hecho de aceptarla, expresa o tácitamente, hace ingresar a su patrimonio el derecho estipulado, y desde este momento cesa la facultad de revocar el contrato que en ningún caso puede ser el resultado de la voluntad de una sola de las partes, sino de la concurrencia de la de quienes intervinieron en él.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Antecedentes

Por medio de la escritura pública Nº 141 de fecha 5 de abril de 1933, otorgada ante el Notario del Circuito de Buga y debidamente registrada, Augusto Rojas vendió a José Antonio Rojas, quien estuvo representado por Bernardo Rojas en el otorgamiento del instrumento, una casa de habitación y su respectiva planta y solar ubicada en la ciudad de Buga, marcada con el Nº 161 de la carrera 13, alinderada como allí se dice.

A fines del mes de mayo de 1933 falleció Augusto Rojas, y ante el Juzgado 1º del Circuito de Buga, a petición de José María Valdivieso, interesado con el doble carácter de albacea y heredero, se abrió el juicio de sucesión testada del citado Rojas.

El 27 de septiembre de 1933 se llevó a cabo la diligencia de inventarios y avalúos de los bienes sucesorales de Augusto Rojas en la cual fue denunciante de bienes José María Valdivieso, albacea y heredero. En esta denuncia fue incluída, como de propiedad de la sucesión, la casa que el causante Rojas había vendido a José Antonio Rojas por medio de la citada escritura Nº 141 de 5 de abril de 1933, y de este modo inventariada en la correspondiente diligencia.

En esta situación José Antonio Rojas, en libelo de fecha 7 de febrero de 1935, demandó por medio de apoderado a la sucesión de Augusto Rojas, representada por José María Valdivieso Rojas y María Francisca Rojas, reconocidos como herederos en el juicio mortuorio, para que se declare que la casa a que se ha hecho referencia, inventariada como de propiedad de la sucesión, pertenece en dominio a José Antonio Rojas, a quien debe entregársele; y que este inmueble debe excluírse del inventario de los bienes sucesorales de Augusto Rojas, no debiendo formar parte, en consecuencia, de la masa partible.

El Juzgado 1º del Circuito de Buga desató la primera instancia del juicio en sentencia de 21 de octubre de 1935, en cuya parte resolutiva dijo:

"I. No están probadas las excepciones perentorias opuestas por los demandados;

"II. Al señor José Antonio Rojas pertenece en dominio la casa de habitación y su respectiva planta y solar, ubicada en el área de esta ciudad, en la carrera 13, entre calles 7ª y 8ª, marcada en sus puertas con los números 159 y 161, comprendida dentro de los siguientes linderos:.....;

"III. El inmueble antes descrito con sus anexidades debe excluírse de los bienes inventariados como de la propiedad de la sucesión del señor Augusto Rojas;

"IV. Como consecuencia, dicho inmueble no debe entrar en la masa partible de los bienes de la misma sucesión;

"V. Los demandados señores José María Valdivieso y María Francisca Rojas, como herederos a título universal del señor Au-

gusto Rojas, están obligados a hacer entrega material al señor José Antonio Rojas, de la casa a que se refiere el punto segundo de este fallo, entrega que harán tres días después de ejecutoriada esta sentencia;

"VI. No se hace condenación en costas."

Contra este fallo interpuso recurso de apelación el apoderado de la parte demandada, y el Tribunal Superior de Buga, en sentencia de fecha 14 de noviembre de 1936, lo confirmó en todas sus partes. Esta sentencia de segunda instancia es la acusada en casación por recurso oportunamente interpuesto por el apoderado de Valdivieso y María Francisca Rojas, y que por haber sido admitido y fundado se procede a decidir.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior del distrito judicial de Buga en la sentencia definitiva con que le puso fin a la segunda instancia del pleito confirmó la de primer grado, dictada por el Juzgado 1° del circuito, en que se acogieron todas las súplicas de la demanda, por haber llegado a la conclusión, luégo de considerar las pruebas del proceso, que la casa cuestionada es de la exclusiva propiedad del demandante, lo cual conduce a decretar consecuencialmente los demás pedimentos del actor.

Los demandados al dar contestación a la demanda aceptaron expresamente los dos primeros hechos fundamentales de la acción, referentes a haberse iniciado el juicio de sucesión de Augusto Rojas y haberse enlistado en el inventario de sus bienes la casa a que se refiere la escritura N° 141 de 5 de abril de 1933, Notaría de Buga; y sólo negaron el tercero relacionado con la propiedad del actor sobre este inmueble por considerar que la venta que aparece hecha por el causante Augusto Rojas al demandante es nula en absoluto por simulación, de modo que la casa motivo del litigio es de propiedad de la sucesión, y propusieron las excepciones perentorias de carencia de acción, nulidad absoluta del contrato de compraventa referido y petición antes de tiempo.

El Tribunal estudió el título aducido por el actor en demostración de su dominio sobre la finca que él considera indebidamente incluída en los inventarios de los bienes pertenecientes a la sucesión de Augusto Rojas, la citada escritura N° 141, contentiva de un contrato de compraventa, y halló que reúne todos los elementos formales y de fondo que la habilitan legalmente para acreditar la adquisición del dominio del demandante. Del análisis de los elementos probatorios presentados por los demandados no deduce el sentenciador ningún mérito que pueda invalidar la fuerza que corresponde a la prueba del actor José Antonio Rojas, y de esta manera concluyó que los hechos en que se hicieron reposar las excepciones propuestas no habían sido demostrados satisfactoriamente.

o

El recurso

Junto con el apoderado de la parte demandada interpuso igualmente recurso de casación el señor Rafael O. Varela, "Recaudador principal de Hacienda Nacional y del Impuesto de Lazaretos", a quien también lo concedió el Tribunal. La intervención de este empleado de rentas en el juicio se debe a que el Juzgado del circuito, en el auto en que admitió la demanda, ordenó correrle traslado de ella de manera oficiosa, y así continuó tomando intervención de parte en las dos instancias hasta interponer recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, recurso que no ha sido fundado por el recurrente Varela. Considera la Corte que no es el caso de dar aplicación al art. 532 del C. J. en lo que respecta a este recurrente, porque su presencia e intervención oficiosa en el juicio no está autorizada por la ley. De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil y la ley 63 de 1936, los Síndicos recaudadores del Impuesto de Lazaretos pueden y deben intervenir en los juicios de sucesión para los efectos puramente fiscales hasta la ejecutoria del auto aprobatorio de los inventarios y avalúos, en la forma y condiciones expresadas en el art. 55 de la ley 63, pero en manera alguna se justifica su intervención de oficio en un debate judicial que versa sobre el dominio de una finca y que se agita independientemente del juicio sucesoral.

El mandatario de la parte recurrente anuncia al comenzar su demanda de casación que acusa la sentencia del Tribunal de Buga por las causales señaladas en los ordinales 1°, 2° y 6° del art. 520 del C. J.; pero al estudiar este libelo en que se pide la infirmación del fallo, se ve que en lo relacionado con las causales correspondientes a los ordinales 2° y 6° del citado art. 520, no se dio cumplimiento a las exigencias legales del art. 531 del C. J. porque en ninguna forma se expresaron los fundamentos de la

acusación por estos motivos, dejando así sin base de estudio estos aspectos del recurso.

Acusando la sentencia dentro del concepto de la causal primera de casación, afirma el recurrente que el Tribunal violó por infracción directa los artículos 946, 949, 952, 956 y 961 del C. C. y 342, 343 y 344 del C. J., al dictar una sentencia contra la mortuoria de Augusto Rojas condenándola a entregar la casa a que se refiere la demanda de dominio, como si todos los herederos hubieran sido demandados, ya que la acción reivindicatoria de la finca incluída en los inventarios no podía dirigirse legalmente contra los herederos sino por la parte que tuvieran en ella. "El Tribunal —dice el recurrente— no puede pues condenar a los demandados a perder y a entregar al demandante lo que era de otras personas. Ni los demandados mismos pudieron ser condenados por falta de determinación de la parte que les corresponde en la casa."

Considera también el recurrente que el Tribunal violó por interpretación errónea los artículos 669, 663 (sic), 740 y 1388 del C. C., porque estas disposiciones "si bien indican la manera de adquirir el dominio de las cosas, no contienen la acción con que puede reivindicarse el derecho de propiedad cuando se pierde por razón de la posesión en que entre otra persona distinta. Correspondía evidentemente al actor señalar la acción civil correspondiente e indicar los artículos del Código Civil aplicables a su derecho. Pero es obvio que si el demandante no citó o no supo citar las disposiciones pertinentes, no correspondía al Tribunal suplirlas, pues taxativamente se citaron como fundamento de la acción aquellos artículos y sobre ellos plantearon las partes el debate..... Era pues preciso que el actor fundara sus derechos en disposiciones del Título 12 del Libro 2 del Código Civil para que su acción pudiera prosperar."

La Corte considera:

No se ataca la sentencia, como se ve, por el hecho esencial de reconocer y declarar el dominio de la casa de que se trata en favor del demandante José Antonio Rojas sobre el mérito deducido de la escritura pública Nº 141 de 5 de abril de 1933, de la Notaría del Circuito de Buga, título en que c acotr hace reposar la prueba del dominio que demanda, ni tampoco en relación con las probanzas aducidas por los demandados para establecer la simulación del contrato de venta recogido en ese instrumento público. La cuestión sometida a casación no se refiere a la propiedad del demandante Rojas sobre la casa indebidamente incluída en el inventario de los bienes sucesorales de Augusto Rojas, sino a la personería sustantiva de la parte demandada cuya falta se hace consistir en el hecho de no haber dirigido la acción de dominio contra los herederos personalmente, determinando la parte de la finca poseída por cada uno, circunstancia ésta en que se quiere hacer consistir la excepción perentoria de petición de un modo indebido, junto con la omisión en que se incurrió en la demanda de citar las disposiciones correspondientes a la reivindicación.

Los bienes incluídos en el inventario de una sucesión por virtud de haber sido denunciados como de su propiedad, pueden no pertenecer a la herencia, y hallarse sin embargo en poder de los herederos. El dueño de estas cosas indebidamente inventariadas y de que no está en posesión, tiene entonces acción para demandar su exclusión demostrando en un juicio ordinario su dominio. Estas cuestiones sobre la propiedad de cosas en que alguien alegue un derecho exclusivo y que en consecuencia no deban entrar en la masa partible, dan lugar al ejercicio de la acción que consagra el art. 1388 del C. C. para que se declare indebida la inclusión en el inventario de los bienes relictos, y que cuando busca también la restitución es una acción real de dominio que ha de dirigirse contra quien sea poseedor por tenerlas con ánimo de señor y dueño. Si la herencia dentro de cuya masa de bienes está el indebidamente inventariado, está ilíquida, la acción debe dirigirse contra la sucesión representada por los herederos, o contra el adjudiactario o adjudicatarios de la cosa si ya se ha liquidado, y en este caso, sólo por la parte que posea el demandado.

No habiéndose verificado en este caso la partición de los bienes herenciales de Augusto Rojas, no es posible la pretendida violación del art. 956 del C. C.

En el caso de estudio la acción incoada por José Antonio Rojas para obtener la exclusión de la casa que había adquirido bor compra al de cujus, según el contrato recogido en la escritura pública varias veces mencionada, es incuestionablemente una acción de dominio como que se encamina a recuperar una cosa singular de que no está en posesión y contra quien actualmente la posee, sin que pueda afectar en nada su naturaleza jurídica la circunstancia insignificante de haber omitido en la demanda la

cita de los textos legales pertinentes, y está bien encaminada, según el lenguaje usual, "contra la sucesión del señor don Augusto Rojas, representada hasta ahora por los señores José María Valdivieso Rojas y María Francisca Rojas, quienes, a petición suya, han sido reconocidos como herederos en el juicio de sucesión." Según las constancias procesales el demandado Valdivieso, además de ser heredero como su codemandada, tiene la calidad de ejecutor testamentario con tenencia de bienes en la sucesión de Augusto Rojas y en estas condiciones la capacidad legal suficiente para parecer en juicio con la rebresentación herencial, para obtener el cumplimiento de las disposiciones testamentarias de acuerdo con la ley. A la fecha de la presentación de la demanda, según también está establecido en autos, eran los dos demandados los únicos herederos que habían aceptado y tomado intervención en el juicio mortuorio, y no había más herederos presentes. El demandado Valdivieso dio contestación a la demanda en su carácter de albacea testamentario de Augusto Rojas y como heredero de él, y al referirse al enlistamiento de la casa que se reivinca en los inventarios herenciales de su causante, dijo: "Se incluyó en el avalúo y se inventarió la ameritada casa, por ser de la sucesión del causante; esto se hizo sin reproche de ninguna clase, porque nadie se presentara a reclamar derecho en tal inmueble, de que está en quieta posesión la dicha sucesión, es decir, sus herederos y el suscrito como albacea con tenencia de bienes."

No encuentra la Corte, después de considerar atentamente las razones contenidas en la demanda fundamental de casación, que el Tribunal infringiera por ningún concepto las disposiciones de la ley sustantiva que el abogado de la parte recurrente ha señalado como violadas, y por tanto desecha los cargos formulados contra la sentencia acusada en el recurso.

Al final de la demanda de casación expresa el mandatario del recurrente que adiciona las razones expuestas con los argumentos contenidos en el memorial suscrito en Buga por José María Valdivieso y remitido por éste a la Corte. Este libelo personal del recurrente Valdivieso, traído al recurso en forma extemporánea y sin los requisitos legales del caso, se refiere casi por completo a puntos cuya consideración es manifiestamente impertinente para la decisión del recurso, planteado sobre las causales y conceptos de la demanda de casación. Muy brevemente, sin embargo, considera la Corte el cargo de violación del art. 1506 del C. C. que se formula contra la sentencia recurrida en el libelo mencionado.

En testamento público otorgado por Augusto Rojas el día diez y nueve de mayo de mil novecientos treinta y tres ante el Notario 1º del circuito de Buga y contenido en la escritura Nº 141, traída al proceso en copia escrita en papel incompetente, manifestó el testador que la venta de la referida casa, que aparece aceptada por persona con quien él no ha celebrado contrato alguno, fue un "simulacro o apariencia de venta" y que por tanto él ha conservado el dominio sobre dicho inmueble. Fundado en esta declaración de Augusto Rojas hecha en su memoria testamentaria, afirma el recurrente Valdivieso que el Tribunal incurrió en violación del art. 1506 del C. C. porque al reconocerle mérito probatorio y validez a la escritura pública contentiva del contrato de compraventa en que funda la sentencia el reconocimiento del dominio del actor, desconoció el poder revocatorio del contrato que a Augusto Rojas concedía la citada disposición sustantiva, mientras no mediara aceptación por parte de José Antonio Rojas.

Ya se dijo que en concepto del Tribunal, por medio de la escritura pública Nº 141 de fecha cinco de abril de mil novecientos treinta y tres, traída a los autos en copia debidamente registrada y cuya inscripción está vigente según el certificado que obra en autos, el actor adquirió válidamente por compra a Augusto Rojas la casa que es motivo de la exclusión impetrada, y consideró que la intervención que en la celebración de este contrato de compraventa tuvo Bernardo Rojas al aceptarlo en nombre de José Antonio Rojas se llevó a cabo en calidad de mandatario y en su representación como claramente se deduce del texto mismo del instrumento, que dice: "Presente el señor Bernardo Rojas.... a quien conozco como persona hábil para otorgar, dijo: que su padre, el señor José Antonio Rojas, lo ha comisionado para aceptar el contrato contenido en este instrumento, el que acepta a nombre de éste, de conformidad con lo que previene para el caso el art. 1506 del Código Civil." De cualquiera manera que se considere esta intervención de Bernardo Rojas, ya sea como un caso de mandato, como agencia oficiosa, o como una estipulación por otro, no resulta que el Tribunal haya infringido el art. 1506 del C. C. al no reconocer ningún efecto a la declaración de Augusto Rojas en su testamento sobre la validez del contrato contenido en la escri-

tura Nº 141. Ningún poder revocatorio unilateral establece el citado texto legal como lo supone el recurrente. El tercero a cuyo favor se hace una estipulación, por el solo hecho de aceptarla, expresa o tácitamente, hace ingresar a su patrimonio el derecho estipulado, y desde este momento cesa la facultad de revocar el contrato que en ningún caso puede ser el resultado de la voluntad de una sola de las partes, sino de la concurrencia de la de quienes intervinieron en él.

Con apoyo en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia del Tribunal Superior del distrito judicial de Buga, de fecha catorce de noviembre de mil novecientos treinta y seis, que ha sido objeto de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Francisco Mújica. — Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza. — Miguel Moreno J.—Arturo Tapias Pilonieta.—Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

RECURSO DE HECHO.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 351 DEL CODIGO JUDICIAL. ACTOS DE CAUSACION O CONSTITUTIVOS Y SUS DIVERSAS ESPECIES.—ACTOS DE POSTULACION.—CAPACIDAD PROCESAL DE COMPARECER EN JUICIO.—PRECLUSION.—REVALIDACION DE PAPEL SELLADO

1.—Para apreciar la idoneidad de los actos de causación, el criterio procesal es distinto del que se sigue para valorar los actos de postulación, porque aquellos generan situaciones procesales pero nunca relaciones jurídicas, y además, estas situaciones procesales no se producen sino mediante su vinculación con actos de postulación ya realizados o que habrán de realizarse. Por consiguiente, y en realidad, los actos de tal clase no son objeto de estimación en sí mismos, hasta el punto de que cuando los de postulación no se llevan a cabo aquéllos terminan por ser desatendidos. De ahí que los actos constitutivos sean en realidad simples factores determinantes para la valoración de los actos de obtención.—2. La capacidad procesal o para comparecer en juicio, que es uno de los presupuestos procesales —sin los cuales no es viable la acción— no se exige entre nosotros como una capacidad especial de postulación y por lo tanto no se pierde por la falta de suministro de papel competente, como se infiere del artículo 345 del C. J.—3. Es jurídico reponer la providencia cuando, al interpretar el recurso de reposición, se realiza el correspondiente acto real constitutivo de revalidar el papel, porque la preclusión es fenómeno que afecta a aquél y no a éste.

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

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica)

RECURSO DE HECHO

Los antecedentes

El 31 de mayo de 1937 el Tribunal Superior de Bogotá falló, en el sentido de estimar las pretensiones del demandante, el pleito que sobre responsabilidad civil nacida del incumplimiento de un contrato de prestación de servicios entabló por la vía ordinaria Horacio Atuesta contra J. M. Rivera y Cía., Jesús María Rivera y Modesto Cabal Madriñán.

La sentencia se notificó por medio de edicto desfijado el 21 de junio.

El 5 de junio la parte demandada interpuso recurso de casación contra el fallo, observando el ritual del artículo 522 del C. J.

Corforme a lo dispuesto en el artículo 350 ibídem, el Secretario puso al despacho aquel memorial el 10 de julio, fecha del vencimiento del término previsto en el artículo 521 ibídem, e informó al mismo tiempo que los demandados no habían revalidado las hojas de papel común constitutivas de los folios 5, 25, 26, 27 y 28 de los cuadernos números 4

y 5 correspondientes a la primera instancia.

El Tribunal, con apoyo en el artículo 351 del C. J., se negó a conceder el recurso de casación interpuesto, a causa de que la parte demandada "es renuente en la revalidación de las hojas de papel común que la Secretaría del Juzgado de instancia suministró para una actuación en que estaba interesada" aquélla.

Contra esta última providencia, que es del 6 de agosto, se interpusieron en tiempo los recursos de reposición y de hecho, previa revalidación de ese papel.

Desestimado el 27 de septiembre el de reposición, se ha surtido el de hecho, el cual pasa a decidirse.

Motivos

La Corte, en sentencia del 24 de julio de 1937, (Gaceta Judicial número 1926) clasificó los actos que las partes realizan en un juicio en dos grupos, así: a) actos de obtención o de postulación o destinados a obtener una resolución judicial; y b) actos de causación o constitutivos o generadores de situaciones procesales.

Allí se analizaron unas de las especies correspondientes al primer grupo. Se hace lo propio ahora con las integrantes del segundo grupo.

Los actos de causación o constitutivos o generadores de situaciones procesales suelen ser catalogados por los doctrinantes en las cinco especies siguientes:

1ª Los que se realizan por las partes en virtud de un acuerdo recíproco de ellas, por ejemplo, en los casos de los arts. 85 y 2469 del C. C. y de los arts. 152 ordinal 3º, 360, 461, 705 en cuanto al nombramiento de un solo perito, 964 inciso 1º, 1208, 1209 inciso final, 1210, 1212 y 1214 del C. J.

2ª Los actos de voluntad unilaterales. Por ejemplo, los previstos en los arts. 208, 255, 256, 260, 261, 266, 358, 461 y siguientes del C. J., y en general, los de allanamiento o ratificación de lo actuado por la parte con derecho a ello, como en el caso del art. 455 ibídem.

3ª Los actos unilaterales de voluntad de cualquiera de las partes, susceptibles de producir o no el efecto jurídico querido de acuerdo con lo manifestado. Por ejemplo, en la cesión de bienes (art. 1079 del C. J.) el acto de los acreedores de aceptación de ella al contestar la demanda no obsta para que el juez decida si es el caso de que se acepte o no la cesión. El art. 625 ibídem sólo concede fe relativa al acto realizado por la parte sobre estimación en dinero de un derecho suyo. El juramento de ratificación que previene el art. 626 ibídem. Y, en general, la aceptación por parte del demandado de los hechos de la demanda, como en las ocurrencias de los arts. 797 y 799 inciso 2º del C. J.

4ª Ciertas noticiaciones. Por ejemplo, las que tienen por objeto participar la expiración de la representación legal o del poder o la renuncia de éste, (art. 265); la absolución de posiciones, (art. 610); la denuncia del pleito, (art. 235) del C. J.

5ª Por último, los denominados actos reales, como son el suministro de papel, la revalidación de éste, la estampillación o el suministro de estampillas para las diligencias de avalúo, la presentación personal de memoriales, el aporte de documentos, la realización del desglose.

Para apreciar la idoneidad de los actos de causación, el criterio procesal es distinto del que se sigue para valorar los actos de postulación, porque aquellos sólo generan situaciones procesales pero nunca relaciones jurídicas, y además, éstas situaciones procesales no se producen sino mediante su vinculación con actos de postulación ya realizados o que habrán de realizarse.

Por consiguiente y en realidad, los actos de tal clase no son objeto de estimación en sí mismos, hasta el punto de que cuando los de postulación no se llevan a cabo aquéllos terminan por ser desatendidos.

De ahí que los actos constitutivos sean en realidad simples factores determinantes para la valoración de los actos de obtención. Por ejemplo, el convenio de las partes es un factor determinante para la tramitación del juicio por el juez o el Tribunal, en la forma que previene el Título XLVI del Libro II Código de procedimiento civil. El acuerdo en un contrato de domicilio civil especial para los actos judiciales a que diere lugar aquél, es un factor determinante de la admisibilidad de la demanda por el juez del lugar determinado por la convención.

La suficiencia de los actos de postulación se aprecia, según lo expuesto en la citada sentencia, desde el doble punto de vista de su admisibilidad o conducencia y de su fundabilidad o procedencia. Esta doble valoración, según nuestro sistema procesal, puede desdoblarse para realizarse en dos momentos distintos del procedimiento. Por ejemplo, en los actos referentes a las peticiones de prueba.

No acontece lo mismo respecto de los actos constitutivos, los cuales se valoran únicamente en cuanto a su atendibilidad. Basta

para esto que el juez los considere o los tenga en cuenta. Valoración típica de ellos y exclusiva, porque en los actos de obtención desatenderlos implica denegación de justicia, salvo cuando ni siquiera revisten la apariencia de tales, en cuyo caso son también desatendibles. Por ejemplo, una petición formulada en papel común.

La capacidad procesal o para comparecer en juicio, que es uno de los presupuestos procesales —sin los cuales no es viable la acción—, no se exige entre nosotros como una capacidad especial de postulación y por lo tanto no se pierde por la falta de suministro de papel competente. Esto se infiere del art. 345 del C. J. La capacidad de postulación es un requisito que no existe en nuestro derecho procesal sino en el caso del art. 19 de la ley 21 de 1931, porque aquel requisito se refiere a la exigencia de la intervención obligatoria del abogado en ciertos juicios. La consecuencia de la incapacidad para comparecer en juicio es no sólo la de hacer inválida toda la actividad procesal de la parte que adolece de ella, sino también la de invalidar los actos ejecutados por la otra parte. Así, v. gr., cuando el actor carece de capacidad procesal, los actos del demandado y las actuaciones del juez realizados con relación al fondo del asunto, son defectuosos.

La revalidación del papel, por no haberse suministrado oportunamente el competente, es un acto real constitutivo, independiente del de postulación, que puede realizarse antes o después de éste y desempeña el papel de factor determinante para la conducencia del acto de postulación o para su procedencia. El primer caso es el más frecuente. El segundo se da, por ejemplo, cuando la producción de una prueba se verifica en papel incompetente. En este último evento, no debe el juzgador desestimar de plano en la sentencia la prueba, porque, en virtud de su poder de dirección material del proceso, es natural que ejercite su facultad implícita de ordenar previa y oportunamente la revalidación del papel.

Cuando el acto de causación sirve de factor determinante para la conducencia del de obtención, es confundir la naturaleza de aquél con otros elementos igualmente necesarios a la conducencia de éste, afirmar que el último debe considerarse realizado, no cuando en realidad se ejecuta sino el día en que se revalida el papel. Semejante teoría, por lo demás, no puede elaborarse sino desconociendo en absoluto la diferencia que existe entre los distintos actos susceptibles de ser realizados por las partes en el proceso.

Uno de aquellos elementos transitivos al acto mismo de causación y que es, sin embargo, noción inmanente a la conducencia o procedencia de un acto de obtención, es el denominado preclusivo, propio de nuestro sistema procesal.

Precluír, palabra italiana derivada del latín occludere, que equivale a ocluír o cerrar, significa la clausura, por ordenarlo una norma legislada, de las actividades que pueden llevarse a cabo, sea por las partes o por el juez, durante el desarrollo del proceso en cada una de las etapas en que la ley lo divide.

Este concepto negativo de la preclusión, no obsta para que en ella se comprendan también actos de carácter positivo. Por ejemplo, una vez corregida la demanda, precluye esa posibilidad (art. 208 del C. J.), aun cuando no se haya notificado el auto que abre la causa a prueba o el de citación para sentencia. Una vez propuestas en juicio ejecutivo excepciones, precluye la posibilidad de proponer otras.

Precluír es, pues, finalizar la oportunidad legal para ejecutar determinados actos después de realizados otros o de expirados ciertos términos, por quedar prohibido a la parte el derecho a ello.

El acto de postulación precluye, no por haberse dejado de revalidar el papel común suplido por el Secretario, acto constitutivo, sino, generalmente, por el vencimiento del término para verificar el de obtención.

Equivale a negar la existencia del acto mismo real de causación, consistente en la revalidación del papel, cuando se afirma que por la falta del suministro oportuno del competente la parte queda condenada a una inactividad forzada, confundiendo así las diferentes índoles de los dos grupos genéricos de actos procesales.

El que la preclusión afecta, por regla general, directamente al acto de obtención y no al constitutivo, lo demuestra la circunstancia de que cuando este último se realiza con posterioridad a aquél, no es necesario, si el término no está vencido, repetir el acto de postulación como medio para subsanarlo.

Algunos artículos del código judicial, como el 353, contienen una clara excepción de la teoría expuesta, esto es, establecen una preclusión directa del acto de causación. En el caso concreto del citado artículo, la preclusión del acto constitutivo de suministro de papel se explica porque de esa manera se reemplazó entre nosotros la formalidad de la comparecencia del apelante, regulada por

los códigos de procedimiento civil extranjeros dentro de un plazo perentorio.

No encuentra la Corte motivo para modificar su jurisprudencia en el argumento de que el proceso quede a merced de la parte interesada en su prolongación indefinida, o tachado con la injusticia de imponer a la parte no obligada al suministro de papel la carga de hacerlo.

En la realidad nunca puede presentarse ninguna de las dos situaciones, porque ante todo debe tenerse en cuenta que el juez no es un autómata ni la ley procesal un conjunto de normas mecánicas.

Sin perjuicio de su índole de derecho público, la ley procesal civil contiene normas imperativas, y de oportunidad o facultativas. Estas últimas permiten al juez un margen de libre arbitrio para actuar de manera aparentemente en discrepancia con la ley. Las imperativas, no. Una norma procesal imperativa es aquella que, debido a su naturaleza, hace que su incumplimiento produzca como resultado el que no se obtenga el fin de seguridad jurídica propio del proceso.

Por medio de los poderes de dirección tanto formales como materiales dados por la ley al juez, éste, empleándolos acertadamente, puede y debe adaptar el sistema procesal a las circunstancias actuales del pleito que se ventila.

Los poderes de dirección formal del proceso permiten al juez cooperar al desarrollo normal y ordenado de la marcha externa del procedimiento. Entre otros, consagran esos poderes, los artículos 238, 301, 315, 316, 351, 367, 370, 372, 505, inciso final, 534, 536, 599, 614, 627, 640, 649, incis ofinal, 675, 684, 690, segunda parte, 717, 725, 746, inciso segundo, 747, 760, 761 y 762 del C. J.

En virtud de los poderes de dirección material, el juez atiende a que se articule el proceso en forma que facilite tanto la claridad de la substanciación como la comprensión conjunta del material del proceso. Estos poderes están previstos, entre otros, por los artículos 206, 269, 288, 296, inciso 1º, 301, 351, 455, 472, 482, inciso final, 483, 496, 497, 515, 539, inciso final, 596, 598, 600, 611, 616, 617, 618, inciso final, 628, 686, 687, 688, 689, 706, 713, 719, inciso final, y 728 del C. J.

Aplicando la teoría expuesta al punto concreto de la revalidación del papel común, el juez, de acuerdo con el texto mismo del art. 351 del C. J., debiera ordenar la inmediata ejecución de ese acto con la prevención de ser ello un requisito indispensable para oír a la parte. Aun en la hipótesis de no fijarse término al acto constitutivo dicho, éste debe entenderse de ejecución inmediata, conforme al art. 327 ibídem.

Tal manera de proceder no sacrifica la efectividad de un derecho al cumplimiento de una obligación fiscal y se inspira además en el mandato del art. 472 del C. J., que está muy lejos de ser, como se ha creído hasta ahora, un simple e inoperante brote de romanticismo jurídico.

Considerado el punto conforme a la viciosa práctica corriente que consiste en desestimar de plano el acto de postulación, es jurídico reponer la providencia cuando, al interponer el recurso de reposición, se realiza el correspondiente acto real constitutivo de revalidar el papel, porque la preclusión es fenómeno que afecta a aquél y no a éste, como ya se demostró.

Síguese de ello que es la ejecutoria de la providencia que desestima un acto de obtención por el motivo del inciso 2º del art. 351, lo que hace que precluya la posibilidad de reformarla aun cuando después se revalide el papel.

El art. 351 del C. J. establece una relación de finalidad inmediata, pero no de prelación, entre los dos actos de postulación y de causación. De ahí que el Tribunal carezca de poder para desestimar la interposición del recurso de casación basado en la falta de revalidación del papel incompetente, falta en que se hallaba el recurrente al interponer el recurso de casación; y que estaba ya subsanada cuando interpuso reposición contra la negativa.

Y si lo hasta aquí dicho bastaría para invalidar la providencia del Tribunal, y, por lo mismo, para conceder el recurso de casación interpuesto en tiempo, con más veras se tiene que hallar la solución así, si se considera que el recurrente fue oído en todo el curso del pleito con posterioridad a la ocasión en que pudo desoírsele por obra de la referida falta.

De aquí se deduce que la sanción quedó, por decirlo así, desplazada desde la oportunidad a que acaba de aludirse, ya que por la audiencia concedida a quien no se debía oír, lo procedente era que recayese la respectiva pena fiscal sobre el juez que así lo oyó. (Art. 22 de la ley 20 de 1923).

Por último, es pertinente considerar, dados los motivos en que fundó su providencia el Tribunal, lo siguiente:

Cuando un Tribunal conoce en segunda instancia de un negocio, generalmente no tiene el mismo radio de acción que el juez de la primera, porque pueden existir múltiples circunstancias que lo constriñan a res-

pertar, aun contra su propia opinión, ciertas situaciones procesales adquiridas por las partes y algunas actuaciones del juez. Es suficiente recordar en este sentido, por ser lo de más diaria ocurrencia, que el Tribunal, en la parte resolutiva de su fallo, no debe reformar la sentencia de primer grado en perjuicio del apelante, cuando éste fue el único que de los sujetos del proceso interpuso tal recurso.

En el art. 472 del C. J. se halla ínsito el principio procesal conocido con el nombre del mayor favor, según el cual al superior no le es dado desestimar por inadmisible o inconducente el negocio que en alzada llega hasta él, cuando es dudosa la naturaleza del acto impugnado, o cuando éste carece de una condición esencial cuya presencia no sea expresamente exigida por la ley, para los efectos de la valoración del recurso en cuanto a su admisibilidad.

Resolución

En 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, infirma el auto recurrido de hecho y en su lugar dispone que el Tribunal Superior de Bogotá le remita el expediente original, previa concesión del recurso de casación interpuesto por la parte demandada.

Notifíquese, cópiese, publíquese. Insértese copia de esta providencia en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Arturo Tapias Pilonieta.—Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ARTURO TAPIAS PILONIETA

La verdadera fecha procesal de la petición que hace la parte remisa al suministro del papel sellado para la actuación, entiéndese ser aquella en que se cumple la revalidación con estampillas del papel común empleado en sustitución del que debió suministrarse por la parte obligada a ello.

Con el respeto y acatamiento que siempre inspiran las decisiones de mis inteligentes e ilustrados colegas de la sala de casación civil, voy a permitirme en este salvamento de voto dar las razones que en mi ánimo se oponen vigorosamente a compartir las ideas con que trátase de sustentar la parte resolutiva de la providencia anterior, la cual sin embargo estimo legal pero por motivos distintos de los expuestos por la sala.

Me parece que en la interpretación del artículo 351 del código judicial hay que contemplar dos casos diferentes, los que dada su peculiaridad, entrañan soluciones también opuestas.

1º—El primer caso —y ése es el resuelto ahora por la Corte— consiste en que el juez, no obstante la prohibición del artículo 351, oye a la parte renuente al suministro de papel y le resuelve sus peticiones, sin reclamación oportuna de la contraparte interesada en que se aplique la sanción al renuente. En tales condiciones, éste adquiere el derecho a que se le continúe oyendo, y de este modo el juez no puede, extemporáneamente, más o menos avanzado el procedimiento, cerrar una puerta que anteriormente abriera cuando le estaba vedado abrirla, dándole así paso indebido a quien está ya alejado de aquélla y colocado en camino que legalmente es imposible hacerle desandar, o siquiera obstruírle. En el procedimiento judicial todo acto tiene su respectiva oportunidad para ser cumplido. Y equivale a sembrar la anarquía en los juicios, dejar a la voluntad caprichosa del juez o de las partes, la determinación del tiempo en que les incumbe a ellas ejercitar válidamente un derecho, y a él el cumplimiento de cada acto u ordenación procesal.

Como según el artículo 345 del código las actuaciones judiciales extendidas en papel incompetente son válidas, pero quien las use o autorice incurre en las penas correspondientes, resulta entonces que cuando el juez oye ilegalmente a una parte que está bajo la sanción del artículo 351, contraviniendo este precepto, incurre en la pena que establece la ley fiscal, pena que se traduce en las multas establecidas por los artículos 22 y 23 de la ley 20 de 1923, orgánica del impuesto de papel sellado y timbre nacional.

2º—El segundo caso, bien distinto del anterior, pero que la Corte, a mi modo de ver, trata de manera equivocada de regir por principios comunes, es aquel a que precisamente se refiere el artículo 351, en que la parte estando bajo la sanción de no poder ser oída, hace una gestión. Se requiere averiguar cuál es el valor legal de esa gestión mientras no revalide con estampillas el papel incompetente.

El artículo dice que esa gestión **no será oída,** es decir, carece de valor alguno, y se repute como no hecha o formulada.

Empero la mayoría de la sala dice lo contrario, es decir, que la gestión vale, debe ser oída. A tanto equivale sostener que suspendida la actitud renuente del deudor del papel sellado por el hecho de suministrar las estampillas a que está obligado, la gestión se revalida retroactivamente, del momento de la revalidación hacia atrás, hasta el momento en que ilegalmente se formuló.

Para llegar a ese extremo la sala adéntrase en abstrusas disquisiciones y clasificaciones de derecho procesal elaboradas sobre la base de teorías foráneas no exactamente aplicables en nuestro régimen de procedimientos, el cual requiere interpretaciones sencillas y claras, según nuestra modalidad latina, poco habituada a los difíciles y con frecuencia oscuros laberintos del pensamiento jurídico germano; por ese camino llega a conclusiones que, si bien son de clemencia por la benignidad con que quiere mirarse la posición de la parte sancionada en el juicio por el artículo 351, en cambio apártanse del genuino y obligatorio sentido y alcance de tal precepto, creando con ello —claro está que sin quererlo —un manifiesto desequilibrio en la objetiviad de las realidades del proceso, perturbador del método, del orden, de la seguridad, y de la brevedad que deben ser la norma de una eficiente administración de justicia.

La Corte, alarmada ante el probable suceso de que alguna de las partes en el juicio pierda el derecho que, formulado en tiempo, no se sujetó sin embargo a la ritualidad procesal siempre necesaria de la revalidación del papel también en tiempo, opta por una tesis contrapuesta a la que, de manera unánime, vienen sosteniendo desde la iniciación de la vigencia del nuevo código judicial, el tribunal superior de Bogotá y los jueces del mismo circuito, tesis esta última que se concreta así: La verdadera fecha procesal de la petición que hace la parte remisa al suministro del papel sellado para la actuación, entiéndese ser aquella en que se cumple la revalidación con estampillas del papel común empleado en sustitución del que debió suministrarse por la parte obligada a ello. Esta doctrina, defendida también como la única posible por los miembros de la comisión revisora del proyecto de código que luégo fue el judicial actual, en carta que suscribieron cuando en el año de 1932 suscitóse el problema de la interpretación del artículo 351, y que por lo tanto, voz tan autorizada constituye un aporte de singular importancia en el esclarecimiento del problema por venir de quienes concibieron y redactaron el precepto en sustitución de aquellas normas antiguas de los artículos 34 y 35 de la ley 40 de 1907, que exigían un demorado requerimiento, fue igualmente aceptada en dos fallos por esta misma sala de casación en lo civil, integrada por el personal de magistrados del período judicial anterior al actual. En el primer fallo dijo entonces la sala sin un solo voto disidente:

"A esto se replica que el susodicho artículo 361 no le veda a la parte hacer peticiones, sino que se limita a prohibirle al juez oír esas peticiones, mientras aquélla no consigne en estampillas el valor doble del papel sellado que ha debido emplearse; lo cual se deduce del adverbio de tiempo **mientras** que significa **durante el tiempo en que**, según el Diccionario Académico, o **en tanto que.** Luego verificado el suministro de las estampillas a que la sanción se refiere, el Juez puede y debe oír la solicitud que la parte incumplida había formulado.

"Para la Corte semejante interpretación es inaceptable, por los efectos perturbadores a que conduciría, hasta el punto de desordenar la marcha del juicio. Si ya ha avanzado poco o mucho la tramitación anterior, cuando la parte remisa se decide a revalidar el papel común para que se despache su petición, o se le conceda el recurso, y si, como consecuencia de la una o del otro, se resuelve por el Juez o por el superior algo que sea incompatible con dicha tramitación posterior, queda ésta 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 sobreviviente en él". (Auto de 28 de octubre de 1932. Gaceta Judicial, tomo 40, pág. 599).

Y en el segundo fallo, de fecha 10 de marzo de 1932, no publicado aún en la Gaceta, la sala, luégo de reiterar la misma doctrina, añadió:

"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 C. J.; pero a esto se observa que teniendo por objeto el artículo 351 del C. J. 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 misión 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".

Desde el año de 1936 la Corte, reaccionando contra esta interpretación necesaria, conceptúa que el acto realizado en su respectivo día vale cualquiera que sea el tiempo en que se revalide el papel, a menos que el juez haga uso de la facultad que le confiere el artículo 367 del C. J., inciso 1º, señalándole plazo a la parte para que efectúe la revalidación, o la contraparte use del derecho de requerir al renuente. (Autos de 30 de abril y 25 de agosto de 1936. Gaceta Judicial número 1917, pág. 329).

En la providencia de ahora, la Corte prescinde ya, afortunadamente, del requerimiento, exigencia que equivalía a revivir el trámite que precisamente se quiso abandonar y reemplazar con el sistema del artículo 351. También prescinde del señalamiento de plazo a la parte para que efectúe la revalidación.

En cambio, actualmente estima que "es jurídico reponer la providencia cuando, al interponer el recurso de reposición, se realiza el correspondiente acto real constitutivo de revalidar el papel, porque la preclusión es fenómeno que afecta a aquél y no a éste, como ya se demostró. Síguese de ello que en la ejecutoria de la providencia que desestima un acto de obtención por el motivo del inciso 2º del artículo 351, lo que hace que precluya la posibilidad de reformarla aun cuando después se revalide el papel".

Este nuevo sistema preconizado por la Corte adolece exactamente del mismo resultado de los que ahora abandona: ampliar de manera inconsiderada los términos legales en beneficio de la parte renuente, lo cual préstase a que los litigantes de mala fe encuentren camino fácil de enredar y sembrar de dilaciones los trámites judiciales.

Véanse unos ejemplos prácticos entre miles. En un deslinde, diligencia de depósito, inspección ocular, etc., la parte que no puede ser oída por estar debiendo la revalidación, formula verbalmente o por escrito un pedimento. El juez no la oye en cumplimiento del artículo 351. La parte maliciosamente deja que termine la diligencia y se firme. Luégo revalida el papel voluntariamente o dentro de la ejecutoria del auto del juez en que dice que no la oye. Aplicando la teoría de la Corte, como la gestión fue hecha en tiempo, al juez no le queda más remedio que desbaratar lo hecho, o inventar una diligencia complementaria para resolver lo que debió resolverse en su respectiva oportunidad. Nada más grave.

Otro caso: El ejecutado empeñado en prolongar el juicio formula cualquier petición, por ejemplo, propone excepciones, en los momentos en que va a clausurarse el término que la ley le da para hacerlo, y deja de revalidar el papel que esté debiendo. El juez más o menos tarde, pero en todo caso clausurado el mencionado término, y quizá dictada ya sentencia de pregón y remate, sin que tampoco fuese extraño que se estuviese en vísperas de remate, le dice a la parte que no la oye; la parte revalida el papel dentro del término de la ejecutoria de este auto; y como la petición adquiere valor retroactivamente, según la teoría de la Corte, no hay más remedio que tramitar las excepciones o entrar a resolver la solicitud. Esto representa el caos en el procedimiento.

Es que el artículo 351 no dice nada distinto de lo que los abogados que intervinieron en su redacción, tuvieron el propósito de expresar. Es decir, que la parte renuente no es oída en el juicio mientras no consigne las estampillas de rigor. El adverbio mientras no señala un tiempo indefinido para la validez de la gestión. Ese tiempo está subordinado necesariamente a la respectiva oportunidad de cada acto procesal.

Arturo Tapias Pilonieta

Estamos en perfecto acuerdo con las doctrinas procesales expuestas por el magistrado doctor Tapias Pilonieta en su anterior salvamento, y adherimos a ellas gustosamente.

Bogotá, diciembre 16, 1937.

Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca

INTERPRETACION DE UNA CLAUSULA TESTAMENTARIA.—VOLUNTAD DEL TESTADOR

1.—Por ser la voluntad del testador la ley de su sucesión, en cuanto no se oponga al orden público ni a las buenas costumbres, la voluntad testamentaria rige por sobre toda otra norma, y el acatamiento de esa voluntad está consagrado por el artículo 1127 del C. C. Especialmente en los últimos tiempos la jurisprudencia y la doctrina se inclinan de una manera definitiva a dar prevalencia a la voluntad del testador, y aun a desentrañar muchas veces esa voluntad, cuando no esté expresada de una manera exacta o clara, acudiendo a las normas de hermenéutica jurídica. 2.—Las normas de hermenéutica indican que la interpretación de todo acto jurídico debe ser coordinada y armónica, relacionando todas sus cláusulas, y esto por la sencilla razón de que todo en un acto jurídico, va por lo general encaminado a un solo objetivo, expresando el mismo pensamiento en diferentes formas.

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

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

En sentencia de 31 de julio de mil novecientos treinta y seis el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, decidió en segunda instancia el juicio ordinario iniciado por Gonzalo Arbeláez, María Teresa de Londoño, Leonor Arbeláez, María Arbeláez y Tulio Arbeláez, por medio de apoderado, contra Elisa Molina de Arbeláez y la Junta General de Beneficencia de Cundinamarca, representada por su Presidente.

La sentencia fue absolutoria y en ella se declaró probada la excepción perentoria de carencia de acción en las personas de los demandantes para obtener lo que suplican en el libelo de demanda, base del pleito.

La parte demandante interpuso recurso de casación, el cual pasa a decidirse.

Los antecedentes que motivan este litigio son en síntesis éstos: El señor Federico Alejandro Arbeláez otorgó testamento el 8 de mayo de mil novecientos veintinueve. Instituyó heredera universal a su esposa, Elisa Molina de Arbeláez, y reza así la cláusula tercera de su memoria testamentaria: "Instituyo heredera universal a mi esposa, la expresada señora, Elisa Molina de Arbeláez, con cargo de pagar los legados que hago en este testamento y con cargo y derecho al manejo de todos los bienes directamente o por interpuestas personas, que obren como sus administradores". En la cláusula quinta de su testamento el señor Arbeláez legó a la sociedad de Beneficencia de la ciudad de Bogotá su quinta "Libia", situada en el municipio de Soacha, en el sitio de Sibaté: "Es condición de este legado, dijo el testador, que mi dicha quinta 'Libia' sea destinada por la Sociedad de Beneficencia, para un asilo, que deberá llamarse así: 'Asilo Arbeláez', destinado a recoger allí, hasta por dos años mínimo, para educar allí a los niños ambulantes (sin padres) de edad de cinco a diez años y que vagan en la ciudad de Bogotá... Es mi voluntad, fijar el término de dos años, después de abierto este testamento, de que se cumpla lo dispuesto en este legado, que de no ponerse en práctica, por este mismo hecho quedará resuelta esta asignación quedando en favor de mis herederos legítimos".

Muerto el señor Federico Arbeláez, se abrió su juicio de sucesión, se siguió y terminó y fue protocolizado el veintiuno de diciembre de mil novecientos treinta y uno en la notaría tercera de esta ciudad. La mencionada quinta "Libia" le fue adjudicada a la señora Elisa Molina de Arbeláez.

La demanda se encamina, en definitiva, a obtener que se declare que habiendo vencido el plazo dentro del cual ha debido cumplirse la condición impuesta por el testador, el derecho de dominio sobre la quinta "Libia" ha pasado a radicarse en la sucesión legítima del señor don Federico Alejandro Arbeláez, representada por sus hermanos legítimos que han sobrevivido al testador y al cumplimiento del plazo y que por lo mismo la señora Molina de Arbeláez, poseedora actual del legado, debe ser condenada a entregar a la sucesión de Federico Arbeláez, representada por sus hermanos legítimos, la referida quinta "Libia", con todas sus anexidades y a pagar los frutos que haya producido dicha quinta, mientras ha estado en poder de la demandada, a quien se le debe considerar como poseedora de mala fe.

Contiene el libelo varias peticiones subsidiarias, que examinadas detenidamente, van

encaminadas prácticamente al mismo fin que la petición principal.

El Tribunal basó su sentencia en que siendo la señora Elisa Molina de Arbeláez heredera universal de su esposo Federico A. Arbeláez y siendo los demandantes únicamente legatarios, no tienen el carácter de herederos de su hermano Federico y que por lo tanto carecen de la personería del caso para entablar la presente acción. El Tribunal interpretó y armonizó varias cláusulas del testamento, para concluír que la expresada señora Elisa es la heredera universal de don Federico.

La parte demandada sostiene lo contrario y se acoge especialmente a la cláusula quinta del testamento, donde el testador dice que si no se cumple lo dispuesto respecto del legado de la quinta "Libia" quedará resuelta la asignación a favor de sus herederos legítimos.

La demandada señora Elisa Molina de Arbeláez manifestó que el legado de la quinta "Libia" no se había entregado a la Junta de Beneficencia, porque ésta no quiso aceptarlo y esta declaración no fue ni contradicha ni impugnada ni rectificada por el Presidente de la Junta de Beneficencia, quien fue citado al juicio. Quizá sea ésa la causa por la cual la señora Molina de Arbeláez entregara esa quinta al Instituto de Acción Social de Bogotá, según se ve de autos, observación ésta que cree pertinente hacer la Corte y sin que esto tenga ninguna influencia legal en la decisión del pleito.

Demanda de casación

Invoca el recurrente el primero de los motivos señalados por el artículo 520 del C. J., "por haberse violado, dice, varias disposiciones sustantivas directamente unas e indirectamente otras, por aplicación e interpretación indebidas, y por apreciación errónea de una prueba: La cláusula quinta del testamento, interpretada erróneamente por el Tribunal, lo que implica un error de hecho que aparece de manifiesto en los autos.

Señala como violados la parte recurrente los artículos 1008, 1052 y 1127 del C. C. Y observa la Corte desde ahora que el artículo 1027 nada tiene que ver con lo que se debate en este pleito.

Estudio de los cargos

Por ser la voluntad del testador la ley de su sucesión, en cuanto no se oponga al orden público ni buenas costumbres, la voluntad testamentaria rige por sobre toda otra norma, y el acatamiento de esa voluntad está consagrado por el artículo 1127 del C. C. Especialmente en los últimos tiempos la jurisprudencia y la doctrina se inclinan de una manera definitiva a dar prevalencia a la voluntad del testador, y aun a desentrañar muchas veces esa voluntad, cuando no esté expresada de una manera exacta o clara, acudiendo a las normas de hermenéutica jurídica. El respeto hacia la última voluntad del testador determina una orientación hacia el reconocimiento legal de ella aun por sobre ciertas irregularidades o deficiencias, que no atañen, eso sí, a lo esencial para la validez del testamento. Esa es una de las razones por las cuales el legislador de 1890, la ley 95, artículo 11, modificó el rigor del artículo 1083 del C. C. y también por la razón apuntada los casos de anulación de testamentos son hoy más raros y más difícil la actuación para llegar a ese resultado.

El Tribunal aplicó la norma citada para interpretar la voluntad del testador Federico A. Arbeláez y dedujo que la esposa de éste era su heredera universal única, para lo cual tuvo en cuenta varias cláusulas del testamento y la intención que prevalece en él al respecto.

En efecto: Ya se observó que en la cláusula tercera instituyó heredera universal a su esposa y en la cláusula décima y última reafirma esa institución y hasta da la razón de ello. Dice así: "Pido a mis albaceas del modo más íntimo, que se mantenga a mi legítima esposa en todos sus derechos legales; muy amada en lo más íntimo de mi sér en vida, y dama de la mayor distinción, por sus bondades altruístas, caridad y virtud incomparables que fueron el baluarte de mi vida, desde el día feliz de mi existencia, que la tuve en suerte, por mi fiel compañera en todas mis luchas. Pídoles asímismo que todos los bienes de la sociedad conyugal, que deberán inventariarse de su valor total, se tenga en cuenta el valor de los legados que hago en mi testamento, y el resto que pudiera pertenecerme a mi porción conyugal, le quede de por vida como mi heredera universal...".

Por otra parte, el señor Arbeláez distribuyó parte considerable de su fortuna, según se ve del testamento, entre sus hermanos, los demandantes hoy, a quienes les dejó sendos legados, y entre varios institutos de beneficencia. El señor Arbeláez hizo asignación a título universal a su esposa, y asignaciones a título singular a varias personas y entidades. La esposa del señor Arbeláez, hoy

demandada, es una asignataria a título universal, que representa la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones, en otros términos, es su heredera, artículo 1155 del C. C. Los demandantes y las otras personas y entidades beneficiadas por el testamento del señor Arbeláez son sus legatarios, porque son asignatarios a título singular, y no representan por lo tanto al testador (artículo 1162 ibídem). La señora Molina de Arbeláez sucedió a su esposo Federico en todos sus bienes, derechos y obligaciones trasmisibles, al paso que los demandantes, en su calidad de legatarios, no tienen sino un título singular, porque son asignatarios de especies o cuerpos ciertos.

Si, a falta de testamento los hermanos habrían entrado, junto con la viuda, a ser herederos del señor Arbeláez, artículo 1046 del C. C.), por el testamento de éste y por cuanto los demandantes no son legitimarios, la heredera única y universal, por voluntad expresa del testador, es la esposa de éste, doña Elisa Molina de Arbeláez.

Siendo así, ella es la que representa todos los derechos y obligaciones trasmisibles del causante y en ningún caso los demandantes, y suponiendo que la Junta de Beneficencia tuviera interés en hacer efectivo el legado de la quinta "Libia", sería esta Junta la que tendría la acción para demandar a la señora Molina de Arbeláez, para el cumplimiento del legado y entrega de él. Pero los demandantes por no ser representantes de las obligaciones y derechos del causante, es decir, por no ser herederos constituídos de éste, carecen de la personería y del interés jurídico del caso, para pedir a la señora de Arbeláez la restitución a la herencia de don Federico de la quinta mencionada.

No halla la Corte que el Tribunal haya incidido en error de hecho, que lo condujera a violar las normas sustantivas señaladas por el recurrente, al interpretar la cláusula quinta del testamento de don Federico Arbeláez y si es cierto que en ésta se habla de herederos, por una parte vale la pena observar, como lo apuntó el Tribunal, que el testamento no tiene la técnica jurídica que fuera de desearse, lo cual no impide que se haga prevalecer la voluntad del testador, y por la otra observa la Corte que después de haberse empelado el vocablo herederos en la cláusula quinta del testamento, en la décima el testador habló otra vez de su esposa como heredera universal, tal como lo hizo al instituír heredero único en la cláusula tercera.

Las normas de hermenéutica indican que la interpretación de todo acto jurídico debe ser coordinada y armónica, relacionando todas sus cláusulas, y esto por la sencilla razón de que todo en un acto jurídico, va por lo general encaminado a un solo objetivo, expresando el mismo pensamiento en diferentes formas.

No existe en los autos, por otra parte, ningún otro elemento que desvirtúe lo expresado en el testamento, ni ninguna otra prueba que el Tribunal dejara de tener en cuenta o hubiera interpretado erróneamente de una manera manifiesta.

El testador, por otra parte, dispuso de todos sus bienes, de modo que no se trata de una sucesión parte testada y parte intestada, y aun cuando hubieran quedado bienes fuéra de los que dispuso o aparecieran otros, ellos vendrían a radicarse en la cabeza de su heredera universal, la señora Molina de Arbeláez, de modo que al volver el citado inmueble a la sucesión, es al heredero único, como ha sucedido, a quien aquél corresponde, y no a los demandantes que, repítese, son sólo legatarios. Los cargos en casación no son, pues, fundados.

F a l l o :

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida. Las costas del recurso son del recurrente.

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

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Gonzalo Gaitán, Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

RECURSO DE HECHO

La sentencia proferida en el juicio especial a que alude el artículo 1206 del Código Judicial no es susceptible del recurso de casación.

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

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca).

Contra la sentencia definitiva de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio sobre cancelación del registro de la marca "Pomada Peña", seguido por la señora Leonor Quevedo v. de Peña contra la señora Helena Peña de Isaza, fechada el 25 de junio del año que corre, interpuso oportunamente recurso de casación el apoderado de la señora demandada. El Tribunal, en auto de fecha 21 de octubre último, negó la concesión del recurso por considerar que la naturaleza del juicio en que se había producido la sentencia no es de los que pueden ser sometidos a casación. Ante esta negativa, el recurrente interpuso el recurso de hecho, para lo cual, como lo establece la ley, pidió reposición del auto negatorio y en subsidio copia de las piezas necesarias del proceso, con las cuales ha ocurrido ante la Corte para que le sea concedido el recurso denegado.

Para resolver, se considera:

La sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, que se pretende someter al recurso de casación, puso término al juicio especial iniciado por la señora Leonor Quevedo v. de Peña contra la señora Helena Peña de Isaza ante el Juzgado segundo de este Circuito para que se declarara cancelado el certificado de registro número 3408 de fecha 25 de septiembre de 1923, expedido a favor de la demandada, por tener la actora mejor derecho a la marca "Pomada Peña". Este juicio se inició y adelantó por los trámites sumarios establecidos por el artículo 1206 del C. J., que consagra el procedimiento que debe seguirse para la oposición al registro de una marca de fábrica o de comercio o concesión de una patente, o cancelación de marcas y patentes según la disposición del artículo 9 de la ley 94 de 1931, que determinó, para este efecto, la competencia de los jueces del Circuito en lo civil de Bogotá.

El artículo 519 del C. J. contiene la enumeración taxativa de las sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia que pueden ser acusadas por medio del recurso de casación, con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional. La propia naturaleza extraordinaria del recurso obliga a dar una aplicación ceñida a este texto legal que franquea la vía de la casación a determinados fallos, sin lugar a ninguna interpretación extensiva, porque en la aplicación de esta regla está comprendida una cuestión de jurisdicción.

La sentencia a que se refiere este recurso de hecho, como proferida en un juicio especial de tramitación sumaria, que no ha asumido el carácter de juicio ordinario, carece de las condiciones y características procesales que la ley hace indispensables para poderla considerar en casación. El juicio ordinario cuya decisión final, cuando alcanza la cuantía legal, es susceptible de casación, es el reglamentado en los capítulos 1 y 2 del título XVIII del C. J., cuyo procedimiento es el que se sigue para ventilar y decidir cualquiera controversia judicial, cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario; y ya quedó dicho que el fallo que se pretende someter al recurso de casación no fue producido con aplicación de estas formas del juicio plenario, sino dentro de los trámites sumarios señalados en el art. 1206 del C. J. en el primer grado, y ante el Tribunal, en la decisión del recurso de apelación, como si se tratara de un auto interlocutorio. No valen para justificar la ampliación de estas reglas inequívocas sobre las sentencias susceptibles de ser sometidas a casación, las consideraciones que en cada caso puedan hacerse en torno a la importancia del asunto debatido en el juicio especial, y menos los argumentos que quieren hacerse consistir en que la tramitación sumaria que se siguió no era la legalmente indicada sino la del juicio ordinario. La procedencia del recurso no puede considerarse sino al frente del hecho creado.

Carece de importancia y oportunidad para la decisión del recurso de hecho el estudio y definición de las cuestiones planteadas en el memorial del recurrente sobre si tratándose

de cancelación de marcas registradas compete seguir los trámites del artículo 1206 del C. J. establecidos para la oposición al registro y ante la jurisdicción privativa de los Jueces del Circuito de Bogotá, o si debe seguirse un juicio de mayor cuantía ante el Juez competente según las reglas generales, o si queda al arbitrio del demandante la escogencia de procedimientos y de jueces.

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, resuelve:

No se admite el recurso de hecho interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha veinticinco de junio último, dictada en el juicio sobre cancelación del registro de la marca "Pomada Peña".

Póngase en conocimiento del Tribunal para que conste en los autos.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial.

Juan Fraicisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Gonzalo Gaitán. Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd

---

DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE CASACION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, diez de febrero de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

El señor Francisco Peña O. y la señora Elena Cortés de Peña, en memorial presentado personalmente el día 8 de febrero en curso, desisten en forma pura y simple del recurso de casación oportunamente intentado por ellos contra la sentencia definitiva proferida por el tribunal superior de Bogotá el día 26 de junio de 1937, en el juicio ordinario que los memorialistas promovieron contra el señor Absalón Díaz y otros, sobre nulidad de la compraventa de un bien raíz.

El desistimiento se ajusta a lo preceptuado en los artículos 641 del código judicial, por haberse presentado en forma oportuna y legal y tener los memorialistas la capacidad legal para realizarlo. Por lo cual es de rigor aceptarlo y devolver los autos al tribunal sentenciador.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación en lo civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, admite el desistimiento que del presente recurso de casación hacen el señor Francisco Peña O. y Elena Cortés de Peña. En consecuencia, devuélvase al tribunal superior de Bogotá, una vez notificada y ejecutoriada esta providencia, el expediente.

No hay especial condenación en costas en este recurso, por no existir constancia en los autos de haberse causado a la parte opositora.

Notifíquese y cúmplase.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez. — Hernán Salamanca. — Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DEMANDA SOBRE DECLARACION DE EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE MANDATO Y SOBRE OTROS PUNTOS.—INTERPRETACION ERRONEA.—MANDATO.—APRECIACION ERRONEA DE UNA PRUEBA

1. La infracción de preceptos sustantivos por interpretación errónea no puede tener lugar cuando su aplicación es ajena a la cuestión decidida y han estado por tanto fuéra de la consideración y estudio del sentenciador.—2. El apoderado, en el contrato de mandato civil, obra por cuenta y riesgo de la persona que le confía la gestión del negocio. (art. 2142 del C. C.). El mandatario no es más que el órgano de la voluntad del mandante; su papel es siempre de intermediario y propiamente no puede decirse que sea parte contratante. Esto cuando el mandato es aparente; pero el apoderado puede, en ejercicio de su cargo, contratar en su propio nombre, como si el negocio le interesase personalmente (art. 2177 del C. C.). El mandante en este caso queda desligado de toda acción de parte de terceros, y al mandatario que ha obrado de hecho por encargo del mandante, aunque haya ocultado su calidad al contratar, corresponden activa y pasivamente los efectos legales del contrato, sin perjuicio de las relaciones de derecho que lo ligan a su comitente, originadas en el contrato de mandato, como la rendición de cuentas por lo que ha hecho y la entrega de los beneficios obtenidos. En la legislación colombiana el mandato no es esencialmente representativo. Dentro de su conformación jurídica caben el mandatario ostensible y el secreto; el testaferro; la interposición en todas sus formas lícitas, y el acto jurídico del mandatario como personal interesado siempre que el mandante tenga voluntad de obligarse. Es posible el mandato sin representación.—3. El mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí mientras no se establezca plenamente que obró en ejercicio de un mandato.—4. Para que el recurso de casación pueda prosperar por apreciación errónea de una prueba es indispensable que se demuestre que ha habido una mala apreciación de determinada probanza expresando en qué consiste la equivocación, y es necesario, además, que esta mala apreciación haya dado por resultado un manifiesto o evidente error de hecho que a su vez haya determinado la violación de una regla jurídica.

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

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca)

Antecedentes

Por medio de la escritura pública Nº 1009, otorgada ante el Notario 5º del Circuito de Bogotá el día 25 de septiembre de 1922, traída a los autos con la correspondiente nota de registro, Telésforo María Vargas transfirió a Cornelia Sarmiento, a título de venta, por la suma de cinco mil quinientos pesos ($ 5,500), una casa compuesta de dos lotes de terreno que forman un solo globo, con sus edificaciones de tapia y teja, situada en el barrio de Egipto de esta ciudad, marcada en sus puertas de entrada con los números 15 y 21 de la calle 12, alinderada como allí se dice.

Por escritura pública Nº 1351, de fecha 17 de junio de 1931, pasada ante el Notario 2º del Circuito de Bogotá, debidamente registrada, Obdulio Acero vendió a Cornelia Sarmiento, por la suma de cuatro mil pesos ($ 4,000), una finca denominada "Buenavista", ubicada en jurisdicción del municipio de Guayabal de Síquima, cuya alinderación se determina en el instrumento.

Gregorio Contreras, con quien Cornelia Sarmiento vivió varios años en concubinato, trabajando solidaria y provechosamente y con quien contrajo matrimonio en hora cercana a su muerte, falleció en Bogotá el día 9 de abril de 1934.

Juan Hilarión, Juliana y Bethsabé Contreras, herederos reconocidos de Gregorio Contreras, en su calidad comprobada de hermanos legítimos, consideraron que las adquisiciones que aparecen hechas por Cornelia Sarmiento en las escrituras públicas precitadas, corresponden a su causante porque él fue quien pagó el precio de las fincas y no Cornelia Sarmiento, que no tuvo el ánimo de adquirir el dominio, sino que simplemente intervino en los contratos como man-

dataria de Gregorio Contreras, adquiriendo, en consecuencia, para él, la propiedad de los inmuebles de que se ha hecho mención.

En estas condiciones los prenombrados herederos, por medio de apoderados y hablando en nombre y representación de la sucesión de Gregorio Contreras, en libelo de fecha 6 de septiembre de 1935, demandaron a Cornelia Sarmiento v. de Contreras, para que en sentencia definitiva de un juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª—Que en los contratos de compraventa de la casa de la calle 12 de Bogotá y de la finca "Buenavista", en jurisdicción de Guayabal de Síquima, contratos contenidos en las escrituras públicas Nros. 1009 de 25 de septiembre de 1922 y 1351 de 17 de junio de 1931, Cornelia Sarmiento obró como mandataria de Gregorio Contreras, quien por tanto fue el verdadero comprador y adquirente de las citadas fincas, cuyos linderos se expresan:

2ª—Que muerto Gregorio Contreras, los citados bienes raíces (casa y finca de Buenavista) pertenecen hoy a la sucesión del mismo señor Contreras;

3ª—Que se condene a la demandada Cornelia Sarmiento v. de Contreras a otorgarle a los herederos de Gregorio Contreras, Juan Hilarión, Julia y Bethsabé Contreras, dentro del término de seis días, la correspondiente escritura de traspaso de dominio en cumplimiento y ejecución del mandato que para comprarlas le confirió Gregorio Contreras;

4ª—Que se condene a la demandada al pago de los frutos naturales y civiles de las fincas citadas, no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder, y

5ª—Que se condene a la demandada al pago de la costas en el presente juicio.

La primera instancia del pleito fue decidida por el Juzgado 5º Civil del Circuito, en sentencia de fecha 25 de febrero de 1936, en la cual absolvió a la demandada de los cargos de la demanda por no haberse aportado a los autos los instrumentos públicos contentivos de los contratos a que se hace referencia en la demanda, de donde dedujo la improbación de los hecos fundamentales de la acción.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia definitiva de 26 de mayo de 1937, confirmó en todas sus partes, pero por distintas razones, el fallo de primer grado. Oportunamente interpuesto y admitido el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, se procede a decidir:

Sentencia acusada

El Tribunal consideró que con las copias auténticas y debidamente registradas de las escrituras públicas números 1009 de 25 de septiembre de 1922 y 1351 de 17 de junio de 1931, otorgadas ante las Notarías 5ª y 2ª del Circuito de Bogotá, se estableció con plenitud probatoria que la demandada Cornelia Sarmiento compró para sí y pagó con su dinero la finca denominada "Buenavista", en jurisdicción del municipio de Guayabal de Síquima y la casa sita en el barrio de Egipto de esta ciudad, singularizados con sus respectivas alinderaciones en la demanda y en las escrituras traídas al procesc en la segunda instancia, y que la verdad emanada de estas pruebas, con las cuales armonizan las afirmaciones contenidas en la contestación de la demanda, no fue destruída o infirmada con los elementos probatorios aducidos por los actores en el sentido de que Cornelia Sarmiento intervino en la celebración de esos contratos de compraventa como simple mandataria de Gregorio Contreras, para quien adquirió el dominio de las fincas, y no como compradora para sí como se hizo aparecer en los instrumentos públicos en que tales compraventas se celebraron.

De acuerdo con los términos en que están concebidas las súplicas y con los hechos fundamentales de la demanda, el Tribunal estimó que la acción incoada se enderezó a obtener la declaración de la existencia de un contrato de mandato entre Cornelia Sarmiento y Gregorio Contreras, a fin de que las consecuencias jurídicas de los contratos de corpraventa en que aparece ella interviniendo personalmente beneficiaran con exclusividad a su mandante, de manera que con el ejercicio de la acción así planteada no se atacaba la existencia, la naturaleza ni las condiciones de los contratos, ni se impugnaba tampoco su realidad jurídica. Se buscaba la declaración de que en los contratos de compraventa referidos hubo una interposición real de persona en quien figura como compradora. Tál es la súplica principal del libelo y el objetivo esencial del pleito. Los demás pedimentos son consecuenciales de éste.

El recurso

Se acusa la sentencia por el primero de los motivos que enumera el art. 520 del C.

J., y se señalan los arts. 1502 y 740 del C. C. como violados por interpretación errónea; el 2149 del mismo código como infringido directamente y como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

La Corte considera los cargos:

I—La primera acusación contra el fallo recurrido se hace consistir en que conteniendo el texto de la demanda dos peticiones principales, —"que se declare que Cornelia Sarmiento no obró como compradora en los contratos de compraventa que en el libelo se mencionan, y que en tales contratos la misma Sarmiento obró como mandataria"—, el Tribunal, al considerar que no se trataba de una acción de simulación en que faltó el consentimiento en la supuesta compradora, violó, por interpretación errónea, los arts. 1502 del C. C., que establece que es necesario, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, entre otras cosas, que consienta en dicho acto o declaración y que su consentimiento no adolezca de vicio, y el art. 740 del mismo código que exige, en una de las partes, para la eficacia jurídica de la tradición, capacidad e intención de adquirir el dominio de las cosas.

Lo primero que se ocurre al considerar este cargo es que fundándose en que el Tribunal no decidió sobre una acción propuesta en la demanda, la acusación debió ser no por interpretación errónea de disposiciones legales sustantivas directamente, sino como consecuencia de un error en la interpretación de la demanda, o por el motivo señalado en el numeral 2º del art. 520 del C. J., puesto que la infracción de preceptos sustantivos por interpretación errónea no puede tener lugar cuando su aplicación es ajena a la cuestión decidida y han estado por tanto fuéra de la consideración y estudio del sentenciador. El objeto del pleito según el texto inequívoco de la demanda y sus hechos básicos, es obtener que se reconozca y declare judicialmente la existencia de un contrato de mandato en que sea mandatario quien aparece como corprador directo en los contratos de compraventa referidos en la demanda, y mandante Gregorio Contreras, para que la transferencia de dominio que con tales convenciones se realizó, beneficie a los herederos del pretendido comitente, en nombre de cuya sucesión han demandado. Sistemáticamente expresan así los actores las bases de su acción: "Como fundamento de derecho en que apoyamos esta demanda, alegamos el derecho que surge del hecho de haberse empleado por el comprador un mandatario en los contratos de compraventa a que se ha hecho alusión en el libelo de esta demanda, mandatario a quien no obstante su carácter de tál se le hizo figurar como comprador directo, habiendo por tanto interposición de personas, que por ende no recae sobre la naturaleza o condición de los contratos mismos, sino sobre la persona que figura como contratante comprador. Como los actos del mandatario dentro de los límites del mandato, son actos del mandante, desde luego que en el contrato de mandato la persona que se hace cargo de los negocios de otra, lo hace por cuenta y riesgo de ésta (libro 4º, Título 28 del C. C.), al adquirir por Cornelia Sarmiento como mandataria de Gregorio Contreras las fincas antes relacionadas, ellas fueron adquiridas por Gregorio Contreras, mandante. "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo" (art. 1505 del C. C.). La sucesión de Gregorio Contreras tiene derecho a que la demandada, que tiene en su poder las fincas antes relacionadas, se las restituya con todos sus frutos y accesorios".

No contiene la demanda, como lo pretende el recurrente, dos pedimentos principales: uno para que se declare que Cornelia Sarmiento no obró como compradora en los contratos de compraventa que en el libelo se mencionan, y otro para que se declare que en tales contratos la misma Sarmiento obró como mandataria. El primero, en cuanto puede significar que no obró como compradora para sí o en interés propio, va implícito en el segundo como su consecuencia; pero considerado aisladamente, como una negación indefinida, carece completamente de sentido y de objetivo, en relación con las pretensiones del litigio porque deja al causante de los actores sin vinculación jurídica ninguna con los contratos en que se pretende que fue parte por medio de mandatario.

El apoderado, en el contrato de mandato civil, obra por cuenta y riesgo de la persona que le confía la gestión del negocio (art. 2142 del C. C.). El mandatario no es más que el órgano de la voluntad del mandante; su papel es siempre de intermediario y propiamente no puede decirse que sea parte contratante. Esto cuando el mandato es aparente; pero el apoderado puede, en ejercicio de su cargo, contratar en su propio nombre,

como si el negocio le interesase personalmente (art. 2177 del C. C.). El mandante en este caso queda desligado de toda acción de parte de terceros, y al mandatario que ha obrado de hecho por encargo del mandante, aunque haya ocultado su calidad al contratar, corresponden activa y pasivamente los efectos legales del contrato, sin perjuicio de las relaciones de derecho que lo ligan a su comitente, originadas en el contrato de mandato, como la rendición de cuentas por lo que ha hecho y la entrega de los beneficios obtenidos.

En la legislación colombiana el mandato no es esencialmente representativo. Dentro de su conformación jurídica caben el mandatario ostensible y el secreto; el testaferro; la interposición en todas sus formas lícitas, y el acto jurídico del mandatario como personal interesado siempre que el mandante tenga voluntad de obligarse. Es posible el mandato sin representación.

La acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a trasmitirle el derecho adquirido, la concede el art. 2177 del C. C. al permitir el mandato oculto, nace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra su apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato le corresponden a él y a él lo benefician exclusivamente. Pero en nada afecta esta posibilidad de acreditar la existencia de un contrato de mandato oculto entre quien aparece como comprador y un tercero que en ninguna forma intervino en el contrato, la eficacia y validez de éste, si ha sido celebrado con observancia de los requisitos y solemnidades que la ley exige. El mandatario que contrata en propio nombre y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí mientras no se establezca plenamente que obró en ejercicio de un mandato. La acción del mandante en este caso, para beneficiarse de los efectos del contrato celebrado, se ejercita naturalmente sobre la completa validez de la convención, y de este modo resulta contradictorio alegar falta de consentimiento, puesto que la ausencia de este elemento esencial y general de todo contrato determinaría la invalidación del que se pretende utilizar como fuente del derecho demandado.

Algunos autores consideran que en esta interposición real de personas en la celebración de un contrato, autorizada por el citado art. 2177 del C. C., existe una especie de simulación que denominan de interposición y que tiene ocurrencia cuando el acto oculto en la simulación cambia una persona por otra, debido a que en el ostensible figuró la sustituída como testaferro. "Sucede frecuentemente —dice Planiol en su Derecho Civil— que una persona quiere hacer por su propia cuenta una operación sin que los terceros lo sepan y aún ocultando a la otra parte, su propia intervención. Ella emplea entonces un mandatario que no revela su cualidad y que se presenta como autor y beneficiario del acto, a título de comprador, de donatario, etc., aunque el acto no le concierna. Hay en este caso interposición de personas o empleo de un nombre prestado. Es otra especie de simulación que se refiere no a la naturaleza o a las condiciones del acto, sino a las personas que se toman como contratantes".

Ni aún aceptando, pues, que la acción ejercitada fuera la de simulación, que consiste en que prime el acto privado sobre el público, cobraría fuerza y valimento la acusación que se considera contra el fallo recurrido, porque prestando más importancia a la propia naturaleza de la acción que a su denominación jurídica, la cuestión se reduce al establecimiento o demostración fehaciente de un mandato entre uno de los contratantes y un tercero, sin detrimento del acto jurídico por el solo hecho de la simulación por interposición de persona. La Corte, por lo demás, ha rectificado la jurisprudencia anterior a 1935, que vio en la simulación por sí misma una causa de nulidad absoluta por considerar que al contrato aparente le faltaba el consentimiento y la causa, que son dos requisitos indispensables para la validez de todo negocio jurídico.

No se ve, por lo expuesto, que el Tribunal infringiera en su sentencia las disposiciones de los arts. 1502 y 740 del C. C., y por consiguiente se desecha el cargo.

II—Se señala como infringido en este capítulo de la acusación, por infracción directa, el art. 2149 del C. C., que establece que el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, y se hace consistir la pretendida violación en que el Tribunal entendió que solamente es conducente la prueba escrita para la demostración del mandato que Gregorio Contreras confiriera a Cornelia Sarmiento para comprar las fincas raíces determinadas en la demanda.

Ningún pasaje de la sentencia acusada da fundamento a este cargo. En el estudio y análisis de los elementos probatorios aducidos en las dos instancias del juicio, procedió el Tribunal con el criterio consignado en el art. 2149 que se pretende violado y según el cual son apreciables y conducentes toda clase de probanzas para acreditar la existencia de un contrato de mandato, cualquiera que sea el negocio jurídico en que haya intervenido el mandatario en ejercicio de su cargo pero en nombre propio.

Después de advertir el Tribunal que "a los autos no vino prueba escrita ninguna de la cual resulte directamente acreditado que Gregorio Contreras consintiera en conferir a Cornelia Sarmiento el mandato para comprar las fincas raíces determinadas en las escrituras públicas ya indicadas en este fallo", —concepto que trascrito aisladamente lo usa el recurrente como respaldo de su afirmación inexacta—, pasa a hacer el estudio analítico de las diversas pruebas que fueron traídas al proceso por la parte actora y por la demandada, en forma individualizada y atenta. En capítulos separados contiene la sentencia la apreciación de la prueba testimonial, de la de confesión judicial, de la inspección ocular, de la escrituraria y copias de actuación judicial, elementos éstos de convicción que no halló suficientes el sentenciador para acreditar los hechos fundamentales de la demanda, como lo expresó en la siguiente síntesis probatoria con que finaliza la sentencia acusada: "... la tesis del mandato no tiene el menor asidero en los autos ni corresponde en el fondo a realidad alguna de los hechos, y así tiene que declararlo este Tribunal al resolver el negocio en el fondo en esta segunda instancia".

III—En este tercero y último capítulo de la demanda de casación se acusa la sentencia por violación de los mismos arts. 740, 1502 y 2149 del C. C., por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, y formula así el cargo:

"..... El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el fallo que se acusa, no apreció debidamente de acuerdo con la ley los medios de prueba; en efecto: el solo hecho de que Cornelia Sarmiento no obrara en los contratos dichos como compradora, trae como lógica consecuencia el que ella obró allí como mandataria, de nó, qué carácter se le atribuye? Además, este hecho se halla comprobado en los autos con las declaraciones de Julio M. Rodríguez, Obdulio Acero y Ramón Cárdenas; luego el Tribunal apreció indebidamente estos medios de prueba, lo que lo condujo a dar por no probado el mandato a que se refiere la demanda, violando por este aspecto, como en efecto violó, el art. 2149 del C. C. que admite toda clase de prueba para acreditar el mandato".

La infracción de los arts. 740 y 1502 del C. C. se señala aquí como efecto del error de derecho en que incurrió el Tribunal al dar "a los contratos atacados el pleno valor probatorio, no obstante aparecer acreditado una simulación parcial en la persona de la compradora".

No se acomoda a las exigencias de la ley normativa del recurso de casación la forma en que se ha propuesto este cargo. Para que pueda fundarse útilmente este recurso con fundamento en la violación de la ley como consecuencia de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. No basta afirmar, como lo hace el recurrente, que la apreciación de las pruebas no ha sido hecha de acuerdo con la ley, sino que es indispensable, para que el recurso pueda prosperar por este motivo, que se demuestre que ha habido una mala apreciación de determinada probanza expresando en qué consiste la equivocación, y es necesario, además, que esta mala apreciación haya dado por resultado un manifiesto o evidente error de hecho que a su vez haya determinado la violación de una regla jurídica. En este caso no expresa la demanda cuáles pruebas fueron mal apreciadas en la sentencia, ni dice en qué forma ni por qué se equivocó el Tribunal al considerarlas, ni se refiere al error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. La omisión de estos requisitos esenciales en la demanda fundamental del recurso impide entrar al estudio probatorio del proceso porque la naturaleza jurídica de la casación no permite renovar, como si tratara de una instancia, el debate sobre los hechos básicos del pleito.

Para que el Tribunal hubiese incurrido en error de derecho en la apreciación de la prueba escrituraria de los contratos de que se pretende deducir el derecho del causante de los actores como mandante de la compradora Cornelia Sarmiento, aceptando que tal concepto quiso expresar el recurrente al hablar del valor probatorio de los contratos, habría sido necesario que a las escrituras públicas contentivas de las compraventas referidas se les hubiera dado en la sentencia

un mérito distinto del que expresamente les atribuye la ley o hubieran sido aceptadas como prueba plena fuéra de las condiciones y sin los requisitos legalmente indispensables para su validez y mérito. En la sentencia estudiada se les asignó a estos instrumentos públicos el valor probatorio que les corresponde conforme a la ley, por haber sido otorgados visiblemente con todas las formalidades legales y contener declaraciones válidas sin ningún vicio aparente de nulidad que autorizara la declaración oficiosa de invalidez. Otra cosa es que el Tribunal no haya hallado en las pruebas de la parte actora mérito bastante para destruír la verdad que emana de las escrituras públicas a que se ha hecho referencia.

No habiendo, pues, lugar a acoger ninguno de los cargos formulados contra la sentencia en la demanda de casación, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha veintiséis de mayo de mil novecientos treinta y siete, que ha sido materia de estudio.

Condénase al recurrente en las costas del recurso.

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

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—F. Lequerica Vélez.—Arturo Tapias Pilonieta.—Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DECLARACION DE SUSPENSION DE LA ACCION CIVIL MIENTRAS SE FALLA DEFINITIVAMENTE UN JUICIO CRIMINAL

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Jesús Antonio Cardona S. instauró juicio ordinario contra Pedro Pablo Rodríguez en el Juzgado del Circuito de Filandia, de cuya sentencia apeló. La del Tribunal Superior de Pereira la casó la Corte sin dictar la que la reemplazase, en espera de datos para cuya obtención anunció entonces y dictó en su día auto para mejor proveer, cumplido el cual vuelve el expediente al estudio para sentencia, de conformidad con el Art. 538 del C. J. en relación con el 535 **ibidem.**

Por escritura número 1189 otorgada en la Notaría 1ª de Armenia del 28 de septiembre de 1929, Cardona vendió lo allí determinado a Rodríguez y éste se lo hipotecó en seguridad de los $ 2,400 que le quedó adeudando del precio. Vencido el plazo sin pagar, Rodríguez fue ejecutado por su acreedor, y obtuvo su liberación así: con un documento por $ 750 de dicho septiembre y con dos recibos, ambos de 1930, uno por $ 400 de 29 de enero y otro por $ 800, de 25 de mayo, el Juzgado en auto de 18 de abril de 1931, confirmado por el Tribunal, que decidió la correspondiente articulación de pago parcial, declaró reducido el principal a $ 587.04 con intereses desde el 25 de mayo de 1930; y más tarde, con manifestación de haber recibido el saldo, Cardona desiste (1º de junio de 1932).

En demanda de 6 de octubre de 1932 inició Cardona el presente juicio, relativo al mismo crédito y documentos que acaban de citarse, libelo cuyas peticiones adelante se transcribirán. Y para 11 de julio del mismo año ya había denunciado ante el Alcalde de Armenia la falsificación de esas piezas por Rodríguez y el delito consistente en ella, así como el de haber conseguido con semejante proceder la aparente cancelación del crédito.

Por medio del referido auto para mejor proveer vinieron en copia a este proceso elementos del juicio criminal a que dio lugar esa denuncia, entre ellos la sentencia de primera instancia pronunciada por el Juzgado Superior de Pereira el 16 de mayo de 1936, cuya parte resolutiva dice:

"Condénase al procesado Pedro Pablo Rodríguez ..... como autor principal del doble delito de falsedad en documentos privados ..... y por el doble delito de estafa ..... a sufrir la pena principal de siete años y medio de presidio ..... y a las accesorias de rigor, a saber ..... al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por razón del delito, mediante la acción civil correspondiente por quien para ello tenga derecho; a pagar como multa a favor del Estado la cantidad de tres mil quinientos ochenta y seis pesos ochenta centavos, suma igual al valor de lo estafado, y al pago de las costas procesales exigibles....".

Esta sentencia viene a demostrar, contra lo que pudo creerse antes de obrar ella aquí, que la acción civil aquí ejercitada sí tiene la dependencia y subordinación respecto de la acción criminal que obliga a suspender aquella mientras ésta se decide.

La demanda inicial de esta causa formula así sus súplicas:

"..... que en sentencia ..... se declare:

"Primero. Que son falsificados y absolutamente nulos los documentos, autos y diligencias siguientes:

a) Los recibos y un documento que se presentaron al juicio ejecutivo que en su Despacho adelanta mi poderdante contra Pedro Pablo Rodríguez y que sirvieron como base a una articulación de pago propuesta por Rodríguez por medio de su apoderado doctor Ramón M. Gómez en dicho juicio, recibos, el uno por cuatrocientos pesos moneda legal y el otro por ochocientos pesos de la misma moneda, fecha, el por ochocientos pesos de 25 de mayo de 1930 y el otro por cuatrocientos pesos de 29 de enero del mismo año y el documento por setecientos cincuenta pesos moneda legal, documentos estos que son falsificados;

b) La sentencia dada en la articulación de pago que se llevó a cabo en el dicho juicio, la cual se apoyó en los documentos falsificados y en bases erradas del derecho;

c) El memorial de desistimiento que aparece en dicho juicio fecha 1º de julio del corriente año y el auto recaído a ese memorial, fecha 14 del mismo mes de junio".

En el punto segundo el actor, fundándose en que Rodríguez concurrió al desistimiento, pide se declare comprendido en éste el derecho obtenido por Rodríguez al ganar la articulación de pago.

El punto tercero es de este tenor: "Que como consecuencia de las anteriores declaratorias (sic) las cantidades de cuatrocientos pesos, ochocientos, setecientos cincuenta de que tratan los recibos apócrifos, el documento y también la suma de que habla el desistimiento y la articulación de pago, no serán abonados al crédito hipotecario por dos mil cuatrocientos pesos que sirvió de base al mandamiento ejecutivo".

El punto cuarto dice: "Que también como consecuencia de las anteriores declaratorias (sic) el juicio debe continuar su curso legal desde el estado en que se hallaba cuando se propuso la articulación de pago y que el desistimiento no fue un acto del ejecutante sino, como los recibos y el documento, falsificados y viciados de nulidad absoluta".

El pedimento quinto está redactado así: "Que también como consecuencia de las anteriores declaratorias, se declare que las mejoras hipotecadas continúan gravadas para responder por la suma de dos mil cuatrocientos pesos y sus intereses estipulados, y que de esa suma no se deducen las sumas de ochocientos, cuatrocientos, setecientos cincuenta y la de que trata el memorial de desistimiento ni la a que se refiere la sentencia de la articulación y el auto de desistimiento".

Estas son las súplicas de la demanda. Subsidiariamente se formulan las correspondientes a resolución de la compraventa por no pago del precio y a recuperación por el vendedor de lo vendido; pero, estando pendiente con la decisión del pleito lo que ante todo corresponda a la demanda principal, no se transcriben aquellas súplicas ya que las trascritas bastan a poner de relieve lo que acontece en relación con el Art. 39 de la ley 169 de 1896, que determina claramente lo que procede en el estado actual de las dos actuaciones en referencia, o sean la civil y la penal.

En la copia aludida, venida al presente proceso a virtud del auto para mejor proveer, anotó el Secretario del Tribunal con fecha 9 de diciembre último que la citada causa por falsedad y estafa contra Rodríguez y otro se halla en curso en segunda instancia, "y que aún no se ha dictado el fallo correspondiente para decidir en firme sobre la sentencia condenatoria".

El citado Art. 39, contemplando la posibilidad de que los dos juicios se sigan simultánea y separadamente, dispone: "en este caso el ejercicio de la acción civil estará en suspenso hasta que se haya fallado definitivamente sobre la acción criminal, sea que se intente antes o después de incoada ésta".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Al llegar a esta Corporación la copia que se ordena en seguida, volverá el expediente al Despacho para sentencia, la que se suspende y aplaza hasta que se falle en definitiva el juicio criminal citado.

Ejecutoriada la presente providencia se dará noticia de ella al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, a fin de que en decidiendo él en definitiva aquel juicio, envíe copia de su fallo a esta superioridad.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Arturo Tapias Pilonieta.—Hernán Salmanca.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ADMISION DEL RECURSO DE CASACION.—TERMINOS JUDICIALES

En un negocio determinado hay cuatro casos de suspensión de términos: solicitud de las partes; muerte de uno de los litigantes; enfermedad grave de algún litigante o de sus allegados dentro de cierto parentesco, y expiración del poder del apoderado o representante (art. 370 C. J.). Fuéra de estos cuatro casos cuando por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito una de las partes no hizo uso de un término, tiene derecho a pedir la restitución, probando cualquiera de aquellas dos circunstancias, pero mediante los trámites de una articulación, seguida claro está con audiencia de la contra parte. (art. 372 ibídem). La interpretación de la norma legal sobre términos debe guiarse por un criterio estricto, ajeno a la benignidad, pero acorde con la justicia.

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

(Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El tribunal superior de Bogotá, en sentencia de fecha doce de mayo del año próximo pasado, falló en segunda instancia el juicio ordinario seguido por Eva Mahecha de Basto contra Francisco Guzmán y otros, sobre nulidad de un contrato de compraventa y otras declaraciones. Por esta sentencia fue revocada la del juez; y en su lugar el tribunal hizo todas las declaraciones solicitadas por la demandante.

El edicto de cinco días notificatorio del fallo desfijóse el 16 de junio último, a las ocho de la mañana. El 17 empezó, pues, el término de quince días para interponer el recurso de casación. Estos quince días cumpliéronse el 5 de julio, descontados los cuatro días inhábiles, por ser días festivos, que trancurrieron del día 17 de junio al 5 de julio, inclusive.

La parte vencida interpuso el recurso de casación. Pero dentro de las siguientes circunstancias: El día de la desfijación del edicto, 16 de junio, su apoderado presentó un memorial en que pide la regulación de la cuantía de la acción por no estar esta cuantía determinada en el juicio; añadiendo que formula tal solicitud por cuanto no estando la parte demandada satisfecha con el fallo de segunda instancia deseaba interponer casación. El tribunal el día siguiente, 17, dictó auto proveyendo conforme a lo pedido: nombró peritos, fijóles la remuneración y dio órdenes para que se practicase inmediatamente el avalúo. El 6 de júlio, vencidos ya los

quince días del término para recurrir en casación, la parte recurrente presentó otro memorial en que hace valer el recurso, señalando además sucintamente las disposiciones legales que estima quebrantadas en la sentencia.

Es de advertir que el auto del tribunal de avaluación de la cuantía de la acción tuvo su cumplimiento dentro del tiempo en que lo dispuso. Del avalúo resultó que el negocio es susceptible de venir a la Corte, por ese aspecto.

El tribunal, con un voto disidente, consideró que la interposición del recurso hallábase dentro del respectivo término legal, por haber vencido éste con posterioridad al 6 de julio, fecha del segundo memorial del recurrente. Fundó su aserto en que además de los cuatro días inhábiles de fiesta, el término de los quince días también se suspendió durante los dos días en que el expediente estuvo al despacho del magistrado para resolver el pedimento de avaluación de la cuantía. Dice el tribunal: "..... pero, es entendido, que ese término (el de los 15 días para interponer casación) no corre en los días de vacancia, con arreglo al artículo 369 ibidem, y además, en los que el expediente haya estado al despacho del magistrado, por no haber tenido las partes acceso al respectivo negocio, pues, como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia, "en los términos judiciales debe descontarse, por imposibilidad física, el tiempo en que por hallarse el expediente al despacho del juzgado se sustrae a la disposición de las partes".

La Corte estima indamisible por lo ilegal el motivo precedente en que el tribunal tomó apoyo para conceder el recurso.

Según el artículo 366 del código de procedimiento, son términos judiciales los plazos señalados por la ley o por el juez para que dentro de ellos se cumpla alguna providencia o se ejecute algún acto en el curso del juicio. Estos términos empiezan a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que los concede.

Los términos judiciales solamente se suspenden para todos los juicios que cursan en un juzgado en los días de vacancia. Estos días de vacancia los enumera la ley; art. 181 ibidem.

En un negocio determinado hay cuatro casos de suspensión de términos: solicitud de las partes; muerte de uno de los litigantes; enfermedad grave de algún litigante o de sus allegados dentro de cierto parentesco; y expiración del poder del apoderado o representante (art. 370 ibidem).

Fuéra de estos cuatro casos, cuando por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito una de las partes no hizo uso de un término, tiene derecho a pedir la restitución, probando cualquiera de aquellas dos circunstancias, pero mediante los trámites de una articulación, seguida claro está con audiencia de la contraparte (art. 372 ibidem).

Esta estricta reglamentación legal está demostrando la severidad de la institución de los términos judiciales, dentro de la cual únicamente circunstancias de gravedad extraordinaria autorizan de modo excepcional bien la suspensión inmediata o la retroacción integral.

Y está bien que así haya proveído el legislador. Los términos perentorios en el juicio son la recíproca garantía de las partes, conservan el equilibrio del proceso, estimulan su pronta terminación y lo salvaguardian de asaltos y de atentados contra la clarificación del derecho que se está ventilando. Porque no hay sistema más expedito para demorar los procesos y hacer nugatoria la administración de justicia que aquel que directa o indirectamente dejase a la voluntad caprichosa y con frecuencia injusta de las partes la potestad de hacerse oír en el juicio cuando a bien lo tengan o mejor les convenga. De ahí que la interpretación de la norma legal sobre términos deba guiarse por un criterio estricto, ajeno a la benignidad, pero acorde con la justicia.

Con este espíritu está redactada la sentencia de fecha 9 de octubre de 1935 —Gaceta Judicial, tomo XLIII, pág. 366— que el tribunal interpretó mal, generalizando la doctrina allí sentada a caso, como el narrado al principio de esta providencia, revestidos de circunstancias diametralmente opuestas a las que inspiraron la mente de la Corte en la sentencia dicha. Hay que detener la atención en el razonamiento de la Corte a fin de guardar la fidelidad de su pensamiento.

"Respecto de los términos procesales propiamente dichos, como son, por ejemplo, el de prueba y el de alegar, se empiezan a contar desde el día siguiente al de su notificación, por mandato expreso del artículo 366 del C. J., y mediante la constancia, para los que requieren traslado, de haberse puesto el expediente a disposición de la parte o interesado respectivo. En tal estado, y corriendo el término, si se solicita reposición, el término sigue corriendo hasta que, por mandato del artículo 350, debe el secretario pasar el expediente al despacho del juzgador. Entonces se presenta esta alternativa: o el auto es revocado y el término no tuvo lugar de

correr; o el auto se mantiene y entonces el término sigue corriendo desde el día siguiente al de la notificación del nuevo auto. En este último caso, la forzada suspensión del término no se debe a la reposición solicitada, sino al hecho de sustraerse el expediente a la disposición de la parte.

"La tesis opuesta, que estima que el recurso de reposición suspende por su naturaleza un término, vale tanto como derogar en absoluto el artículo 366 del C. J., porque siendo todo auto susceptible de reposición, habría que esperar a su ejecutoria, y entonces los términos que los autos conceden empezarían a contarse desde su ejecutoria y no desde la notificación de los mismos, que es lo que perentoriamente dispone el artículo 366.

"Y de que mientras tanto los términos corren y los actos ordenados se cumplen a pesar del recurso de reposición, descontando naturalmente, por imposibilidad física, el tiempo en que por hallarse al despacho del juzgador se sustrae el expediente a la disposición de las partes, existe doctrina similar consagrada expresamente en el artículo 499 del mismo código, cuando prescribe que no se suspende la ejecución de la sentencia o auto apelado cuando haya sido concedido el recurso en el efecto devolutivo".

La Corte contempla términos como el de prueba y el de alegar en que por fuerza principalmente de la incertidumbre en que los interesados quedan de su vigencia cuando de la providencia que los señala se pide reposición, incertidumbre combinada con la sustracción del expediente de la disposición de ellos, es imposible jurídicamente contar el término desde la notificación del primer auto en caso de que el juzgador lo sostenga, porque en tal caso la imposibilidad física hace surgir la jurídica o legal.

De manera que la teoría de la Corte no sirve para amparar la pretendida suspensión de términos durante el tiempo en que el expediente estuvo al despacho del magistrado para resolver el pedimento de la parte recurrente de avaluación de la cuantía. Pues la doctrina se cita y se aplica incompletamente, desvirtuando su verdadera significación, aludiendo únicamente al concepto aislado de que "**en los términos judiciales debe descontarse**, por imposibilidad física, el tiempo en que por hallarse el expediente al despacho del juzgado se sustrae a la disposición de las partes".

Con este solo criterio no habría seguramente término que no fuese susceptible de suspensión por el capricho de las partes. Bastaría cualquier pedimento de una de ellas durante el lapso en que el término está corriéndolo para que sustraído el expediente de la secretaría y puesto a la disposición del juez, el término se interrumpiese, una o cien veces, cuantas necesitara interrumpirlo la parte interesada en ello.

Empero, si el fundamento que le dio el tribunal a la concesión del recurso es inválido, mirado el asunto por otro aspecto resulta que sí es admisible.

De acuerdo con lo narrado, apenas en sus principios el término para recurrir, la parte vencida demandó el avalúo de la cuantía, porque deseaba traer el negocio a la Corte. Si el Tribunal entendió que eso no era interposición del recurso, debió negar el avalúo, que no es procedente sino por obra de una interposición ya hecha, según el art. 524 del C. J.; y del propio modo, decretando el avalúo conceptuó implícitamente que el solicitante interponía el recurso, sin lo cual esa solicitud de avalúo no se explicaría por su falta de objeto.

El segundo memorial en que alude el recurrente ya en concreto a las causales de casación, y que fue el que el tribunal tomó en cuenta, no le resta sus verdaderos efectos jurídicos al primero. En fuerza de las circunstancias producidas, entre las cuales, a más de la orden de avalúo antedicha y tan significativa de suyo, obra también el avalúo mismo, no puede menos de considerarse hasta sobrante el segundo memorial citado, cuyo oportunidad, por lo mismo, no viene al caso discutir.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, declara admisible el recurso de casación, disponiendo en consecuencia, que siga la sustanciación.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION DE PERJUICIOS.—TEORIA CONTEMPORANEA DEL ABUSO DE LOS DERECHOS

Según la teoría del abuso de los derechos cada uno de ellos tiene su razón de ser, y su misión que cumplir; cada uno de ellos persigue un fin del cual no es dable desviarse a su titular. Los derechos son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo; por lo tanto no son absolutos sino relativos; deben pues ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira; no siendo lícito imprimirles una falsa dirección sin abusar de ellos, con lo cual el titular compromete su responsabilidad hacia la víctima de esa desviación. Vanamente alegaráse que se ha utilizado un derecho; porque habiéndose cometido una falta en el ejercicio de ese derecho, tal falta es precisamente lo que causa el ABUSO DEL DERECHO, es decir, el acto cumplido como enseña Josserand, conforme a determinado derecho subjetivo, pero que está en conflicto con el derecho en general o derecho objetivo, con lo que él y otros autores llaman JURIDICIDAD, o conjunto de la regla social. 2. El abuso del derecho constituye una especie particular de la culpa aquiliana; por ende en el abuso puede irse desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, ANIMUS NOCENDI, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

I

El municipio de Bogotá por medio de acuerdo especial dispuso la adquisición de los terrenos situados al oriente de la ciudad, a uno y otro costado del llamado Paseo Bolívar, con el fin de destruir todos los ranchos y edificaciones existentes en esos terrenos e higienizar de esta manera la parte alta de la ciudad, en beneficio de la población en general. Entre las fincas que debían adquirirse encontrábase un lote o globo de terreno, situado en el barrio de Las Aguas, entre calles 15 y 16, de propiedad de los señores Luis Felipe, Pedro Julio, Sara, Rosa Eufemia y María Magdalena Maldonados, los tres primeros mayores de edad, y las últimas menores pero representadas por su padre legítimo, el señor Pedro Pablo Maldonado.

Declarada de utilidad pública la expropiación de la mencionada finca, el personero municipal instauró ante el juez 6º civil del circuito de Bogotá la respectiva demanda, con fecha 27 de enero de 1927. El juicio siguió luégo su curso legal. Los peritos designados para el justiprecio del inmueble y de los perjuicios rindieron avalúos discordantes. Pero todo terminó en la primera instancia con la sentencia del juzgado, de fecha 6 de octubre de 1930, en la cual decretó la expropiación, habiendo fijado en la suma de diez mil pesos ($10,000) moneda corriente el valor total de la indemnización que al municipio de Bogotá correspondía pagarle a los actuales propietarios del lote, señores Maldonados dichos. Contra este fallo interpusieron el recurso de apelación tanto el personero demandante como el abogado de los demandantes. Por eso el juicio llegó al tribunal superior de Bogotá. Y estando el negocio allí, los señores personero municipal y fiscal del tribunal desistieron de la acción para lo cual dijeron obrar así, autorizados por el concejo municipal. El desistimiento fue acogido por el tribunal en auto de fecha 22 de septiembre de 1931. „

La promoción de tal juicio de expropiación y su desistimiento después de cuatro años y medio largos, constituyen la causa en que los mismos Maldonados. demandados en aquel juicio, tomaron apoyo para formular en el presente, demanda por indemnización de perjuicios contra el municipio de Bogotá en que piden se le condene: a) a pagarles la cantidad de dos mil pesos ($ 2,000) moneda corriente, valor de los gastos hechos por los demandantes en el juicio de expropiación; y b) la cantidad de cinco mil pe-

sos ($ 5,000) o la que fijen peritos, valor de los perjuicios ocasionados por el municipio de Bogotá con la iniciación, persecución y desistimiento de dicho juicio.

En los siguientes hechos del libelo los demandantes exponen más concretamente cómo fueron lesionados en su patrimonio con la actuación del municipio:

"6º—En virtud de la demanda promovida contra nosotros, tuvimos que apersonarnos en el juicio, sostenerlo en primera y en segunda instancia y hacer gastos de consideración en dicho juicio de expropiación para defender nuestros derechos e intereses.

"7º—El municipio de Bogotá no nos ha pagado ni reembolsado el valor de esos gastos.

"8º—En virtud de la demanda y juicio de expropiación de que ya hemos hablado, el municipio de Bogotá sacó, con el registro de la demanda, del comercio el lote de terreno ya delimitado, lo cual nos puso en incapacidad legal de vender dicho lote, gravarlo, permutarlo, o hacer cualquier negociación con el y sobre él.

"9º—Esto nos causó graves perjuicios porque durante cinco años, desde la iniciación de la demanda de expropiación hasta el desistimiento del juicio por el municipio, dicho lote estuvo fuera del comercio.

10º—El desistimiento que hizo el municipio de Bogotá de la demanda de expropiación nos dejó al descubierto de todos los gastos que hicimos en el juicio y de los perjuicios que nos ocasionó."

II

SENTENCIAS DE INSTANCIA

La del juez absolvió al municipio demandado. Consideró que los Maldonados no acreditaron la intención por parte del municipio encaminada a "perjudicar a los demandados, hoy demandantes, con la iniciación de la acción, lo mismo que no se ve la ausencia en el uso el derecho de un interés serio y útil, ya que la causal invocada para demandar la expropiación fue la de utilidad pública, y de conformidad con ésta se tramitó y falló la litis que como ya se dijo fue favorable en primera instancia a las pretensiones del munciipio demandante."

La del tribunal confirmó el pronunciamiento absolutorio del juzgado. Prohijó el concepto anteriormente trascrito, y además, con ánimo de ampliarlo añadió otras consideraciones cuyo fiel resumen es más o menos así:

No se allegó al juicio la prueba del elemento subjetivo generador del hecho culposo por el desistimiento de la demanda de expropiación. Porque si el distrito obró dolosamente al desistir, o incurrió en culpa extracontractual de la cual pueda deducirse responsabilidad, la cuestión quedó por demostrar, pues en los autos no se encuentra el menor vestigio de aquel elemento culposo. "Era obligación de los demandantes —dice textualmente el sentenciador— probar que el distrito al desistir del juicio de expropiación obró maliciosamente, o abusó ilícitamente de su derecho; pero de los autos no aparece aquel elemento, que ha debido llenarse con la prueba del por qué del desistimiento, pues si en tal empresa no se guió el distrito por un interés dañino o culposo, ni se ha comprobado el abuso del derecho por la parte demandada, de prescindir de la expropiación, siendo evidente como ya se dijo en otro lugar de este fallo, que si el Distrito tenía el derecho para desistir de la acción (artículo 4º de la Ley 84 de 1920), no puede sostenerse en sana lógica jurídica que haya incurrido en culpa por el hecho mismo de haber ejercitado un derecho que le reconoce la ley; sería contradictorio ser titular del derecho y ser condenado por haberlo ejercitado."

Uno de los magistrados de la sala falladora salvó su voto opinando que había motivos suficientes para condenar al municipio.

III

EL RECURSO DE CASACION

El apoderado de los demandantes interpuso el recurso de casación contra la sentencia del tribunal. Fue admitido y como consecuencia el recurrrente formuló ante la Corte su demanda que corrida en traslado al señor procurador delegado en lo civil de la nación, como representante en la Corte del municipio, ya que éste no constituyó apoderado especial, contestola dicho funcionario haciendo la defensa del fallo acusado.

Dice el recurrrente en el primer cargo que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación erróneo, señalando como violados las siguientes disposiciones del código civil: artículos 32, 63, 1494, 2342, 2343, 2347 y 2352 y el 5º de la Ley 153 de 1887.. Es así su demostración brevemente resumida por la Corte:

El sentenciador parte de la base de que el municipio de Bogotá no puede ser condenado porque a pesar de estar demostrado el elemento objetivo de la culpa, no está demostrado el elemento subjetivo de ella, o sea, la malicia con que procedió al iniciar el jui-

cio de expropiación y luégo desistir de él. Es este error fundamental. Porque una cosa es la culpa y otra el delito. Hay casos en que existe la culpa simultáneamente con el delito, pero también se da el caso en que existe sola, como cuando procede de un hecho negligente que ha ocasionado daño a otra persona.

En la culpa extracontractual. como es la que domina en los principios consignados en el título 34, libro 4º del código civil, cuyas disposiciones y espíritu fueron infringidos por el tribunal sentenciador, la noción de culpa es independiente de la noción de delito y por eso el artículo 2341 principia así: "El que ha cometio un delito o culpa..."

Es decir dos conceptos distintos porque en ese caso la conjunción O es disyuntiva y no copulativa.

El delito exige la intención maliciosa, la culpa no; por eso cuando ésta se comete por acción, omisión o negligencia, existe responsabilidad civil, pero no penal.

Y en tratándose de entidades de derecho, como la nación, los departamentos y los municipios, o de personas jurídicas, como las sociedades, existe la noción de culpa, pero no la de delito, porque esa clase de personas no son capaces, como entidades de derecho, de cometer delito.

IV

MOTIVOS DE LA CORTE

Ciertamente el tribunal en sus razonamientos, exigiendo la prueba del **dolo** o del **animus nocendi**, en un caso particular que lo excluye, dada la naturaleza de la persona o entidad demandada y la forma como el demandante plantea la acción en la demanda, limita el alcance del artículo 2341 del código civil, desprendiendo de esa base insuficiente una noción igualmente limitada y errónea de lo que en el derecho contemporáneo comprende la teoría del abuso del derecho. En efecto:

TEORIA DEL ABUSO DE LOS DERECHOS

Bajo la rúbrica de "Responsabilidad común por los delitos y las culpas" nuestro código en desarrollo del principio general que sienta el artículo 2341, reúne un conjunto de normas tendientes a sancionar civilmente los hechos injustos y culpables que, ofendiendo el derecho ajeno, deben en justicia y equidad, y en guarda del equilibrio social, someter a su autor responsable a la obligación de resarcir el daño sufrido por el ofendido.

Bajo el dominio del artículo 2341, cae, según sus términos, toda acción humana **delictuosa o culpable** que haya inferido daño a otra persona.

Es la misma idea concebida por el derecho positivo universal, formulada por el código francés así: "Todo hecho cualquiera del hombre que causa a tercero un daño, obliga a aquel por cuya culpa (**par la faute duquel**) ocurrió a repararlo" (art. 1382); y que el código italiano repite en los mismos términos (art. 1151).

Esa idea en otros códigos, como en los dos citados, y en el chileno, están bajo el epígrafe de **delitos y cuasi delitos** con que en todos ellos encabézase el tema de las obligaciones nacidas extracontractualmente. En el colombiano la expresión **culpas** sustituye en el epígrafe al segundo de aquellos vocablos, sin que ello tenga alcance distinto del de mero cambio de palabras, intrascendente para modificar la esencia del régimen que el legislador quiso establecer, a tono con las regulaciones positivas y doctrinarias de otros pueblos de más avanzada cultura jurídica, de donde Colombia ha tomado frecuentemente el molde de sus concepciones de derecho civil. Por disposición expresa de nuestro código la noción de **cuasi delito** equipárase a la de **culpa** no intencional, pues a propósito de los llamados **cuasi contratos**, designación ésta repudiada por la doctrina moderna, dice que "si el hecho es ilícito y **cometido con intención de dañar**, constituye un delito", pero que si el hecho es culpable, "pero cometido **sin intención de dañar**, constituye un **cuasi delito o culpa**". (Art. 34 de la Ley 57 de 1887).

Es decir, que la diferencia que según nuestra ley y la doctrina general existe entre el delito y el cuasi delito es, como lo apuntan los autores, puramente psicológica. Habrá **delito** cuando el agente obra impulsado por mala intención, por un fin nocivo, con el **animus nocendi**. En el cuasi delito esta intención no existe; hay simple negligencia o imprudencia no intencionada.

Pero esta distinción carece de importancia práctica, porque las reglas y las consecuencias de un hecho ilícito no dependen del nombre de delito o cuasi delito, sino de las condiciones sustanciales en que se consuma. Exista culpa con intención o sin intención, la ley obliga por igual al autor del hecho nocivo a repararlo. De ahí que la mayoría de los autores modernos prescinden de la nomenclatura tradicional, reemplazándola por otra cualquiera más comprensiva y real como **delitos, hechos ilícitos**, bajo las cuales

designán todo perjuicio causado, intencionado o no, de un modo culpable, a otro.

En este criterio científico hanse inspirado las modernas legislaciones de Suiza y Alemania; bajo la denominación genérica de hechos ilícitos agotan completamente la materia de la responsabilidad fuera de contrato, sin descuidar ninguna distinción sustancial, y sin dar margen a las disputas académicas a que ha dado lugar la distinción nominal de delitos y cuasi delitos del código francés y sus similares.

La responsabilidad por el delito civil descansa, pues, en nuestra legislación, como descansa en su tronco, la legislación francesa, en la existencia de culpa intencional o no.

Nadie ha dado una definición concreta de la culpa. Y esto es natural, porque dentro de la noción de culpa cabe, según el concepto más antiguo, una gama infinita de actos, desde el inspirado en la malevolencia, guiado por el solo y exclusivo propósito de inferir daño a otro, equivalente al dolo, el acto más reprobable de la culpa intencional, hasta el que es producto de móviles inocentes pero violatorio de las normas de previsión y de prudencia que todo hombre está obligado a observar en el trato con sus semejantes para evitar la ocasión de uñ perjuicio. La culpa aquiliana germinó a la vida del derecho presidida por la famosa fórmula romana, según la cual fuera de contrato la responsabilidad se extiende también a la culpa levísima; fórmula que antes que haberse abatido por la impetuosa corrriente del progreso jurídico, es la base fecunda de las más modernas concepciones de la responsabilidad, que la toman como punto de partida.

En cambio, los criterios que se han dado para juzgar en cada caso de la existencia de la culpa son múltiples. Y así podrían recordarse el tradicional y clásico del hombre diligente, según el cual cuando se está en presencia de un hecho nocivo para otro, hay que meditar al fijar la responsabilidad si el autor de ese hecho se ha portado como lo hubiera hecho un hombre diligente; el criterio de la confianza legítima engañada, en que todo hombre tiene el deber de ajustar su conducta de tal modo que los terceros no se encuentren engañados en la confianza que necesitan tener en él; el de los hechos ilícitos, es decir, prohibidos por la ley; y el criterio que acude a la teoría de las obligaciones preexistentes: una persona no puede incurrir en culpa, si no estaba obligada a nada antes del acto que se le reprocha. De todos estos criterios el clásico es el que mayor adhesión despierta, porque si no resuelve completamente el problema, sí ofrece soluciones más armónicas con la realidad de la vida. "Debemos preguntarnos, siempre que nos encontremos en presencia de un acto dañoso para otro: el autor de este acto, se ha portado como lo hubiera hecho un hombre diligente? En caso afirmativo no es responsable. Si no, ha incurrido en culpa y debe pagar indemnización de daños y perjuicios. Además, es casi inútil añadir que este tipo abstracto de hombre diligente cambia necesariamente con los tiempos, y, en cada época, con el medio social a que pertenece el individuo." (Colin y Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil, tomo III).

La sola norma del criterio clásico, nada más, daría base para condenar como responsable de culpa no intencional y por ende al resarcimiento de daños a la persona o entidad jurídica que, haciendo uso de la prerrogativa que le confiere un derecho subjetivo, adelanta un proceso civil contra un tercero con el objeto de obligarlo a determinadas prestaciones, y después de cierto tiempo más o menos largo, en que el demandante vése obligatoriamente sometido a la incertidumbre del buen o mal suceso del pleito y a la necesaria repercusión que sobre su patrimonio tiene el gravamen de un proceso ante los tribunales, resuelve a la postre esa entidad o persona, sin explicación razonable, movida únicamente por impulso egoísta, como el temor del insuceso total o parcial de sus aspiraciones concretadas en la demanda, dejar que ésta corra la suerte lógica de un abandono tácito o expreso. Considerando este hecho en sí mismo, escuetamente, sin relación por ahora con el aspecto y la teoría del abuso del derecho, cuestión que se examinará más adelante, hay que convenir en que quien de tal modo y con tanta ligereza de conducta procede, inconsiderada e imprudentemente respecto de los intereses de la contraparte, incurre cuando menos en censura por la manifiesta ausencia de previsión razonable con que así comprueba que obró al empezar a actuar, o de precauciones medias en la determinación insólita de esquivar o burlar el veredicto justiciero por él mismo provocado. La conciencia humana condena ese acto y justifica la sanción civil del responsable, en beneficio de la burlada víctima. Por eso la ley procesal en esos casos impone un principio de reparación obligando al pago de las costas. (Arts. 464 y 575, inciso 4º del C. Judicial).

El tema de la responsabilidad civil ha tenido en los últimos tiempos un tan acelerado desarrollo jurisprudencial que con razón un ilustre autor recientemente anotaba que más que "evolución" el fenómeno ha sido de "revolución."

Ya el ilustre expositor Giorgi apuntaba

lo siguiente en alguno de los primeros años de este siglo: "El mundo marcha, y la ley del progreso que todo lo mueve no puede detenerse cristalizando la ciencia. El resarcimiento de los daños es, entre todos los temas jurídicos, el que siente más que otro alguno la influencia de la conciencia popular y debe proporcionarse a las necesidades morales y económicas de la convivencia social. La doctrina, pues, del resarcimiento debe ajustarse a ella siguiendo sus progresos. Y, así como en el pasado despojó al resarcimiento del carácter de pena, no es imposible que lo despoje, al menos en ciertos aspectos, del de culpa."

Ese movimiento profundo de las ideas en los últimos años, tiende a ampliar aún más el concepto fundamental de la responsabilidad, para así sancionar hechos lesivos del interés de terceros que antes no generaban reparación. Dada la complejidad de la vida social moderna y el desigual poderío de los individuos que ello ha venido a ocasionar, es natural que la doctrina contemporánea preconice un análisis más hondo y sutil de las ideas de causa y daño. La culpa sigue siendo el fundamento de la responsabilidad civil en derecho común, pero se dan nuevos métodos para examinarla. La vieja máxima romana: in lege aquilia et culpa levissima venit, con la cual la falta más ligera, el más pequeño descuido compromete la responsabilidad de su autor en el dominio delictual o cuasi delictual, ha sido no solamente mantenido, sino desenvuelto por la jurisprudencia moderna con la aplicación de nuevas teorías tendientes a ensanchar y dar mayor contenido al concepto de culpa, en mira a convertir así la solidaridad social en una idea práctica y eficaz, dándole a cada cual mejor conciencia de su propio derecho y del ajeno, con el natural resultado entonces de un mayor equilibrio de las prerrogativas individuales.

El progreso de las ideas reavalúa hoy el dogma antiguo de que no hay responsabilidad sin culpa demostrada, merced al cual la víctima de un daño estaba obligada a suministrar en el proceso esta triple prueba: que había sufrido un daño; que su adversario había incurrido en culpa; y que el daño se originaba de aquella culpa. Culpa, daño y relación de causalidad entre aquélla y éste, eran las tres cargas procesales que soportaba el demandante en toda demanda de reparación, siguiendo el principio de que al demandante incumbe siempre el peso de la prueba: actori incumbit probatio.

Josserand en reciente estudio resume los procedimientos técnicos a los cuales la doctrina y la jurisprudencia han recurrido en Francia y Bélgica, especialmente con la idea de suavizar el rigor del principio de que no hay responsabilidad sin culpa probada por el actor, y en mira a realizar la practicabilidad de la responsabilidad y asegurar la reparación debida a la víctima. Esos procedimientos los reduce a cuatro categorías: 1º admítese hoy más fácilmente la existencia de la culpa; 2º aligérase la carga de la prueba que pesa a veces demasiado sobre la víctima, utilizando toda una gama de presunciones; la culpa probada y efectiva sustitúyese por la culpa presunta y probable; 3º suplántase a veces en la ley la noción de culpa por el concepto de riesgo; la responsabilidad de subjetiva como tradicionalmente se considera, conviértese en objetiva; y 4º el más reciente de todos y que consiste en aplicar la noción de responsabilidad contractual a la delictual; la víctima se coloca así en una situación completamente favorable en cuanto a la prueba.

La teoría del abuso de los derechos tan admirablemente sistematizada por el mismo Josserand en su obra De l'sprit des droits et de leur relativité—Theorie dite de l'abus des droits —1927— da testimonio inequívoco del desarrollo actual del concepto de la responsabilidad.

A la antigua concepción rígida de los derechos individuales, opónese hoy la teoría de su relatividad, que conduce a admitir el posible abuso de los derechos, aún de los más sagrados. Según esta teoría, cada uno de los derechos tiene su razón de ser, y su misión que cumplir; cada uno de ellos persigue un fin del cual no le es dable desviarse a su titular. Los derechos son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo; por lo tanto no son absolutos sino relativos; deben pues ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira; no siendo lícito imprimirles una falsa dirección sin abusar de ellos, con lo cual el titular compromete su responsabilidad hacia la víctima de esa desviación. Vanamente alegaráse que se ha utilizado un derecho; porque habiéndose cometido una falta en el ejercicio de ese derecho, tal falta es precisamente lo que causa el abuso del derecho, es decir, el acto cumplido como enseña Josserand, conforme a determinado derecho subjetivo, pero que está en conflicto con el derecho en general o derecho objetivo, con lo que él y otros actores llaman la juricidad, o conjunto de la regla social.

De esta manera el antiguo adagio latino: neminem laedit qui jure suo utitur, que tomado en un sentido absoluto aparenta ser

la expresión del buen sentido, no significa más que esto: "El que ejercita su derecho con prudencia y atención no es responsable del daño que pueda causar a otro."

"Comprendida de este modo, la vieja regla romana —agregan Colin y Capitant— lejos de tener el contenido antisocial que se le ha atribuído, aparece, por el contrario, como útil y beneficiosa. Garantiza al hombre la esfera de independencia, de irresponsabilidad, de que necesita. En efecto, el ejercicio concurrente de sus derechos que los hombres hacen al mismo tiempo, no deja de causarles alguna molestia, algunas veces hasta cierto daño. Es el precio que se paga por la vida en sociedad. De este daño no será el hombre responsable desde el momento en que haya tomado todas las precauciones dictadas por la prudencia, en que haya dado pruebas de la diligencia normal que se puede y se debe exigir de él."

Comprendido así, el abuso del derecho constituye una especie particular de la culpa aquiliana; por ende en el abuso puede irse desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, animus nocendi, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada. Estará en el primer caso por ejemplo el propietario que ejecuta excavaciones en su predio con la mira exclusiva de secar una fuente o manantial de su vecino; o el acreedor que por espíritu de persecución contra su deudor honorable, intempestivamente lo ejecuta haciéndole un embargo excesivo de bienes en relación con el crédito que cobra, para empujarlo así aun hasta la ruina; o el litigante que confiando su causa menos en el examen cauteloso de su derecho que en el albur de todo pleito, promueve temeraria controversia judicial, y después de someter al adversario a larga, costosa y reñida lucha, inesperadamente desiste de ella atento a eludir inminente fallo adverso, que le diese a la contraparte la victoria judicial. Y encontraráse en el segundo caso el que pone un denuncio criminal contra otra persona, formulándolo a la ligera o imputándole perentoriamente, sin base seria, la comisión de un hecho criminal. (Caso resuelto por esta misma Corte en sentencia de fecha 5 de agosto de 1937. Gaceta Judicial, Nº 1927, págs. 419 a 422).

"Para que haya abuso del derecho —dicen los citados Colin y Capitant— no es indispensable que el autor del daño causado a otro tenga la intención de dañar, el animus nocendi. Basta con que pueda encontrarse en su conducta la falta de precauciones que la prudencia de un hombre atento y diligente le hubiera inspirado." Y ponen como ejemplo entre otros, el empleo de procedimientos ejecutivos especialmente rigurosos por un acreedor contra su deudor, cuando estas medidas estén en manifiesta desproporción con el fin que se busca. Aquí ya no habría la intención perversa de arruinar al deudor, sino la falta de precauciones en no causar más daño que el indispensable dentro de los justos límites del cobro coactivo del crédito.

"Para que una perfecta irresponsabilidad —escribía mucho tiempo antes Larombiére— garantice el ejercicio de un derecho, hay que ejercitarlo prudentemente, con las precauciones ordinarias, sin abusar y sin exceder los justos límites."

Josserand en una admirable conferencia dictada el año pasado decía: "Para los romanos el acto abusivo era únicamente aquel que había sido cumplido con intención de daño. El derecho moderno, y especialmente el derecho actual hace del abuso una idea mucho más comprensiva; es abusivo todo acto que, por sus móviles y por su fin, es opuesto a la destinación, a la función del derecho en ejercicio; al criterio puramente intencional tiende a sustituír un criterio funcional, deducido del espíritu del derecho, de la función que la ha sido asignada. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete una culpa, delictual o cuasi delictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad." (Evolutions et Actualités. — Conferences de Droit Civil.— París, 1936).

De consiguiente el criterio rígidamente intencional, inspirador de la sentencia acusada, y que no es siquiera el preconizado científicamente por Ripert, para quien la intención dañada de perjudicar se manifiesta por la falta de un interés serio y legítimo en el ejercicio por su titular de tal o cual derecho. Además del criterio del móvil dañado, expuesto en la teoría de Ripert, la ciencia señala otros criterios, destinados a auxiliar al juzgador en cada caso: el técnico (falta en la ejecución o ejercicio del derecho); el económico (ausencia de interés legítimo); y el funcional o finalista (desviación del derecho de su función social).

Ahora bien; el sentenciador, contra todos los principios expuestos, que son los que configuran la teoría del abuso del derecho, hace pesar sobre los demandantes la obligación de probar que el municipio, desis-

tiendo del juicio de expropiación, obró maliciosamente, cual si se tratase de una persona natural, y cual si las entidades públicas y morales, al igual que las personas físicas, no pudieran hacerse responsables de cuasi delitos o culpas no intencionales.

Naturalmente el tribunal guiándose por criterio tan estrecho, redujo el campo de investigación de la responsabilidad del municipio demandado a límites dentro de los cuales, por la misma naturaleza de los hechos apuntados como dañosos, érale imposible ver claro si había o no culpa, y por ende la procedencia o improcedencia de una reparación.

Todas estas consideraciones lógicamente deberían conducir a infirmar la sentencia acusada, como violatoria del artículo 2341 del Código Civil, si la Corte por otro camino no llegase a coincidir con el tribunal en la absolución del municipio demandado. Ese otro aspecto hace innecesaria la sentencia de instancia, por lo cual en esta ocasión, a ejemplo de otras semejantes, la Corte limita su función a rectificar la doctrina equivocada del sentenciador, consignando el verdadero fundamento que debió tener en cuenta.

CONCLUSIONES PRACTICAS

Apreciando los sucesos con justicia abstracta, y bajo la guía del punto de vista del criterio funcional, sería clara la responsabilidad civil por abuso del derecho, de la entidad que ejerciendo una perfecta prerrogativa conferida en beneficio social, demanda seriamente la expropiación de un predio, somete al propietario a todas las peripecias, gastos e incomodidades del proceso, y luégo, antes de sobrevenir el fallo definitivo del negocio, sin motivo ninguno serio, o excusa justificada, resuelve, usando de una expresión corriente en el argot del juego, convertir en tablas todo lo hecho, recurriendo al procedimiento expedito y fácil de desistir del juicio. Con tal procedimiento el propietario ve así burlado el derecho que había adquirido a que se definiera el negocio y se le pagase la justa indemnización en caso de ser viable para la justicia la pretención del expropiante. El acto del desistimiento es irreprochable desde el punto de vista de la facultad legal, pero viciado de ligereza, inconsiderado y censurable si se atiende al espíritu egoísta que lo inspira, contrario al objeto y fin de la institución del juicio de expropiación. En tal caso la prerrogativa legal, representada objetivamente en toda la actuación judicial, incluyendo el desistimiento, sufre una notoria desviación de sus verdaderos fines, y para amparar en cambio la caprichosa voluntad y el egoísmo del demandante; el juicio de expropiación dejaría de inspirarse en el interés social, descendiendo así del plano que le corresponde en la estructura institucional de la nación.

Pero tal no fue el caso del municipio de Bogotá, según surgen patentes las comprobaciones del proceso, consistentes en las copias que durante el término de prueba de la primera instancia se allegaron del juicio de expropiación.

Cuando el 27 de octubre de 1927 propuso la demanda de expropiación hízolo sobre la base cierta de la vigencia del artículo 2º de la ley 84 de 1920, que señalaba una norma invariable en el justiprecio del valor de lo expropiado y de los perjuicios provenientes de la expropiación. Se recordará que de acuerdo con esa norma los perjuicios no podían exceder en ningún caso del avalúo catastral de la finca más un veinte por ciento. Se circunscribía dentro de límites fijos el precio asignable a aquella parte de la indemnización que correspondía a perjuicios. En esas circunstancias el municipio partió de la base cierta y legal de que la expropiación del lote de los señores Maldonados no podía obligarlo a una erogación mayor de $ 3,750. A esta suma ascendió en efecto el avalúo que los peritos rindieron en el juicio. Mas, declarado inexequible el predicho artículo 2º por la Corte Suprema de Justicia, no hubo ya trabas que limitaran las indemnizaciones. Fue así como el juez de la causa en el juicio de expropiación, estimando insuficiente este primer avalúo, en auto para mejor proveer ordenó verificar nuevo justiprecio, libres ya los peritos de las ataduras legales de la disposición anulada. El segundo avalúo subió entonces a sumas mucho mayores. Uno de los peritos avalúo la finca en $ 22,000 y los perjuicios en $ 5,000. Otro perito estimó la finca en $ 20,031.00, y los perjuicios en $ 3,000. Y el último de los peritos dio el avalúo más bajo de $ 10,000, que fue acogido por el juez.

Derrumbada de este modo durante el juicio de expropiación la base cierta y legal con que el municipio había contado para adelantar la adquisición de los terrenos adyacentes al Paseo Bolívar, sobrevino la causa imprevista que en una entidad de derecho público justifica con creces el desistimiento de persistir en el empeño inicial: el sobre costo del cálculo presupuestal.

El Concejo municipal dio orden de desistir de todas las acciones sobre expropiación de zonas de terreno en el Paseo Bolívar; y

el personero en acatamiento a esa orden desistió de la que adelantaba contra los Maldonados.

No era posible forzar al municipio a que persistiera en las expropiaciones obligándolo a pagar indemnizaciones que habían escapado a sus cálculos presupuestales, haciendo un sacrificio de recursos cuantiosos pertenecientes a la colectividad, en beneficio del interés particular de los propietarios. En esas circunstancias estaba en peligro de ser lesionado el interés público, mucho más respetable y más valioso que el individual. El municipio, adelantando el juicio o juicios de expropiación de los terrenos adyacentes al Paseo Bolívar con la mira de higienizarlos, actuaba en vía de prestar un servicio público, lo cual colocábalo en capacidad de usar procedimientos de derecho público, es decir, aplicar teorías y reglas especiales y un régimen peculiar que se caracteriza precisamente por la subordinación de los intereses privados al interés general. El juicio de expropiación es de ese régimen, y de ahí las reglas excepcionales que lo singularizan. Un procedimiento de tal naturaleza no se inicia sino cuando se hayan previamente reconocido causas legales de utilidad pública y cuando el prospecto de la obra se ha perfeccionado, con sus planos, costo aproximado, apropiaciones presupuestales, etc. Ahora, si alguno de los elementos fundamentales de ese prospecto sufre alteración seria por causas sobrevinientes y justificadas, es apenas natural que la entidad expropiante quede libre de adelantar los procesos que ya había iniciado, y desista de ellos, aun cuando con esa actitud cause perjuicios a los propietarios demandados, porque en semejante emergencia el interés de la comunidad se sobrepone a todo otro interés. Y no se detiene ahí, en el límite de la línea que marca el fenecimiento del juicio de expropiación, la prerrogativa de la entidad expropiante para renunciar a su derecho; esa potestad traspasa aquel límite, prolongándose mientras no se haya verificado el pago. De manera que aun regulado el precio de la expropiación por la justicia, y ordenado el pago, nuevas ocurrencias o factores pueden hacer innecesaria la medida; entonces el expropiante recobra su libertad; en guarda de los intereses fiscales de la comunidad goza de la facultad de rechazar el precio renunciando a consumar la expropiación. Tal es en el sentir de la Corte el fundamento del artículo 4º de la ley 84 de 1920, según el cual las sentencias que se dicten en los juicios de expropiación prestan mérito ejecutivo para exigir el pago del precio y de la indemnización, "salvo que el interesado en la expropiación renuncie el derecho a que se consume la expropiación". Un motivo de amparo y de protección del patrimonio colectivo justifica la insólita determinación, aunque ello lesione a terceros, lesión que muchas veces, a semejanza de otras de distinta índole y origen, es el contingente obligado e inevitable de los ciudadanos al funcionamiento regular y ordenado de toda sociedad.

Lo expuesto acredita que, aún por distinta senda se impone en este juicio la conclusión absolutoria que acogió el tribunal. Por lo tanto la sentencia permanece en pie no obstante ser un tanto equivocada la motivación del fallador, atacada por el recurrente, y que la Corte deja corregida en la primera parte de esta sentencia.

Los demás cargos de la demanda de casación, consistentes en que el tribunal apreció erróneamente el dictamen pericial sobre estimación en este juicio de los perjuicios causados a los demandantes y la falta de apreciación de las pruebas encaminadas a demostrar que los Maldonados hicieron fuertes desembolsos para sostener el juicio de expropiación, violando con ello los artículos 721, 632 y 633 del código judicial, implícitamente quedan destruídos con las tesis precedentes de la Corte.

Sentencia:

A mérito de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

No se infirma la sentencia de fecha 29 de julio de 1936 pronunciada por el tribunal superior de Bogotá y materia del presente recurso de casación.

No hay costas en el recurso (C. J., art. 575, ord. 2º).

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—El conjuez, Tancredo Nannetti.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

NULIDAD DE UNA ESCRITURA PUBLICA Y DE UNA CANCELACION

Aunque el cotejo, por sí mismo, es una prueba incompleta, constituye un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y valor del dictamen pericial, la reputación de la persona cuya firma ha sido negada, la importancia de la obligación y otras circunstancias semejantes (art. 656 del C. J.). El cotejo practicado en la segunda instancia de este juicio y los dictámenes acordes de los peritos principales, constituyen un elemento probatorio que debía tener en cuenta el juzgador al fallar.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá de veintiocho de mayo último que, confirmando el del Juzgado 1º del Circuito de La Mesa, absolvió a los demandados, interpuso casación Ana Ceferina Torres en el juicio ordinario de ella contra Moisés Torres A. y Cecilia López. Tramitado el recurso, va a decidirse.

Antecedentes:

Por escrituras números 43 de 6 de marzo de 1922 y Nº 41 de 1º de marzo de 1923, ambas de la Notaría de Tocaima, Moisés Torres A. se obligó en sendos contratos de mutuo con interés y principales respectivamente de $ 1,500 y $ 4,000 en favor de Ana Ceferina Torres, asegurándole tales obligaciones con hipoteca de la casa de él ubicada en aquella ciudad y deslindada como esos instrumentos indican (Cdno. 2º, folios 8 a 15).

Por escritura Nº 283 otorgada ante el Notario 1º de Ibagué el 23 de agosto de 1923, aparece la acreedora cancelando aquéllas y sus hipotecas por haberle cubierto Torres ambas deudas expresadas (Cdno. 1º, fol. 1º).

En demanda que, reemplazando la inicial de 1º de septiembre de 1934, quedó formulada definitivamente el 3 de noviembre de ese año, la Torres, en el concepto de habérsela suplantado por Cecilia López en connivencia con su deudor para hacer aparecer a aquélla como recibiendo sus créditos y cancelando sus títulos y garantía, pide se declare nulo el dicho instrumento Nº 283 y la cancelación consiguiente y que, por lo mismo, se declare también la vigencia de ambos créditos y la de sus títulos y registro y se decrete indemnización de perjuicios en su favor.

Como se dijo, el Juzgado absolvió en primera instancia y su fallo fue confirmado por el Tribunal en la segunda.

La sentencia recurrida

El Tribunal llega a esa conclusión por no haber, en su concepto, prueba suficiente para desvanecer el de veracidad y autenticidad de que por la ley está revestida la escritura pública atacada, opinión que expone en su sentencia en la forma discriminada que aquí se verá adelante.

El recurso

Invoca el recurrente los dos primeros motivos del art. 520 del C. J. La Corte para estudiarlos los ordena como previene el art. 537 del mismo, y hallando procedente uno de los cargos formulados, casa la sentencia recurrida y, de conformidad con el art. 538 ibidem, dicta la de instancia que ha de reemplazarla.

Ese cargo consiste, resumiendo las alegaciones del recurrente, en error de derecho en la apreciación de determinadas pruebas y en la consiguiente violación de disposición legal sustantiva, así: acreditado con cotejo y dictamen pericial que la firma de la escritura 283 es de persona distinta de la actual demandante y, con plurales y contestes declaraciones de testigos, que ella no se ausentó de Tocaima en la fecha de ese instrumento otorgado en Ibagué, y, además, confesado por la López haber sido ella quien puso esa firma de la demandante, el Tribunal erró desoyendo las disposiciones legales sobre

fuerza y alcance de estas pruebas y absteniéndose de la conclusión que imponían, y así violó, a más de esas disposiciones, las sustantivas pertinentes, entre éstas ante todo el art. 1759 del C. C., aplicado indebidamente al dar por amparado con él lo que, dadas aquellas demostraciones, no puede reputarse bajo este amparo.

Este es el cargo que se acepta, según atrás se anunció, por estas razones:

El cotejo practicado en primera instancia no alcanzó a recibir plena tramitación legal; de manera que, aunque los peritos conceptúan que la firma antedicha no es de la Torres, el Juzgado obró legalmente en su abstención; pero el de la segunda instancia, practicado con la nimiedad y acucia visibles en el acta respectiva (Cdno. 6º, fols. 27 y 28) y los dictámenes acordes de los peritos principales que detenidamente los fundan (fols. 30 a 32 y 34 a 38 ibidem) con su traslado debidamente conferido sin objeción ni reclamo alguno, sí constituyen un elemento probatorio en cuyo abono obra todo lo necesario para que el juzgador lo tome en consideración al fallar. El art. 656 del C. J. establece que esa prueba es incompleta; pero agrega que "constituye un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y valor del dictamen pericial, la reputación de la persona cuya firma ha sido negada, la importancia de la obligación y otras circunstancias semejantes".

Por denuncia de la Torres y de su hermano Moisés Torres Rubio, se siguió actuación en lo criminal contra los actuales demandados, de la cual obran aquí las piezas cuya copia forma los folios 5 a 9 del cuaderno 6º, entre ellas la diligencia de careo entre estos dos (Torres y la López), de que se toman estos fragmentos: "... sin apremio ni juramento se preguntó a Cecilia López: se afirma usted y ratifica en lo que dijo en su indagatoria de que el día 23 de agosto último estuvo en Girardot o en Ibagué en compañía de Moisés Torres A., quien le costeó el viaje en automóvil a Flandes y que de allí siguió usted para Ibagué en donde trató asuntos personales con Torres, quien le ofreció llevarla al hotel, llevándola al efecto y pagándole sus gastos? Contestó: sí me ratifico..... Se afirma usted y ratifica en lo que dijo en su indagatoria de que el mismo día veintitrés de agosto último el señor Moisés Torres A. le dijo en el hotel, en Ibagué, que le iba a hacer escritura de confianza, haciéndola aparecer a usted como su hija, pues ella hacía nueve años era muerta, según Torres, para evitar que le metieran un pleito sobre una casa que tiene en esta ciudad, propuesta que usted aceptó y sin ir a la Notaría el señor Moisés Torres A. le llevó al hotel dos señores desconocidos para usted, y le presentó para firmar una escritura que usted pretendió firmar a ruego siendo impedida por Moisés Torres A., quien le dijo que tenía que firmar con el nombre de Ana Ceferina Torres, dándoles para que imitara, un papel que tenía el nombre de Ana Ceferina Torres, el cual escribió usted al afirmar la escritura en lugar de su nombre y apellido propio? Contestó: Sí me ratifico por ser cierto".

Interrogado Torres en esa diligencia, tras de cada afirmación y ratificación de la López manifestó no ser cierto lo que ella decía.

El recurrente acusa al Tribunal por no haber tomado esta prueba como elemento de convicción y cita como violadas las disposiciones del C. J. que dan a la confesión de parte pleno valor probatorio, de ellas el Art. 604. Pero el opo.. tor invoca el Art. 605, según el cual para la validez de la confesión es indispensable la licitud del hecho confesado.

Los testigos Hipólito Aguirre, Rafael Martínez y Ana Rita Edmos (Fols. 14 y 15 ibídem) declaran respectivamente el 28 de febrero y el 2 y 4 de marzo de 1936 en forma categórica, detallando los hechos y dando la razón de sus afirmaciones, que el 23 de agosto de 1923 Ana Ceferina Torres permaneció en Tocaima. Estas declaraciones se recibieron en segunda instancia. En la primera el año anterior se habían recibido las de Wenceslao Puentes, Herberto Chaves, César Afanador y Pedro Varón (Cdno. 2º, fols. 26 a 28), algunos de los cuales, en especial el segundo y el último, son igualmente rotundos y precisos en las afirmaciones fundamentadas de que acaba de hablarse. No se cita la declaración de Antonio Sotelo Vidal en igual sentido y pie, porque el acta respectiva no está firmada por el Juez.

El Tribunal da apenas fuerza indicial a ese conjunto de testimonios y acaba por prescindir de la prueba ante la reflexión de ser sospechoso el dicho de testigo sobre hechos ajenos sin interés personal para él y además remotos, ya que el tiempo borra de la memoria hasta los hechos salientes y con más veras los detalles.

La recurrente cita las disposiciones legales sobre valor probatorio del testimonio humano, en especial el Art. 697 del C. J. ante el cual forman plena prueba dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Igualmente cita el Art. 665 de esa obra,

por cuanto se la desoyó al no dar al conjunto probatorio levantado por la demandante, así fuese solo indicio cada uno de los elementos que lo forman, el valor que debió darle al tenor de esa disposición, que dice: "Por regla general, los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido".

A la verdad sorprende y llega a ser sospechoso el dicho de testigo que aparece al cabo de largo tiempo recordando nimiamente sucesos que no le atañen, y esta consideración justifica e impone la consiguiente desconfianza, la que por sí sola no puede ser motivo suficiente para un completo rechazo. En el presente pleito los testigos, que no fueron tachados en forma alguna, dan amplia razón de la vivacidad de su recuerdo: la amistad antigua y frecuentada que han sostenido y sostienen con la Torres y su familia, a que se agrega en algunos de ellos la cercanía de su casa de habitación a la de ella; la resonancia que tuvo e impresión que causó en Tocaima la conducta que con aquélla observó su padre, y el haber culminado ésta con la suplantación de su firma y aun de su propia persona con la de la concubina de su padre. Estas circunstancias hacen desaparecer la referida sospecha y, por tanto, dejan la plenitud de su fuerza probatoria al dicho conjunto de testigos. No sobrará observar que a ello concurre eficazmente la consideración de que en una población pequeña sus raizales y en general sus habitantes permanentes se conocen entre sí y se vigilan de modo constante, a que no es extraño el reposo de nuestra vida lugareña, ajena a intensas actividades industriales o de otra índole.

Si, pues, no hay razón para desoír el dicho fundamentado y conteste de aquel número plural de tetigos y si, a reforzarlo concurren los demás elementos estudiados, de fuerza por lo menos indicial, es claro el error de la sentencia recurrida en la apreciación de las pruebas de que el recurrente la acusa, así como la consiguiente violación del Art. 1759 del C. C. por indebidamente aplicado.

Vale esto tanto como decir que esa sentencia se casa y que ha de dictarse la que la reemplace (C. J. Arts. 538 y 539).

Sentencia de instancia

Las consideraciones hechas en el capítulo precedente adelantan ya la motivación del fallo de instancia. Se agregan las siguientes, relativas unas a la invalidación de la citada escritura de Ibagué, tema cuyo estudio está parcialmente hecho, y otras a los restantes pedimentos de la demanda inicial, no tratados en aquel capítulo por ser extraños a la casación.

Habiendo ocurrido duda sobre la personería de la demandante en cuanto a carencia de interés jurídico actual por haber enajenado sus créditos, el Tribunal reconoció ese interés, tanto por no tratarse aquí del cobro, cuanto por la responsabilidad legal del cedente. Se acoge ese razonamiento: la acreedora al ceder sus créditos asumió la responsabilidad que impone el Art. 1965 del C. C., al tenor de sus palabras iniciales: "El que cede un crédito a título oneroso se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión....".

Análogamente se acoge el proceder del Tribunal al desechar como excepción de cosa juzgada el sobreseimiento pronunciado en favor de los actuales demandados en la actuación criminal de que atrás se habló aquí, por el Juzgado Superior de Ibagué el 17 de noviembre de 1931 y por el Tribunal Superior de allí que lo confirmó el 17 de agosto de 1932. Estas piezas se hallan en copia en el cuaderno 4º y si en la primera instancia llegaron fuera de tiempo, en la segunda oportunamente se decretó tenerlas como prueba.

Ambas providencias se fundan cardinalmente en que los denunciantes Ana Ceferina y Moisés Torres Rubio elevaron a dicho Juzgado el 18 de diciembre de 1928 un memorial que entre otras cosas dice: "En vista de que hemos padecido un error que nuestra conciencia reprocha, venimos ..... a retirar todos los cargos formulados contra nuestro padre ..... Desistimos incondicionalmente de pedir sanción alguna contra el autor de nuestros días, y pedimos ..... decrete el desistimiento y dé por no presentado tal denuncio y por terminado este negocio, y, además, que no habiendo sufrido los suscritos ningún perjuicio, no queremos perjudicar a nuestro padre, quien se encuentra en avanzada edad y enfermo del corazón".

El Juzgado Superior, después de analizar las pruebas, llega a esta afirmación rotunda: "..... Se ve con toda claridad que Moisés Torres A., valiéndose de la inexperiencia de Cecilia López, hizo que ésta suplantara en la escritura número 283 de fecha 23 de agosto de 1923 la firma de su hija Ana Ceferina Torres". Entra en seguida a analizar si ese acto constituye delito de falsedad por cuanto esa alteración de la verdad

fuera capaz de causar perjuicio y cometida con intención criminosa, llega a la conclusión negativa fundándose en el memorial que parcialmente acaba de transcribirse. Y el Tribunal, a más de acoger ese concepto, advierte que esa falta de perjuicio puede provenir de que efectivamente la hija no diera los aludidos dineros que aparece entregando en mutuo a su padre y que éste se fingiera deudor de ella por fórmula acordada en confianza en la intimidad del hogar.

Fue así como Juzgado y Tribunal pronunciaron el sobreseimiento.

La Sala no puede menos de manifestar su extrañeza ante providencias que afirmando el delito en sí cometido por los imputados, al propio tiempo sobresee, siendo aquél el de falsedad en instrumento público. Los denunciantes ocasionales que lo fueron por motivos que no interesa indagar aquí y que en la Torres es de suponerse fueran la lesión patrimonial, eran dueños de prescindir de la indemnización, acción personal suya; pero no de la acción pública punitiva de aquel delito, por lo cual sorprende que a su memorial de desistimiento dieran aquellas providencias el exagerado alcance que le otorgaron al punto de hacer desaparecer con él hasta la intención criminosa de los autores de la falsedad apuntada.

Estudiando el desistimiento y sobreseimiento en referencia con relación al presente pleito, se tiene: el segundo se concreta a la acción criminal, y el primero, al referirse a la indemnización, cerró la entrada a todo reclamo por perjuicios, no sólo en aquella causa en que inicialmente se habló de ellos, sino en cualquier pleito distinto, así sea uno exclusivamente civil como el presente en que separada y exclusivamente se demande tal indemnización.

Porque es de advertirse que el presente juicio, buscando sólo la declaración de nulidad de una escritura pública y de la cancelación hecha por medio de ella, es independiente del delito en sí mismo y de la acción criminal respectiva; de suerte que el sobreseimiento con que concluyó la actuación seguida ante las autoridades de lo penal no obsta a que se estudie y decida en lo civil sobre aquella cancelación, a que se agrega que la demanda en el presente pleito no arranca del concepto de delito sino de los hechos mismos determinantes de no haber sido la acreedora quien otorgó la escritura de cancelación, abstracción hecha, repítese, de su calidad de delictuosos, a lo cual no mira y sobre lo cual no versa ninguna de las súplicas del libelo que aquí se acogen.

De ahí que el sobreseimiento no pueda tenerse para esta sentencia como cosa juzgada.

Pero el desistimiento referido, en memorial contentivo de afirmación expresa de la actual demandante de no haber sufrido perjuicio alguno, sí es elemento que no puede menos de embotar, como de paso ya se advirtió, la acción encaminada a que se la indemnice. De este pedimento, pues, habrá de absolverse a los demandados.

No así respecto de la súplica esencial, cual es la nulidad referida, ni respecto de las consecuencias de ésta, acerca de las cuales ocurre distinguir como pasa a verse.

Como se vio, la cancelación abarcó las dos deudas de que se hizo mérito al relatar aquí los antecedentes del juicio. A primera vista ocurre pensar que si la cancelación se anula, ambos créditos deben reputarse en pie y con ellos sus accesorios, entre los cuales figura en primer lugar la referida hipoteca; pero, analizando las pruebas pertinentes, se halla que esa vigencia no puede declararse sino para el segundo de aquellos créditos, porque el primero de ellos se halla en situación que lo impide.

En efecto: ese primer crédito, o sea el de 1922 por principal de $ 1500, fue materia de tercería de la acreedora Torres en el juicio ejecutivo de Manuel Miranda contra Ignacia Gutiérrez de Rubio en el que aquélla desistió por habérsele pagado su acreencia, de manera que, admitido el desistimiento, se ordenaron las cancelaciones consiguientes en auto de 10 de febrero de 1923 del Juzgado de la causa, que lo fue el 1º del Circuito de La Mesa (Cdno. 1º, fols. 8 a 12). Cancelada, pues, por pago y desde entonces la escritura número 43 de 6 de marzo de 1922 y la obligación e hipoteca que ella reza, mal se podría declararlas vigentes ahora tan solo porque caiga anulada la escritura de cancelación número 283 que inmotivada e innecesariamente vino a incluírla juntándola con la número 41 de 1º de marzo de 1923 por principal de $ 4.000.

De esta última escritura y obligación y su garantía hipotecaria no consta cancelación alguna distinta de la realizada por obra de aquella escritura número 283; de suerte que al anularse ésta sí es procedente declarar la vigencia de aquélla. No sin advertir que esta declaración de vigencia se concreta a esta única fuente o motivo; en otras palabras: al declararse aquí la nulidad de la cancelación pronunciada en la escritura número 283, habrá de declararse la consiguiente vigencia de la citada escritura de 1º de marzo y del

crédito por $ 4.000 en ella constituído; pero esto no puede implicar prejuzgamiento ni fallo alguno sobre cualesquiera otras excepciones que puedan, en su caso, alegarse. Ese crédito por $ 4.000 de principal y sus intereses y caución no cayeron por que se otorgara la escritura 283 de Ibagué que aquí se anula, y en el sentido de no haber caído por esta causa es en el que debe entenderse la declaración de su vigencia, declaración obligadamente limitada así y que, por lo mismo, no puede entenderse extendida a motivos distintos que puedan oponerse a la vigencia actual de ese crédito.

Acogida la demanda principal en la forma ya discriminada, no es el caso de considerar la súplica subsidiaria del libelo, el que en esta calidad pide se condene a los demandados a pagar a la demandante por perjuicios la cantidad de $ 8.000 o lo que se justiprecie por peritos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha veinticcho de mayo de mil novecientos treinta y siete y, revocando la del Juzgado 1º del Circuito de La Mesa fechada el dos de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, resuelve:

1º Declárese nula la escritura pública otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Ibagué con el número 283 el 23 de agosto de 1923, así como la cancelación que en este instrumento aparece haciendo Ana Ceferina Torres de las escrituras número 43 de 6 de marzo de 1922 y número 41 de 1º de marzo de 1923, ambas de la Notaría de Tocaima, y de los créditos que en éstas constan.

Parágrafo. El Notario 1º de Ibagué y el de Tocaima anotarán esta anulación al margen de la matriz de aquellos instrumentos, cada cual en lo de su oficina; y el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de La Mesa al margen de las inscripciones de los instrumentos que aparecen cancelados por virtud de la dicha escritura número 283. Se les oficiará oportunamente a este fin por el Juzgado a quo.

2º Como consecuencia de dicha anulación declárase que no quedó extinguido por la cancelación expresada el instrumento número 41 de 1º de marzo de 1923 de la Notaría de Tocaima, ni el crédito e hipoteca en él constituídos.

3º Absuélvese a los demandados de los demás cargos de la demanda.

4º Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario en ppd.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

ACUERDO Nº 60

En Bogotá, a quince de febrero de mil novecientos treinta y ocho, reunidos en Sala de Acuerdo los señores Magistrados doctores Salvador Iglesias, José Antonio Montalvo y Pedro Alejo Rodríguez, quienes integran la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia, el primero de los nombrados presentó para su consideración el siguiente proyecto de acuerdo, que fue aprobado y que a la letra dice:

El Ministerio de Gobierno pide a la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia el concepto que exige el artículo 39 del Código de Organización Judicial, para resolver la solicitud del cambio de radicación de la causa que se adelanta contra el señor Alberto Lotero, por homicidio y rapto, actualmente en el Juzgado Primero Superior de Cali.

Ha hecho la solicitud ante el Ministerio de Gobierno el señor doctor Manuel José Salazar, apoderado del procesado.

En dos casos es factible el cambio de radicación de procesos de competencia de los Jueces Superiores: cuando la medida es indicada para la recta administración de justicia, o cuando el sindicado o procesado padezca de enfermedad grave, debidamente comprobada, que exige cambio de residencia.

En cualquiera de estos dos eventos, requiérese el concepto previo de la Corte, que lo basa en los comprobantes presentados con la respectiva solicitud dirigida al Gobierno.

La petición que se estudia versa, como queda dicho, sobre cambio de radicación de un proceso en el cual ha sido llamado a juicio el señor Alberto Lotero, por el delito de rapto de la menor Marina Jiménez, hija legítima de Ponciano Jiménez y de Domitila González, y por el delito de homicidio perpetrado en Ponciano Jiménez, padre de la raptada. Estos autos fueron dictados por el Juzgado 1º Superior de Cali y confirmados por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial.

Pide el solicitante no sólo el cambio de radicación, sino que, además, el Juicio se verifique en uno de los Juzgados Superiores de Bogotá.

Acompaña la documentación correspondiente.

Los motivos que se alegan para el cambio, se refieren tanto a la conveniencia para la recta administración de justicia como a la salud del procesado.

Con relación al primer motivo, o sea, la conveniencia para la recta administración de justicia, no aparece de la documentación presentada actualmente, la justificación clara para ordenar el cambio de radicación en otro Distrito Judicial..

El señor Lotero ha sido llamado a juicio por el delito de rapto de la menor Marina Jiménez y también por el delito de homicidio del padre legítimo de ésta. El primer hecho ocurrió en la ciuad de Cali el 25 de marzo de 1934, y el segundo, el 20 de septiembre del mismo año.

La raptada era hija de familia, vivía recogida en su casa y trabajaba en una fábrica de bolsas de papel del señor Lotero. Lotero entró en relaciones con ella y la raptó. Su padre, Ponciano Jiménez, puso el denuncio y descubierto el raptor, hubo un ataque de parte de Ponciano Jiménez y de un hijo de éste al señor Lotero, sin consecuencias, y por ello la autoridad puso fianza de paz. Con posterioridad hubo un encuentro entre Ponciano Jiménez y Lotero en la oficina de éste, a donde fue Jiménez, quien murió el 20 de septiembre a consecuencia de una herida recibida el día anterior cuando se verificó el encuentro entre Jiménez y Lotero.

La muerte violenta de Jiménez causó en la ciudad de Cali la reacción natural de un hecho de esta clase.

Así los periódicos hablaron del caso y varios ejemplares que se acompañan a la solicitud, lo testifican.

Existen, además, las declaraciones de los señores Ernesto Salcedo, Eliseo Triana, Antonio Echeverri y Aníbal Jordán, vecinos de Cali, y rendidas antes el Juez Segundo Municipal, que establecen que por los cargos hechos al señor Lotero, éste ha recibido amenazas y anónimos, que vive en continua zozobra y que existe atmósfera de animadversión contra el sindicado. Obra también en el expediente un denuncio de Alberto Lotero contra José Jiménez, hermano de la raptada e hijo del occiso, quien con posterioridad a la muerte de su padre, anduvo rondando por los alrededores de la fábrica de Lotero para atacarlo, y efectivamente fue conminado por el Juzgado 3º de Policía con una multa de $ 200, para que cesase en los ataques a Lotero.

Analizadas estas pruebas con relación al primer motivo, encuéntrase que el primer ataque de Ponciano Jiménez y el de su hijo después del rapto de Marina Jiménez, no pueden tomarse como una muestra o índice de animadversión general contra Lotero. Tampoco el de las rondas del hijo de Jiménez y el de las amenazas que se dice profirió, pues este hecho es un hecho individual, no indicativo de animadversión social perturbadora del criterio de la investigación o de los juzgadores.

Las publicaciones hechas en varios periódicos de la ciudad de Cali, con motivo de ambos sucesos lamentables, sin duda revelan la natural reacción de hechos que conmovieron, por el desenlace fatal de la muerte de Jiménez, la opinión pública el día de la muerte de Ponciano Jiménez.

Esta conmoción, explicable por los antecedentes de la muerte de Jiménez —el rapto de su hija—, ocasionó comentarios en la prensa que relató los hechos con los detalles, según aparece en los números de "Relator" que se acompañan con la solicitud, y pidió el cumplimiento de la ley. Pero de ahí a establecer una relación de preconcepto sobre la suerte del proceso y su juzgamiento en Cali, no resulta, no hay la claridad necesaria para decidir el criterio sobre un cambio de radicación, como el solicitado.

Las declaraciones de los señores Ernesto Salcedo, Eliseo Triana, Antonio Echeverri y Aníbal Jordán, aunque contestes, no permiten tampoco, por ahora, inclinar el criterio al cambio de radicación, pues ni singularizan las amenazas ni especifican los anónimos contra el señor Lotero, y sólo expresan concretamente que el señor Lotero tiene el propósito de trasladar su domicilio a Bogotá para buscar tranquilidad propia y la de su familia por los ataques ya hechos al señor Lotero, ya que en Cali se ha creado un ambiente excesivamente apasionado. Vióse antes que los ataques que sufrió el señor Lotero, fueron hechos por el propio Jiménez y su hijo y esto como suceso individual después del rapto de Marina Jiménez, el primero, y después de la muerte de Ponciano Jiménez, el segundo.

Lo referente a los anónimos y a la tranquilidad del señor Lotero y de su familia, es un concepto subjetivo, que lo mismo puede dimanar de la desgracia que les aflige, como del comentario público sobre ella, pero en concepto de la Sala falta el dicho de los testigos, la singularización de los anónimos para poder deducir con fundamento más concreto sobre el ambiente desfavorable contrario, perturbador de la recta administración de justicia, ya que en un caso como éste habría siempre, por razón de la conmoción social que produce, de considerarse conveniente el cambio de radicación, desde luego que es imposible que el público se exima de comentarlo.

Para que exista una atmósfera adversa, influyente y envolvente para el criterio de los juzgadores, menester es que aparezca no sólo la conmoción producida por el hecho sino también la prueba indicativa de un ambiente perturbador que quite la libertad de decisión a los jueces.

La documentación aparejada en esta solicitud carece de esa nota y por ahora no permite formar, dada las deficiencias anotadas, un criterio concreto sobre el asunto. Puede aclararse con allegamiento de nuevos elementos más definidos.

En contraposición aparece del expediente que a pesar de lo indicado sobre el mal ambiente, el acusado está gozando en la actualidad del beneficio de excarcelación con fianza, circunstancia más bien indicativa de la libertad de decisión de investigadores y juzgadores.

Dos certificados médicos, el del señor doctor J. Corredor Ramos y el del señor doctor Jaime Márquez, expedidos ambos en esta ciudad el 15 de octubre de 1937, expresan que han examinado al señor Alberto Lotero y conceptúan que exige su salud cambio de clima.

Esta prueba la acompaña el apoderado del solicitante para fundamentar el cambio de radicación por enfermedad. La prueba es incompleta. La ley exige que el sindicado o

procesado padezca de enfermedad grave. Los certificados y las declaraciones en que se ratifican los médicos no muestran este punto; se limitan a decir que la salud del señor Lotero necesita clima frío. No dicen por qué, expresando la enfermedad que lo afecta.

De lo expuesto resulta que las pruebas traídas con la solicitud, son deficientes.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, conceptúa que no es el caso de decretar el cambio de radicación solicitado por el apoderado del señor Alberto Lotero.

Cópiese en el libro respectivo, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Ministerio de Gobierno.

Para constancia se firma el presente Acuerdo por los señores Magistrados y por el suscrito Secretario.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Srio. en ppd.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, diez de noviembre de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Dos cargos se formularon al juez del circuito de Garagoa, señor José María García L., en relación con el ejercicio de sus funciones:

a) Abandono del empleo, consistente en el hecho de haberse ausentado de Garagoa desde el trece hasta el diecinueve de noviembre de mil novecientos treinta y cinco sin previa licencia; y

b) .Falsedad de documentos públicos, por cuanto aparecen autorizadas con su firma dos actuaciones cumplidas durante aquel lapso, a saber, una acta de visita de cárcel y una diligencia de autopsia.

El Tribunal Superior de Tunja sobreseyó definitivamente y el auto ha venido en consulta a la Corte.

Conceptúa el señor Procurador delegado en lo penal que dicha providencia debe confirmarse.

Para resolver, la Corte considera:

Respecto del cargo de abandono del empleo, es suficiente para exculpar al juez acusado, según el artículo 527 del Código Penal, la circunstancia de que motivos de salud le impusieron su viaje a Bogotá, según certificado médico que obra en autos; a lo que se agrega que la ausencia fue de menos de diez días y que el despacho del juzgado no sufrió demoras.

Sobre la imputación de falsedad es innegable que implica inexactitud el haber autorizado el juez con su firma el acta de visita de cárcel y una diligencia de autopsia, fechadas durante su estada en Bogotá; pero ello no alcanza a constituír falsedad punible: el señor García era juez en ejercicio cuando se extendieron aquellos documentos y también cuando los firmó; y los documentos de suyo no adolecen de falsedad, ni fueron producidos con fin doloso o ilícito.

Para un caso como el presente es útil recordar la doctrina de la Corte que se encuentra a la página 383, Tomo III de su Jurisprudencia (Nº 1697), y que dice:

"La falsedad en su acepción más amplia, comprende toda mutación de la verdad, y en tal sentido se dice que incurre en falsedad un testigo cuando se aparta de la verdad en su exposición, lo mismo que quien usurpa un título o función que no le corresponde. Mas tratándose de documentos, la palabra falsedad asume un sentido restringido y comprende solamente la falsedad formal, la material y la intelectual. La **formal** tiene lugar cuando se hace aparecer que un instrumento ha sido autorizado por un funcionario público que no ha intervenido en su otorgamiento, o sea cuando se falsifica la firma misma del funcionario; la falsedad **material** es la que ocurre cuando el instrumento es originariamente legítimo pero ha sufrido adulteración en su contenido; y se dice que es **intelectual** cuando el funcionario que ha intervenido en el otorgamiento del instrumento hace constar en él hechos que no son verdaderos. (Sentencia 2 junio 1926. XXXII, 355, 2ª)".

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación en lo criminal, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el sobreseimiento definitivo de fecha dieciocho de agosto de mil novecientos treinta y siete, proferido por el Tribunal Superior de Tunja en favor del señor José María García L., por los cargos de abandono del puesto y falsedad que se le hicieron en su carácter de Juez del Circuito de Garagoa.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo.—Salvador Iglesias. — Pedro Alejo Rodríguez. — Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, quince de noviembre de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

El Tribunal Superior de Bogotá impuso la pena principal de trece años y seis meses de presidio a Angel María Rojas por los delitos de homicidio y heridas.

Rojas interpuso casación y su apoderado, doctor Carlos H. Pareja, fundó el recurso en las causales 1ª, 2ª y 4ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, aunque haciendo notar que de preferencia debe casarse el fallo por alguna de las causales 1ª o 4ª, en vista de los perjuicios y dilaciones que para su cliente traería consigo la reposición del proceso por nulidad.

Por su parte, el señor Procurador delegado en lo penal invoca y sustenta únicamente la causal 2ª, "pues habiendo necesidad —dice— de reponer la actuación es inútil ocuparse en cuestiones relativas al veredicto del Jurado y a la aplicación de la ley penal, que quedan sin efecto".

El motivo de nulidad planteado tanto por el doctor Pareja como por la Procuraduría consiste en la circunstancia de haber revisado el Tribunal el auto de proceder por medio de un solo Magistrado y no en Sala de Decisión.

Para resolver, la Corte considera:

No obstante la manifestación que hace el señor apoderado de Angel María Rojas sobre perjuicios para su representado por consecuencia de la anulación, como él mismo invoca la causal 2ª y el señor Procurador insiste en alegarla, no puede la Corte eximirse de entrar ante todo en el estudio de ella, como que es la que afecta más radicalmente el proceso entre las que en el presente caso le han sido planteadas a la Corte.

Al reponerse la actuación podrán los juzgadores de instancia apreciar, en el valor que tengan, los reparos hechos por el señor abogado en cuanto a la apreciación de la responsabilidad del sindicado, forma del enjuiciamiento, aplicación de la ley penal, etc.

Sobre el punto concreto de la nulidad, constante ha sido la doctrina de la Corte, reproducida en múltiples fallos, en los cuales se han propuesto los considerandos siguientes:

No se diga que el artículo 35 de la Ley 104 de 1922 dejó de regir al expedirse la Ley 105 de 1931 sobre organización judicial y procedimiento civil, en cuyos artículos 82 y 84 se determina que los Tribunales conocen en Sala de Decisión de las apelaciones contra las sentencias de los jueces Superiores y de Circuito, y a él toca proferir los autos interlocutorios y de sustanciación y presentar el proyecto de sentencia.

En primer lugar, la Ley de 1931 no provee sobre procedimiento penal, a lo que se agrega que los artículos 82 y 84 de ella son de mera organización judicial, y no constituyen normas ni regulan trámites para lo criminal.

En segundo lugar, la Ley 105 de 1931 no derogó expresamente el artículo 35 de la 104 de 1922; y como esta ley versa sobre procedimiento penal, si alguna relación fuera necesario establecer entre los dos estatutos, se hallaría en el artículo 204 de la Ley de 1931, a cuyo tenor "las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia".

Desde el punto de vista procesal, el auto que llama a juicio y el de sobreseimiento tienen la misma significación jurídica, ya que mediante uno u otro se decide en el fondo sobre el mérito del sumario; y si de conformidad con el artículo 33 de la Ley 104 de 1922, el sobreseimiento definitivo pone término al juicio y pasa en autoridad de cosa juzgada, es decir, equivale a una sentencia, no es posible aceptar que el auto de proceder, tan grave para el sindicado y que cumple igual fenómeno de decisión, represente apenas una providencia de carácter meramente incidental.

Ahora bien: si práctica constante de los Tribunales ha sido la de resolver en Sala de Decisión acerca de las consultas de los sobreseimientos definitivos, con igual o mayor razón deben aquéllos fallar también en Sala Plural las apelaciones de los autos de proceder.

Por lo demás, confrontando al acaso expedientes en curso ante la Corte, se observa que los Tribunales de Bucaramanga, Buga, Ibagué, Manizales, Medellín, Pasto, Popayán, San Gil y Tunja, revisan en Sala Plural los autos de enjuiciamiento de que conocen por apelación.

Resta examinar si la irregularidad de que el auto de proceder no se haya revisado o proferido por el Tribunal en Sala de Decisión es motivo de nulidad que imponga la reposición del proceso, o sea, si debe prosperar la causal 2ª de casación invocada.

Para resolver el punto afirmativamente, basta considerar que no hallándose ejecutoriado el auto de proceder, carecía el Tribunal de facultad para pronunciar sentencia definitiva; y la carencia de esta facultad implica incompetencia de jurisdicción, que es la causal de nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 264, Ley 57 de 1887.

En otras palabras, falta en este juicio el auto de proceder, puesto que el dictado por el Juez a quo fue apelado y la apelación no se resolvió en la forma legal arriba explicada.

Al infirmar, pues, el fallo por la causal 2ª de casación como es pertinente para este negocio, lo hace la Corte en guarda de las formalidades propias del juicio (artículo 26 de la Constitución), siendo así que una de las sustanciales en el proceso penal es la existencia legal y jurídica del auto de proceder.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación en lo criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el seis de abril de mil novecientos treinta y siete, que impuso a Angel María Rojas la pena principal de trece años y seis meses de presidio por los delitos de homicidio y heridas; en su lugar anula lo actuado desde el auto de veintiocho de agosto de mil novecientos treinta y cinco, inclusive (fs. 4 y siguientes del cuaderno 4), y ordena que se reponga el procedimiento de allí en adelante.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

LA CORTE PUEDE INHIBIRSE DE PLANO PARA CONOCER DE UN RECURSO DE REVISION

La demanda de revisión propuesta por motivo que no está entre las causales de tal recurso reconocidas por la ley, puede la Corte desecharla de plano, especialmente por la circunstancia de que al tramitar la demanda presentada en esas condiciones se perjudicaría al reo en el sentido de que perdería toda oportunidad de revisión, ya que este recurso no puede intentarse sino una sola vez (artículo 3º, Ley 33 de 1909).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, diecisiete de noviembre de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

A la demanda de revisión presentada por el reo José del C. Rincón no se han acompañado "documentos o comprobantes no conocidos a tiempo de los debates", sino copias

de varias piezas del proceso en que se le condenó.

Tampoco funda Rincón la demanda en un "hecho nuevo" producido o revelado después de su condenación: simplemente alega ahora la nulidad del juicio seguido contra él.

Y como ha querido apoyar dicha demanda en el numeral 5º del artículo 1º, Ley 33 de 1909, que exige la presentación de pruebas "capaces de establecer la inocencia o irresponsabilidad del procesado", o "indicios graves sobre esta inocencia o irresponsabilidad", desde ahora se ve que la prosecución de los trámites inherentes al recurso de revisión a la postre resultaría inútil.

Lo referente a nulidades del juicio debe debatirse dentro de éste mismo, o plantearse como causal de casación; pero en pasaje alguno de la Ley 33 de 1909 se establece la nulidad como causal propia del recurso de revisión.

Debe, pues, la Sala inhibirse de plano para conocer de este asunto; con la circunstancia de que al tramitar la demanda sobre las bases anotadas, se perjudicaría al reo en el sentido de que perdería toda oportunidad de revisión, ya que este recurso no puede intentarse sino una sola vez (artículo 3º, Ley 33 de 1909).

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación en lo criminal, se inhibe de conocer en la presente demanda de revisión de José del C. Rincón y ordena devolver al interesado, una vez ejecutoriado este auto, la documentación aducida.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO

No hay necesidad de precisar de una manera matemática la época en que se cometió el delito, ni la ubicación específicamente inconfundible. Lo esencial es que el tiempo sea determinable en un espacio en que todo concuerde y el sitio determinable también por un punto conocido de todos y en cuya seña o ubicación estén contestes los testigos o que a él se refieran otros elementos probatorios.—2. No significa nada respecto del cuerpo del delito de homicidio la agresión con arma de fuego contra una persona y el resultado de la muerte de otra, pues el homicidio se produce y es imputable y se caracteriza como figura delictuosa, así el hecho que lo causa recaiga sobre persona determinada, como víctima de antemano de una agresión, o recaiga casualmente sobre otra.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, diez y siete de noviembre de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado sustanciador, Dr. Salvador Iglesias)

Vicente Rey Espinosa, llamado a responder en juicio por el delito de homicidio, perpetrado en la persona de Jesús Niño, fue condenado por el Juzgado 2º Superior de Bucaramanga a la pena principal de seis años de presidio.

Subió este fallo al Tribunal por apelación del defensor del procesado.

Con fecha 9 de febrero de 1937 el Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia, asentando que el juicio no estaba viciado de nulidad, que el veredicto del Jurado no adolecía de injusticia notoria y que la ley penal había sido aplicada rectamente, puesto que para esta última consideración la sanción del artículo 600 del código de las penas era la aplicable, considerando la delincuencia en ínfimo grado, lo que implica que los seis años de presidio impuestos eran los correspondientes al caso.

Vicente Rey interpuso recurso de casación.

Ha sustentado su demanda en escrito presentado oportunamente.

En este alegato invoca las causales 2ª, 3ª y 6ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

Estas causales se refieren a los motivos de nulidad sustancial, error en la prueba del cuerpo del delito y veredicto evidentemente contradictorio.

En su vista el señor Procurador analiza cada uno de estos motivos, y los argumentos en que los sustentó el recurrente. Concluye

que no hay base para infirmar el fallo recurrido. Así lo pide a la Corte.

Respecto de la 2ª causal, que es la primera invocada, o sea la de nulidad, aléganse dos razones.

1ª Que en los autos se habla de que el delito se cometió a las diez y media de la noche, cuando el hecho sucedió a las ocho y media de la misma noche; y

2ª Que en algunas diligencias se afirma que el delito se cometió a una cuadra abajo de la plaza principal de Piedecuesta y en otras piezas del proceso se dice que el delito se ejecutó en la plaza principal de Piedecuesta.

Como se ve, la causal de nulidad se edifica en el numeral 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887.

Esta causal de nulidad se refiere a equivocación respecto de la época y lugar en que se cometió el delito.

Observa el señor Procurador que no es pertinente, que no cuadra la nulidad invocada, por cuanto en la parte resolutiva del auto de proceder se dijo que el delito de homicidio imputado al sindicado Rey ocurrió "como de las diez a las once de la noche del día 1º de noviembre de 1931, en el centro de la población de Piedecuesta".

Quedó entonces formulado el cargo y las circunstancias determinadas de tiempo y lugar aproximados y determinables en que el hecho se efectuó.

En el cuestionario se repiten esas mismas circunstancias y se agrega la de que la víctima murió al día siguiente.

Cuando un suceso de esta clase ocurre, desde luego inesperado para los testigos o para quienes ocasionalmente saben a renglón seguido la ocurrencia del hecho y la testifican, no es posible la precisión matemática en cuanto a la hora y la ubicación específicamente inconfundible, alinderada o medida desde un punto conocido. Tal precisión es casi imposible si se atiende, entre otras causas, a la diversa apreciación de un mismo hecho, o la referencia a un punto o a una hora por distintos testigos. Lo esencial es que el tiempo sea determinable en un espacio en que todos concuerden y el sitio determinable también por un punto conocido de todos y en cuya seña o ubicación estén contestes los testigos o que a él se refieran otros elementos probatorios.

La ley habla de "la época" en que se cometió el delito.

El auto de proceder, en el cual se indicó de la manera transcrita la ubicación y la hora aproximada en que Vicente Rey dio muerte a Jesús Niño, al disparar un revólver cuyo proyectil iba dirigido contra Mario Rincón por motivos de desavenencia entre ellos, fue consentido por las partes y luégo el cuestionario se formuló sobre esa base. Todo según las constancias del proceso, y ni en uno ni en otro caso se hizo reparo alguno al respecto, porque responde a los hechos y a la manera como pasaron.

Y como de otro lado los mismos datos a que hace referencia el auto de proceder, individualizan el hecho y lo especifican en tiempo y lugar no distinto del escenario y época en que ocurrió, no hay equivocación en esas determinaciones; no hay por consiguiente el motivo 7º de nulidad del artículo 264 de la Ley 57, y no hay por lo tanto asidero para la causal 2ª invocada.

En cuanto a la causal 3ª, error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, se observa:

a) Que el recurrente no niega la muerte de Jesús Niño por obra del disparo que enderezado iba a Mario Rincón. Si esto es así, el hecho de homicidio, que es muerte injusta de un hombre a otro hombre está probado. Y ello aparte de los reconocimientos y testimonios procesales.

b) La intención. Sobre esto arguye el recurrente que su ánimo no fue matar a Jesús Niño y que tempoco había ánimo homicida cuando disparó contra Mario Rincón. Que su objeto fue atemorizarlo.

Esta última parte es enteramente subjetiva. El Jurado la apreció. La apreció tanto en lo que respecta a la agresión desgraciada con arma de fuego contra Rincón, como al resultado de la muerte de Niño. Pero eso no significa nada respecto del cuerpo del delito, ni respecto de su apreciación, pues el homicidio se produce y es imputable y se caracteriza como figura delictuosa, así el hecho que lo cause recaiga sobre persona determinada, como víctima de antemano de una agresión, o recaiga casualmente sobre otra.

En lo referente a la causal 6ª, veredicto contradictorio, la vista del señor Procurador concreta la causal invocada y su réplica en los siguientes términos:

"6ª causal—Esta versa sobre veredicto contradictorio, y el recurrente la funda en que el Jurado descartó la intención homicida y dejó el homicidio como involuntario. Por donde se ve que el cargo es improcedente.

"Sin embargo —pasando a la causal 4ª que sería la pertinente— la sentencia no está en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

"El Jurado contestó esto a un cuestionario sobre homicidio voluntario: 'Sí, sin intención homicida respecto del occiso Jesús Niño, puesto que el disparo que le ocasionó la muerte, iba dirigido a Mario Rincón, según comprobaciones que existen en el expediente'.

"De acuerdo con la doctrina y con el Código Penal, el error in objeto y la aberratio ictus no desnaturalizan la esencia del homicidio, desde luego que el objeto de ese delito es el hombre, y no este o aquel hombre determinado.

"Tampoco puede aceptarse el veredicto como declarativo de un homicidio involuntario, de los llamados culposos, porque los jueces de hecho no declararon que el suceso obedeciera a imprevisión, a falta de destreza, o a otro accidente semejante constitutivo de negligencia o falta de intención homicida. La prueba recogida en la investigación demuestra lo contrario, o sea el dolo y la voluntariedad del homicidio.

"Véase, si no, la siguiente síntesis del acontecimiento:

"De las declaraciones rendidas por Juan de Jesús Pineda, Angel María Pinto, Isidro Graterón y Pedro León Rivera aparece que la molestia primitiva se originó entre Vicente Rey y Mario Rincón. Cuando éste daba la queja a un agente de policía, Vicente Rey se le lanzó encima con revólver en mano; Mario Rincón corrió pero Vicente Rey le hizo a alguna distancia un disparo de revólver, el cual hizo blanco en la persona de Jesús Niño, quien por desgracia se interpuso en esos momentos entre el perseguido y el perseguidor".

"No hay base, pues, para que prospere esta última causal".

No existe veredicto contradictorio. La explicación que contiene la respuesta del Jurado concuerda con el cuestionario mismo, que preguntó sobre la responsabilidad de la muerte de Jesús Niño, y esa explicación responde a la manera como se desarrollaron los hechos, pero nada agrega, ninguna nota pone sobre el ánimo con que obrara el agresor, pues el disparo iba dirigido a Mario Rincón. Claro está que la muerte de Niño fue un suceso desgraciado, pero que en concepto del Jurado y por las constancias que hay en los autos no descarta la responsabilidad ni la intención de Vicente Rey.

El artículo 17 del Código Penal y el 594 del mismo, en nada amenguan la responsabilidad en este caso, cuando así resulta apreciada por el Jurado y sobre todo cuando la apreciación del veredicto se basa en lo que aparece del proceso, sintetizado en el cuestionario.

La respuesta del Jurado no envuelve contradicción alguna. Da razón en este caso sobre la manera como ocurrió el homicidio desgraciado de Niño.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de casación en lo criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de fecha 9 de febrero de 1937, que condenó a Vicente Rey Espinosa a la pena principal de seis años de presidio, por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Jesús Niño.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Srio. en ppd.

¿DELITO DE ROBO O DELITO DE FUGA?

Condenado por tres delitos, robo, heridas y delito contra empleado público, un reo que recurre en casación sin que, por su parte, el Ministerio Público haya interpuesto tal recurso, no debe prosperar la casación por causal que invoque sólo el Procurador General, si la aceptación de dicha causal puede conducir a un nuevo juicio en que al primitivo pliego de cargos contra el acusado se agregue otro delito: el de fuga en el presente caso. Y esto porque el recurso no puede entenderse interpuesto por el reo sino en lo desfavorable a él.

Cuando se ha llamado a juicio y dictado sentencia por un delito que no existe, lo procedente en casación no es alegar nulidad por error en la denominación genérica del delito (causal 2ª), sino error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito (causal 3ª).

En el caso de la sentencia recurrida debe prosperar el recurso por errónea apreciación del cuerpo del delito de robo, ya que en el proceso no están jurídicamente demostrados todos los elementos constitutivos de dicho delito.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veinticuatro de noviembre de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Ha sido demandada en casación la sentencia del Tribunal Superior de Buga que impuso a Nicolás Arana Mazuera y a Luis Eduardo Varela la pena principal de nueve años y seis meses de presidio por heridas, robo y delito contra la persona de un empleado público.

El apoderado de los reos invoca las causales 1ª y 3ª, y las funda principalmente en esta consideración: "El agente Manzano sólo recibió una herida causada con una piedra que fue lanzada, claro está, por uno solo de los tres individuos que con él se encontraban. Y cuál de éstos arrojó la piedra? No se sabe. Y como no se sabe quién fue, se ha resuelto que la responsabilidad sea solidaria entre los tres, partiendo del supuesto de que hubo 'concurso de voluntad', esto es, 'una verdadera sociedad criminal, que se produce por el concierto de dos o más personas inclinadas a cometer un delito en interés mutuo' ".

De su parte el señor Procurador delegado en lo penal, luégo de expresar que algunas de las razones enunciadas por el señor defensor son dignas de tenerse en cuenta, sustenta el recurso en la causal 2ª relativa a la nulidad del procedimiento, haciendo notar que si la Corte encuentra probado este motivo de casación, es inútil que se ocupe en analizar las causales de que habla el recurrente, puesto que en ese caso la actuación tendría que reponerse.

Para resolver, la Corte considera:

Causal 2ª—Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley.

Dicen así los principales pasajes de la vista del señor Procurador:

"Los hechos que dieron origen a este proceso pueden sintetizarse así: los señores Nicolás Arana Mazuera, Luis Eduardo Varela, Enrique Ortiz e Ignacio Rodríguez, condenados por autoridades de policía, por infracción de la Ley 48 del año pasado, fueron encargados por la Dirección de la Colonia Penal de El Carmen para practicar algunos trabajos en el kilómetro 11 de la llamada carretera de Occidente, en el Municipio de Yotoco. La custodia de los presos se encomendó al Agente de Policía Antonio Manzano.

"A las tres y media, más o menos, de la tarde del 23 de noviembre de 1936, cuando los condenados realizaban aquel trabajo, el guardián permitió que se retirara del grupo el preso Ignacio Rodríguez, quien se ausentó con el objeto de proveerse de agua. Cuando Rodríguez regresó al sitio en que se efectuaban los trabajos, encontró al guardián Manzano, tendido en el suelo y sin sentido. Las armas que portaba el herido, esto es, un fusil, un revólver y un yatagán, habían desaparecido y los tres presos restantes (Arana, Varela y Ortiz) habían huído.

"....

"Capturados nuevamente Arana y Varela confesaron en sus indagatorias que se habían fugado, pero negaron haberse puesto previamente de acuerdo y afirmaron que ignoraban quién hubiera sido el autor de la pedrada que recibió Manzano, como también quién sería el que se apropió del fusil, el revólver y el yatagán.

"La calidad de Agente de Manzano está comprobada y es claro que era conocida por los presos.

"El herido fue reconocido por los médicos legistas, quienes en su último reconocimiento, practicado el 18 de febrero del año en curso, afirman 'que la herida que recibió con instrumento contundente, localizada en la región témporo-occipital derecha, se encuentra completamente cicatrizada. Pero como el ofendido tuvo gran pérdida de materia cerebral, las consecuencias tardías a largo plazo no se pueden precisar, puesto que sobre el callo óseo se producen exostesis que son muy peligrosas para la integridad de los centros nerviosos. La incapacidad fue la de cuarenta días'.

"La autoridad cuando capturó a Arana le encontró en su poder el revólver del Agente Manzano.

"De tales hechos se deduce lo siguiente:

"Que Nicolás Arana Mazuera, Luis Eduardo Varela y Enrique Ortiz consumaron el delito de fuga.

"Que se perpetró el delito de heridas en la persona de un empleado que ejercía autoridad cuando el hecho se cometió.

"Que no se ha determinado cuál de los tres presos nombrados fue el que arrojó la piedra al Agente Manzado.

"Que no aparece constatado el acuerdo previo de los condenados para la ejecución del ataque al Agente Manzano.

"Que no aparece demostrado que la violencia ejercida contra el Agente fuera encaminada a la apropiación de las armas que éste tenía en su poder al recibir el ataque.

"Que no apareciendo la prueba de la última circunstancia que acaba de apuntarse, el hecho de que alguno o algunos de los tres fugitivos hubieran tomado el yatagán, el revólver y el fusil, no puede reputarse como robo porque es de la esencia de este delito el empleo de fuerza y violencia con el ánimo de apropiarse de un bien ajeno.

"Ahora bien: en el auto de proceder no se llamó a responder a Varela y a Arana por el delito de fuga, alegando el Juzgado que no era pertinente ese llamamiento a juicio porque los fugitivos no habían sido condenados a ninguna de las penas de presidio, reclusión, prisión o arresto.

"En concepto de este despacho semejante apreciación es equivocada porque implica un apego exagerado a los términos literales del Código Penal y porque llega hasta desconocer la existencia de una adición a la serie de penas corporales contempladas por el mismo Código.

"El artículo 34 del mencionado Código no hace alusión a la pena de relegación en una Colonia Penal, que es la sanción impuesta por la Ley 48 del año pasado, porque el artículo 40 del mismo Código no enumera entre las penas corporales la establecida por el legislador en 1936. Pero es claro que si hoy día se han aumentado las penas corporales, los que sean condenados a esas nuevas sanciones cometen el delito de fuga aunque no lo diga el artículo 34 del Código Penal.

"Esta apreciación sirve para fundamentar el concepto de que en la sentencia del Tribunal se incurrió en equivocación relativa a la denominación genérica del delito.

"Pero hay algo más: se incurrió en la misma equivocación cuando se dictó auto de proceder contra los recurrentes por el delito de robo, no estando demostrado, como no está, que el golpe propinado a Manzano tuvo por finalidad tomar las armas que éste llevaba consigo.

"Analizando con cuidado el expediente nace la creencia, cercana a la certeza, de que la pedrada le fue propinada al Agente con la finalidad de obtener la fuga; y que cuando la víctima cayó, los condenados, o alguno o algunos de ellos, se apropiaron de las armas para asegurar el mejor resultado de esa fuga, es decir, para evitar que al volver en sí Manzano les diera alcance y les disparara, y para estar preparados a una defensa en la hipótesis de la persecución.

"Puede suceder que la violencia de que fue víctima Manzano hubiera tenido como finalidad robarlo; pero esa relación entre el hecho y el propósito no está demostrada y, por consiguiente, la infracción no puede calificarse de robo por faltarle ese elemento esencial.

"Por ese aspecto, se repite, hubo equivocación en la denominación genérica del delito.

"Consecuencialmente, como el ordinal 7º de la Ley 57 de 1887 erige en nulidad en los juicios criminales el incurrir en equivocación relativa a denominación genérica del delito, la causal que se alega se encuentra justificada.

"La reposición del proceso tiene también la ventaja de permitir que los médicos precisen las consecuencias de la herida.

"Fundada en estas consideraciones, la Procuraduría pide respetuosamente a la H. Corte declare nulo todo lo actuado, a partir del auto de proceder (fs. 44 del cuaderno principal) y ordene la reposición del proceso".

La Corte está de acuerdo con el señor Procurador en que el cargo de robo hecho a los

procesados carece de entidad en el presente caso; porque, según dice el Procurador, no está demostrado que el golpe propinado al guardián Manzano hubiera tenido por finalidad la sustracción de las armas que éste llevaba consigo.

Pero de aquí no se deduce, como lo insinúa el señor Procurador, que el proceso sea nulo por error en la denominación genérica del delito, sino que pudo haber error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito de robo, punto que se examinará a propósito de la correspondiente causal.

También alega el señor Procurador que otro motivo de error en la denominación genérica del delito radica en que en el enjuiciamiento se omitió formular a los procesados el cargo de fuga.

Basta este solo enunciado para ver que no debe prosperar la casación por tal aspecto, pues si los recursos no pueden entenderse interpuestos sino en lo desfavorable, mal podría invalidarse la sentencia para que se juzgara de nuevo a los procesados agregando al primitivo pliego de cargos otro delito.

Y no se diga que se trata de la sustitución de un cargo por otro, v. gr., el de robo por el de fuga. La nulidad procesal trae como único resultado la invalidación de lo hecho, y así, por esta vía, los recurrentes no quedarían exentos de que al repetirse la actuación anulada, pudieran recaer sobre ellos los dos cargos a la vez.

Hay que tener en cuenta que aquí se contempla un enjuiciamiento por varios delitos genéricamente diversos.

En el grupo de conclusiones a que llega el señor Procurador, se contienen estas otras: "Que no se ha determinado cuál de los tres presos nombrados fue el que arrojó la piedra al agente Manzano"; y "Que no aparece constatado el acuerdo previo de los condenados para la ejecución del ataque al agente Manzano".

Los anteriores puntos se refieren a la responsabilidad de los procesados en el delito de heridas, materia que pasa a examinarse en relación con la causal 1ª

Causal—Ser la sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma.

Respecto del delito de heridas, el señor apoderado de los recurrentes planteó en su alegato tesis que conducen a las conclusiones formuladas sobre el particular por el señor Procurador y que acaban de copiarse.

La Corte observa:

Saber si a cada uno de los procesados puede imputársele participación en el hecho de haber herido al agente Manzano y si esa participación fue principal o secundaria, es punto atañedero a la valoración de pruebas acerca de la responsabilidad, materia sobre la cual es soberano el Tribunal para casos como el presente, en que no se trata de juicio por jurados. De lo contrario, el recurso de casación vendría a quedar convertido en una especie de tercera instancia.

No resulta, pues, fundada la causal 1ª

Causal 3ª—Error en cuanto a la prueba del cuerpo del delito.

Los elementos del cuerpo del delito de robo, tal como está definido en la correspondiente disposición del Código Penal (artículo 771), consisten en la sustracción de la cosa ajena, en el ánimo de apropiársela, y en el empleo de fuerza o violencia para conseguir el fin propuesto.

Y como todo indica en los autos que el propósito de los reos al atacar al agente Manzano era únicamente el de evadirse de la colonia penal, la violencia empleada contra aquél no tenía por objeto despojarlo, con ánimo de apropiárselas, de las armas que llevaba.

Así las cosas, no aparecen reunidos los elementos que constituyen el delito de robo y resulta fundada la acusación contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga en lo que se refiere a ese delito.

La sentencia debe, pues, casarse parcialmente en el sentido de absolver a los procesados por el delito de robo, dejándose vigente en lo demás.

Y como en la sentencia del juez, confirmada por el fallo que es materia del recurso, se impuso a cada uno de los reos un año de presidio por el delito contra la persona de un empleado público, cuatro años, seis meses, por el de golpes y maltratamientos, y cuatro años por el de robo, ocurre ahora que al total de nueve años y medio de presidio que les infligió la sentencia, debe mermársele los cuatro de la condenación por el robo, de suerte que en definitiva la pena que les corresponde es la de cinco años seis meses de presidio.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación en lo criminal, oído el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º—Invalídase parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Buga, fechada el

primero de junio de mil novecientos treinta y siete, en cuanto condenó a Nicolás Arana Mazuera y a Luis Eduardo Varela a la pena de cuatro años de presidio por el delito de robo, y en su lugar absuelve de este cargo a los procesados; y

2º—Declárase que no es el caso de infirmar, y no se infirma, el fallo recurrido en lo referente a la condenación de Arana y Varela a la pena de cinco años, seis meses de presidio por heridas y delito contra la persona de un empleado público.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

FUERZA Y VIOLENCIA

El abuso deshonesto de un impúber de sexo contrario, es forzamiento en cualquier caso. El artículo 683 del Código Penal establece una presunción de derecho respecto del actor del abuso en estas circunstancias. Basa la ley esa presunción en la invalidez del consentimiento.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veinticuatro de noviembre de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado sustanciador, Dr. Salvador Iglesias)

Por el delito de fuerza y violencia, no siquiera en una imúber sino en una infanta, se abrió este proceso, fallado por el Juez Superior de Pereira en sentencia que inyunge al reo la pena de ocho años de presidio.

Apeló de ese fallo el procesado Luis Alfonso Agudelo.

El Tribunal Superior de Pereira lo confirmó en todas sus partes.

Como el reo considerara vulnerable la sentencia del Tribunal, la demandó en casación, recurso que le fue concedido.

Ante la Corte, el reo, en alegato que figura en autos, enfoca su argumentación a la causal 3ª —error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

Para fundamentar el motivo de casación invocado, alega estas dos razones:

a) "La impúber ofendida y que como tál aparece en el expediente que obra en mi contra, se entregó en forma sumisa y fue la que me invitó en forma descubierta a hechos carnales, señalándome puntos precisos, para hacerlo a escondidas de la familia, y que son declaraciones que figuran en contra mía en la instrucción del sumario.

b) "El dictamen pericial, o sea el del Médico Legista, establece una edad superior a la que se señaló a la ofendida en el auto en en que se me llamó a juicio por fuerza y violencia; luego sí hay error en las apreciaciones, y la edad de la ofendida es apreciación principal de la prueba del cuerpo del delito, y la edad no aparece llanamente comprobada".

Por su parte, el señor Procurador Delegado en lo Penal observa lo siguiente:

"Tratándose de menor impúber la violencia se presume, pues el consentimiento que haya podido prestar la ofendida se da por inexistente.

"En el caso de autos, está demostrado que el acusado tuvo acceso carnal con una niña que aún no había cumplido la edad de siete años cuando el hecho tuvo lugar. La partida de bautizo de la víctima, el dictamen de los médicos, las declaraciones de los testigos y la propia confesión del sindicado, demuestran plenamente el cuerpo del delito y la responsabilidad del recurrente.

"La cuestión jurídica es clara y está tratada con propiedad y acierto en la sentencia del señor Juez Superior.

"Como la demanda carece de apoyo legal, la Procuraduría pide respetuosamente a la H. Corte que no infirme el fallo recurrido, pronunciado por el H. Tribunal de Pereira".

La conclusión a que llega el señor Procurador Delegado en lo Penal, es la acertada en el presente caso. Los datos del proceso la determinan fatalmente. La causal alegada no puede prosperar.

En efecto: se trata del delito de fuerza y violencia perpetrado en una niña cuya edad, en la época en que fue violada, era, según las constancias del proceso, inferior a siete años (véase partida de bautismo al folio 8).

El abuso deshonesto de un impúber de

sexo contrario, es forzamiento en cualquier caso. El artículo 683 del Código Penal establece una presunción de derecho respecto del actor del abuso en estas circunstancias. Basa la ley esta presunción en la invalidez del consentimiento. Cuando la mujer es núbil, en tratándose del estupro, se admite la prueba del consentimiento, y ello porque ya es apta para la reproducción y porque se trata de un acto fisiológico, que si puede caer bajo otra sanción del Código Penal, depende del medio como se obtuvo el consentimiento, que en unos casos puede ser el del engaño o el de la privación de la voluntad.

Mas cuando ni fisiológicamente es apta la mujer para el acoplamiento, ni su voluntad es consciente por razón de la edad legal, la presunción no admite prueba en contrario. Entonces el cuerpo del delito, resultante del hecho mismo cumplido, y caracterizado por los elementos constitutivos del acto delictuoso contemplados en la respectiva disposición penal (artículo 1512 del Código Judicial y 24 de la ley 104 de 1922), está de tal manera destacado que no es posible predicar error en su apreciación, puesto que él es simplemente una constatación del hecho material y de la presunción legal.

La sentencia recurrida se apoyó, como todo el proceso, en esos hechos incontrovertibles, demostrativos del cuerpo del delito.

Y como la demanda contra el fallo se basa en la causal 3ª, no es viable la casación por ese motivo, único invocado contra la sentencia.

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma la sentencia del H. Tribunal Superior de Pereira, fechada el 11 de marzo de 1937, que impuso a Luis Alfonso Agudelo la pena principal de ocho años de presidio, por el delito de fuerza y violencia cometido en la impúber María Jobita Alvarez.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Srio. en ppd.

AUTO PARA MEJOR PROVEER EN CASACION CRIMINAL

La enajenación mental del reo, cuando aparece probada en las instancias, puede aducirse como fundamento de la causal 3ª de casación; pero dada la estructura legal del recurso, no es posible invalidar una sentencia por esta causal, con la única mira de buscar nuevos elementos de juicio por medio de auto para mejor proveer.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, febrero nueve de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

María del Carmen Cerquera fue condenada a veinte años de presidio por el Tribunal Superior de Neiva, como responsable de la muerte de una niña hija suya, menor de dos meses, a quien abandonó a orillas de una laguna.

Como lo dice el señor Procurador delegado en lo penal, la casación no se ha propuesto en debida forma; pues en dos escritos dirigidos por la recurrente a la Corte se limita a hablar de su ignorancia y falta de intención homicida, pidiendo la aplicación de una pena más benigna.

En estas condiciones, lo indicado sería declarar desierto el recurso; pero ocurre que el señor Procurador, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 6º de la ley 118 de 1931, invoca la causal 3ª de casación, con el objeto de que se dicte un auto para mejor proveer enderezado a averiguar, respecto de la procesada, el posible "estado patológico en el mecanismo de su afectividad".

Para resolver, la Corte considera:

Es de observar que el señor Procurador en tratándose de cuerpo del delito, no plantea un problema, serio de suyo y que se suscitó en las instancias, relativo a la determinación de si el hecho materia de los autos constitu-

ye propiamente delito de homicidio (infanticidio), o si se trata de un caso de abandono o exposición de niño, de aquellos a que alude el Capítulo 10º, Título 1º, Libro 3º, del Código Penal.

Las observaciones del señor Procurador versan exclusivamente sobre el estado psíquico de María del Carmen Cerquera, como elemento que afecta la existencia misma del hecho punible; y en la parte final de su vista opina la Procuraduría que de acoger la Corte tal pedimento, "el auto para mejor proveer debe utilizarlo al proferir su nueva sentencia, para que la casación quede resuelta en debida forma y para no obligar al Tribunal de instancia a reproducir su primitivo fallo o a revocarse a sí mismo, lo que va contra expreso mandato del legislador".

Claro está que la enajenación mental del reo, cuando aparece probada en las instancias, puede aducirse como fundamento de la causal 3ª de casación; y así lo ha resuelto la Corte, entre otros, en el proceso de Carlos Alberto o Carlos Hugo Angel. (Sentencia de 4 de septiembre de 1936.—Gaceta Judicial número 1909 1910, página 680).

Se basó entonces la Corte en que cuando el presunto delincuente se hallaba "en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón" (artículo 29 del Código Penal), el acto, aunque materialmente delictuoso, no es criminoso y punible (artículo 1512 del Código Judicial); en dicho acto se echa de menos el elemento intencional o formal del cuerpo del delito y no puede condenarse por él a una persona que, según la legislación vigente, no es sujeto de derecho penal.

Pero dada la estructura legal del recurso de casación, no es posible invalidar una sentencia por la causal 3ª con la única mira de buscar nuevos elementos de juicio, como lo quiere para este asunto el señor Procurador.

El auto para mejor proveer en casación criminal sólo tiene asidero en la aplicación por analogía de las disposiciones que autorizan a la Corte para dictarlo en casación civil (artículos 2021 del Código Judicial y 9º de la Ley 78 de 1923).

Ahora bien: según el artículo 539 de la ley 105 de 1931, el auto puede dictarse únicamente al hallar la Corte justificada alguna de las tres primeras causales del artículo 520 ibídem, o lo que es lo mismo, siempre que le corresponda decidir acerca de lo principal del pleito.

Y el artículo 19 de la ley 100 de 1892, vigente a tiempo de la expedición de la ley 78 de 1923 sobre casación en lo criminal, es todavía más explícito en el particular, pues dispone que el auto para mejor proveer puede dictarse "cuando invalidado el fallo a virtud de recurso de casación, la Corte haya de dictar sentencia que reemplace la del Tribunal".

En proveído de 25 de enero de 1935 esta Sala de la Corte, integrada por personal distinto del actual, infirmó, por la causal 3ª, una sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en la cual se condenaba a Sibel Murillo por el delito de envenenamiento; y dictó auto para mejor proveer con el objeto de inquirir datos más precisos acerca de las sustancias tóximas halladas en el cuerpo de la víctima.

Cumplidas estas diligencias, el actual personal de la Sala se vio en la necesidad de soltar el negocio de la manera siguiente:

"Y puesto que la sentencia del Tribunal de Santa Rosa fue infirmada por la causal 3ª, no le toca hoy a la Corte, de acuerdo con el inciso 3º del artículo 4º, Ley 118 de 1931, dictar la que ha de reempazarla, porque esto sólo sería pertinente si la casación se hubiese verificado en virtud de alguna de las causales 1ª, 4ª o 6ª, o sea en los casos en que la Corte, al casar un fallo, emite su pronunciamiento en reemplazo de la decisión de instancia. El citado artículo de la ley de 1931 ordena que al casarse una sentencia por la causal 3ª, la Corte absuelva al procesado, o devuelva el expediente a la autoridad competente para que ésta conozca si a juicio de la Corte es otro el delito cometido, pero en aquella disposición no se ordena que la Corte dicte el fallo que debe reemplazar al infirmado.

Ahora bien: el procesado no fue absuelto en el fallo de casación dictado por la Corte; y como de las pruebas ordenadas en el auto para mejor proveer no resulta que se hubiera cometido otro delito, la Sala se encuentra ante una situación creada por aquel fallo de la Corte, cuya única solución es la de determinar en el sentido de que el Tribunal de instancia dicte nuevamente sentencia, ya que en la actualidad el proceso carece de ella, infirmada como se halla la anterior.

Tal solución no sólo es impuesta por la lógica, sino que resulta acorde con las normas legales que regulan el procedimiento en materia de casación. En efecto: el artículo 9º de la ley 78 de 1923 prescribe que se apliquen en materia criminal las disposiciones de la casación civil vigentes entonces; y tanto por esta razón como porque en caso de vacío en el procedimiento penal se observan

los preceptos análogos del procedimiento civil (artículo 2021 del Código Judicial), resulta indicado en este negocio la aplicación de los artículos 539 y 540 de la Ley 105 de 1931, el segundo de los cuales estatuye que en situaciones similares de la casación civil, 'la Corte declara en qué estado queda el juicio y dispone que se envíen los autos al Tribunal de su origen, o a otro que esté próximo a éste, para que dicte nuevo fallo, o determine lo procedente con arreglo a derecho". (Gaceta Judicial números 1918 y 1919, página 560).

La transcripción de los anteriores pasajes hará ver al señor Procurador que si en el caso de Sibel Murillo dispuso la Corte devolver el expediente al Tribunal de instancia, tuvo que hacerlo así por la situación de hecho que encontró creada en el procedimiento, a virtud de providencia de la Sala anterior, que creyó factible el auto para mejor proveer a propósito de la causal sobre cuerpo de delito.

No viniendo establecida, pues, la enajenación mental de la sindicada, el recurso no prospera por la causal 3ª, única que se ha invocado.

Y el auto para mejor proveer que solicita el señor Procurador sería pertinente si se hubiese alegado, por ejemplo, la causal 1ª, sobre indebida aplicación de la ley, con apoyo en el artículo 29 del Código Penal que considera excusable, y, de consiguiente, no sujeto a pena, al que se halle en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción.

Así, la Corte, en vista de la nueva prueba, quedaría, como Tribunal de instancia y de conformidad con el inciso 1º, artículo 4º, ley 118 de 1931, en capacidad de absolver o condenar, según el caso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador General de la Nación y 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 Neiva, fechada el trece de febrero de mil novecientos treinta y siete, que impuso a María del Carmen Cerquera la pena principal de veinte años de presidio como responsable de la muerte de una niña, hija suya.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS, PERJUICIOS, etc.—SUSPENSION DE LAS ORDENANZAS.—NULIDAD DE ELLAS.—EFECTOS JURIDICOS DE LA SUSPENSION Y DE LA NULIDAD

1.—La suspensión de las ordenanzas está autorizada no sólo por la ley sino por la Constitución y lo mismo la cuestión referente a la nulidad de ellas. (Artículo 111, C. P. y M., 57 Acto Legislativo Nº 3 de 1910, 58 ibídem, 109, C. P. y M.). Las ordenanzas no rigen durante el término de su suspensión y no pueden, por tanto, producir ningún efecto en el mismo tiempo. Pretender que porque el acto suspendido se declare válido al final del juicio haya de ser válido también en el tiempo de la suspensión, equivale a desconocer el mandato de la ley, que ha querido que no rija, que no obligue el acto respectivo mientras dura la suspensión. Mientras están suspendidas las ordenanzas no rigen, no se hallan vigentes, y no son fuente constitutiva de derechos a que pueda aplicarse lo dispuesto en el artículo 122 del C. P. y M.—2. El artículo 29 de la ley 25 de 1928 no es aplicable a los juicios sobre validez de las ordenanzas o acuerdos. El se refiere, como lo expresa su texto, "a los juicios administrativos que tienen por objeto revisar providencias en que se impone la obligación de consignar una cantidad de dinero, como el pago de un impuesto". El artículo supone una PROVIDENCIA que se revisa y en que se impone la obligación de consignar una cantidad de dinero, como son los actos de los Recaudadores de Impuestos. Una ordenanza no es una PROVIDENCIA.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio diez de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Maximiliano Neira, en nombre

y representación del Departamento del Tolima, demandó en juicio ordinario a la Compañía Colombiana de Tabaco y a los señores Yezid Melendro y Benjamín Moreno, ante el Tribunal Superior de Ibagué, para que por sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera—Que los demandados están obligados a indemnizar al Departamento del Tolima, solidariamente, o por partes iguales, o a prorrata, los perjuicios que le causaron al Departamento con el juicio de nulidad que promovieron contra la ordenanza número 55 de fecha 28 de abril de 1925, 'por la cual se hace una reorganización en el ramo de tabaco', expedida por la Asamblea del Tolima; o por lo menos los perjuicios que le causaron al Departamento con la suspensión provisional de dicha ordenanza, que acarreó como efecto inmediato la suspensión del cobro del impuesto establecido en el artículo 1º de ella, durante todo el tiempo en que el Departamento dejó de cobrar dicho impuesto, indemnización que estimo en la cantidad de ciento sesenta mil pesos ($ 160,000.00) moneda corriente, o en aquella que resulte de las pruebas del juicio, o de un avalúo pericial.

"Segunda—Que los demandados están obligados a pagar al Departamento, solidariamente, o por partes iguales, o a prorrata, intereses corrientes, o por lo menos intereses legales, sobre la suma valor de la indemnización, liquidados desde el día en que quedó en firme la sentencia pronunciada por el Consejo de Estado en la cual declaró la legalidad y validez del impuesto establecido en el artículo 1º de dicha ordenanza, hasta cuando los demandados hagan el pago; o por lo menos, desde la fecha de esta demanda hasta cuando hagan el pago.

"Tercera—Que los demandados están obligados a pagar al Departamento, en la forma pedida atrás, las costas de este juicio.

"Subsidiariamente, pido que se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera—Que la Compañía Colombiana de Tabaco está obligad a pagar al Departamento del Tolima las sumas que dejaron de pagársele conforme al impuesto señalado en el artículo 1º de la Ordenanza 55 citada, o sea, la diferencia entre el impuesto pagado y el que debió y debe pagársele, sobre los cigarrillos fabricados por esa Compañía y que se introdujeron al Departamento durante el tiempo de la suspensión provisional de la citada ordenanza, o por lo menos, que la Compañía está obligada a pagar al Departamento las sumas que ella dejó de pagarle conforme al impuesto señalado en el citado artículo 1º, o sea, la diferencia entre el impuesto que pagó y el que debió y debe pagar, sobre los cigarrillos de su fabricación introducidos al Departamento directamente por la Compañía, durante el tiempo de la suspensión provisional de la Ordenanza 55 citada.

"Segunda—Que la Compañía Colombiana de Tabaco está obligada a pagar al Departamento intereses corrientes, o por lo menos legales, sobre las sumas a que se refiere la declaración anterior, liquidados desde la fecha en que dejaron de consignarse las respectivas sumas en las cajas departamentales, hasta cuando se verifique el pago; o por lo menos, desde la fecha en que quedó en firme la sentencia pronunciada por el Consejo de Estado en que declaró la legalidad y validez del impuesto señalado en el artículo 1º de la citada ordenanza, hasta cuando se haga el pago; o por lo menos, desde la fecha de esta demanda hasta cuando se haga el pago.

"Tercera—Que la Compañía Colombiana de Tabaco está obligada a pagar las costas de este juicio".

El Tribunal desató la litis por medio de su fallo proferido el veinticuatro de abril de mil novecientos treinta y seis, que termina con estas declaraciones:

"1ª—Se absuelve a todos los demandados de los cargos formulados en la demanda principal y se absuelve a la Compañía Colombiana de Tabaco de los cargos que se le hicieron en la primera petición de la demanda subsidiaria.

"2ª—Se condena a la Compañía Colombiana de Tabaco, sociedad anónima domiciliada en Medellín, a pagarle al Departamento del Tolima seis días después de la notificación de esta demanda (sic), la cantidad de $ 79,478.24 e intereses legales de esta suma que corresponde al gravamen de cuatro centavos por cajetilla de cigarrillos de producción nacional impuesto por la ordenanza 55 de 1925, o sea la diferencia entre el impuesto pagado y el que debió pagar sobre los cigarrillos fabricados por esa Compañía e introducidos por la misma al Departamento del Tolima durante el período de la suspensión de aquélla.

"Los intereses se deben desde la fecha en que se notificó la sentencia del Consejo de Estado que decidió sobre la legalidad de la ordenanza acusada.

"Sin costas".

Como ambas partes apelaran del fallo del Tribunal, éste concedió el recurso para ante

la Corte Suprema, y en esta entidad se han surtido los trámites de la segunda instancia hasta poner el negocio en estado de recibir fallo.

Antecedentes:

Los expone así la demanda:

"3º—En virtud de facultad constitucional y legal la Asamblea del Tolima expidió la Ordenanza número 55 de 1925 (abril 28), 'por la cual se hace una reorganización en el ramo de tabaco' y estableció un impuesto, así: Art. 1º Grávase la introducción al Departamento de cada cajetilla de cigarrillos de producción nacional o con mezcla de picadura extranjera o que se fabrique en el Departamento, con la suma de cuatro centavos ($ 0.04) por cada cajetilla cuyo contenido no exceda de diez y ocho cigarrillos (18). Si el contenido de las cajetillas excediere de diez y ocho (18) cigarrillos, se cobrará el gravamen proporcional al aumento".

4º—El artículo 12 de la Ordenanza citada, dispuso: "La presente Ordenanza regirá desde su promulgación; pero en lo que se refiere a los nuevos impuestos, solamente regirá seis (6) meses después de promulgada". Esta Ordenanza fue promulgada en el Registro Oficial Nº 822 del 12 de mayo de 1925".

5º—En el mes de noviembre de 1925 entró en vigor el nuevo impuesto establecido en el artículo 1º de dicha Ordenanza, y desde entonces el Departamento siguió administrando la renta sobre el consumo de cigarrillos nacionales con el nuevo impuesto".

7º—Vigente el impuesto del artículo 1º citado, los demandados iniciaron juicio de nulidad de la Ordenanza 55, y demandaron especialmente la nulidad del artículo 1º, el cual se motejó, además, de ser contrario a la Constitución y a la ley por ser lesivo de derechos civiles".

8º—Dentro del juicio de nulidad los demandados obtuvieron la suspensión provisional de toda la Ordenanza, y por consiguiente del artículo 1º citado".

9º—La suspensión provisional de la Ordenanza la comunicó el Tribunal Administrativo Seccional de Ibagué a la Gobernación del Tolima en nota número 811 de 13 de agosto de 1926".

10—En virtud de esa comunicación, la Gobernación y la Gerencia de Rentas, en circular telegráfica dirigida a todos los recaudadores departamentales, el 14 de agosto de 1926, ordenaron la suspensión del cobro del impuesto señalado en el artículo 1º de dicha Ordenanza, en los siguientes términos: 'Como Contencioso acaba suspender Ordenanza cincuenta y cinco (55), ustedes cobrarán impuesto introducción cigarrillo nacional a cuarenta centavos ($ 0.40) kilogramo' ".

"11—El Tribunal Administrativo Seccional de Ibagué falló el juicio declarando la nulidad de la Ordenanza 55; por apelación del Fiscal, subió ese juicio al Consejo de Estado, entidad que reformó la sentencia, en providencia de 4 de mayo de 1927, en la cual declaró la legalidad y validez del impuesto del artículo 1º de dicha Ordenanza, y en cuya parte resolutiva dispuso: 'El artículo 1º de la Ordenanza número 55 de 1925, expedida por la Asamblea del Tolima, solamente es nulo en cuanto dice: o con mezcla de picadura extranjera' ".

"14—El Departamento dejó de cobrar el impuesto del artículo 1º de la Ordenanza 55 desde el día 14 de agosto de 1926 hasta el 13 de agosto de 1927".

La cuestión planteada ante la Corte

La demanda se formuló con dos peticiones: 1ª la de que se declare que los demandados deben pagar al Departamento del Tolima una indemnización por el perjuicio que le causaron "con el juicio de nulidad" que promovieron contra la Ordenanza citada, o por los perjuicios que también le ocasionaron "con la suspensión provisional de dicha Ordenanza", y 2ª la de que, en subsidio, la Compañía Colombiana de Tabaco debe cubrir al Departamento la diferencia entre el impuesto pagado y el que debió pagársele sobre los cigarrillos fabricados por esa compañía que "se introdujeron" al Departamento en el tiempo de la suspensión de la Ordenanza, o al menos la diferencia entre el impuesto que pagó y el que debió pagar por los cigarrillos de su fabricación introducidos al Departamento "directamente por la Compañía, en el mismo tiempo. Fuéra de estas dos peticiones, principal la primera y subsidiaria la última, la demanda reclama intereses sobre las sumas que se adeuden al Departamento, y las costas del juicio.

El fallo del Tribunal negó, como ya se ha visto, la petición principal y la primera parte de la subsidiaria, y condenó a la Compañía a pagar al Departamento la cantidad de $ 79,478.24 e intereses legales de esta suma, como valor de la diferencia entre el impuesto pagado por la Compañía y el que debió pagar sobre los cigarrillos fabricados e introducidos por ella al Departamento en el período de suspensión de la ordenanza.

En su alegato de conclusión ante la Corte

el señor apoderado del Departamento del Tolima solicita la confirmación de la sentencia de primera instancia y pide que se adicione en el sentido de declarar que los intereses legales que en aquélla se mencionan son los señalados por la ordenanza 33 de 1926, artículo 33, del doce por ciento (12 por 100) anual.

El señor apoderado de los demandados pide la revocación del fallo objeto del recurso y al referirse a la parte de él en que se negó la solicitud sobre pago de una indemnización, la sustenta por encontrarla legal.

Ambas partes concuerdan en estimar, como se desprende de sus alegaciones, que la cuestión planteada ante la Corte, por el hecho de la apelación, es la contenida en la parte condenatoria del fallo recurrido, o sea la que se relaciona con la condenación a la Compañía Colombiana de Tabaco del pago al Departamento del Tolima de la expresada cantidad y de sus intereses, por concepto de la diferencia entre el impuesto que la Compañía pagó y el que debió pagar en el tiempo de la suspensión de la ordenanza.

La parte del fallo referente a la indemnización demandada no es, por tanto, objeto del presente recurso de apelación, porque el apoderado del Departamento no reclama de las declaraciones que en este punto hizo la sentencia del Tribunal, y porque el representante de los demandados tampoco impugna, sino que, al contrario, sustenta el fallo recurrido en cuanto negó la indemnización de perjuicios.

Tampoco se reclama de la sentencia en cuanto ella se abstuvo de condenar a la Compañía al pago del impuesto por todos los cigarillos que se introdujeron al Departamento durante la suspensión de la ordenanza.

De suerte, pues, que la cuestión sometida al fallo de la Corte se concreta a la de si la Compañía debe pagar al Departamento del Tolima el impuesto sobre tabaco, establecido en la ordenanza Nº 55, en el lapso de la suspensión, por los cigarrillos que ella introdujo al Departamento.

Los fundamentos de la sentencia apelada

El Tribunal se expresa así en el punto de que se trata:

"De acuerdo con el artículo 97 —inciso 3º— del Código Político y Municipal, las Asambleas pueden establecer y organizar los impuestos que necesiten para atender a los gastos de la administración pública, con arreglo al sistema tributario, pero sin gravar artículos que sean materia de impuestos de la Nación, a menos que para hacerlo se les dé facultad expresa por la ley.

"El artículo 1º de la ley 10ª de 1909 reconoce como de propiedad de los Departamentos la renta sobre el consumo de tabaco y autoriza a estas entidades para cobrarla y organizarla. Si esto es así, si como lo declara el Consejo de Estado en sentencia de 4 de mayo de 1927, la ordenanza Nº 55 de 1925 en cuanto grava con cuatro centavos la introducción de cada cajetilla de cigarrillos de producción nacional, es perfectamente legal, el impuesto se debe desde la fecha en que tal ordenanza entró en vigencia (6 meses después de su promulgación). Y si el acto jurídico ordenanzal fue suspendido, una vez éste en firme, surge la obligación del pago como si tal suspensión no se hubiere decretado. El efecto jurídico de la suspensión es el de detener, paralizar por un tiempo más o menos largo mientras se decide a fondo el negocio, los efectos del acto acusado, es decir, mientras se decide sobre su legalidad o ilegalidad. Si dicho acto es legal y así se reconoce por el Juez, como nunca ha dejado de serlo, sus efectos surten desde la fecha en que entró en vigencia. Si por el contrario es anulado, se considera que nunca ha tenido existencia legal, y no surte efecto alguno.

"Suspender, no es aplazar la vigencia de la ley u ordenanza, como lo supone uno de los demandados en su alegato de conclusión. Si así fuera se llegaría al absurdo de que el decreto de suspensión vendría a modificar o alterar la vigencia legal de los actos legislativos y violaría el principio constitucional que determina que los acuerdos y ordenanzas son válidos mientras no sean anulados...

"Y si de acuerdo con estas razones tanto la Corte como los Tribunales han aceptado que cuando se invalida un acto legislativo ordenanzal o municipal que impone un gravamen o impuesto y el contribuyente lo pagó, éste tiene derecho a repetir lo pagado, de la misma manera y a la inversa si el contribuyente no lo pagó y el acto es legal y así se declara, la entidad acreedora tiene perfecto derecho a repetir lo que se le debe y no se le ha cubierto.

"Y por encima de esta interpretación doctrinal está la interpretación auténtica del mismo legislador que en el artículo 19 de la ley 25 de 1928 de manera clara y terminante reconoce el derecho a las entidades acreedoras por razón de impuestos o contribuciones, a hacer efectivo el pago del respectivo impuesto con los recargos a que hubiere lugar en cuanto fuere desfavorable lo resuelto. Y luégo agrega: 'Esto ni implica prórroga del

tiempo en que debe hacerse el pago, ni se opone a los efectos del auto de suspensión' ".

"El artículo que acaba de citarse dice textualmente así: 'En los juicios administrativos que tienen por objeto revisar providencias en que se impone la obligación de consignar una cantidad de dinero, como el pago de un impuesto, antes de admitir la demanda debe otorgarse caución a satisfacción del Magistrado sustanciador, de hacer el pago del respectivo impuesto con los recargos a que hubiere lugar, en cuanto fuere desfavorable lo resuelto. Esto no implica prórroga del tiempo en que debe hacerse el pago, ni se opone a los efectos del auto de suspensión' ".

Alegaciones del apoderado del Departamento

El señor apoderado del Departamento hace ante la Corte extensas y razonadas consideraciones en apoyo de las que aparecen como fundamento del fallo recurrido, y además propone nuevos motivos o argumentos dirigidos a demostrar la legalidad de la sentencia de primera instancia.

Es oportuno traer aquí las más importantes y pertinentes de esas apreciaciones, respecto de la cuestión que debe examinar la Corte.

Dice el apoderado del Departamento:

"El artículo 59 de la ley 130 de 1913, da al Tribunal Administrativo, entre otras facultades, la de suspender provisionalmente el acto acusado o denunciado, cuando ello fuere necesario para evitar en lo futuro un perjuicio notoriamente grave.

"La orden de suspensión provisional, no se puede asimilar a una declaración de nulidad: primero, porque esa orden se da en un simple auto de sustanciación que admite la demanda; y segundo, porque la nulidad solamente se pronuncia en la sentencia definitiva.

"Tampoco pueden asimilarse, porque la suspensión provisional sólo tiene por objeto aplazar, en forma temporal y mientras se resuelve definitivamente la acusación, el cumplimiento del acto acusado. La nulidad, en cambio, va al fondo, a destruír, a aniquilar totalmente el acto acusado y sus efectos.

"La orden de suspensión provisional tampoco puede asimilarse a una derogación del acto acusado, porque entre las facultades de los Tribunales Administrativos no se encuentra la de poder modificar, derogar o sustituír el acto acusado, porque esas atribuciones competen privativamente a las Asambleas, que son las únicas personas que pueden dictar ordenanzas, derogarlas y modificarlas.

"La derogación es definitiva y corresponde dictarla al legislador departamental. La suspensión provisional aplaza temporalmente el cumplimiento del acto acusado.

"Y finalmente, porque a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, sólo corresponde, en relación con las ordenanzas, decidir si sus disposiciones están o no ajustadas a las normas constitucionales y legales, haciendo la declaración correspondiente, pero nada más...".

"A esto respondo: si como lo hemos visto, constitucionalmente las corporaciones judiciales de cualquier jurisdicción que sean, carecen de facultad para derogar, reformar o adicionar las leyes y ordenanzas y acuerdos, y si su misión es el mantener el imperio de las mismas siempre que se conformen al derecho, esto sería suficiente para concluír que la suspensión provisional de una ordenanza, no siendo derogación de la misma, no destruye su vigencia, desde luego que la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo carece de facultad para derogarlas...

"Menos puede considerarse el pago del impuesto, cuando la ordenanza ha sido declarada válida, sujeto a la condición suspensiva de que siendo válida la ordenanza, se suspende indispensablemente en su ejecución. Y para declararlo así me fundo en que la ordenanza que establece el impuesto y lo manda pagar, establece la obligación con independencia de la ley que autoriza la suspensión y su anulación. Una es la ordenanza que establece la obligación, y otra, es la ley que concede el derecho de acusarla y suspenderla: la una crea una obligación pura y simple; la otra confiere un derecho que, a diferencia de la obligación de pagar el impuesto, y por proceder del Poder Público del Estado, es de necesidad ineludible en su cumplimiento y puede ejercitarse o nó, a voluntad del interesado; sin que la acción o la omisión, en este caso, modifiquen o extingan la obligación que como pura y simple debe cumplirse.

"Este es el mejor fundamento de la sentencia recurrida, porque en ella se da estricta aplicación al pensamiento claramente expresado por el legislador, dado que, como lo tengo demostrado, la suspensión de la ordenanza no es anulación; la acción de acusación contra ella le trae como consecuencia la suspensión; ésta es simplemente provisional; lo provisorio no es definitivo y lo definitivo, en este caso, fue la validez del impuesto; por consiguiente, ni la acusación ni la suspensión

afectaron los derechos constituídos conforme a la ordenanza, cuya vigencia también fue establecida por ella y no por el decreto de suspensión, que es extraño a los términos de la ordenanza dicha".

La Sala considera:

Las partes transcritas del fallo del Tribunal y de lo expuesto a la Corte por el señor apoderado del Departamento contienen numerosas e interesantes consideraciones dirigidas a determinar qué es la suspensión de una ordenanza por la autoridad Contencioso-Administrativa, a qué otros actos se asemeja, sus diferencias con la nulidad que declaran las mismas autoridades que la suspensión no es derogación, y todo ello en orden a establecer si la ordenanza suspendida es de obligatorio cumplimiento, respecto del tiempo en que dura la suspensión, cuando finalizado el juicio respectivo, se declara que la ordenanza es legal y, por consiguiente válida, y que debe cumplirse.

En opinión de la Sala, la respuesta a tan importante cuestión la ha dado, de modo expreso y claro, el legislador, en el artículo 111 del Código Político y Municipal, que dice:

"Artículo 111. Las ordenanzas son obligatorias mientras no sean anuladas o suspendidas por la autoridad judicial".

El artículo 57 del Acto Legislativo número 3 de 1910 había expresado:

"Las ordenanzas de las Asambleas son obligatorias mientras no sean anuladas por la autoridad judicial en la forma que prescribe la ley".

Y el artículo 58 del propio Acto Legislativo dijo:

"Los particulares agraviados por actos de las Asambleas pueden recurrir al Tribunal competente, y éste, por pronta providencia, cuando se trate de un grave perjuicio, podrá suspender el acto denunciado".

La suspensión de las ordenanzas está pues autorizada no sólo por la ley sino por la Constitución.

En cuanto a los efectos de tal suspensión, tocantes con la aplicabilidad del acto suspendido, de su obligatoriedad, también se pronuncian el texto constitucional y la ley que lo desarrolla. Dice el artículo 57 del Acto Legislativo citado que las ordenanzas son obligatorias mientras no sean anuladas por la autoridad judicial en la forma que prescribe la ley. Es forma prescrita en la ley la de que durante el juicio se suspenda el acto acusado, y la de que esa suspensión produzca el resultado de no ser obligatorias las ordenanzas mientras se hallen suspendidas (Art. 111, C. P. y M.).

La vigencia, aplicabilidad u obligatoriedad de las ordenanzas se halla regulada por la siguiente disposición:

"Artículo 109, C. P. y M. Las ordenanzas rigen en todo el territorio del Departamento, treinta días después de su publicación en el periódico oficial. Sin embargo las Asambleas pueden reglamentar este punto como a bien lo tengan; pero en todo caso ninguna ordenanza podrá ser obligatoria antes de su promulgación".

Texto del cual se deduce que las ordenanzas son obligatorias, que rigen para el Departamento respectivo, una vez que sean promulgadas. Al decir el artículo 111 ibídem que las ordenanzas son obligatorias mientras no sean anuladas o suspendidas, está expresando que las ordenanzas no rigen en el término de la suspensión.

Y si no rigen las ordenanzas en dicho término, por disposición expresa del legislador, no es necesario recurrir al análisis doctrinal, jurisprudencial o científico para saber si ellas son obligatorias mientras se hallen suspendidas por un acto de la autoridad Contencioso-Administrativa.

Si las ordenanzas no rigen en ese lapso, si no se aplican, si no son obligatorias, ningún efecto pueden producir en el mismo tiempo. Y, por consiguiente, no hay fundamento alguno para deducir de ellas consecuencias legales, o jurídicas, derechos de particulares o de entidades públicas, por incapacidad absoluta de que tales efectos se produzcan o emanen de un acto que no rige, que no está vigente.

Pretender que porque el acto suspendido se declare válido al final del juicio haya de ser válido también en el tiempo de la suspensión, equivale a desconocer el mandato de la ley, que ha querido que no rija, que no obligue el acto respectivo mientras dura la suspensión.

No hubiera dicho el legislador que los actos acusados y suspendidos no rigen, que no son obligatorios, hubiera guardado silencio sobre ello, cabría acaso decir que una vez declarada válida una ordenanza que había sido suspendida, la validez comprendía el lapso de la suspensión. Pero como la ley claramente establece que las ordenanzas suspendidas no son obligatorias, y que no rigen, contra tales previsión y mandato no puede ir el intérprete, así exhiba en apoyo de su interpretación tan interesantes razones como son las que se han consignado en la sentencia objeto del recurso y en los alegatos del apoderado del Departamento.

Este último expresa que la parte que representa adquirió derechos conforme a la ordenanza, que ni la acusación ni la suspensión afectaron, porque a ello se opone el artículo 122 del Código Político y Municipal, que dice: "Las denuncias sobre nulidad de las ordenanzas no afectan los derechos constituídos conforme a ellas y durante su vigencia". La ordenanza de que se trata puede ser fuente de derechos durante su vigencia —antes de la suspensión o después de ella— pero en manera alguna mientras no estuvo en vigencia, o sea durante la suspensión y esto según los propios términos del artículo a que se alude, el cual es cotegórico en cuanto protege los derechos constituídos conforme a las ordenanzas durante su vigencia.. Y ya se vio cómo las ordenanzas mientras están suspendidas ni rigen, no se hallan vigentes, y no son fuente constitutiva de derechos a que pueda aplicarse lo dispuesto en el artículo 122 mencionado.

Como la demanda, en su parte correspondiente, y la sentencia del Tribunal, en el punto en que condena a la Compañía demandada al pago de una cantidad de dinero, se basan en el concepto de que la ordenanza número 55 de 1925 da derecho al Departamento del Tolima para el cobro del impuesto de cuatro centavos ($ 0.04) sobre cada cajetilla de cigarrillos que se introdujeron a ese Departamento durante el lapso corrido entre el 14 de agosto de 1926 y el 13 de agosto de 1927, en que la ordenanza estuvo suspendida por disposición del Tribunal Administrativo de Ibagué; como, según se ha visto, en el tiempo de la suspensión las ordenanzas no rigen y, por consiguiente, no confieren derechos; es claro que por carecer de fundamento jurídico, así la demanda como la sentencia en los puntos de que aquí se trata, ni puede la primera prosperar, ni mantenerse firme la segunda, la cual debe revocarse para hacer la declaración a que haya lugar.

Considera oportuno la Sala referirse, siquiera sea sintéticamente, a las principales razones aducidas en la sentencia que se revisa y en los alegatos del señor apoderado del Departamento.

A la sentencia:

1º—Como la ordenanza "es perfectamente legal, el impuesto se debe desde la fecha en que entró en vigencia (seis meses después de su promulgación)". Es legal la ordenanza, pero también fue legalmente suspendida.

2º—"... una vez éste en firme, surge la obligación del pago como si tal suspensión no se hubiera decretado". Este concepto contraría el querer de la ley, la que estableció que durante la suspensión las ordenanzas no producen efectos y, por ende, obligaciones, como la que se pretende, del pago del impuesto en ese lapso.

3º—"El efecto jurídico de la suspensión es detener, paralizar los efectos del acto mientras se decide su legalidad". Sí, paralizar, suspender sus efectos, pero no condicionalmente, sino sin condición, puesto que la ley ha dicho que las ordenanzas suspendidas no obligan.

4º—Si dicho acto es legal, como nunca ha dejado de serlo, sus efectos surten desde la fecha en que entró en vigencia. Realmente, el acto nunca ha dejado de ser legal, pero ello no se opone a que al propio tiempo haya sido también legal la suspensión, puesto que ella se decretó con arreglo a las leyes.

5º—Si por el contrario es anulado, se considera que nunca ha tenido existencia legal, y no surte efecto alguno. Evidentemente, no surte efecto alguno, porque no ha tenido existencia legal, ni durante la suspensión, ni antes de ella.

6º—Suspender, no es aplazar la vigencia de la ley u ordenanza, que si así fuera, se llegaría al absurdo de que el decreto de suspensión vendría a modificar o alterar la vigencia legal de los actos legislativos y violaría el principio constitucional que determina que los acuerdos y las ordenanzas son válidos mientras no sean anulados. El decreto de suspensión altera, modifica, suspende la vigencia de los actos acusados, pero ello se hace en virtud de un mandato del legislador. No se viola así el principio constitucional referido, porque él autoriza la anulación de los actos acusados, en la forma que prescribe la ley, y ésta establece, como forma previa, la de la suspensión provisional, y si el constituyente autoriza la nulidad, implícitamente permite la suspensión. Así lo ha entendido el legislador.

7º—Si cuando se invalida un acto que impone un gravamen y el contribuyente lo pagó, éste tiene derecho a repetir lo pagado, de la misma manera y a la inversa, si el contribuyente no lo pagó y el acto es legal y así se declara, la entidad acreedora tiene perfecto derecho a cobrar lo que se le debe y no se le ha cubierto. Los dos casos no son iguales. Difieren fundamentalmente. En el primero, es obvio que, por haberse anulado el acto, no hay derecho al cobro del gravamen, y que el pago fue indebido y puede repetirse. En el segundo, declarado legal el acto que se había suspendido, hay derecho para el cobro durante todo el tiempo de vi-

gencia del mismo acto, pero no en el lapso de su suspensión, en que no estuvo vigente.

8º—El legislador reconoce, de manera clara y terminante, a las entidades acreedoras por razón de impuestos o contribuciones, el derecho a hacer efectivo el pago del respectivo impuesto y de los recargos, en cuanto fuere desfavorable lo resuelto. Así lo establece el artículo 29 de la ley 25 de 1928. La disposición que se cita no es aplicable a los juicios sobre validez de ordenanzas o acuerdos. El se refiere, como lo expresa su texto, a "los juicios administrativos que tienen por objeto revisar providencias en que se impone la obligación de consignar una cantidad de dinero, como el pago de un impuesto". El artículo supone una providencia que se revisa y en que se impone la obligación de consignar una cantidad de dinero, como son los actos de los Recaudadores de Impuestos. Una ordenanza no es una providencia.

Al apoderado del Departamento:

1º—La suspensión provisional no puede asimilarse a la nulidad del acto acusado. Es cierto. Pero de que tal semejanza no exista no se deduce que la suspensión no le quite, durante ella, todos sus efectos al acto respectivo.

2º—La suspensión no es derogación, porque las corporaciones judiciales carecen de facultad para derogar las leyes y ordenanzas, y no siendo la suspensión una derogación, no destruye la vigencia del acto. También es cierto que la suspensión no es derogación: Pero hay que agregar que aun no siéndolo, sí destruye o suspende la vigencia de la ordenanza, como se ha visto.

3º—La ordenanza que establece el impuesto lo hace con independencia de la ley que autoriza la suspensión; la una crea una obligación pura y simple, la otra confiere un derecho, que puede ejercitarse o no, a voluntad del interesado, sin que la acción o la omisión, en este caso, modifiquen o extingan la obligación que como pura y simple debe cumplirse. Son, como se afirma, independientes la ley que permite acusar y suspender una ordenanza, y la ordenanza misma que establece el impuesto. El ciudadano puede acusar o no la ordenza, y ella, independientemente de la acusación, regirá y obligará mientras esté en vigencia. Acusada y suspendida ya no rige, ya no obliga, en el tiempo de la suspensión, porque no está vigente. La obligación pura y simple de pagar el impuesto no existe cuando el acto que la consagra es suspendido por la autoridad correspondiente.

Otros puntos de la demanda y del fallo de primera instancia

Fuéra del que se refiere al pago por la Compañía al Departamento demandante de una suma de dinero por concepto de la diferencia entre el valor del impuesto que ella pagó y el que debió pagar durante la suspensión de la ordenanza, a que se contrae el punto 2º del fallo del Tribunal, hay otros a los cuales se refirió la primera declaración de la sentencia, así:

"1º—Se absuelve a todos los demandados de los cargos formulados en la demanda principal y se absuelve a la Compañía Colombiana de Tabaco de los cargos que se le hicieron en la primera petición de la demanda subsidiaria".

Los cargos formulados en la demanda principal, de que se absuelve a todos los demandados, son los de indemnizar al Departamento por los perjuicios provenientes de haber seguido el juicio de nulidad de la ordenanza, o los que le ocasionaron por la suspensión del cobro del impuesto, y el cargo hecho a la Compañía en la primera petición de la demanda subsidiaria es la de cubrir al Departamento la diferencia entre el impuesto pagado y el que debió pagarse, en el tiempo de la suspensión, por los cigarrillos fabricados por la Compañía y que se introdujeron al Departamento en el mismo lapso.

Aunque la apelación se concedió a las partes en forma general, sobre todo el fallo, ya se vio cómo ellas concretaron el recurso ante la Corte a la sustentación, la una, y al ataque, la otra, de la parte condenatoria de la sentencia. El señor abogado del Departamento es explícito en la aceptación de los demás puntos del fallo cuando dice, a folio 10 de su alegato:

"Tiende esta exposición hecha por el Tribunal a demostrar, de un lado, la improcedencia de las peticiones principales y, de otro, la efectividad, justicia y legalidad de parte de las declaraciones solicitadas como subsidiarias. Tal exposición es inobjetable, tiene un basamento estrictamente lógico y jurídico...".

Como la exposición del Tribunal a que se refiere el señor abogado, y que reproduce inmediatamente antes de los conceptos suyos que acaban de transcribirse, se refiere así a la acción principal como a la subsidiaria de la demanda, al encontrarla el señor abogado inobjetable y con un basamento estrictamente lógico y jurídico, acepta en su totalidad la sentencia de primera instancia en cuanto niega la indemnización solicitada

por razón de perjuicios ocasionados con la demanda y suspensión de la ordenanza, y el cobro del impuesto en ella establecido, durante la suspensión, así como el pago de las sumas reclamadas por los cigarrillos elaborados por la Compañía y que terceros introdujeron al Departamento en el mismo tiempo.

No es el caso, por tanto, de examinar en este fallo la cuestión de si se causaron o no perjuicios al Departamento con la acusación de la ordenanza número 55 de 1925, ni si los otros demandados señores Yezid Melendro y Benjamín Moreno, deben responder personalmente por haber demandado la ordenanza, asunto que trató la sentencia del Tribunal y que no fue controvertido en la apelación, y tampoco debe ver la Corte, por la misma razón, el pedimento contenido en la parte primera de la petición subsidiaria.

Como la sentencia de primera instancia absolvió a todos los demandados de los cargos hechos en la demanda principal y a la Compañía Colombiana de Tabaco de los consignados en la primera petición de la demanda subsidiaria, estas declaraciones deben repetirse en este fallo, absolviendo a la Compañía Colombiana de Tabaco de los otros cargos de la demanda.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué el veinticuatro de abril de mil novecientos treinta y seis, en el pleito del Departamento del Tolima contra la Compañía Colombiana de Tabaco y otros, y en su lugar falla:

Absuélvese a la Compañía Colombiana de Tabaco y a los señores Yezid Melendro y Benjamín Moreno, demandados en este pleito, de todos los cargos formulados en la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

RESTITUCION DE UN TERRENO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diciembre trece de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Medellín, obrando en representación del Departamento, dueño del Ferrocarril de Antioquia, demandó al señor Abraham Zuluaga, para que restituya a la Empresa del Ferrocarril el lote de terreno situado en el Municipio de Puerto Berrío, en la cabecera del Corregimiento de Virginias, sobre la estación que allí tiene el Ferrocarril, alinderado así: "Por el Norte, o un costado, con el patio de la estación del F. C.; por el oriente o frente, con la vía del mismo F. C.; por el sur, con terrenos alquilados por el Ferrocarril, y que tiene ocupados el señor Jesús Tobón; y por el occidente, o centro, con terrenos de la misma Empresa".

La demanda expresó:

"2º—El lote de terreno que se determinó por situación y linderos en la cláusula precedente estuvo ocupado mediante contratos de arrendamiento celebrados con el Ferrocarril, con edificaciones levantadas por los señores Juan N. Agudelo y Carlos Velásquez. Las edificaciones del último fueron cedidas posteriormente por su dueño al señor Agudelo y tanto estas edificaciones, como las que había levantado Agudelo, pasaron a ser propiedad de la sociedad 'Orrego Hermanos', de Yolombó, por remate que de ellas hizo en juicio ejecutivo que siguieron contra el señor Agudelo.

3º—A fines de enero o principios de febrero de este año (la demanda se presentó el 27 de septiembre de 1935) hubo un incendio que destruyó algunos locales de los edificados por arrendatarios del Ferrocarril de Antioquia en la Estación Virginias, y por esa causa las edificaciones de los señores Orrego Hermanos, de que se habló en el memorial anterior, que éstos tenían arrendadas al señor Abraham Zuluaga, se destruyeron en su mayor parte, no sólo por el fuego sino también por la obra hecha para cortar el incendio en que se destruyó parte de tal edificación.

4º—El señor Abraham Zuluaga, después de ocurrido el incendio de que acaba de hablarse, como a los quince días más o menos, aprovechando parte de la edificación que quedó en pie y materiales de los que quedaron de las edificaciones desbaratadas para cortar el incendio, y con algunos pocos ma-

teriales nuevos, como maderas y algunas latas de zinc, ocupó y edificó de carrera, en el término de tres días, una pieza que tiene destinada para tienda, y con la edificación antigua completó otra pieza que tiene ocupada con una mesa de billar, y se instaló allí.

5º—Cuando los señores Orrego Hermanos, antiguos ocupantes del lote de terreno de que se trata, fueron donde el señor Zuluaga a que se entendiera con ellos como arrendatario, Zuluaga se negó a ello.

6º—El señor Abraham Zuluaga ocupó ese lote de terreno sin el consentimiento del Ferrocarril, ...".

Al contestar la demanda, Zuluaga negó el hecho 2º; respecto del tercero expresó que era cierto en lo relativo al incendio solamente; al 4º manifestó que había edificado en el lote, pero no como arrendatario de Orrego Hermanos; al 5º, que aunque éstos pretendieron constituírlo su arrendatario, él se negó, por no ser el terreno de Orrego Hermanos; en cuanto al 6º, que no tenía por qué obtener consentimiento del ferrocarril.

El Tribunal falló favorablemente a las pretensiones de la demanda en sentencia de la cual apeló Abraham Zuluaga para ante la Corte.

El trámite procedimental de la segunda instancia se ha cumplido, y es llegado el momento de decidir el recurso.

Hay acuerdo en cuanto a los hechos fundamentales en que se basó la demanda, según resulta de la litis contestación. La discrepancia se encuentra en la afirmación, que de un lado hace la demanda, de que el Ferrocarril de Antioquia se hallaba en posesión del lote de terreno cuando ocurrió el incendio, y la pretensión contraria del demandado acerca de que a él lo favorecía la posesión de que se trata.

Y ésta es la cuestión que importa ilustrar en este fallo.

La ley 18 de 1874 hizo cesión al Estado Soberano de Antioquia de los terrenos de propiedad nacional necesarios para la construcción de la línea férrea, estaciones, oficinas y demás dependencias del ferrocarril.

Por Resolución de 22 de febrero de 1893, del Ministerio de Hacienda, se prohibió la adjudicación de baldíos a cambio de bonos territoriales en una extensión de tres miriámetros de distancia a cada lado del trazado definitivo del ferrocarril, y se autorizó que se adjudicaran baldíos en dicha zona únicamente a los cultivadores ya establecidos allí.

En 1929 se hizo la determinación concreta de la cesión hecha al Departamento de Antioquia, por Decreto número 1797 y en él se expresó que la concesión hecha por la ley de 1874 comprende, en el Municipio de Puerto Berrío, una zona de cincuenta (50) metros de ancho a cada lado del eje de la vía, desde la margen izquierda del río Magdalena hasta el paraje llamado Monos, en el kilómetro 51 de dicho ferrocarril, y que dicha zona tendrá en las estaciones y paraderos intermedios un ancho de cien (100) metros a cada lado del eje de la vía en una longitud de doscientos (200) metros en cada una de dichas estaciones y paraderos.

La Resolución número 20, de 30 de mayo de 1931, del Ministerio de Industrias, contiene la adjudicación definitiva de la zona de terrenos baldíos mencionada, con destino al Ferrocarril de Antioquia. La Resolución fue registrada en la oficina respectiva del Circuito de Puerto Berrío el día 7 de septiembre de 1931.

La propiedad, por parte del Ferrocarril, del lote a que la demanda se refiere, está, pues, claramente establecida.

En cuanto a la posesión del mismo terreno, deben estudiarse varias probanzas y alegaciones de las partes.

La escritura número 2146, de la Notaría 3ª del Circuito de Medellín, extendida el día 13 de septiembre de 1923, que obra legalmente en el proceso, al folio 26, Cdo. Nº 3, contiene el contrato de arrendamiento celebrado entre el Superintendente del Ferrocarril de Antioquia y Severo Velásquez, sobre un lote de terreno situado en el Municipio de Puerto Berrío, en el paraje de Virginias, en el kilómetro 45 de la línea férrea. Con dicha escritura se prueba que la Empresa del Ferrocraril ejercía actos de posesión en el punto denominado Virginias desde el año de 1923.

Concretando la Sala el análisis a la cuestión planteada en el pleito, y en particular a las argumentaciones propuestas por el demandado, estima conveniente detenerse en algunos pasajes de su alegato de conclusión en la primera instancia.

"Como consecuencia de las dos salvedades anteriores, que son de ley, (se refiere al artículo 47 del C. F.), el Ferrocarril no ha podido tomar posesión jamás de la faja a que la Resolución se refiere. La empresa se ha limitado a no perder oportunidad de ir abarcando lentamente todo pedazo de tie-

rra que abandona un colono o todo solar que en los poblados resulta libre por motivo de incendio u otra causa.

"Desde antes de 1930 existía el edificio de tienda y de habitación en el terreno que el Ferrocarril reclama, porque ya el 23 de mayo de ese año, según escritura Nº 1212 pasada en la Notaría 3ª del Circuito de Medellín, Juan N. Agudelo le compró a José J. Ortega la mitad del edificio que con anterioridad dicho Ortega y Agudelo habían construído. Esto consta en la diligencia de remate que se trajo a petición de la parte actora, remate por el cual el señor Angel Orrego adquirió una mejora en Virginias y un local de tienda...".

"Cuando yo ocupé por mi cuenta el terreno que venía poseyendo Angel Orrego, en una parte éste me entabló una querella ante el Inspector de Virginias, y allí no figuraba Orrego como arrendatario sino como poseedor...

"La posesión de la faja la tenía Orrego. A Orrego le he quitado yo la posesión de la faja. Cuando ocurrió el siniestro del incendio no era el Ferrocarril poseedor. Lo era Orrego. En la posesión de Orrego continué yo...".

Dice el demandado que el Ferrocarril no tenía la posesión antes de 1930 porque en ese año existía un edificio de tienda y de habitación, como lo prueba la escritura número 1212. Pero si se examinan los autos, resulta acreditado, contra las pretensiones del demandado, que las edificaciones de que allí se trata se hicieron **en terrenos del Ferrocarril.** Hay una relación directa y necesaria entre la compra hecha en virtud de la escritura 1212 por Agudelo a Ortega y la diligencia de remate practicada el día 25 de septiembre de 1933 en el Juzgado 2º civil del Circuito de Medellín, (folio 29, Cdo. Nº 3), por Angel Orrego de "un local de tienda, de bahareque y techo de zinc, **edificado en terreno del Ferrocarril de Antioquia,** situado en el paraje de Virginias, del Distrito de Puerto Berrío, y que linda: 'Por el frente con la carrilera del Ferrocarril de Antioquia; por un costado con predio de Carlos Velásquez; por detrás con terrenos del Ferrocarril, y por el otro costado con propiedad de la viuda de Ildefonso López' ". Al final de la diligencia de remate se lee: "El remate fue decretado en el juicio ejecutivo de Manuel Carvajal contra Juan Agudelo, juicio en el cual consta que el demandado hubo los bienes rematados así: ... y el local de tienda, la mitad por compra al señor José J. Ortega, según escritura número 1212 de 23 de mayo de 1930 pasada ante el Notario 3º de Medellín,... y la otra mitad por haberla él construído en compañía con el vendedor".

La escritura 1212 a que alude el demandado señor Zuluaga se refiere a la construcción del local que después fue rematado, como mejoras hechas en terrenos del Ferrocarril. Si es verdad que desde 1930, como lo afirma el demandado, existía el edificio de tienda y de habitación, la compra de que trata la escritura 1212 citada se contrae a parte de la edificación, pues el lote de terreno, como se explicó en la diligencia de remate, aludiendo a la propia escritura, pertenecía al ferrocarril, y con ese carácter, de construcción en terreno ajeno, se remataron las mejoras en él existentes el 25 de septiembre de 1933.

La adjudicación que en ese remate se le hizo a Angel Orrego, de las mejoras que pasaron después a ser propiedad de Orrego Hermanos, llevaba la constancia expresa de que la propiedad de las tierras le pertenecía al Ferrocarril. De nada le sirve, pues, a Zuluaga decirse continuador de una posesión de Orrego, que no existió, respecto del terreno, en el cual apenas tuvo la tenencia a nombre de la Empresa. Orrego no era poseedor del lote cuando ocurrió el incendio, lo era el Ferrocarril, y por tanto Zuluaga, según las pruebas que el mismo aduce, no podía derivar posesión legal anterior a la época del incendio, que fue cuando él ocupó el lote de que se trata. La posesión de la faja no la tenía Orrego, luego a él no le podía quitar la posesión Zuluaga.

Queda, por tanto, establecido en forma indubitable, que al momento del incendio los antecesores en la ocupación del lote no habían ejercido posesión sobre él, que ejercitaron apenas una simple tenencia, y que por lo mismo, Abraham Zuluaga, al pretender cambiar esa tenencia por una posesión con ánimo de señor y dueño, no puede contar en su favor para ese propósito sino el tiempo transcurrido desde el día del incendio.

Y aún colocada la cuestión en esa hipótesis, Zuluaga no podía impetrar el amparo de la ley para mantenerse en esa posesión, porque cuando se le notificó la demanda no había transcurrido un año a partir de la fecha en que desconoció la posesión del Ferrocarril.

Lo dicho pone de manifiesto que carece de todo fundamento legal la oposición que Zuluaga ha presentado para que se hagan las declaraciones que se solicitaron en el libelo, y debe, por tanto, confirmarse la providencia apelada.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia materia del recurso.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

PROPOSICION

La Corte Suprema de Justicia en Sala Plena y teniendo en cuenta la renuncia irrevocable que del cargo de Magistrado presentó el Dr. MIGUEL MORENO JARAMILLO, lamenta la separación de tan eximio jurista y cumplido caballero, quien por su versación, altas capacidades y asiduidad en el estudio de los problemas jurídicos presentados ante la Corte, ilustró siempre los debates de esta Corporación, dejando en todos sus colegas un sincero sentimiento de respeto y aprecio y haciéndose acreedor a la gratitud general por la manera como supo honrar la Magistratura.

Publíquese esta proposición en la Gaceta Judicial y envíese un ejemplar al doctor Miguel Moreno Jaramillo.

Bogotá, febrero de 1938.

El Presidente, Liborio Escallón.—Los Magistrados, Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Ricardo Hinestrosa Daza. Salvador Iglesias.—F. Lequerica Vélez.—José Antonio Montalvo.—Juan Francisco Mújica.—Pedro Alejo Rodríguez.—Hernán Salamanca.—Eleuterio Serna R.—Arturo Tapias Pilonieta.—El Secretario, Pedro León Rincón.

INDICE

Págs.

EDITORIAL.—LA RESPONSABILIDAD POR CULPA.—Unidad genérica y diferencias específicas.—Por el doctor JUAN JOSE AMEZAGA. (De la revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, de Montevideo) 1

CORTE PLENA

SE DECLARAN EXEQUIBLES EL PARAGRAFO DEL ARTICULO 15 Y EL ARTICULO 16 DE LA LEY 67 DE 1935.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 7

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

REIVINDICACION. — CUANDO PUEDE ALEGARSE UNA NULIDAD ADJETIVA. BALDIOS.—DICTAMEN PERICIAL.—POSESION DE MALA FE.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal de Bogotá en el ordinario de Eusebio Ortiz contra Alberto y Mariela Rivera.—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 10

ACTUACION. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 361 DEL C. J.—Se admite el recurso de casación interpuesto por el señor Rafael Paredes contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto en el ordinario que contra el recurrente adelantan los señores José María y Manuel María Navarrete.—Magistrado ponente, doctor Eduardo Zuleta Angel 16

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en el ordinario de Víctor J. Gómez contra José Manuel Acevedo R. — Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica 19

ACLARACION DE UNA SENTENCIA. COSTAS.—Se declara que no es el caso de aclarar la sentencia de la Corte en el ordinario del señor Obispo de Tunja y del doctor Marceliano Pulido R. contra el municipio de Samacá por el uso de unas aguas.—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón .. 19

ACCION PRINCIPAL DE REIVINDICACION Y RECONVENCION SOBRE RESTITUCION DEL PRECIO DE BIENES COMPRADOS, PAGO DE EXPENSAS Y MEJORAS Y DECLARACION DEL DERECHO DE RETENCION. — INTERPRETACION DE LA DEMANDA.—REGISTROS. — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pasto en el ordinario de Virgilio Rodríguez y Agripina Gamboa de Rodríguez contra Dictinio Melo.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza ... 22

EXCLUSION DE BIENES DE UN INVENTARIO.—PETICION DE DOMINIO.—SINDICO DE LAZARETOS EN LOS JUICIOS DE SUCESION.—RESTITUCION DE BIENES INVENTARIADOS INDEBIDAMENTE.—ESTIPULACION PARA OTRO.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga en el ordinario de José María Valdivieso contra la sucesión de Augusto Rojas.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 30

RECURSO DE HECHO. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 351 DEL CODIGO JUDICIAL.—ACTOS DE CAUSACION O CONSTITUTIVOS Y SUS DIVERSAS ESPECIES. — ACTOS DE POSTULACION. CAPACIDAD PROCESAL DE COMPARECER EN JUICIO.—PRECLUSION.—REVALIDACION DE PAPEL SELLADO.—Se admite el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Horacio Atuesta contra J. M. Rivera y Cía. y otros.—Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica 34

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ARTURO TAPIAS PILONIETA al cual adhirieron los magistrados doctores Miguel Moreno Jaramillo y Hernán Salamanca ... 38

INTERPRETACION DE LA CLAUSULA TESTAMENTARIA. — VOLUNTAD DEL TESTADOR.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Gonzalo Arbeláez y otros contra Elisa Molina de Arbeláez y la Beneficencia de Cundinamarca.—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 41

RECURSO DE HECHO.—No se admite el interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá sobre cancelación del registro de la marca "Pomada Peña".—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 44

DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE CASACION.—Se admite el presentado por los demandantes Francisco Peña O. y Elena Cortés de Peña en el ordinario que seguían contra el señor Absalón Díaz y otros.—Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 45

DEMANDA SOBRE DECLARACION DE EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE MANDATO Y SOBRE OTROS PUNTOS. INTERPRETACION ERRONEA. — MANDATO.—APRECIACION ERRONEA DE UNA PRUEBA.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Juan Hilarión Contreras y otros contra Cornelia Sarmiento v. de Contreras. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 46

DECLARACIONES DE SUSPENSION DE LA ACCION CIVIL MIENTRAS SE FALLA DEFINITIVAMENTE UN JUICIO CRIMINAL.—Se suspende el ordinario de Jesús Antonio Cardona contra Pedro Pablo Rodríguez mientras se falla definitivamente un juicio criminal contra el demandado. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 51

Págs.

ADMISION DEL RECURSO DE CASACION. TERMINOS JUDICIALES.—Se declara admisible el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Eva Mahecha de Basto contra Francisco Guzmán y otros.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta ... 54

ACCION DE PERJUICIOS.—TEORIA CONTEMPORANEA DEL ABUSO DE LOS DERECHOS.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Luis Felipe Maldonado y otros contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 56

NULIDAD DE UNA ESCRITURA PUBLICA Y DE UNA CANCELACION.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Ana Ceferina Torres contra Moisés Torres A. y Cecilia López.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 64

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

ACUERDO sobre cambio de radicación de la causa que se adelanta contra el señor Alberto Lotero en el Juzgado 1º Superior de Cali.—Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias 69

SOBRESEIMIENTO.—Se confirma el definitivo dictado por el Tribunal Superior de Tunja en favor del señor José María García L. en relación con el ejercicio de sus funciones en el Juzgado del Circuito de Garagoa.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 71

HOMICIDIO Y HERIDAS.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en la causa contra Angel María Rojas.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 72

LA CORTE PUEDE INHIBIRSE DE PLANO PARA CONOCER DE UN RECURSO DE REVISION.—Se desecha de plano, y apenas presentada, la demanda de revisión de José del C. Rincón, sentenciado por el Tribunal Superior de Pamplona por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 73

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa contra Vicente Rey Espinosa por homicidio. Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias 74

DELITO DE ROBO O DELITO DE FUGA? Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Buga, que impuso a Nicolás Arana y Luis Eduardo Varela nueve años y seis meses de presidio.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo.. 77

FUERZA Y VIOLENCIA.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en la causa contra Luis Alfonso Delgado. Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias 80

AUTO PARA MEJOR PROVEER EN CASACION CRIMINAL.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Neiva en la causa contra María del Carmen Cerquera por infanticidio. — Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez 81

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS, PERJUICIOS, ETC.—SUSSUSPENSION DE LAS ORDENANZAS. NULIDAD DE ELLAS.—EFECTOS JURIDICOS DE LA SUSPENSION Y DE LA NULIDAD.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario del Departamento del Tolima contra la Compañía Colombiana de Tabaco y otros.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 83

RESTITUCION DE UN TERRENO.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario del Departamento de Antioquia contra Abraham Zuluaga. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 91

PROPOSICION 94

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR, JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas.—Ley XIII).
"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite". (Prooemium Institutionum D. Justiniani).

XLVI BOGOTA, MARZO DE 1938. NUMERO 1933

VULGARIZACION SOBRE LA POSESION ANTE EL CODIGO CIVIL CHILENO

por

LEOPOLDO URRUTIA

Publicamos el siguiente luminoso estudio del jurisconsulto chileno Leopoldo Urrutia, por parecernos que aclara sobremanera la debatida cuestión de la posesión material y de la posesión por el registro solo, con todas sus consecuencias jurídicas. — El Relator de la Corte.

I

GENERALIDADES

1.—Variada ha sido la jurisprudencia chilena en la aplicación de los artículos 728 y 2505 del Código Civil. Se ha considerado que existe manifiesta antinomia de preceptos en cuanto a su letra y sentido. Se dice que el artículo 2505 permite, sin tener posesión, prescribir contra posesión inscrita vigente, siendo que el 728 establece como regla absoluta que "mientras subsiste la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente". El citado artículo 2505 altera, se añade, la base fundamental de toda prescripción adquisitiva, fijada como postulado universal en los artículos 686, 794 y 2492 del Código Civil. Conceptúo, sin embargo, que ambos artículos contemplan dos situaciones de hecho inconfundibles, que, bien precisadas, no se prestan a disqui-

siciones de ningún género, como quiera que el 728 se refiere al ningún valor legal que tienen los hechos físicos de quienes pretenden desposeer a un poseedor inscrito en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, al paso que el 2505, concordante con el artículo 730, contempla otro caso, cual es el relativo al mérito legal que tiene *una posesión inscrita contra otra posesión también inscrita, vigentes ambas, con respecto a la misma propiedad o a una parte de ella.*

II

La posesión es hecho protegido por la Ley, porque aparenta el dominio.

2.—Para apreciar debidamente lo expuesto, conviene rememorar algunos preceptos sobre las circunstancias que constituyen la posesión, y sobre todo la posesión natural, conforme a lo que explica la nota relativa al artículo 700 del Código Civil, consignada al final de los textos, que es un precedente fidedigno de este artículo.

3.—El artículo 700 dice que la posesión es "la *tenencia de una cosa* determinada con ánimo de señor y dueño"... Define la posesión y la caracteriza como hechho físico, a semejanza de otras legislaciones modernas. Reconoce que es un hecho material, y nada más que un hecho, realizado con ánimo de dueño de la cosa que se detiene, con poder efectivo sobre ella. Consiste la posesión en el *apoderamiento* de una cosa, como lo establecen, además de otras disposiciones legales, los artículos 724, 726, 727, 728, 729 y 730 del Código Civil. Apoderamiento significa, según los léxicos, poner una cosa *bajo el poder* de una persona que se considera dueño de ella; importa, agregan, el hecho material de *asir fuertemente* la cosa de que uno se cree dueño. Los romanos, para caracterizar el hecho que la ostenta, emplean el vocablo *contractatio* que en nuestro idioma equivale al de *agarrar*. El Código Alemán condensa estas ideas diciendo que la posesión consiste en el *poder efectivo* que se tiene sobre una cosa.

4.—Por interés púbico notorio, fluye naturalmente la consecuencia que consagra el artículo 700 del Código, de que el poseedor tiene el *dominio aparente;* y por ésto goza de la protección de las leyes de policía y de las civiles en grado ascendente, según sea el tiempo de la posesión. La ley otorga, a favor de este dominio aparente, acciones sumarias posesorias para mantener o recuperar el hecho que lo ostenta y hasta acciones ordinarias cuando esta apariencia llega a constituír el derecho real de propiedad por medio de la prescripción ordinaria o extraordinaria.

5.—De estos postulados surge que la posesión no se pierde por simple abandono: es necesario que otro la conquiste, cogiendo la cosa y poniendo fin por este hecho personal a la posesión anterior, salvo los casos determinados expresamente por las leyes. Y, como el apoderamiento es hecho personal, tampoco puede ser transferida, sino que debe realmente adquirirse, esto es, *tomarse*, como lo dicen los artículos 720 y 721. La posesión principia en el que la toma, según el artículo 717.

III

De los modos de adquirir y perder la posesión.

6.—El párrafo 2º, título VII del Libro II del Código Civil, que tiene el rubro indicado, legisla manifiestamente sólo sobre las bases precedentes, y al respecto las señala y especifica en los siguientes términos:

7.—El artículo 723 confiere valor a la *aprehensión material* de una cosa mueble, aun por ciertas personas que no tienen la libre disposición de sus bienes. El 726 dice que *se deja de poseer* una cosa desde que otro se *apodera* de ella con ánimo de hacerla suya. El 727, que no se entiende perdida la posesión de cosa mueble mientras se halla en *poder* del poseedor, aunque éste ignore su paradero. El 729, que si *alguien*, pretendiéndose dueño, se apodera *violenta o clandestinamente* de una cosa inmueble, el que tenía la posesión la pierde. El 730, que el adquirente de una cosa de manos *de quien la usurpa* es poseedor de ella y *pone fin* a la posesión anterior.

8.—Sólo exceptúan estos artículos de las reglas perentorias anteriores, a los inmuebles cuyos títulos están inscritos; pero el alcance de esta excepción constituye la materia del presente trabajo, que luégo explicaremos.

9.—El párrafo 2º en referencia establece, pues, claramente que el *mero apoderamiento* de cosa mueble o inmueble con el *ánimo de hacerla propia*, confiere posesión nueva y extingue la posesión anterior, sin que a ello obste un acto inicial de usurpación, o un hecho de violencia o de clandestinidad, por parte del actor.

10.—Sin esfuerzo se nota que estas reglas solamente tratan de hechos o actos personales y físicos, a virtud de los cuales se adquiere o se pierde la posesión, y no tratan de dos posesiones inscritas que se contrapongan, ni de títulos jurídicos respecto del valor que corresponda por prelación a las inscripciones. Sólo precisan los *efectos del mero apoderamiento* para dar valor legal aun a *hechos abusivos* denominados *viciosos* por los artículos 709 y 710, como los de usurpación de la posesión y de violencia o clandestinidad para tomarla, ya que la *posesión natural* es y ha sido la base de la propiedad como derecho; y tratan asímismo dichas reglas dentro del citado párrafo 2o., del modo y forma como el poseedor de inmuebles puede poner a cubierto la posesión por medio de la inscripción, *contra ataques abusivos* de personas que por actos *materiales* pretenden sustituírlo. *A este solo fin* se ha introducido en dicho párrafo 2o. el precepto del artículo 728, que indica el medio jurídico solemne que sirva para estabilizar el hecho de la posesión *que se tiene.*

IV

Precedentes para demostrar que el artículo 728 del Código Civil sólo contiene disposiciones de garantía definitivas contra actos físicos de apoderamiento.

11.—Para demostrar la tesis, hay que eliminar un factor que puede perturbar el criterio; el artículo 724 no

se refiere a la *posesión no inscrita* que es de lo que tratamos. Dice el artículo: "Si la cosa es de aquellas cuya *tradición* deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio".

12.—Cabe recordar a este respecto que, si bien el artículo 686 prescribe que se efectuará la tradición de los bienes raíces por la *inscripción del título* en el Registro del Conservador, *a renglón seguido* del 724, especifica el artículo 726 que *se deja de poseer* una cosa *desde* que otro *se apodera de ella con el ánimo de hacerla suya*, menos en los casos *que las leyes expresamente exceptúan;* y si es cierto que pudiera decirse que el 724 contiene una de las *excepciones* expresas, no es menos cierto que tal excepción no existe *para este caso*, porque subsiguientemente, los artículos 728 en el inciso 2o., 729 y 730, *reafirman* que *el mero apoderamiento de bienes raíces no inscritos basta para adquirir la posesión y poner fin a la posesión anterior.* Llama todavía la atención que este aserto se halle reiterado aún en orden al apoderamiento que efectúa el adquirente del inmueble *no inscrito*, de manos del *usurpador* de dicho inmueble.

13.—No se concibe, por lo tanto, que el precepto general del artículo 724 pueda referirse *a inmuebles cuyos títulos aún no han sido inscritos*, cuando seguidamente y en el mismo párrafo se repite que la posesión de *inmuebles no inscritos* se adquiere por un simple acto de apoderamiento, violento o clandestino, o de inicial usurpación.

14.—Se debe, pues, afirmar que el citado artículo 724 sólo se refiere necesariamente a la posesión de dominios inscritos, o a actos escriturados o por escriturar, ajenos a las reglas posesorias que acabamos de transcribir, y que, sobre todo, se refiere a los bienes raíces que ya figuran en la comunidad del Registro del Conservador, o a las tradiciones de dominio que se procura constituír como primera inscripción. De no ser así, serán baldíos todos los preceptos de los artículos 723, 726, 728 inciso 2o., 729 y 730, lo cual no es aceptable dentro de la hermenéutica legal.

15.—Eliminada para la tesis en estudio, la regla del artículo 724 afirmamos que el 728 *no legisla* acerca del mérito legal que tengan *dos posesiones inscritas que se contraponen* por estar ambas vigentes.

16.—Hay que eliminar otro factor que puede también perturbar el criterio. Suele decirse que, en el párrafo 2o., título VII del Libro II en referencia, se establece que el apoderamiento de una cosa produce dos efectos distintos; o sólo extingue una posesión existente sin dar nueva posesión, o confiere una nueva al actor extinguiendo a la vez la posesión anterior.

17.—Dentro de este dilema, se agrega que nadie puede adquirir la posesión de inmuebles sino por medio de la inscripción en el Registro del Conservador, tal como lo prescribe el artículo 724, ya que, según el artículo 686, toda *tradición* de inmueble debe inscribirse aunque no se hallen inscritos con anterioridad.

18.—De lo que se desprende que, mientras esté vigente la inscripción a que se refiere el discutido artículo 728, nunca se puede adquirir otra posesión por hechos físicos de mero apoderamiento, *ni tampoco por títulos inscritos.*

19.—Las nuevas inscripciones, de cualquier naturaleza que sean, no confieren ni solemnizan posesión. La antinomia, añaden, entre este artículo y el 2505 es manifiesta, desde que para prescribir se necesita haber poseído, según lo establece el artículo 2492.

20.—Los sostenedores de esta teoría la apoyan en que los artículos 726 y 729, y especialmente el 724, cuando tratan del apoderamiento de cosas que se poseen, emplean frases como estas: "El que se apodera de una cosa poseída por otro, *pone fin a la posesión existente*" y no dicen: "y *adquieren la posesión*"; y, por el contrario, cuando el legislador quiere que también *se adquiera la posesión*, lo expresa literalmente, como lo hace en los casos especiales que señalan los artículos 728 y 730. Así, pues, como en el citado artículo 724 sólo se dice que *no se adquiere* la posesión de inmuebles sino por medio de la tradición inscrita, es evidente, concluyen diciendo, que la regla del artículo 728 rechaza también toda *posesión inscrita* con que se pretenda atacar la vigente.

21.—Se confirma lo dicho manifestando que es inexacto que los artículos mencionados señalen doble efecto al apoderamiento de una cosa que se posee, ya que siempre se expresa en estos términos: el 726: "Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya"; el 729: "Si alguien, *pretendiéndose dueño, se apodera* violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde". Pero el artículo 728, del cual es corolario el 729, completa el sentido diciendo: "Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, *no adquiere* la posesión de ella, *ni pone fin* a la posesión existente"; de suerte que, si el título no está inscrito, claro está, a *cotrario censu*, que adquiere la posesión, a la vez que pone fin a la existente; y el 730, aun tratando del apoderamiento sobre la base inicial de una usurpación, dice: "*En este caso la persona a quien se enajena la cosa usurpada, adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior*".

22.—Por lo demás, ¿cómo puede aceptarse en derecho que una cosa cuya posesión se pierde por el apoderamiento que de ella hace una persona con *ánimo de hacerla suya* quede sin poseedor actual? Si la posesión es el dominio aparente, ¿cómo puede acogerse una doctrina que deja sin protección una cosa que bajo tantos aspectos protege la ley en manos de un presunto dueño?

23.—Sobre lo expuesto debe recordarse que *apoderamiento* significa coger una cosa *que se cree propia* o con ánimo de hacerla propia, según se ha demostrado en los números 3 y 5.

V

Los artículos 728 y 2505 contienen dos reglas sin ninguna antinomia, como lo dice el número 1.

24.—Según lo manifiestan los capítulos anteriores, la posesión natural se adquiere por el apoderamiento de la cosa que se toma con el ánimo de hacerla propia. Este apoderamiento físico pone fin a la posesión anterior, aunque el *acto de asir* la cosa sea violento, clandestino, o le preceda una base de usurpación.

25.—La ley ha tenido que reconocer estos hechos, que fatalmente constituyen el origen de la propiedad. Son propios de la condición humana, y ha necesitado reconocerlos para elevarlos a la categoría de derechos en bién de la paz pública y privada.

26.—Con este objeto el Código Civil ha introducido en el párrafo 2o. tántas veces citado, el precepto del artículo 728, *para afirmar al poseedor natural el hecho de su posesión.* La inscripción de su posesión, presuntiva del dominio, le pone a cubierto de todo *ataque físico* contra ella, sin que nadie pueda ponerle término legal, ni adquirirla, sino por la cancelación señalada en dicho artículo.

27.—Por eso el inciso 2o. del artículo dice textualmente: "Mientras subsista la inscripción, el que *se apodera* de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella, *ni pone fin* a la posesión existente".

28.—Claramente se refiere este inciso al hecho físico del *apoderamiento* de que el Código trata y ha tratado *en todo el párrafo* 2o. desde el artículo 725 hasta el 730. *Apoderamiento* dice el inciso 2o. del 728, y *apoderamiento* repite el artículo que sigue, esto es, el 729, corolario explicativo del 728. Ya está explicado sobradamente más atrás que este vocablo sólo significa *asir*, coger materialmente una cosa de que alguien se cree dueño o pretende serlo.

29.—No puede por tanto colegirse que el inciso 2o., al mencionar los efectos que produce la inscripción indicada en el artículo 728, se refiera a la *permanencia de la inscripción absoluta e inamovible contra otro título inscrito* respecto de la misma propiedad. Sólo mantiene su efecto contra hechos materiales.

30.—Esta afirmación a que debe llegarse, se patentiza de resalto con el precepto consignado en el inciso 2o. del artículo 730, *perteneciente al mismo párrafo.* Dice este inciso a la letra: "Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito (el caso del artículo 728), se da por dueño de ella y la enajena, *no se pierde* por una parte la posesión, *ni se adquiere* por otra, *sin la competente inscripción*".

31.—Aquí en este inciso se expresa perentoriamente que el artículo 728 sólo regla el caso de un *ataque físico de posesión material* contra posesión inscrita, pues *autoriza poseer contra un poseedor también inscrito*, respecto de la misma cosa inmueble.

32.—*Otro poseedor inscrito*, dice el inciso 2o., *adquiere posesión contra inscripción vigente.* De modo que, si puede poseerse con inscripción, llegará el caso consignado en el artículo 2505, de saber si se ha producido o no la prescripción adquisitiva del dominio

de que trata el mismo artículo. Ha existido posesión para prescribir el dominio. Es, por lo tanto, perfectamente aplicable el artículo 2492, que exige esta circunstancia.

VI

Dos situaciones de hecho conciliables.

33.—Queda a mi juicio demostrado, de acuerdo con nuestro derecho positivo, lo que sigue:

A) *La posesión natural no inscrita* se adquiere o pierde por *otra posesión natural* que, sobre la misma cosa, *conquista* el último que se apodere de ella (artículos 717 y 729 del Código Civil).

B) El *poseedor natural* de inmuebles puede poner a cubierto su posesión contra los apoderamientos de la cosa que posee, inscribiendo su posesión (Artículo 728).

C) Mientras subsista la inscripción, nada valen los *ataques físicos* contra la posesión inscrita (artículos 728, inciso 2o., y 729).

D) La pasesión *inscrita vigente* no obsta a que otro poseedor *también inscrito* relativamente al mismo inmueble, adquiera posesión ulterior por medio de su inscripción, y, por lo tanto, pueda ganar el dominio de la cosa anteladamente inscrita, a virtud de la prescripción adquisitiva, a la vez extintiva de la posesión anterior, con arreglo a los artículos 2505, 2492 y 2517 del Código Civil (artículo 730, inciso 2o.).

34.—Se confirma entonces lo dicho en el número 1o. de este estudio jurídico.

VII

Inscripción de papel.

35.—Para que valga una inscripción contra otra anterior o contra la posesión natural, es necesario que aquélla no sea de "papel". La inscripción solemniza un hecho verdadero, y, por lo tanto, no puede solemnizar apoderamientos que no han existido.

36.—Doy este nombre a inscripciones de cosas que nunca se han poseído, inscripciones que son frecuentes, según lo manifiesta, entre otros que conozco, el siguiente ejemplo. Se trató de una gran hacienda inscrita con estos límites arcifinios: al norte, una laguna; al sur, un río; al oriente, la Cordillera de la Costa; y al poniente, el mar Pacífico. Dentro de este gran predio existían seis u ocho cuadras que, desde tiempos inmemoriales, poseían unas familias de pescadores con deslindes de cercas perfectamente notorias. El predio se había trasmitido de padres a hijos sin título inscrito, sin haberse producido entre ellos ninguna dificultad, y quienes formaban una reducción de familia. El propietario inscrito pretendió desposeer a estos ocupantes sin inscripción. Fue rechazada la acción a pesar de no tener títulos inscritos los poseedores demandados, rechazo que se fundó en el antecedente de que la inscripción de deslindes arcifinios del fundo no podía comprender las cuadras de las familias de los pescadores, desde que ni a la fecha de la inscripción ni después habían sido ocupadas alguna vez por los propietarios del gran predio, dentro del cual se hallaban ubicadas: posesión de hecho que siempre había correspondido a aquellas familias.

37.—La consideración en referencia fue justa en derecho y en el hecho.

38.—La inscripción, buena para los suelos poseídos naturalmente cuando se efectuó, y buena después era *inscripción de papel* respecto del predio que mantuvieron como suyo los pescadores, que nunca dejaron de poseer por *apoderamiento ajeno*.

39.—Cuando el Fisco no tenía inscritas sus propiedades, se presentaron muchos casos semejantes al anterior, y aun hoy se ve que, dentro de las grandes haciendas inscritas con límites generales, existen reducciones de familias antiquísimas que han poseído suelos bien demarcados y cultivados por ellas, sin que jamás los hayan ocupado los grandes propietarios. Las inscripciones generales no han podido comprender esos predios de reducciones. Estas inscripciones *han sido de papel referentemente a lo que se ha tenido*.

40.—La inscripción es en el fondo solemnidad de un hecho, asegura la posesión; de suerte que, faltando el hecho de la posesión, nada solemniza ni asegura.

41.—De consiguiente, para que haya *posesión inscrita* que pugne con arreglo al inciso 2o. del artículo 730 y al 2505, contra la posesión inscrita del artículo 728, es preciso que se trate de inscripción de verdaderos hechos de apoderamiento.

42.—Las inscripciones que sucesivamente se hacen en el Registro del Conservador de Bienes Raíces llevan envuelta la presunción de pureza y verdad; pero admiten impugnación, como lo autoriza el derecho respecto de todo instrumento público, probando la falsedad de su esencia y de que se solemnicen el hecho físico de apoderamiento. Constituyen presunción legal y no de derecho. La prescripción de tiempo las sanea y afirma definitivamente.

LEOPOLDO URRUTIA

Santiago, noviembre de 1933.

(De la Revista Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales de Santiago de Chile).

SALA PLENA

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DEL DECRETO Nº 191 DE 1937, POR EL CUAL SE DICTA UNA DISPOSICION REGLAMENTARIA DEL TURISMO EN CARTAGENA.—ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.—SE DECLARA EXEQUIBLE EL DECRETO ACUSADO

1.—El alcance de la potestad reglamentaria ha sido siempre discutido, a lo que se presta la extrema relatividad del vocablo mismo y de la función en sí, así como la frecuente dificultad de distinguir entre la calidad de sustantivo o adjetivo, de fondo o de forma que tenga tal o cual ordenamiento. Sin duda para vencerla la mejor guía u orientación es la ley misma de cuya reglamentación se trate en cada caso, pues su redacción, su finalidad y sus demás elementos pertinentes forzosamente han de arrojar luz sobre tal problema en cada caso.—2. Cuando el órgano Legislativo puede, sin menoscabo de las atribuciones constitucionales del Ejecutivo, atribuír o conferir determinadas funciones a una entidad preexistente o creada AD HOC, en esfera extraña a la intervención del Ejecutivo, así lo dispone la respectiva ley expresamente o de modo implícito por la naturaleza misma de las órdenes que dicta.—3. No hay derechos absolutos; desde que no hay sociedad e interés general y público, cada persona natural o jurídica ve limitada su esfera de acción por la existencia misma de las demás personas; es del ejercicio armónico y simultáneo de los derechos de todos de donde surge la convivencia social o lo que la hace posible.—4. No se halla desacuerdo entre el Decreto acusado y los preceptos de nuestra Constitución.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, marzo doce de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Leo R. Fox por medio de apoderado acusa el Decreto que pasa a transcribirse, como violatorio del Art. 120 de la Constitución de 1886 y de los Arts. 11, 15 y 32 del Acto Legislativo número 1º de 1936.

El Decreto acusado dice:

"DECRETO NUMERO 191 DE 1937

(26 de enero)

por el cual se dicta una disposición reglamentaria del turismo en Cartagena.

El Presidente de la República,

en uso de sus facultades legales,

Decreta:

Artículo primero.—Ninguna entidad pública o privada, empresa de transportes, agencia marítima o de turismo, dará prelación alguna a determinados empresarios, propietarios o choferes en la prestación del servicio público automoviliario, en relación con las excursiones de turismo en la ciudad de Cartagena, que atente contra la libertad de esta industria.

Artículo segundo.—La Oficina de Turismo, dependiente de la Junta de Monumentos Históricos y de Turismo que funciona en la ciudad de Cartagena, queda expresamente encargada de velar por que se garantice el libre juego de oferta y demanda de vehículos públicos para el servicio del turismo en dicha ciudad.

Artículo tercero.—La nombrada Oficina de Turismo tomará las providencias necesarias con el apoyo de las autoridades locales, sobre vigilancia policiva, revisión de tarifas y de condiciones de presentación y seguridad de los vehículos para dar plenas garantías y comodidades en el servicio automoviliario o de turismo en la citada ciudad.

Dado en Bogotá, a 26 de enero de 1937",

Los preceptos constitucionales aludidos por el demandante, a que corresponden los números que en seguida se expresan en la articulación con que quedaron ordenadas las disposiciones vigentes según la Codificación oficial, dicen en lo pertinente:

Artículo 28 de ésta (11 del Acto Legislativo Nº 1 de 1936): "El Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas...".

Artículo 38 (15 de dicho Acto): Toda persona es libre de escoger profesión u oficio... Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas... También podrá la ley ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos".

Artículo 131 (32 del mismo Acto): "Los Ministros, como jefes superiores de la administración, y los Gobernadores, como agentes del Poder Ejecutivo, pueden ejercer bajo su propia responsabilidad determinadas funciones de las que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, según lo disponga el Presidente. Las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley...".

Art. 69 (76 de la Constitución de 1886): "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribunciones: ... 9ª Revestir pro tempore al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias...".

Artículo 115 (119 de dicha Constitución): "Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: .. ... 3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes...".

Los cargos del demandante se resumen así: no estándose en el ejercicio de facultades extraordinarias, las que tiene al respecto el Ejecutivo se reducen a la potestad reglamentaria, y de ésta se ha excedido, tanto por no haberse limitado a reglamentar la ley 86 de 1931 sobre fomento del turismo y haber invadido el campo ajeno legislando, cuanto por haber atribuído a la Oficina de Turismo de Cartagena facultades que no le competen y además haberse arrogado el Ejecutivo facultades que el Congreso sacó de este Poder para conferírselas a la misma Oficina. Agrega la demanda que el Decreto contraría los fines de la ley, porque priva a los turistas de las ventajas que les procura un intermediario cuya acción les procura más comodidad y seguridad y menos costo en sus excursiones. Cita una sentencia de la Corte Suprema (la de 12 de diciembre de 1925), según la cual el Presidente no puede establecer prohibiciones, restricciones o limitaciones no establecidas por el legislador, en el ejercicio o con motivo de la potestad reglamentaria; y cierra la primera parte de su demanda con transcripción de conceptos favorables a su tesis tomados de comentador extranjero.

En la segunda parte formula el cargo de violación de la libertad de industria, invoca los contratos existentes entre él y varios hoteles y compañías de navegación que le aseguraban el suministro de vehículos para los turistas, con ventaja para éstos y el demandante, e invoca el derecho de éste y el de hoteleros y navieros a contratar con entera libertad.

Separadamente explica el cargo relativo al transcrito artículo 28, diciendo que éste requiere, en su caso, leyes y no da lugar a decretos. Y explica el cargo de violación de dicho artículo 131 manifestando que en el evento de tener el Presidente las facultades de que habla el Decreto, podría delegarlas en Ministro o Gobernador; pero no en la entidad de que se vale.

El Procurador General de la Nación estudia detenidamente los distintos temas constitucionales tratados en la acusación y los sugeridos en ella y llega a la conclusión de que el decreto es constitucional, por lo cual pide se le declare exequible.

La Corte considera:

El alcance de la potestad reglamentaria ha sido siempre discutido, a lo que se presta la extrema relatividad del vocablo mismo y de la función en sí, así como la frecuente dificultad de distinguir entre la calidad de sustantivo o adjetivo, de fondo o de forma que tenga tal o cual ordenamiento. Sin duda para vencerla la mejor guía u orientación es la ley misma de cuya reglamentación se trate en cada caso, pues su redacción, su finalidad y sus demás elementos pertinentes forzosamente han de arrojar luz sobre tal problema, en cada caso.

En el presente esa ley es la ya citada (la 86 de 1931), "por la cual se fomenta el turismo en el territorio de la República." Interesa ver cómo se ordena y articula: su artículo 1º crea el servicio de turismo y faculta al Gobierno para establecer la respectiva oficina, dependiente de uno de los Ministerios y las demás que se vayan haciendo necesarias. El artículo 2º da a la oficina central las atribuciones que hace lista en

sus múltiples renglones, de la a) a la l). De ellas conviene trascribir estas: "e) fiscalizar el funcionamiento de toda empresa que se dedique a organizar o a realizar viajes de turismo;..... h) proponer los medios adecuados para facilitar la comunicación de sitios de turismo, y estudiar y proponer las medidas para que los turistas realicen sus viajes dentro del país en la forma más cómoda y grata posible; i) velar por el cumplimiento de esta ley y de los reglamentos que se dicten para su aplicación; ....l) propender porque los turistas gocen del mayor número de comodidades en su viaje por el país y que él resulte del menor costo posible...." El artículo 3º ordena a los consulados y otras oficinas suministrar a la de turismo los datos que les pida. Artículo 4º Este artículo ordena incluír en el presupuesto de cada año la partida necesaria para el cumplimiento de esta ley. El artículo 5º dice: "El Gobierno podrá establecer los servicios de turismo de que tratan los artículos anteriores ya sea como dependencias oficiales, ya sea contratándolos con personas o entidades capacitadas para ello, como las sociedades de mejoras públicas o las cámaras de comercio; y en este caso podrá otorgar las subvenciones que estime necesarias para el buen funcionamiento de sus servicios y de su propaganda, siempre que se obligue a prestar todos los servicios de que trata el artículo 2º de esta ley." El artículo 6º prohibe a los departamentos y municipios cobrar impuesto a los vehículos de turistas, en las condiciones allí detalladas. El artículo 7º ordena terminar ciertas carreteras. Y el artículo 8º dispone que esta ley regirá desde su promulgación.

Se ha detallado el texto íntegro de la ley y se han trascrito sus disposiciones más salientes en lo relacionado con este proceso, tanto en busca de claridad, como principalmente porque la confrontación de ellas con las del decreto acusado basta para poner de relieve la sinrazón de la demanda, en cuanto le niega su calidad de reglamenrio, en cuanto afirma que el Ejecutivo legisla a pretexto de reglamentar y en cuanto atribuye al decreto oposición a las finalidades de la ley.

Cuando el órgano legislativo puede, sin menoscabo de las atribuciones constitucionales del Ejecutivo, atribuír o conferir determinadas funciones a una entidad preexistente o creada ad hoc, en esfera extraña a la intervención del Ejecutivo, así lo dispone la respectiva ley expresamente o de modo implícito por la naturaleza misma de las órdenes que dicta. Nada de esto sucede en el presente caso, y si duda cupiera al respecto, bastaría a disiparla el trascrito artílulo 5º.

No es admisible tampoco, por tanto, la fundamentación que el demandante da a sus cargos al observar o sostener que la ley impide al Ejecutivo que se inmiscuya en su cumplimiento, por habérselo encargado ella a la oficina respectiva.

Así las cosas y ante la simplicidad del caso, se hace innecesario traer a cuento la jurisprudencia tradicional sobre potestad reglamentaria y sobre modalidades, límites y excesos de su ejercicio.

Cuanto a violación del citado art. 38, o sea de la libertad de escoger profesión u oficio y, con ella, la de contratar, se observa: el decreto no se la niega al demandante ni se la desconoce a los hoteleros ni navieros aludidos, sino que cabalmente se la reconoce al mismo tiempo que se la reconoce a los demás y vigila por garantizársela. No hay derechos absolutos desde que hay sociedad e interés general y público, cada persona natural o jurídica ve limitada su esfera de acción por la existencia misma de las demás personas; es del ejercicio armónico y simultáneo de los derechos de todos de donde surge la convivencia social o lo que la hace posible. Al intervenir el Gobierno en el servicio automoviliario para turistas en Cartagena en la forma que lo hace su decreto, tan congruente con la ley reglamentada, no hace sino asegurar a todos los individuos o empresas dueños de automóviles el ejercicio de su derecho, que es el de contratar cada cual el servicio de sus vehículos con quienes se lo soliciten, al mismo tiempo que defiende al público y con él a los turistas velando por la seguridad de sus personas y previniendo abusos en el costo.

En suma: no se halla desacuerdo entre el decreto y los preceptos de nuestra Constitución, lo que vale como decir que se rechaza la demanda de inexequibilidad materia de este proceso.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en desempeño de sus funciones constitucionales y de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, declara exequible el decreto ejecutivo Nº 191 de 26 de enero de 1937, por el cual se dicta una disposición reglamentaria del turismo en Cartagena.

Publíquese, notifíquese y cópiese. Comuníquese al Ministerio de Gobierno.

Liborio Escallón—Aníbal Cardoso Gaitán. Pedro A. Gómez Naranjo.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Salvador Iglesias.—Fulgencio Lequerica Vélez.—José Antonio Montalvo. Juan Francisco Mújica.—Pedro Alejo Rodríguez.—Hernán Salamanca.—Eleuterio Serna R.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

INEXEQUIBILIDAD DE UN DECRETO EJECUTIVO QUE DESNATURALIZA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

El decreto ejecutivo que reglamenta una ley puede ser inexequible, ya por invadir el campo del legislador contrariando disposiciones legales, ora por preceptuar, aun en armonía con las leyes, pero también sobre materia de la incumbencia exclusiva del Congreso, v. gr., acerca de capacidad jurídica de las personas, o sobre requisitos esenciales de los contratos; pues en ambos casos se desnaturaliza el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Corte Suprema de Justicia.—Corte Plena.—Bogotá, treinta de marzo de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El señor Enrique Delvasto G. demanda ante la Corte la declaratoria de inexequibilidad, por inconstitucional, del art. 4º del decreto ejecutivo número 1264 de 13 de julio de 1935, "por el cual se aprueban las tarifas para las empresas de navegación del Bajo Magdalena, en desarrollo de la ley 53 de 1918 y del decreto número 1451 de 1933."

Al final del libelo el señor Delvasto concreta un tanto más su pedimento así:

"Mi acusación, en el presente caso, se refiere a las disposiciones que contiene la segunda parte del inciso 1º del art. 4º del nombrado decreto:

'....no podrá considerarse comisionistas a las casas comerciales que hagan gestiones para el manejo de sus propios cargamentos y la reexpedición de ellos.

'No podrán actuar como comisionistas individuos o entidades ligadas con determinada empresa de navegación."

Acompaña a su demanda el señor Delvasto un ejemplar debidamente autenticado del Diario Oficial número 22943, en donde corre publicado el acto materia de la acusación, y cita como preceptos violados de la Carta Fundamental el numeral 3º, art. 120 de la Constitución de 1886 y el art. 1º del Acto Legislativo de 1918.

Estos preceptos, en su orden, corresponden hoy a los arts. 115 (numeral 3º) y 38 de la codificación constitucional de 1936.

Surtido el traslado al señor Procurador General de la Nación, lo contestó en el sentido de oponerse a la inexequibilidad pedida.

Para resolver, la Corte considera:

Sobra advertir que la Corte es ajena a toda apreciación acerca de la conveniencia o inconveniencia de la medida adoptada por el Ejecutivo en el decreto que se acusa, puesto que a la faz del art. 149 de la Constitución lo único que le incumbe es apreciar la conformidad o disconformidad del acto acusado con las disposiciones de la Corte.

En opinión de la Procuraduría los reparos que hace el acusador al art. 4º del decreto número 1264 de 1935 son infundados, porque el Código de Comercio define las calidades de transportador y de comisionista de transportes, de cuyas definiciones "se desprende —dice— que los comisionistas de transportes y las empresas de la misma naturaleza se hallan en estrecha conexión comercial, en tal forma, que los primeros no pueden tener existencia jurídica si se consideran aisladamente de las segundas. Dichos comisionistas, en el lleno de sus funciones, necesitan de porteadores o conductores de pasajeros y mercancías, quienes pueden convertirse en personas jurídicas bajo la denominación de empresas públicas de transportes."

Y agrega el señor Procurador:

"Luego al reglamentar el Ejecutivo, por medio del decreto número 1264 de 1935, las tarifas de transportes para las empresas fluviales del Bajo Magdalena, estaba en la obligación forzosa de incluír a la referida clase de comisionistas, cuya estrecha relación con dichas empresas no podía desconocer, so pena de dejar un vacío que viniera

más tarde a convertir en impracticables todas las disposiciones reglamentarias allí contenidas. De esta relación comercial entre comisionistas y empresas de transportes surge la necesidad de fijar por el Gobierno las tarifas justas y necesarias que deben regir entre ellos. Al respecto dice el decreto:

'Las empresas de transportes fluviales no podrán pagar a los comisionistas más de diez por ciento (10 por 100) sobre el valor de los fletes de bajada.

'Se entiende que esta comisión que se paga a los comisionistas es la remuneración por su trabajo y no puede usarse como retorno a los clientes.

"La facultad reglamentaria de las leyes, por medio de decretos, órdenes y resoluciones, para su cumplida ejecución, no puede entenderse con el criterio simplista que se observa en la demanda. La ley 53 de 1918, por ejemplo, cuando prescribe que las tarifas y reglamentos de las empresas públicas de transportes deben ser sometidos a la aprobación del Gobierno, no dice nada en cuanto a las distintas materias, objeto de dichas tarifas, como la carga, pasajeros, lo relacionado con fletes **ad-valorem**, y por último, también guarda silencio sobre lo que pueden pagar las mencionadas empresas a los comisionistas de trnasportes como remuneración por su trabajo. Todo esto, como es obvio, queda comprendido en la facultad reglamentaria."

Estima, pues, el señor Procurador, que al proveer el Gobierno acerca de tarifas de transportes fluviales, facultad que no puede discutirse de conformidad con el art. 38 de la Constitución y la ley 53 de 1918, tenía forzosamente que reglamentar lo relativo a los comisionistas de transportes, con el fin de "evitar que las empresas de navegación y los verdaderos comisionistas puedan ser perjudicados en sus intereses por comerciantes que se hagan pasar por tales en el manejo y reexpedición de sus propios cargamentos, cobrando la remuneración a que tienen derecho aquellos."

No comparte la Corte las apreciaciones del señor Procurador. En el art. 4º del decreto número 1264 de 1935 se establecen prohibiciones que limitan la capacidad legal de personas naturales y jurídicas en relación con el oficio de comisionista, o sea de una de las especies del mandato comercial que define y reglamenta la sección tercera, capítulo 3º, título VI del Código de Comercio, entre cuyas disposiciones se encuentra la siguiente:

"Artículo 334.—Toda persona natural o jurídica, sea o no comerciante, puede conferir o aceptar una comisión, siendo hábil para comerciar por su cuenta."

Y es bien sabido que todo lo referente a la capacidad legal para ejercer el comercio o ejecutar actos de tal naturaleza está regulado por el código del ramo.

Ahora bien: según el art. 45 de la Codificación Constitucional, "las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas, y los consiguientes derechos y deberes."

De manera que al estatuír el Ejecutivo por medio del decreto que se comenta acerca de una incapacidad de determinadas personas para ejercer el cargo de comisionistas, invadió el campo del legislador, quebrantando así el precepto que acaba de citarse; y aun cuando esa disposición no se señaló por el acusador como violada, la Corte puede confrontar el acto acusado en relación con ella por permitirlo así el art. 2º de la ley 96 de 1936.

Por otra parte en el art. 38 de la Carta se confiere al legislador la facultad de "ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos." Esta facultad la ejercitó el legislador en la ley 53 de 1918, dejando, bajo el control del Gobierno, la revisión de las tarifas y reglamentos de aquellas empresas, pero sin que en ninguna de sus disposiciones hable la ley de autorizar al Ejecutivo para inmiscuirse en materia tan sustantiva como la capacidad de las personas, so pretexto del intervencionismo en las tarifas.

Y no se objete que del art. 4º de la ley de 1918 puede deducirse la atribución del Gobierno para fijar las limitaciones de capacidad civil que se contienen en el decreto acusado; porque la finalidad de ese precepto es únicamente la de impedir que las empresas de transportes establezcan diferencias en relación con sus clientes por medio de ventajas directas o indirectas, mediatas o inmediatas.

Tampoco cabe argüír que se halle fuera de la tacha de inconstitucionalidad la parte del artículo acusado en cuanto dispone que "no podrá considerarse comisionistas a las casas comerciales que hagan gestiones para el manejo de sus propios cargamentos y la reexpedición de ellos", dada la circunstancia de que siendo la comisión una de las especies del mandato comercial, esta determinación del decreto apenas enuncia el principio jurídico de que no se puede ser man-

datario de sí mismo. Porque aun aceptada la objeción como válida, siempre será verdad que también el decreto en la parte que acaba de trascribirse preceptúa sobre materia de la incumbencia exclusiva del legislador, cual es la de estatuír acerca de requisitos relacionados con la esencia misma de un contrato (art. 1501 del Código Civil y 182 del Código de Comercio), desnaturalizando el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Luego resulta infringido también el art. 38 de la Constitución y por ende el numeral 3º del art. 115 sobre potestad reglamentaria del Ejecutivo, cánones ambos citados por el acusador.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de las funciones constitucionales que le señala el art. 149 de la Carta Fundamental de la República y previa audiencia del señor Procurador General de la Nación, declara inexequible el art. 4º del decreto número 1264 de 13 de julio de 1935, "por el cual se aprueban las tarifas para las empresas de navegación del Bajo Magdalena, en desarrollo de la ley 53 de 1918 y del decreto número 1451 de 1933", en la parte qne dice: "....no podrá considerarse comisionistas a las casas comerciales que hagan gestiones para el manejo de sus propios cargamentos y la reexpedición de ellos. No podrán actuar como comisionistas individuos o entidades ligadas con determinada empresa de navegación."

Publíquese, notifíquese, cópiese, dése cuenta al Ministerio de Obras Públicas, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Liborio Escallón—Aníbal Cardoso Gaitán. Pedro A. Gómez Naranjo.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Salvador Iglesias.—Fulgencio Lequerica Vélez.—José Antonio Montalvo. Juan Francisco Mújica.—Pedro Alejo Rodríguez. — Hernán Salamanca. — Eleuterio Serna.—Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

SALVAMENTO DE VOTO

de los Magistrados doctores Hinestrosa Daza, Mujica y Salamanca.

Respetando como siempre la opinión de nuestros colegas, de ella nos apartamos en el caso presente por las razones que expusimos con el debido detenimiento durante la discusión y que pasamos a resumir aquí brevemente.

El decreto no prohibe en forma general a las casas comerciales que asuman y desempeñen una profesión lícita. Tan sólo declara que no podrán considerarse comisionistas al gestionar el manejo y reexpedición de sus propios cargamentos. Como comisionistas gozan de la consiguiente remuneración, y prescindiendo de ella pueden brindar con esta ventaja a los comerciantes y en esta forma, o en otras análogas, realizar una competencia desleal, contra la cual se pronuncia terminantemente la ley 53 de 1918.

Además, nadie puede ser mandatario de sí mismo.

Del propio modo y por lo aludido sobre aquella clase de competencia, el decreto prohibe a los individuos o entidades ligados con una empresa de navegación actuar como comisionistas, lo que es muy distinto de prohibirles en forma general o absoluta que abracen esa profesión.

Lícita es ella en sí y por lo mismo, y en cuanto lo sea, la Constitución garantiza su ejercicio; pero esta garantía no puede reputarse extendida a los casos en que falte tal licitud, sea que a esta falta se llegue abierta o disimuladamente.

El decreto, estrictamente administrativo, versa sólo sobre tarifas para las empresas de navegación del Bajo Magdalena. Sus disposiciones no pueden darse por extendidas a fines, ocasiones o casos distintos. A

mayor abundamiento en este sentido, esto es, en el de concretarse a esa finalidad, su art. 4º, que es el que contiene las prohibiciones materia de la presente acusación, a más de otros mandatos, comienza advirtiendo que todo ello es "para los efectos de este decreto."

No se justifica, pues, el concepto y temor de que tales prohibiciones puedan extenderse o darse por extendidas a actividades o casos distintos.

No violando la Carta cuya integridad está la Corte Suprema obligada a guardar, el decreto acusado es exequible, lo que vale como decir que en nuestra opinión no adolece del vicio que la demanda le atribuye, y por lo mismo no encontramos motivo que impida o dificulte al órgano ejecutivo concurrir en lo de su resorte al cumplimiento y eficacia de la citada ley 53 de 1918, cuyo art. 4º es de este tenor:

"Art. 4º—Es prohibido a las empresas públicas de transporte hacer a un cliente de mejor condición que a otros por medio de rebajas, retornos y otros favores especiales o ventajas relativas al transporte de la carga, ya sean tales concesiones directas o indirectas, mediatas o inmediatas, públicas o privadas y cualquiera que sea el motivo, razón, consideración o pretexto en que se trate de fundarlas."

Conviene advertir que esta ley no ha sido acusada.

Por estos motivos salvamos nuestro voto.

Bogotá, marzo 31 de 1938.

Ricardo Hinestrosa Daza.—Juan Francisco Mújica.—Hernán Salamanca.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

RECURSO DE HECHO

No siendo los acreedores "parte" en el incidente de partición de bienes de una sucesión, carecen de personería para interponer el recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de la partición.

Cotre Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, febrero veinticinco de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El Tribunal Superior de Cali, confirmando el fallo del Juzgado 2º de ese Circuito, aprobó la partición de los bienes de la sucesión del señor Manuel Salvador Jaramillo en sentencia de 10 de septiembre último, contra la cual interpusieron casación el señor Gerardo García y la señora Tulia Hernández de Mercado, quienes recurren de hecho ante la negativa del Tribunal pronunciada en auto de 1º de diciembre.

Es fundamento de esa negativa la circunstancia de que los recurrentes son sólo acreedores y, por tanto, no son partes, lo que significa su carencia de personería para interponer el recurso de casación, sobre lo cual el sentenciador advierte que, conforme al art. 523 del C. J., debe ser interpuesto en tiempo y por persona hábil.

Uno de los reclamantes puso de presente también que ha argüído ser suyos y no de la sucesión ciertos bienes. Pero esa discusión es extraña, no sólo a la partición misma, sino al juicio mortuorio, como lo dice el art. 947 del C. J. al ordenar que las acciones sobre ocultación o inclusión indebida de bienes se intenten por separado. Por su lado el art. 1388 del C. C. establece otro tanto acerca de "las cuestiones sobre la propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo" y agrega: "y no se retardará la partición por ellas." Y en efecto, la sentencia de que ahora se trata no

estudió ni decidió a aquel respecto. De ahí la afirmación hecha aquí de que el tema por estudiarse en la presente providencia es lo relativo a personería de los acreedores en un juicio de sucesión, ya que la razón del Tribunal para la negativa sobre la cual versa el recurso de hecho es la de que los reclamantes, no siendo sino acreedores, no pueden recurrir en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición de los bienes.

Se considera:

Múltiples disposiciones legales demuestran cuidadosa vigilancia porque el derecho de los acreedores no se afecte por la muerte del deudor, ya atendiendo a la responsabilidad de los causahabientes, ya autorizando ciertas gestiones de aquellos; pero al propio tiempo esa vigilancia mira también a los causahabientes. Sin demorar la atención, por ejemplo, en que si al heredero aceptante ofrecen el beneficio de inventario, a los acreedores dan el de separación; en que la responsabilidad de los herederos no obsta a que los legatarios subsidiariamente también la tengan (C. C., arts. 1155, inc. 1º y 1172, inc. 2º), limitada la de éstos al valor de su respectivo legado o de su provecho (arts. 1419 a 1424), o en que el acreedor provisto de documentación con mérito ejecutivo pueda forzar la inclusión de su crédito en el investario aun contra el querer de los herederos (C. J., art. 941), conviene citar algunos artículos del Código Civil que hacen ver cómo a la vez son consultados los intereses de acreedores y causahabientes del deudor difunto.

El 1016 impone la deducción previa de las deudas hereditarias en orden preferencial, pues no las precede sino del costo de diligencias convenientes ante todo a los mismos acreedores, para llegar tras de las deducciones así encabezadas, al acervo líquido de que dispone el testador o la ley al tenor de ese artículo en su inciso final; los herederos en la misma proporción que la herencia llevan las cargas, según el 1411; el 1312 al hacer la lista de las personas que pueden concurrir al inventario menciona al acreedor hereditario; el 1343 obliga al albacea a exigir en la partición la formación de lotes de bienes para el pago de las deudas, háyale encomendado o no el testador este pago, encargo que no libra a los herederos, según el 1346, y por su lado el partidor de suyo está en el deber de formar esa hijuela, según el 1393, bajo la sanción que éste mismo establece.

Esos intereses de acreedores y causahabientes, si parecen opuestos desde cierto punto de vista, son a la vez armónicos entre sí. Los bienes del difunto deben aplicarse ante todo a pagar lo que debe y a sus causahabientes interesa saber hasta dónde va la responsabilidad que sobre ellos pesa y cuál es su heredad efestiva. Poner en seguridad los bienes reliltos y proveer a su cuidado así sea provisoriamente, son medidas benéficas para unos y otros; obsérvese que siempre se ha entendido que entre los interesados de que hablan los arts. 1279 y 1297 se hallan los acreedores. Otro tanto respecto de la capacidad para requerir al asignatario a que declare si acepta o repudia, de que habla el art. 1289, sobre lo cual es inequívoco este derecho en el acreedor según el art. 908 del C. J. Sobre esto no sobrará advertir que no siempre hay un solo asignatario, digamos heredero, o un grupo de asignatarios enfrentado a un acreedor o grupo de acreedores, y que la gestión de uno de éstos puede interesar no sólo a este grupo sino a asignatarios distintos del requerido. Esto se observa en razón de la posibilidad anotada de que sean conjuntos y armónicos los antedichos intereses, a la verdad frecuentemente opuestos.

Las disposiciones citadas miran, como se observó, a que la muerte del deudor no afecte la situación y derechos de sus acreedores. Esa muerte es un hecho extrínseco que no altera en sí mismas sus obligaciones trasmisibles ni embota las acciones concomitantes. Si hay caución, esa muerte no la extingue; los intereses, en su caso, siguen corriendo. Si hay codeudores, ellos siguen obligados con los causahabientes del deudor difunto. Claramente se ve esto en casos como el contemplado por el art. 1580 del C. C. Apenas habrá para qué recordar, casos de caución real, el art. 1583 ibídem, numerales 1º y 4º.

El acreedor que había podido ejecutar al deudor, no se ve impedido para tomar esa vía porque éste muera, pues bien puede ejecutar a sus herederos, y si ya tenía incoada la ejecución, al morir el deudor contra sus herederos puede continuarla. Así establece el art. 1434 de esa obra, sin más requisito que el de la notificación de los títulos y trascurso del breve plazo ordenados allí.

Para el beneficio de separación a que atrás se aludió no obsta el plazo pendiente o la condición no cumplida, de suerte que aún así el crédito, el acreedor puede impetrar aquel beneficio que bien merece este nombre (art. 1436 ibídem).

Si, pues, los acreedores de obligaciones trasmisibles conservan inalteradas las acciones correspondientes a sus créditos a la

muerte del deudor y sí, a ésta pueden asegurarse separando los bienes y ejercitando los demás recursos legales, de algunos de los cuales se ha hecho aquí mención, no es de echarse menos la intervención que efectivamente la ley no les concede en el incidente de partición.

Con la muerte de cada persona nace una comunidad universal sobre sus bienes entre sus causahabientes, y basta observar que los acreedores no son causahabientes de su deudor para reconocer que no son partícipes en esa comunidad.

Bajo el Código Judial anterior que hacía de la partición una sección de la causa mortuoria en pie de igualdad con el juicio de petición de herencia, pudo entenderse que aquella era de por sí un juicio y así, en efecto, llegó a llamarse; pero el Código actual no da lugar a duda sobre que la partición es un incidente dentro de la causa mortuoria, como lo son las medidas preventivas sobre secuestro, guarda y fijación de sellos, las relativas a declarar una herencia yacente; las de publicación del testamento. las que, llenando un vacío de nuestro procedimiento, proveen al decreto de posesión efectiva, y las de inventarios y avalúos.

En este incidente nuestro Código actual reglamenta la intervención de los acreedores establecida por el citado art. 1312 del C. C., el que, en su inciso final, los autoriza para reclamar contra la diligencia de inventario en lo de su resorte. El art. 941 de aquél determina la inclusión en el pasivo de las deudas que consten en documento que preste mérito ejecutivo y de las que, aun desprovistas de él, sean aceptadas o reconocidas expresa o tácitamente por los herederos durante el traslado de la petición del acreedor.

Es claro que la expresión deudas conocidas con que termina el art. 1343 del C. C., a que hace expresa referencia el art. 1393 del mismo Código al imponer al partidor la obligación de separar bienes para el pago, se refiere a las deudas incluídas en el pasivo por las causales referidas con la voluntad de los herederos o sin ella o contra ella, según los varios casos.

En el presente se trata de deudas incluídas y sobre este detalle importante no ha ocurrido discusión ni reparo.

El art. 953 del C. J. indica como posibles demandantes de la partición sólo a los herederos y en el art. 958 atribuye ese derecho también a los legatarios; pero subordinándolo o encaminándolo exclusivamente al pago de sus asignaciones, de suerte que establece una alternativa entre esa demanda y una articulación para obtener que ese pago se ordene. Así puso fin el Código actual a las dudas y discusiones a que daba lugar el Código anterior sobre si demandar la partición era derecho exclusivo de los herederos.

Pero los acreedores no se mencionan en lo atañedero a partición, salvo tan sólo en el art. 967, en cuanto su inciso 4º autoriza venta de bienes relictos "para facilitar la partición, o cuando ello sea necesario para pagar deudas hereditarias o testamentarias", cuando entre los herederos hay personas incapaces o, siendo todos capaces, no se ponen de acuerdo sobre esa venta.

Bien se echa de ver que este detalle adjetivo no mira a la partición en sí misma; en otras palabras, poderse vender bienes de la sucesión directamente por los herederos o mediante subasta para pagar deudas, no es autorizar a los acreedores para gestionar acerca de la distribución de los bienes entre los partícipes.

Grave sería y ocasionado a serios peligros que podrían llegar hasta sacrificar el derecho de los causahabientes a poner fin a su comunidad, el que se confiriera a los acreedores el derecho de intervenir en la partición misma. Basta pensar, por ejemplo, en el abuso que de semejante arma podrían hacer para obtener una situación ventajosa sobre los causahabientes interesados en librarse de procastinaciones y estorbos con tal de llegar a la participación efectiva.

De otro lado, ya se vio que en manera alguna se vulnera el derecho de los acreedores no otorgándoles esa intervención, porque tienen los varios recursos de que ya se ha hablado en relación con la muerte del deudor, a más de conservar las acciones que de suyo corresponden a cada crédito.

El vocablo parte se define por el Art. 202 del C. J. actual como lo definía el anterior en su Art. 260. "el litigante o grupo de litigantes que sostienen en el juicio unas mismas pretensiones". Esta definición sugiere la idea de juicio en el sentido de pugna, por lo cual, recordando la diferencia que, en razón de haber o no controversia hacían los Arts. 146 y 147 para distinguir entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, ocurre comprender que no es procedente para calificar o clasificar las varias tendencias que pueden ocurrir dentro de una causa mortuoria. Pero, aún en el supuesto de que, siguiendo literalmente esa definición hubiera de entenderse como parte el acreedor o acreedores enfrentados a los herederos en caso de diferencias entre unos y otros, es

evidente, ante el contraste entre las disposiciones del incidente de inventario y las del incidente de partición, que dentro de este último no pueden aspirar a ser parte el acreedor o grupo de acreedores, por la decisiva circunstancia de no darles entrada la ley, como sí se la dá en el inventario, según queda visto.

Las procedentes consideraciones demuestran la legalidad de la negativa pronunciada por el Tribunal sentenciador sujeta hoy al recurso que se está decidiendo. Así las cosas, hasta sobra observar que la participación en el presente caso no prescindió de los créditos incluídos en favor de los reclamantes, no los pasó por alto, no dejó de imponer la obligación de pagarlos al adjudicatario de bienes señalados para el pago, y que su reparo versa sobre haberse hecho tal adjudicación e imposición a determinado heredero.

De resto, cumple observar también que una cosa es separar bienes para el pago de las deudas, que es lo ordenado por el legislador, y otra cosa muy diferente sería adjudicar bienes a los acreedores. Esto último, que, en su caso, es dación en pago, es un fenómeno jurídico que requiere el correspondiente concurso de voluntades, que puede sobrevenir cuando tal concurso adviene con la debida espontaneidad o libertad. La ley no autoriza en modo alguno a tal o cual de los interesados a imponérselo a los otros, y por lo mismo, no puede reclamarse en forma que por no haberse producido hubiera de improbarse una partición, máxime si quien a la aprobación se opone no es asignado en la comunidad que con la partición termina.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, deniega el recurso de hecho de que se trata.

.Póngase en conocimiento del prenombrado Tribunal.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

RECURSO DE HECHO.—ESTIMACION DE LA CUANTIA PARA EL RECURSO DE CASACION

Cuando el demandante señala desde la iniciación del juicio el valor de la acción y el demandado no la objeta, esa estimación es intocable posteriormente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, febrero once de mil noviecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

En el ordinario promovido por Eugenio Ordóñez contra Jorge R. Vanegas por simulación de unos contratos, el Tribunal Superior de Bogotá falló el pleito en sentencia de treinta de septiembre de mil novecientos treinta y siete decretando la simulación impetrada y la restitución de los bienes a que ella se refiere.

El demandado Venegas interpuso recurso de casación que fue denegado por razón de la cuantía. Previa súplica de reposición del auto en que se negó el recurso, el demandado interpuso recurso de hecho ante la Corte, el cual pasa a decidirse.

El Tribunal no concedió el recurso de casación porque el demandante estimó la cuantía en más de mil pesos, pero en menos de tres mil y esa estimación no fue impugnada por el demandado. Dados los dos extremos de la fijación de la cuantía, el Tribunal no encontró que hubiera motivo de duda para proceder al avalúo de la acción.

Para resolver se considera:

De acuerdo con el artículo 519 del C. J. procede el recurso de casación por concepto de la cuantía, cuando ésta, en los juicios

ordinarios, alcanza por lo menos a la suma de tres mil pesos. La estimación de la cuantía corresponde al demandante. (Art. 205 ibidem). Y el demandado es quien debe objetarla, para que en este caso se determine, previo dictamen pericial (Art. 206). Cuando esto no sucede, se entiende que el demandado acepta la cuantía que fijó el actor.

La fijación de la cuantía, en principio, tiene por objeto determinar o fijar la competencia del juez, pero puede suceder, y sucede muchas veces que el demandante señale desde la iniciación de la demanda el valor de su acción fijando el límite o el máximun de ésta.

Cuando esto sucede, como en el presente caso, esa estimación es intocable posteriormente, siempre que el demandado no la haya objetado. No puede por lo tanto un Tribunal ni encontrar motivo de duda en el valor de una acción así determinada, ni mucho menos sobreponerse a la fijación hecha por él directamente interesado, como es el demandante. No juega papel el hecho de que los contratos u obligaciones sobre que versa la demanda aparezcan con un valor mayor si el mismo demandante les asignó uno menor al iniciar la demanda.

Como en el presente el demandante estimó que su acción, que su interés valía menos de tres mil pesos, desde el principio del juicio esa acción quedó fuera del recurso de casación al tenor del artículo 519 ya citado.

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, deniega el presente recurso de hecho, y ordena que se ponga esta resolución en conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta y archívese.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Piloniera.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION

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

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca)

Juan de la Rosa Cifuentes, demandó, en vía ordinaria, la sucesión de Isabel Chica, representada por sus herederos Federico Chica, María de los Angeles v. de Rodas, Juana María Chica y su esposo Jesús María Alvarez. Los demandados a su turno interpusieron demanda de reconvención contra el demandante.

El Juzgado 2c del Circuito de Armenia, negó los pedimentos de la demanda principal, condenando en cambio a Cifuentes en lo pedido en la contrademanda.

El Tribunal Superior de Pereira, en sentencia de 27 de juliode 1934, desató el negocio en segunda instancia confirmando una parte y revocando otra de la sentencia apelada.

Concedido el recurso de casación interpuesto por Juan de la Rosa Cifuentes y declarado admisible, se corrió traslado a la parte recurrente por auto de 15 de diciembre de 1937, la que tuvo a su disposición el expediente desde el 18 del mismo mes. Según informe del Secretario de la Corte, trascurrieron los treinta días para fundar el recurso sin que tal cosa se hubiera hecho.

Es pues el caso de aplicar el artículo 532 del C. J., y por lo 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 Juan de la Rosa Cifuentes contra la sentencia defecha veintisiete (27) de julio de mil novecientos treinta y cuatro (1934), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Sin costas, por no aparecer que se hayan causado.

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

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Arturo Tapias Piloniera.—Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO.—NOVACION

1.—Se operó, en el caso de autos, el fenómeno jurídico de la novación objetiva contemplado en los artículos 1687 y 1690, numeral 1º, del Código Civil. En manera alguna de transacción, porque para que haya transacción se requiere que los contratantes terminen una controversia nacida, o eviten un litigio que está por nacer, mediante el abandono recíproco de una parte de sus pretensiones, o la promesa que una de ellas hace a la otra de alguna cosa para obtener un derecho claro y preciso.—2. Para dar por extinguida una primera obligación por otra, en cuanto a los mismos contratantes se refieren ambas, es indispensable que la segunda obligación varíe radicalmente lo que fue objeto de la primera, o altere alguna de sus condiciones principales. No habrá novación, en cambio, cuando la segunda obligación limítase a hacer alteraciones accidentales a la primera, sin variar con ellas en lo sustancial la anterior contraída. Ni tampoco cuando las partes omiten declarar terminantemente que su intención fue tener con la nueva por extinguido el anterior negocio, ya que la novación no se presume (Art. 1693), a no ser que resulten de todo punto incompatibles entre sí ambas obligaciones.—3. La intención de novar debe manifestarse por signos inequívocos, como haciendo incompatibles las dos obligaciones, de tal manera que se vea de modo indudable que la segunda obligación fue creada con el ánimo de cancelar la primera, y no simplemente de modificarla o adicionarla. No habiendo novación expresa ni tácitamente indudable, las dos obligaciones coexisten, modificando la última a la primera en lo que sean incompatibles. Tál es el sentido del segundo miembro del artículo 1693.

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

(Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Por escritura número 73, otorgada en la ciudad de Pasto el día 9 de marzo de 1933, los señores Neftalí Rojas y Luis Dorado, suscribieron el contrato del cual son las siguientes cláusulas principales:

Rojas se compromete para con Dorado a entregarle a éste o a su orden, en el sitio que designe comprendido dentro del área de la ciudad de Pasto, seiscientos mil ladrillos adobones, cuyo valor confiesa recibido, durante el transcurso de dos años contados a partir de la fecha del contrato en adelante. También se compromete a mantener bajo su cuidado y debidamente almacenados todos los adobones que Dorado no hubiere podido realizar, hasta por el término de cinco años más, contados a partir de la fecha del vencimiento del contrato, quedando Rojas con la obligación de trasladar los referidos adobones al lugar donde el señor Dorado indique, dentro de la ciudad de Pasto. Vencido el plazo de los dos años estipulados para la entrega, sin que Rojas hubiere dado cumplimiento a su obligación, se obliga a pagar a Dorado, por el saldo de material que le quede a deber y por cada millar de adobones, la suma de doce pesos oro americano acuñado, o su equivalente en moneda de libre y corriente circulación al tipo del cambio en el día del pago. En garantía del cumplimiento de sus obligaciones Rojas constituye a favor de Dorado, caución hipotecaria sobre una casa de dos pisos de su propiedad, ubicada en el barrio de la Merced, frente a la plaza de mercado de la ciudad de Pasto y comprendida dentro de los linderos descritos en la escritura. Por último, Rojas estipuló que en caso de ejecución reconocerá un diez por ciento (10%) para el pago de los honorarios del abogado que se encargue del juicio.

Basándose en la anterior escritura, Dorado propuso ante los jueces de Pasto juicio ordinario contra Neftalí Rojas para obtener las siguientes prestaciones:

1º Pago de la cantidad de siete mil cincuenta y un pesos veinticuatro centavos oro americano acuñado ($ 7,051.24), o su equivalente en moneda colombiana, al tipo del cambio el día del pago;

2º Pago de las costas del juicio incluyendo las agencias en derecho computadas al diez por ciento (10%) sobre el monto total de la deuda, en oro americano.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA

3º Pago de los intereses sobre el capital de la primera petición, también en oro americano;

4º Que se declare que todas las obligaciones contraídas por el señor Rojas en la escritura arriba mencionada están garantizadas con la hipoteca allí constituída.

El actor adujo como hechos, las estipulaciones de la escritura y además estos otros dos:

A) No obstante el cumplimiento del plazo para la entrega del material, Rojas no ha cumplido sus obligaciones, pues ha dejado de entregar quinientos ochenta y siete mil seiscientos tres adobones (587,603) los cuales deben computarse a doce pesos oro americano, dando así un total de $ 7,051.24 oro, de acuerdo con la cláusula número 7 de la escritura, en la que se obligó a reconocer doce pesos oro americano ($ 12) por cada millar de adobones que dejara de entregar.

B) "Confieso que tengo recibidos del demandado la cantidad de doce mil trescientos noventa y siete ladrillos adobones, consignación hecha por el deudor antes de vencerse el plazo estipulado en la escritura citada, en parte, y después de vencerse el plazo en otra parte, según los recibos que, en copia presento, y que se hallan designados con los números 1, 2, 3 y 4 y uno sin numeración".

Termina el demandante el libelo, diciendo que demanda la cláusula penal que consta en la escritura 73, pues tiene derecho a escoger entre la obligación principal y la cláusula penal, ya que el deudor se ha constituído en mora de cumplir su obligación, según lo establecido en el artículo 1,600 del Código Civil.

Sentencia de primera instancia

El juez, en sentencia de fecha 18 de agosto de 1936, desató la controversia declarando todas las prestaciones pedidas, menos lo relativo al pago de las agencias en derecho, las cuales reguló en doscientos pesos ($ 200), prescindiendo así de la estipulación de la escritura que las fijó en el diez por ciento (10%) sobre el total del crédito.

Sentencia de segunda instancia

El tribunal de Pasto, a donde subió el negocio en apelación interpuesta por las dos partes, encontró ilegal la sentencia del juez, la revocó, y en su lugar declaró probada la excepción de nulidad absoluta del contrato contenido en la escritura número 73 citada, y del accesorio de hipoteca; absolvió por ende al demandado Rojas de todo cargo, y mandó cancelar los registros de la escritura.

Recurso de casación

Contra la sentencia del tribunal interpuso el recurso de casación el demandante Dorado. Admitido, presentó oportunamente la respectiva demanda de casación, en la cual invoca la primera causal del artículo 520 del código judicial, por ser dicho fallo violatorio de la ley sustantiva, según los tres cargos siguientes:

1º Al considerar el tribunal como venta el contrato de transacción que consta en la escritura número 73, incurre en error de hecho manifiesto en la apreciación de esa prueba, violando en consecuencia, por aplicación indebida al caso del pleito, los artículos 1849 y 1864 del código civil, y al concluír sobre dicha base falsa, que no habiéndose determinado el precio el contrato está viciado de nulidad, aplicó indebidamente y quebrantó los artículos 1740, 1593, 1625, ordinal 8º, y 2457 de la misma obra.

2º El demandado Rojas al contestar la demanda, confesó que no hubo contrato de compraventa al hablar del "precio recibido —no por valor de compra, por cuanto no la ha habido", apreciación en que se ratifica cuando al finalizar su escrito de contestación dice perentoriamente que "la celebración de esa escritura (la número 73 de que se trata) se debe a una transacción con el demandante".

Incurrió el tribunal en error de hecho evidente al no haber tenido en cuenta la prueba de dicha confesión, y en error de derecho al no darle el valor probatorio que le asignan los artículos 606 del código judicial, y 1769 del civil, y, en consecuencia, en violación de estos artículos, del 593 y 601 del código judicial y del artículo 2469 del código civil, por no haberlo aplicado al caso del pleito, así como de las disposiciones indicadas en el punto primero por aplicación indebida.

Rojas se refiere indudablemente, al reconocer que lo que hubo fue un contrato de transacción, a la de que tratan las preguntas hechas a Dorado sobre el particular en las posiciones rendidas por Dorado ante el juez 2º del Circuito de Pasto, preguntas 10 y 11 con sus respuestas; posiciones del 31 de mayo de 1935, preguntas 2ª y 3ª; y posiciones rendidas por Dorado en la segunda instancia el 23 de junio de 1936, posiciones 4ª y 5ª

"Aun cuando creo suficiente y decisiva para la casación del fallo la circunstancia apuntada de no haber tenido en cuenta el tribunal la confesión hecha en la contesta-

ción de la demanda, acuso también la sentencia —agrega el recurrente —por haber desestimado la confesión resultante de las preguntas hechas en las posiciones a que me referí en la letra B, preguntas hechas personalmente por Rojas, con lo cual incurrió el tribunal en error manifiesto de hecho y en error de derecho al no darles el valor probatorio que legalmente tienen, con violación de los artículos que se han citado ya como infringidos en este punto.

3º El tribunal al considerar como de venta el contrato constante en la escritura número 73, olvidó todos los antecedentes de dicha escritura y las relaciones anteriores de las partes.

El contrato de que da cuenta esa escritura encuentra su clasificación jurídica en el artículo 2469 del código civil, y la transacción que en él consta se efectuó con novación de la obligación primitiva, según los artículos 1687 y 1690, ordinal 1º, del mismo código, disposiciones violadas por el sentenciador.

El demandado al finalizar su contestación a la demanda reconoció que la verdadera naturaleza del contrato fue una transación cuyo objeto fue englobar en un solo documento lo que por varias partidas le debía al señor Dorado en virtud de primitivos contratos. En autos aparecen en copia los documentos en que constaban esas deudas parciales. El tribunal no tuvo en cuenta la prueba resultante de tales copias, incurriendo en error de hecho manifiesto, y en error de derecho al no darles el valor probatorio que les asigna el artículo 632 del código judicial, e infringiendo por ende este artículo y los citados 2469, 1687 y 1690, ordinal 1º del código civil.

Motivos de casación

El tribunal en su sentencia de 8 de abril del año próximo pasado, en capítulo especial estudia la excepción perentoria de nulidad del contrato principal, opuesta por el demandado. En su sentir dicha excepción está acreditada. Sobre la base de que en la escritura número 73 pretendióse perfeccionar un contrato de venta de seiscientos mil ladrillos adobones vendidos por Neftalí Rojas a Luis Dorado, razona más o menos así:

Cuando en un contrato no concurren los elementos esenciales específicos que lo caracterizan, o degenera en otro contrato, o es inexistente o nulo, según el artículo 1740 del código civil, a términos del cual es nulo el contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.

El contrato de compraventa, por su carácter bilateral, tiene dos elementos esenciales: la cosa vendida y el precio. Si no existe o no se determina uno cualquiera de estos dos objetos, el contrato de compraventa no existe por sustracción de materia.

Para que exista la compraventa no basta la declaración en el contrato de haberse recibido el precio; es necesario que ese elemento lo determinen expresamente las partes, o por lo menos den los medios o la forma de determinarlo, ya que el precio debe ser cierto, real y justo.

La confesión del vendedor de haber recibido el precio de la compraventa, sin determinarlo, ni hacerlo determinable, no da posibilidad para apreciar si el precio es real ni si es justo; con lo cual, de aceptarse aquella confesión, llegaríase a reconocer indirectamente la validez de la donación del exceso y la renuncia de la acción rescisoria, violando así el artículo 1950 del código civil.

Ahora, como en el contrato de compraventa contenido en la escritura número 73 ni se determinó ni se dieron normas para determinar el precio del material vendido, carece de uno de sus requisitos esenciales, lo cual apareja la nulidad, que debe declararse.

La cláusula séptima de la escritura no determina el precio como pudiera creerse, pues de una parte trátase de dos contratos distintos, principal el uno y accesorio el otro; y por otra parte, refiriéndose dicha cláusula a una pena, el precio de doce dollares comprende la indemnización de perjuicios tasados anticipadamente por las partes. De ahí que de acuerdo con el artículo 1594 del código civil no pueda demandarse a la vez el cumplimiento de la obligación principal y de la pena. Además, en ninguna parte de la escritura aparece que el precio de los seiscientos mil adobones sería precisamente el indicado en la cláusula 7ª

El tribunal no encuentra en el proceso ninguna prueba encaminada a demostrar que se estipuló el precio del contrato de compraventa y para llegar a esa conclusión recorre las diferentes posiciones que obran en autos.

Para el conveniente y metódico estudio del recurso, precisa hacer primero un recuento de las realidades del proceso, historiando suscintamente los orígenes que diéronle vida a la escritura número 73; y después, frente a esas realidades, darles su verdadera calificación jurídica, en orden a determinar hasta

dónde le asiste razón al recurrente en sus ataques contra la sentencia.

En la contestación de la demanda el demandado conviene en que el contenido de la escritura número 73 de 9 de marzo de 1933, base del presente juicio "se debe a una transacción con el demandante en la cual sufrí un error al verificar el traspaso de unas partidas, por cuyo motivo se estableció la deuda de un número mayor de ladrillos adobones de los que figuraban en primitivos contratos.....". (Subraya la Corte).

Durante el proceso es fácil ver que las partes, sin quererlo, llegaron a ponerse en acuerdo perfecto acerca de los hechos que originaron directamente el otorgamiento de la escritura número 73, con los cuales el pacto allí consignado tiene estrecha relación.

Puntualizando esos hechos se tiene entonces que la causa inmediata de la obligación contraída por Neftalí Rojas con Luis Dorado para entregarle a éste seiscientos mil ladrillos adobones en el curso de dos años contados a partir del nueve de marzo de 1933, es la siguiente, relatada por las partes en diferentes pasajes de posiciones pedidas y rendidas en el juicio o fuéra de él y confirmada con pruebas documentales:

Entre Rojas y Dorado mediaron anteriormente relaciones comerciales, en virtud de las cuales sábese que el segundo le entregaba dineros al primero, y éste le entregaba diferentes partidas de ladrillos adobones. No están bien precisados los términos de estas relaciones, aun cuando sí se advierte el ánimo que las partes tuvieron en un principio de organizar con el tiempo una sociedad (posiciones de 24 de junio de 1935), para la fabricación de material de construcción, tejas, ladrillo, etc., en una finca de Rojas; sociedad que no llegó a realizarse.

Como consecuencia de estas relaciones, las partes, para aclarar sus cuentas que constaban en múltiples recibos dispersos, sobre entregas de ladrillos y de dinero, determinaron extender cuatro documentos privados, cuyas copias léense de fls. 44 a 45 v. del cuaderno principal, en los cuales consta una deuda total en dinero a cargo de Rojas, de nueve mil pesos ($ 9,000) moneda corriente, pagadera en ladrillos adobones, en número de cuatrocientos cincuenta mil (450,000) en las condiciones y términos expresados en los referidos documentos.

Esos documentos, otorgados todos durante el año de 1932, y suscritos por Neftalí Rojas, tienen por objeto dejar constancia del recibo de diferentes partidas de dinero que le había entregado Luis Dorado y del compromiso que aquél adquirió de pagar tales créditos en ladrillos adobones, así: el primero, de fecha nueve de junio, por doscientos pesos ($ 200) oro legal colombiano, pagadero el primero de julio siguiente en diez mil ladrillos; el segundo, de fecha 5 de julio, por cuatro mil pesos ($ 4,000), pagaderos el primero de enero del año siguiente en doscientos mil ladrillos; el tercero, de fecha 30 de agosto, por otros cuatro mil pesos ($ 4,000), pagaderos en doscientos mil ladrillos en la misma fecha del anterior; y el cuarto documento de fecha 17 de octubre, por ochocientos pesos ($ 800), pagadero el mismo primero de enero, en cuarenta mil (40,000) ladrillos.

Como hubiesen vencido los plazos de los documentos sin que el deudor Rojas los hubiese satisfecho, Dorado procedió a cobrarlos por la vía ejecutiva, a cuyo efecto embargóle a Rojas un inmueble de su propiedad (posiciones de 23 de junio de 1933, fls. 28 a 30 del cuad. principal). Dorado consintió luégo en desistir de la ejecución, a cambio de que Rojas le otorgase una sola obligación garantizándola con la hipoteca de su casa de habitación en el barrio de La Merced (posiciones de 23 de octubre de 1936, preguntas segunda, tercera, cuarta y quinta con sus respuestas fl. 3 y 3 v. del cuad. Nº 3). Así se hizo. Otorgóse la escritura número 73 de 9 de marzo de 1933, bases del presente juicio, con la cual reemplazaron los documentos privados de la ejecución, dejándolos sin valor (posiciones de fecha 31 de mayo de 1935, pregunta y respuesta primera, fl. 36, cuad. principal); lo mismo que la ejecución, de la cual desistió Dorado expresamente con fecha 6 de junio de 1935, en memorial donde léese lo siguiente: "El 21 de enero de 1933 inicié demanda ejecutiva por suma de pesos contra el señor Neftalí Rojas. Dicha demanda correspondió a ese juzgado, donde se siguió la tramitación hasta obtener el embargo de algunos bienes del ejecutado. Posteriormente fue suspendida la actuación en esa demanda por voluntad mía. Como la obligación que generó esa demanda ejecutiva fue posteriormente novada por el contrato que consta en la escritura pública número 73 de 9 de marzo de 1933, otorgada en la notaría 2ª de este circuito, en la cual, dicho sea de paso, el señor Neftalí Rojas contrajo a mi favor otras obligaciones.... no veo la conveniencia de seguir adelante el juicio ejecutivo.... y por consiguiente declaro que desisto de esa acción ejecutiva...." (fl. 17 y 17 v. del cuad. Nº 3).

En vista de todos sus antecedentes, es fácil ver ya el contenido jurídico verdadero de la escritura número 73. Obligaciones lícitas preexistentes a cargo de Rojas y a favor de Dorado de entregarle a éste en los plazos convenidos determinadas cantidades de ladrillos, cuyo valor de antemano había sido cubierto, trasformáronse contractualmente en una sola obligación con distinto plazo, mayor cantidad de material por entregar, y diferente cuantía de la cláusula penal, en caso de incurrir el deudor en mora.

En estas circunstancias las estipulaciones de la escritura número 73, representan una compraventa en que Neftalí Rojas comprométese a entregar en el transcurso de un año 600,000 ladrillos adobones. ¿Y el precio? El precio son los nueve mil pesos moneda corriente ($ 9,000), valor total de los cuatro documentos que fueron anulados por la escritura. De ahí que en la escritura declarase Rojas, cláusula segunda: "haber recibido el valor de los seiscientos mil ladrillos adobones, en moneda efectiva y a su entera satisfacción, de manos del señor Dorado". Entonces ¿a qué corresponde la estipulación de que el señor Rojas debe pagar a Dorado, cláusula séptima, "por el saldo de adobones que le quede a deber y por cada millar, la suma de doce pesos oro americano acuñado, o su equivalente en moneda de libre y corriente circulación al tipo del cambio en el día del pago", si vencido el plazo fijado Rojas no hubiere podido cumplir su obligación en todo o en parte?

"La cláusula penal, dice el artículo 1592 del código civil, es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal". Es obvio, pues, que el compromiso de pago de los doce pesos oro americano, equivale a una cláusula penal, en que las partes anteladamente prefijaron el monto de los perjuicios por la falta de entrega de cada millar de ladrillos en el plazo estipulado.

¿Habrá acaso insalvable valla de orden legal, moral o siquiera económico, que haga imposible la computación en calidad de precio de una cosa que otro esté comprometido a entregar, antigua deuda lícita determinada por su cuantía, aunque tenga origen distanciado del nuevo contrato, como un mutuo, depósito, arrendamiento, etc.? Absolutamente ninguna. Y, bien al contrario, ése es fenómeno de diaria ocurrencia en la vida de las relaciones comerciales o económicas y en la vida jurídica.

En la vida jurídica ese fenómeno cabe bajo las disposiciones expresas de la novación, que autorizan la sustitución de una obligación por otra, como medio de extinguir la obligación sustituída.

El pensamiento de las partes aparece nítido al cumplirse los actos que prepararon el otorgamiento de la escritura número 73, en el sentido de que únicamente pretendieron sustituír las obligaciones contenidas en los cuatro documentos que estaban sirviendo ya de recaudo ejecutivo, por otra obligación de carácter especial, con los distintivos propios de la compraventa, extendida en escritura pública, garantizada con una finca de propiedad del deudor, y en que éste aparece declarando recibido el precio de los seiscientos mil ladrillos a que se refiere su compromiso, precio que aunque dejó de expresarse en la escritura está subentendido entre las partes, entre las cuales no hay duda al respecto. Nótese que una cosa es no expresar la escritura la cifra del precio, y otra cosa no haber precio.

Operóse así el fenómeno jurídico de la novación objetiva de los primitivos contratos, contemplado en los artículos 1687 y 1690, numeral primero, del código civil. Novación que produjo un contrato característico de compraventa. En manera alguna de transacción, conforme sostiénelo el recurrente, porque para que haya transacción, en el sentido estrictamente jurídico del vocablo, requiérese, según los dictados de la jurisprudencia universal, que los contratantes terminen una controversia nacida, o eviten un litigio que está por nacer, mediante el abandono recíproco de una parte de sus pretensiones, o la promesa que una de ellas hace a la otra de alguna cosa para obtener un derecho claro y preciso.

Nada de esto ocurrió en el arreglo que perfeccionaron los señores Rojas y Dorado. El segundo no hizo ningún sacrificio. De tal no es dable calificar el aplazamiento del cobro de los nueve mil pesos valor de los cuatro primeros documentos, renunciando a la ejecución ya intentada, mediante nuevas y más efectivas seguridades del deudor. Tampoco había litigio pendiente, porque no estaba en discusión la existencia o validez de las primitivas obligaciones, ya que el juicio pendiente era ejecutivo, para el cobro de ellas. El juicio ejecutivo no es por su naturaleza controvertido. Es apenas un procedimiento especial para obligar coactivamente al deudor cierto, a pagar.

De manera que cuando el recurrente ataca la sentencia del tribunal, desconociendo el

aserto de que la escritura número 73, reza un contrato de compraventa, formula un cargo infundado, porque como se ha visto, la realidad jurídica justifica el concepto del sentenciador. Ese error del recurrente proviene de haber calificado mal, él sí, el verdadero contrato constante en la escritura de arreglo, que no es el de transacción, como lo piensa. Ese arreglo podrá llamarse transación en un sentido lato, según la denominación que le dan las partes, legas en el tecnicismo jurídico. Mas en el rigor jurídico es inaceptable semejante denominación.

De manera que en cuanto el recurrente formula sus primeros cargos por la faz de que no se trata de compraventa, sino de transacción, la acusación es infundada.

Empero, cuando el recurrente en la última parte de su demanda de casación acusa porque el tribunal no tuvo en cuenta la prueba resultante de las copias de los cuatro documentos englobados en el contrato consignado en la escritura número 73, incurriendo con ello en error de hecho manifiesto al omitir considerarlos y en error de derecho al no darles el valor probatorio que les asigna el artículo 632 del código judicial, por cuyo motivo infringió tanto esta disposición como los artículos 1687 y 1690, ordinal 1º del código civil, preceptos que reconocen y autorizan la novación objetiva entre las mismas partes de una primera obligación, hiere la sentencia en una de sus bases vulnerables. Porque tiene razón el recurrente. El tribunal prescindió en absoluto de tomar en cuenta la primitiva obligación transformada. Examinó la segunda aisladamente de su origen y de sus antecedentes. Y en esa forma es obvio que, en la nueva obligación no podía ver cosa distinta de un contrato de compraventa sin precio. Cuando el precio hubiéralo visto patente si se detiene a investigar con atención el fenómeno jurídico que se operó mediante el cambio de obligaciones entre las mismas partes. Es decir, la novación, cuya consumación germinó a la vida jurídica el nuevo pacto manifiestamente caracterizado ya por todos los elementos de una compraventa: Rojas que adquiere el compromiso de entregarle a Dorado seiscientos mil ladrillos en un plazo dado, mediante un precio que desde antes de la convención estaba en poder del primero, representado por el valor de los cuatro documentos que el segundo estaba recaudando en el juicio ejecutivo que seguíale a aquél.

En consecuencia, el cargo es suficiente a producir la infirmación del fallo, lo cual pone a la Corte en la necesidad de proferir nueva sentencia de instancia en cambio de la del tribunal.

Sentencia de instancia

La novación, según el artículo 1687 del código civil, es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida.

De consiguiente, el pacto de novación es uno de los modos de extinguir las obligaciones, y consiste en un acuerdo de voluntades en virtud del cual una obligación actual se reemplaza por otra nueva, dando por extinguida la primera.

De aquí que en la novación la obligación anterior es la causa generadora o la causa eficiente de la nueva. Por lo tanto, como causa, la obligación extinguida requiere las condiciones de validez propuestas en la ley para toda obligación. De lo contrario, la nueva relación jurídica será también inválida. Porque las dos obligaciones no pueden desvincularse, ya que la anterior le da precisamente nacimiento a la nueva. Esto explica el artículo 1689 según el cual para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean válidos.

La sustitución de obligaciones en el pacto de novación ha de tener lugar de una de estas tres maneras, según el artículo 1690 del código nuéstro que en esta materia en nada difiere de los demás códigos de tradición latina:

A) Cuando, sin variar el acreedor ni el deudor, se sustituye una obligación a otra;

B) Cuando el deudor contrae una obligación con respecto a un tercero y el acreedor lo declara libre de la primitiva; y

C) Cuando se sustituye un nuevo deudor al antiguo.

Para el caso del pleito sólo interesa conocer la primera. Examinando su alcance podrá determinarse si el pacto contenido en la escritura 73 encaja en el primer caso de novación.

Esta novación objetiva tiene lugar cuando las partes resuelven cambiar entre ellas la causa, el objeto o la naturaleza de la primitiva obligación.

Para dar por extinguida, pues, una primera obligación por otra, en cuanto a los mismos contratantes se refieren ambas, es indispensable que la segunda obligación varíe radicalmente lo que fue objeto de la primera, o altere alguna de sus condiciones principales. No habrá novación en cambio cuando la

segunda obligación limítase a hacer alteraciones accidentales a la primera, sin variar con ellas en lo sustancial la anterior contraída. Ni tampoco cuando las partes omiten declarar terminantemente que su intención fue tener con la nueva por extinguido el anterior negocio, ya que la novación no se presume (art. 1693), a no ser que resulten de todo punto incompatibles entre sí ambas obligaciones.

En los casos en que las partes no declaren en ninguna forma que hacen novación, pero aparece esa intención indudable en el nuevo contrato, porque la nueva obligación envuelve necesariamente la extinción de la antigua, a tal punto que las dos obligaciones no pueden coexistir conjuntamente, hay novación. Así lo declara terminantemente el artículo 1693, en homenaje a la voluntad de las partes que en nuestra legislación civil es la suprema ley de sus convenciones, mientras esa voluntad no atente contra los derechos de terceros ni lesione la moral o el orden público. Mas en tal caso esa intención debe haberse manifestado por signos inequívocos, como haciendo incompatibles las dos obligaciones, de tal manera que se vea de modo indudable que la segunda obligación fue creada con el ánimo de cancelar la primera, y no simplemente de modificarla o adicionarla.

No habiendo novación expresa ni tácitamente indudable, las dos obligaciones coexisten, modificando la última a la primera en lo que sean incompatibles. Tál es el sentido del segundo miembro del artículo 1693.

Con la guía de estos principios, bien se observa que cuando las partes pretendieron reemplazar los cuatro documentos privados de 1932, cuyo pago perseguía Dorado en juicio ejecutivo contra Neftalí Rojas, con la intención manifiesta de dejarlos sin valor, o extinguir las obligaciones de la escritura número 73, diéronle nacimiento a un pacto de novación.

Por la primitiva obligación, válida, ya que no se ha probado ninguna causal de nulidad contra ella, y de origen legítimo, pues proviene de la liquidación de anteriores relaciones contractuales lícitas existentes entre las partes, Rojas adeudábale a Dorado la suma global de nueve mil pesos ($ 9,000) moneda corriente, que el primero debía cancelar al segundo dentro de ciertos plazos, con cuatrocientos cincuenta mil ladrillos. Esta obligación sancionóse con la cláusula penal de que en caso de demora por parte de Rojas debía pagar a razón de veinte pesos ($ 20) oro legal, por cada millar de material o fracción de millar que dejase de entregar.

En la segunda obligación, cuyo objeto manifiesto fue pagar los nueve mil pesos de la primitiva, el número de ladrillos equivalentes al crédito elevóse a seiscientos mil, en ejercicio de la libertad contractual que les permitía fijar nuevamente en dinero la equivalencia del material. Asímismo estipulóse distinta cláusula penal para el caso de incumplimiento, ya no determinada en moneda colombiana, sino en moneda de los Estados Unidos, a razón de doce pesos ($ 12.00) oro americano acuñado por cada millar o fracción de millar de ladrillos que dejase de entregar oportunamente Neftalí Rojas.

El nuevo pacto, para cuya seguridad constituyóse caución hipotecaria sobre una casa del deudor, dejó sin ningún valor la deuda precedente, según el propósito claramente conocido de las partes, mediante la estipulación de nuevas y diferentes prestaciones a cargo del deudor.

Está, pues, acreditado el derecho ejercitado en la demanda inicial del pleito y probada la legitimidad y validez del contrato contenido en la escritura pública base del juicio.

Al éxito de la acción no se opone el que el demandante en el libelo de demanda omitiese puntualizar los antecedentes del pacto. Porque fundada la pretensión precisamente en ese acto, nada más que en éste necesitaba apoyarse el demandante; pues los antecedentes valen como informaciones susceptibles de alegarse y probarse en el curso del juicio, sin que ello signifique la alteración o modificación de la relación procesal. Los antecedentes son elementos predestinados a fijar la hermenéutica de los contratos; por tanto hacen parte de éstos, en cuanto los ilustran; en esa condición pertenecen a la categoría de hechos del contrato, implícitamente en él comprendidos; no son por ende hechos ajenos a una demanda encaminada a obtener la efectividad del derecho derivado del contrato.

También exagera el mismo opositor en el argumento de que los cuatro documentos que se anularon con la escritura, traídos en copia al proceso, por esta misma circunstancia son ineficaces, en atención a que el artículo 637 del código judicial exige que los documentos privados, para que hagan plena prueba, tienen que ser reconocidos o tenidos por reconocidos por quien aparece suscribiéndolos.

El argumento se destruye haciendo notar que quien hizo traer esas copias al juicio fue la parte de don Neftalí Rojas, es decir, el otorgante de ellos, para que obraran como pruebas en el juicio. La otra parte los acep-

ta, y en ellos ha tomado pie para la defensa del crédito en cobro, ¿qué más podría exigirse?

De manera que la prestación solicitada en la demanda encaminada al pago de la multa por la no entrega de 687,603 ladrillos adobones, en el plazo estipulado, habrá de decretarla la Corte.

En la escritura se estipula que la cláusula penal se pagará a razón de doce pesos oro americano acuñado, o su equivalente en moneda colombiana al tipo del cambio en el día del pago, el millar o fracción de millar de ladrillos que se dejase de entregar.

Se estipuló, pues, la llamada cláusula "valor en oro". Las partes tomaron como objeto de la respectiva prestación oro americano acuñado, es decir, monedas de oro de los Estados Unidos, o su equivalente en moneda colombiana.

Cuando el contrato se suscribió estaba ya en vigencia el decreto legislativo número 1683 de 1931, por el cual quedó suspendido temporalmente el libre comercio de oro y establecido el control de los cambios internacionales.

Como efecto y consecuencia necesaria de esta medida el legislador de 1933 expidió la ley 46 de ese año, en el mes de noviembre, cuyo artículo 2º tuvo por objeto dar normas encaminadas a determinar el alcance de las cláusulas contractuales sobre pagos en divisas extranjeras o en monedas de oro nacionales o extranjeras.

Esta ley sobrevino durante la vigencia del contrato.

El mencionado artículo 2º tiene este doble efecto: primero, suspender transitoriamente el régimen de la libre estipulación de divisas y monedas nacionales o extranjeras de oro; y segundo, convertir el billete del Banco de la República y el billete nacional, en únicos medios de pago, estableciéndose así su curso forzoso.

Ordena el precepto que las obligaciones contraídas en oro colombiano acuñado se cubrirán a la par en billetes nacionales representantivos de oro o en billetes del Banco de la República, y las contraídas en monedas extranjeras se pagarán en los mismos billetes, según la paridad intrínseca de las mismas monedas en relación con el oro colombiano acuñado.

La ley, pues, fija el valor de la moneda nacional en circulación, en relación con el oro acuñado colombiano y extranjero.

En el presente caso, por sobre las voces del contrato que requieren el pago en monedas acuñadas de oro americano o su equivalente en moneda nacional al tipo del cambio en el día del pago, prevalece el ordenamiento de la ley 46 en cuanto obliga al acreedor a recibir billetes representativos de oro, según la paridad intrínseca entre las monedas de oro colombianas y americanas.

No por ser el contrato anterior a la vigencia de la ley, escapa a sus efectos.

En primer lugar el artículo 2º de la ley 46 de 1933 fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 25 de febrero de 1937.

En segundo lugar, conforme lo estableció la misma Corte, en esa sentencia, y en la de casación de fecha 28 de abril del mismo año, —Gaceta Judicial números 1920 y 1921,— las regulaciones del predicho artículo 2º, pertenecen a la categoría de las de interés general, que los particulares no pueden derogar por convenios privados, ni sustraerse a sus efectos inmediatos.

"Si a la luz de ese fallo (el de la Corte Plena), y tal como concurren a demostrarlo también las transcripciones precedentes, disposiciones como las nuéstras citadas y parcialmente transcritas, —de ellas cardinalmente dicho inciso 2º del artículo 2º de la expresada ley 46,— son de interés general, de orden público, y aún, por mejor decir, con la feliz expresión atrás copiada, de salud nacional, no las pueden abrogar las estipulaciones de los contratos entre particulares por medio de las cuales éstos pretendan eludirlas o desvirtuarlas en su cumplimiento, así esas estipulaciones sean obra de precaución o de resguardo anticipado".

En consecuencia, el artículo 2º mencionado de la ley 46 tiene efecto general inmediato para toda clase de convenciones, celebradas antes o después de su vigencia. Por lo menos así lo impone el siguiente canon constitucional: "Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida en la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social".

El demandante solicita que se le paguen intereses sobre la suma que el deudor debe por no haber entregado oportunamente los 587.603 ladrillos adobones, interés computado a la rata legal.

Se observa que esta solicitud es ilegal. Los intereses representan los perjuicios causados al acreedor por la mora del deudor en el

pago de una cantidad de dinero (art. 1617 del código civil). La cláusula penal también constituye una fijación anticipada entre las partes del valor de los perjuicios por el incumplimiento del obligado. Por eso es por lo que el artículo 1600 del código civil prohibe demandar a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de estipulación expresa en contrario. Porque en este último caso la ley considera que la pena corresponde a los perjuicios por el simple retardo de la ejecución del contrato, daños moratorios, quedando por fuéra de la estipulación los daños compensatorios, cuyo valor en dinero reemplaza e indemniza la plena inejecución del contrato, la cual es entonces dable perseguir de manpera específica contra el deudor. Mas cuando por el convenio de las partes aparece que la pena tiende a reemplazar la ejecución de la prestación pactada en forma principal, y se debe en el evento de la inejecución, entonces quien esto estipula provee a conseguir una indemnización que lo habrá de compensar totalmente. No es posible en tales circunstancias cobrar perjuicios por el simple retardo, porque esos perjuicios están ya incluídos como sumando en la fijación antelada que del total han hecho las partes.

En la demanda se solicita el pago de las agencias en derecho causadas en el juicio computadas en el diez por ciento (10%) sobre el monto total de la deuda, tal como se estipuló en la escritura.

Esta pretensión es improcedente. En primer lugar la escritura dice que el expresado diez por ciento se reconocerá "para el pago de honorarios del abogado que se encargue de la ejecución". El presente juicio no es ejecutivo.

En segundo lugar, primero que a la estipulación contractual el juzgador debe atender a las normas procesales que le ordenan tener en cuenta la temeridad o malicia de las partes en el uso de sus acciones o defensas (art. 575 del C. J.). Pues bien, de acuerdo con esas normas primordiales, en la primera instancia no hay costas contra el demandado, ya que no era posible acceder a todas las prestaciones invocadas por el actor, como la condenación al pago de intereses y en moneda americana a su cotización comercial el día del pago, hasta el punto de que por esa causa la sentencia del juez sufrirá reformas; y en la segunda instancia tampoco existen dichas costas, en fuerza de que las dos partes fueron autoras del respectivo recurso.

Fallo

Por todas las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoriad de la ley, resuelve:

1º **Infírmase** la sentencia recurrida en casación, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el ocho de abril del año próximo pasado en la segunda instancia del presente juicio ordinario;

2º El demandado señor Neftalí Rojas debe pagar al demandante señor Luis Dorado, en el término de tres días, la cantidad de **siete mil cincuenta y un pesos veinticuatro centavos** ($ 7.051.24) oro americano acuñado, como valor del saldo de ladrillos adobones que dejó de entregar el primero al segundo, según la cláusula penal convenida en el contrato contenido en la escritura número setenta y tres (73), otorgada en la notaría segunda del circuito de Pasto, el día nueve (9) de marzo de mil novecientos treinta y tres (1933);

Parágrafo. El pago de la cantidad dicha se hará en billetes colombianos representativos de oro, o en billetes del Banco de la República, según la paridad intrínseca de las monedas americanas de oro en relación con el oro colombiano acuñado (art. 2º, inciso 2º, segunda parte, de la ley 46 de 1933).

3º Declárase que el pago de la suma expresada en el numeral anterior, se halla garantizado con el gravamen hipotecario del inmueble de propiedad del deudor, relacionado en la cláusula octava de la mencionada escritura número 73, de nueve de marzo de mil novecientos treinta y tres, gravamen que por lo tanto está en plena vigencia.

4º Niéganse todas las demás peticiones del libelo de demanda.

5º Se absuelve al demandado Neftalí Rojas de las costas de la primera instancia.

En estos términos queda **reformada** la sentencia de primera instancia.

En la segunda instancia tampoco hay costas por haber apelado ambas partes de la sentencia del juez.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese esta sentencia en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad".

NULIDAD DE UN CONTRATO, RESTITUCION DE BIENES Y OTROS EXTREMOS.—SOCIEDAD. PERSONERIA JURIDICA DE LAS SOCIEDADES.—CONSECUENCIAS DE LA DISOLUCION DE UNA SOCIEDAD.—LIQUIDADOR DE LA SOCIEDAD.—SUPERVIVENCIA DE LAS SOCIEDADES DESPUES DE SU DISOLUCION.—ESTADO DE LIQUIDACION. — VENTA DE COSA AJENA.

1.—Las personas morales son una realidad y no una mera ficción, como lo sostenían algunos autores.—2. La personería jurídica de las sociedades surge en el momento de su nacimiento, por ministerio de la ley que reglamenta sus derechos y obligaciones.—3. Las consecuencias de la personalidad de una sociedad durante su existencia son: a) Los bienes aportados a una sociedad no están divididos entre los asociados, sino que forman un patrimonio distinto del de cada uno de éstos y pertenecen al sér moral; de ahí que los bienes sociales son prenda exclusiva de los acreedores de la sociedad; b) La sociedad está representada por sus gerentes y administradores, y c) La sociedad es capaz de adquirir todos los derechos del patrimonio.—4. Las consecuencias de la disolución de una compañía son jurídicamente éstas: a) Sobrevive la personalidad jurídica, y b) Viene como resultado la liquidación del haber social derivado de las disposiciones positivas de la ley colombiana al respecto. La disolución de la sociedad no lleva la desaparición inmediata de su personalidad jurídica, porque es necesario que el patrimonio social guarde su individualidad hasta que la liquidación se termine; de otra manera los acreedores sociales podrían perder el beneficio de su prenda exclusiva. (Art. 2488 del C. C.). La personalidad sobrevive a la sociedad PARA LOS EFECTOS DE LA LIQUIDACION.—5. El liquidador de una sociedad es un verdadero mandatario.—6. En la liquidación no se está sino cuando el liquidador empieza a ejercer todas aquellas operaciones encaminadas a hacer efectivo el activo social, a pagar el pasivo, en una palabra, a realizar las gestiones propias para que, saldadas todas las operaciones, se proceda a la distribución entre los socios, del haber que en definitiva quede. Mientras se verifica la liquidación la personería de la sociedad subsiste, pero PARA LOS SOLOS EFECTOS DE LA LIQUIDACION y no para nuevos negocios.—7. Mientras no se haga la liquidación de los bienes de una sociedad, éstos pertenecen a ella.—8. No puede sostenerse que la venta que hace el mandatario a nombre del mandante sin tener facultad para ello, sea el caso de venta de cosa ajena. Cuando se trata de una venta que hace el mandatario extralimitando el poder, cuando el mandato no existe, es necesario demandar la declaratoria de nulidad del contrato, para obtener la reposición de las cosas al estado en que se hallaban antes de su celebración y reivindicar contra los terceros poseedores.

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

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

Antecedentes

Pasa a decidirse el recurso de casación contra la sentencia de fecha catorce de abril de mil novecientos treinta y seis, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el juicio ordinario promovido por Rufina García de Mantilla, Raul Mantilla G., Jesús María García y Emilio Suárez como representantes de Isabel Mantilla y Evangelina Mantilla en su carácter de maridos de éstas respectivamente, contra Féliz J. Mantilla y la sociedad civil colectiva denominada "Mantilla y Compañía".

La parte actora ha sido la demandante en casación.

Como lo expresa el Tribunal fallador "en esta causa no es la base de los hechos la sustancia y objeto del debate. Al respecto hay cardinal acuerdo entre las partes, y lo que a ellas difine y separa son las consecuencias jurídicas que en el caso han de deducirse. Pudiera afirmarse que el clima de esta litis es la apreciación discrepante del derecho frente a la unidad fundamental de los hechos".

En efecto, los siguientes hechos, antecedentes de este pleito unos, y otros que han dado origen a él, están debidamente acreditados y aun aceptados varios de ellos por la parte demandada:

a) El 12 de abril de 1894 Pedro Mantilla R. e Isaac Mantilla R. celebraron un contrato de sociedad regular colectiva de co-

mercio con arreglo a las estipulaciones que constan en la escritura 306 de la notaría primera del circuito de Bucaramanga. El período determinado para la existencia de la sociedad fue de cinco años. El señor Pedro Mantilla R. entró como socio capitalista y el señor Isaac Mantilla R. como socio industrial, correspondiendo al primero el 75% en la distribución de utilidades o pérdidas y al segundo el 25%. La razón social asignada a la compañía fue la de "Mantilla R. y Hno." con domicilio en la plaza del distrito municipal de Ríonegro, en el departamento de Santander. Ambos socios tuvieron la administaración de los negocios, pudiendo en consecuencia hacer uso de la firma social cada uno de ellos, obligarse a nombre de la sociedad, aceptar en favor de ella cualesquiera obligaciones de tercero y ejecutar todos los actos propios del comercio y en beneficio de los intereses de la sociedad.

b) Durante la existencia de la sociedad, el tres de diciembre de mil ochocientos noventa y siete y según consta de la escritura 976 de la notaría primera de Bucaramanga, la citada sociedad adquirió de Miguel Díaz Granados a título de compra la hacienda denominada "Marta", un globo de tierra ubicado en los puntos denominados "Santa Clara" y "Colorado" y dos lotes de tierra situados en la misma región de "Santa Clara" y "Colorado", todo en el municipio de Girón, hacia la banda derecha del río Sogamoso y todo debidamente alinderado.

c) Una semana después de esta compra, o sea, el diez de diciembre de mil ochocientos noventa y siete falleció el socio Isaac Mantilla R. dejando como herederos a sus hijos legítimos, a saber: Raul, Isabel y Evangelina Mantilla García, habidos en el matrimonio que contrajo con Rufina García.

d) La sociedad en referencia no se ha liquidado aún, extremo éste que afirmó la parte actora y aceptó la parte demandada.

e) El veinticinco de enero de mil novecientos veinte, o sea veintidós años después del fallecimiento del socio Isaac Mantilla, el socio sobreviviente Pedro Mantilla, según consta en la escritura 186 de 25 de enero de 1920 corrida ante el notario primero de Bucaramanga, transfirió a Félix J. Mantilla el predio y terrenos de que se ha hecho mención. Al hacer la enajenación se expresó lo siguiente en la precitada escritura: "Cuarta.—Que el socio Isaac Mantilla R. murió.—Quinta. Que conforme al mismo pacto social ya mentado la administración y gerencia de los negocios hasta que la sociedad se liquide corresponde al socio sobreviviente en el evento de la muerte de uno de los socios.—Sexta. Que conforme a lo que se acaba de exponer, transfiere al señor Félix J. Mantilla a título de venta los bienes relacionados".

f) Los señores Pedro David, Félix Joaquín, Alejandro y Guillermo Mantilla, Mariano Penagos, Manuel María Madiedo y Alberto Cadena constituyeron una sociedad civil colectiva, bajo la razón social de "Mantilla y Compañía", según consta de la escritura 526 de 24 de abril de 1926 corrida ante el notario segundo de Bucaramanga. Constituída esta compañía, Félix J. Mantilla le vendió los inmuebles que había adquirido de Pedro Mantilla R. según consta del instrumento público 1076 de 27 de agosto de 1926 de la notaría segunda de Bucaramanga.

g) Finalmente, está establecido y admitido que la sociedad Mantilla y Cía. es poseedora de los inmuebles de que se ha hecho mérito.

El litigio

Sobre estos hechos y antecedentes la señora Rufina García de Mantilla, viuda de Isaac Mantilla, y los hijos habidos en ese matrimonio demandaron por la vía ordinaria a Félix J. Mantilla y a la sociedad civil colectiva "Mantilla y Compañía" para que se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que es nulo el contrato de compraventa contenido en la escritura pública 186 de veinticinco de enero de mil novecientos veinte de la notaría primera de Bucaramanga.

b) Subsidiariamente, que se declare que es venta de cosa ajena la relativa a tales fincas y derechos de servidumbre, la hecha por Pedro Mantilla R. a Félix J. Mantilla.

c) Que la sociedad demandada, "Mantilla y Compañía", debe restituír a la extinguida sociedad "Pedro Mantilla R. y Hermano" los inmuebles denominados "Marta", "Santa Clara" y "Colorado" de que ya se ha hecho mérito.

d) Subsidiariamente, que se declare que la sociedad conyugal habida entre Isaac Mantilla R. y Rufina García, o la sucesión de Isaac Mantilla R., o ambas entidades, según fuere el caso, tienen mejor derecho que la sociedad Mantilla y Compañía a la cuarta parte, o sea al 25% del dominio de las fincas ya mencionadas y que, como consecuencia de esta declaración, la sociedad demandada "Mantilla y Compañía" debe restituír a la sociedad conyugal ya indicada o a la sucesión, también ya mencionada, o a

ambas, según el caso, la cuarta parte de las fincas ya relacionadas.

e) Que la sociedad Mantilla y Compañía y el señor Félix J. Mantilla deben restituír a la comunidad de la extinguida sociedad Pedro Mantilla R. y Hermano o a la sociedad conyugal habida entre Isaac Mantilla R. y Rufina García o a la sucesión del primero de dichos cónyuges, o a éstos dos últimos conjuntamente, los frutos correspocdientes a los bienes o a la cuota de bienes cuya restitución se decrete. Que los demandados deben responder de los deterioros que por su hecho o culpa hayan sufrido los bienes cuya restitución se impetra, y finalmente que deben cancelarse las inscripciones de los registros de las escrituras 186 y 1076 de que ya se ha hecho mérito. La parte actora pidió, además, la condenación en costas contra la parte demandada.

Fallos de primera y segunda instancia

El juez segundo del Circuito de Bucaramanga dictó sentencia el 12 de diciembre de 1932, haciendo las condenaciones a que se refieren las peticiones principales. Subió el asunto en apelación, interpuesta por el personero de la parte demandada, al Tribunal Superior de Bucaramanga, el cual desató la litis, en segundo grado, por medio de la sentencia de catorce de abril de mil novecientos treinta y seis, que revocó la de primer grado y absolvió a los demandados de los cargos de la demanda, con excepción de la declaración de nulidad absoluta de la cesión o venta hecha por Pedro Mantilla R. de su derecho de socio o interés social en la compañía Pedro Mantilla R. y Hermano y que consta como contrato adicional al final de la escritura 186 de 25 de enero de 1920 de la notaría primera de Bucaramanga. En esa parte el Tribunal confirmó la declaración de nulidad absoluta hecha por el juez de primera instancia, nulidad que se tendrá en cuenta, dice el Tribunal, y obrará sus efectos legales en la oportunidad de ser liquidada la compañía Pedro Mantilla R. y Hermano.

Como cuestión previa, se observa desde ahora lo siguiente: Según consta de la escritura 186 de veiticinco de enero de mil novecientos veinte, Pedro Mantilla R. vendió en nombre de la compañía Pedro Mantilla R. y Hno. a Félix J. Mantilla los inmuebles de Marta, Santa Clara y Colorado y la servidumbre de que ya se ha hablado. Además, Pedro Mantilla R. le vendió al mismo Félix J. Mantilla sus derechos en la sociedad Pedro Mantilla R. y Hno. Este último contrato fue declarado nulo por el Tribunal de Bucaramanga y este extremo se estudiará oportunamente adelante. El recurrente es la parte actora, y el opositor solicita que la Corte declare que no hay motivo para infirmar la sentencia.

Sentencia acusada

En lo que la sentencia es materia de recurso, está fundado en lo siguiente: en que la sociedad Pedro Mantilla R. y Hno. subsistía cuando se otorgó la escritura 186 de 25 de enero de 1920 de la notaría primera de Bucaramanga. Esta conclusión la deduce el Tribunal previo detenido estudio de los artículos 523, 535, 540, 541 del C. de Cº, 2124 a 2141 del C. C., estudio ilustrado con la jurisprudencia nacional y extranjera. La conclusión del Tribunal es contraria a la tesis sostenida por la parte actora, quien propugna por el extremo consistente en que la sociedad Pedro Mantilla R. y Hno. no existía cuando el socio sobreviviente Pedro Mantilla R. hizo la venta a Félix Mantilla de que da cuenta la escritura 186 citada. El Tribunal sostiene que el socio Pedro Mantilla R. obró con las debidas facultades al hacer la venta de los inmuebles a Félix Mantilla, lo cual deduce del contrato de sociedad celebrado entre Pedro Mantilla R. e Isaac Mantilla y que siendo esto así no hubo venta de cosa ajena.

Respecto de las peticiones subsidiarias el Tribunal se fundó para negarlas en que siendo la sociedad colectiva de comercio una persona jurídica distinta de los socios, mientras la compañía no se liquide no podrá saber el socio cuál es el haber social divisible y mientras la división o partición no se practique como obra final de la liquidación, no tendrá ninguno de los socios cosa ni parte alguna concreta en el haber social y sí sólo un derecho personal, a modo de crédito a cargo de la compañía. Esta conclusión la sustenta el Tribunal en los artículos 2079 y 2141 del C. C., 493, 505, 535, 540, 506, 507 y 508 del C. Cº

Demanda de casación

El recurrente impugna la sentencia por ser violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, por aplicación indebida, por interpretación errónea, y por haber incurrido el Tribunal en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. La acusa, además, por no estar en consonancia

con las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda.

Estudio de los cargos

La causal primera, invocada por el recurrente, la divide éste en ocho motivos.

Primer motivo.—"El Tribunal violó, dice el recurrente, por interpretación errónea, los artículos 633, 2079 y 2129 del C. C. y 532 del C. de Cº, al sostener que disuelta una sociedad, por cualquier causa legal, ésta continúa su existencia como persona jurídica y que, en consecuencia, la sociedad Pedro Mantilla y Hno., disuelta por haber fallecido uno de sus socios, continuó su existencia como persona moral o jurídica, con capacidad suficiente para manifestar su voluntad y obligarse".

Al sentar el Tribunal, dice el recurrente, la errónea tesis de que la sociedad conserva su personalidad más allá del momento de su disolución, con todos sus caracteres de sujeto moral de derecho y con capacidad plena de adquirir derechos, de contraer obligaciones y de ser representada judicial y extrajudicialmente, violó también por interpretación errónea los artículos 740, 741, 742, 744 y 745 del C. C.; los artículos 1494, 1495, 1502, 1849 y 1581 del mismo código y que dejó de aplicar siendo pertinentes los artículos 1740, 1741, 1746, 1748 del citado código y el 15 de la ley 95 de 1890, porque no declaró la nulidad demandada.

El siguiente concepto, que es necesario reproducir aquí para mayor claridad, condiciona la tesis o doctrina sostenida por el Tribunal en el fallo que se revisa: "Es, pues, claro dentro del tenor del mismo código que en la sociedad colectiva de comercio, tomada en su expresión y actividad integrales, se distinguen tres períodos: el ordinario de actividades constructivas de la sociedad y los que le siguen de la liquidación y división que acaban de describirse. Los dos últimos hacen en rigor uno solo: el de liquidación, que se inicia al disolverse la sociedad por causal legal, no convencional. No parece desde luego que este período de liquidación pueda desenvolverse normalmente si se despoja de la condición de final capítulo de la sociedad colectiva de comercio y se le mira como una etapa extrasocial y póstuma. Tal impresión se robustece y afirma, a juicio del Tribunal, cuando se adentra en el estudio armónico de la ley, de la doctrina y de la jurisprudencia".

Como consecuencia de esta premisa, el Tribunal deduce: ".... la persona jurídica de la sociedad no desaparece al disolverse ésta.... ella sobrevive durante el período de liquidación".

La Corte considera:

Las personas morales son una realidad; ellas tienen nombre, domicilio, estado y capacidad. La tesis de la ficción de las personas jurídicas sostenida por algunos autores como Laurent y Planiol ha sido revaluada especialmente por el expositor Josserand. El desarrollo de la personalidad moral es un fenómeno constante, y según observa este último expositor, no se comprende realmente que una persona de esa naturaleza, que tánto influye en el desarrollo social, económico e industrial, sea un mero sér abstracto.

La personalidad de las compañías, su personería jurídica, surge en el momento de su nacimiento, por ministerio de la ley que reglamenta sus derechos y obligaciones, según su naturaleza por medio de los códigos civil y de comercio.

En una sociedad puede distinguirse tres situaciones: su funcionamiento durante la existencia del pacto social; su actividad en el estado de liquidación que sigue a la disolución de la compañía, y la partición, consecuencia de la liquidación.

Las consecuencias de la personalidad de una sociedad durante su existencia, según apuntan con mucha razón los profesores Colin y Capitant, son: a) los bienes aportados a una sociedad no están divididos entre los asociados, sino que forman un patrimonio distinto del de cada uno de éstos y pertenecen al sér moral; de ahí que los bienes sociales son prenda exclusiva de los acreedores de la sociedad; b) la sociedad está representada por sus gerentes y administradores, y c) la sociedad es capaz de adquirir todos los derechos del patrimonio.

Estas tres consecuencias surgen y son indiscutibles en el derecho colombiano como en el francés, al tenor de los artículos 2087, 2097, 2105, 2108 del C. C. y 493, 517, 518 del código de comercio colombianos.

Las consecuencias de la disolución de una compañía, jurídicamente son éstas: a) sobrevive la personalidad jurídica, y b) viene como resultado la liquidación del haber social derivado de las disposiciones positivas de la ley colombiana al respecto.

La disolución de la sociedad no lleva la desaparición inmediata de su personalidad jurídica, porque es necesario que el patrimonio social guarde su individualidad hasta que la liquidación se termine; de otra manera los acreedores sociales podrían perder el beneficio de su prenda exclusiva. (Art.

2488 del C. C.). La personalidad sobrevive a la sociedad para los efectos de la liquidación. El liquidador de una sociedad es un verdadero mandatario, artículo 537 del código de comercio, y según el artículo 540 de la misma obra, tiene entre otros deberes el de continuar y concluír las operaciones pendientes al tiempo de la disolución y de cobrar los créditos activos, lo cual no se ve cómo pudiera efectuarse, si la personalidad de la sociedad desapareciera automáticamente por el solo hecho de su disolución.

Los profesores C. Houpin y H. Bosvieux, en su obra "Traité General des Societés Civiles et Commerciales", edición de 1935, sientan la siguiente tesis: "durante el período de la liquidación, la sociedad se sobrevive y continúa existiendo como sér moral; éste es el principio consagrado al respecto para las sociedades comerciales por una jurisprudencia constante". La Corte de Casación francesa, en sentencia de reciente data, dijo: "Si por efecto de la disolución, la sociedad cesa de existir para el futuro y para las operaciones para las cuales fue constituída, y si ella no puede vender, comprar, ejecutar actos de comercio, continúa sin embargo existiendo para reglar, definir sus negocios, es decir, para liquidarse".

La disolución de la sociedad no lleva a la desaparición inmediata de la personalidad jurídica y el nacimiento de una indivisión entre los asociados. Es necesario que el patrimonio guarde su individualidad hasta que la liquidación sea terminada. La personalidad sobrevive, pues, a la sociedad por las necesidades de la liquidación, dicen Colin y Capitant. Y Planiol, no obstante que no admite la personalidad real de las personas morales, sí concluye que la sociedad en estado de liquidación conserva su personalidad para ese efecto.

Las citas anteriores, que refuerzan y aumentan las del Tribunal fallador, son muy pertinentes, dadas la similitud y a veces igualdad entre los textos franceses y los colombianos, ya en materia civil, ya en materia comercial, al respecto.

Por eso la mayoría de los expositores colombianos propugnan la misma tesis, como lo hacen los profesores Cortés y Vélez, citados en el fallo acusado, como lo sostiene el doctor Moreno Jaramillo en su obra denominada "Sociedades", en la cual, tomo primero, se halla expresado el siguiente concepto: "Pero ¿cómo subsiste la sociedad después de disuelta, si la Academia de la Lengua explica el significado de este término diciendo que vale por deshacer, interrumpir la continuación de una cosa, hacer cesar en ella?".

La respuesta a este interrogante es la siguiente: "A pesar del significado etimológico del argumento de audición que a primera vista prueba completamente la contradicción entre una persona que al disolverse sigue existiendo, afirmamos que tal personalidad subsiste, porque ya se dijo, son posteriores a la disolución de la compañía. Decimos que existe, porque así lo consagran expresamente la ley y el entender de los juristas; y que debe existir, por motivos de utilidad pública y conveniencia social. En efecto, por encima del significado de las palabras están el orden social, los derechos primordiales del hombre; y es un hecho que para los terceros que contraten con la sociedad y para los asociados mismos, la propiedad sobre los bienes que por contratos puedan tener sobre la sociedad, son derechos primordiales; si esto no se reconociera así, ninguna persona que contratara con una compañía tendría seguridad, pues fácilmente, por una declaración de disolución, sus derechos quedarían defraudados y los compromisos burlados. Si la persona jurídica desapareciera, su patrimonio acabaría y los reclamos estarían en vía de hacerse nugatorios. Así, cumplida la disolución, la sociedad conserva su personalidad jurídica para todo lo que se refiere a la liquidación. Y no es sólo en cuanto a sus relaciones con terceros, sino también en sus relaciones con los mismos socios. En otros términos, en tanto que la liquidación no haya concluído, el sér moral, la sociedad, subsiste y persiste activa y pasivamente, para los terceros y para los asociados".

La anterior ha sido la doctrina sostenida invariablemente por la Corte, como puede verse en las sentencias de 21 de marzo de 1922, 15 de diciembre de 1933, 7 de noviembre de 1935. (Gaceta Judicial números 1901 y 1902), y 30 de septiembre de 1936 (Gaceta Judicial números 1918 y 1919).

Algunas de las consecuencias de la supervivencia de la personalidad de la sociedad después de su disolución, son las siguientes: a) Los acreedores sociales pueden en el curso de la repartición del activo entre los asociados, hacerse pagar con el fondo social. Tienen, pues, los acreedores contra la sociedad, los mismos derechos que antes de su disolución; b) La sociedad aun disuelta debe ser demandada en su domicilio que es el mismo fijado en el acto de su constitución; c) Los terceros que intentan una acción contra la sociedad, demandan al liquidador y no a los asociados. El liquidador lleva la repre-

sentación de la sociedad en liquidación, activa y pasivamente; d) El liquidador, en virtud de su cargo y precisamente para el desempeño cumplido de él, tiene todas las facultades que sean del caso, como si fuera un verdadero mandatario, respecto de los bienes que forman el haber social; e) El activo social debe ser considerado como perteneciente a la sociedad y no a los asociados pro indiviso; por consiguiente los socios no son copropietarios de los muebles ni inmuebles sociales ni pueden demandar la licitación porque es el liquidador a quien incumbe realizar esas operaciones; f) Los bienes sociales no quedan en comunidad después de la disolución de la sociedad sino que continúan perteneciendo a ésta, y es al liquidador a quien le incumbe venderlos; g) Como consecuencia de la supervivencia de la sociedad en liquidación, una sociedad que se halle en este caso puede declararse quebrada.

Consideradas así las cosas, y teniendo en cuenta que la persona jurídica es capaz de contraer derechos y obligaciones civiles, artículo 633 del C. C., que la sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común con el fin de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de su estipulación, y que la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios, artículo 2079; que la sociedad se disuelve por la expiración del plazo y también por la muerte de cualquiera de los socios, salvo estipulación en contrario, artículos 2124 y 2129 ibídem; que la disolución de la sociedad no produce el fenómeno de la extinción de ésta sino que sobrevive para el efecto de la liquidación, y puesto que el Tribunal fallador partió de la base de la existencia de la sociedad "Pedro Mantilla R. y Hno." y de que por la muerte del socio Isaac Mantilla quedó disuelta pero no existinguida, no se encuentra el que la sentencia acusada haya violado las normas sustantivas citadas, como tampoco el artículo 533 del C. de C°

Por la misma razón, es decir, por subsistir la personalidad de la sociedad mencionada después de su disolución y haberse abstenido por ese concepto el Tribunal de declarar la nulidad impetrada, no pudo haber violación por ningún concepto de los artículos 740, 741, 742, 744, 745, 1494, 1495, 1502, 1849 y 1581 del C. C., como tampoco violación, por no haberlos aplicado, de los artículos 1740, 1741, 1746, 1748 del mismo código y 15 de la ley 95 de 1890, porque estando la acusación de todo este capítulo condicionada a la extinción de la sociedad por el hecho de su disolución y habiendo llegado el Tribunal a la tesis contraria, o sea, a la supervivencia de la sociedad en estado de liquidación, doctrina ésta que es la jurídica por lo ya expresado, no pudo haber violación de las normas que acaban de citarse por no aplicación de ellas.

Se rechaza, pues, el cargo hecho en el motivo que acaba de estudiarse.

Segundo motivo.—El recurrente acusa la sentencia por haber incidido el Tribunal en error de hecho al apreciar la escritura pública número 306 de 12 de agosto de 1894, con lo cual violó los artículos 509, 512 y 522 del C. de C°, 2103 y 2158 del C. C. También asevera el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciar la escritura 186 de 1920. Estas aseveraciones comprendidas en el motivo que se estudia, están regidas por el siguiente concepto, fuéra de otros que no son del caso estudiar: "El Tribunal incurrió asímismo en error de hecho al sostener que el socio Pedro Mantilla estaba autorizado por la escritura social para enajenar los bienes inmuebles del haber social, después de disuelta la sociedad".

El Tribunal, previo análisis y estudio de los términos de la escritura 306 de doce de agosto de mil ochocientos noventa y cuatro, llegó a esta conclusión: "No puede, pues, aseverarse con el valor de una conclusión jurídica que Pedro Mantilla R. extralimitara sus atribuciones contractuales y legales al vender los bienes raíces que reza la escritura ciento ochenta y seis (186)".

La premisa sobre que reposa la anterior conclusión es la siguiente: "En cuanto a las facultades contractuales del liquidador como tál, éstas son de dos categorías: las que su título y facultades le imponen y que ya se dejaron examinadas, y las que consagran las leyes, en especial el artículo 540 del C. de C° Se destaca entre ellas, por su máxima pertinencia en esta causa, la del ordinal sexto, que dispone la venta por el liquidador de los inmuebles sociales aun cuando hubiere menores entre los socios. Nótese que la ley no subordina las atribuciones del liquidador al consentimiento de los socios, ni tampoco lo hace la escritura social".

La causal que se estudia y la conclusión a que llegó el Tribunal sobre las facultades del socio sobreviviente para enajenar determinan a la Corte a estudiar si ante las cláusulas contractuales del pacto social y las disposiciones sustantivas, el Tribunal apreció o no erróneamente dichas cláusulas. Y a esto tiene que concretarse el estudio porque no se ha alegado por el recurrente que el Tri-

bunal dejara de apreciar otra prueba ni existe tampoco ninguna al respecto en los autos que tenga que ver con las cláusulas del pacto social.

La cláusula segunda del contrato de sociedad, escritura 306 de doce de agosto de mil ochocientos noventa y cuatro, ya citada, dice así en lo pertinente: "En caso de muerte de alguno de los socios, la sociedad continuará bajo la dirección del socio superviviente por un año más, terminado el cual se pondrá en liquidación, al tenor de la ley; pero en este caso el socio sobreviviente no ejecutará, durante este año, operación en negocios nuevos, sino que se limitará al desarrollo y término de los ya existentes, obrando de manera de facilitar la liquidación posterior, sin perjuicio de los compromisos contraídos y sin menoscabo de los intereses de la sociedad".

La cláusula tercera dice: En la liquidación de la sociedad se adoptará preferentemente el sistema de realización de los valores en especie; pero si esto no pudiere llevarse a efecto, tales valores se dividirán proporcionalmente al capital de cada uno de los socios. Al dividirse, podrá cualquiera de los socios mejorar el valor de algunos objetos, considerándose en este caso al interesado, en beneficio de la sociedad, el inventario de salida. En todo lo demás relativo a la liquidación, y en caso de duda, regirán las disposiciones del C. de C°, siempre que los interesados no renuncien a ellas".

La cláusula duodécima es del siguiente tenor: "En caso de muerte de alguno de los socios, sus herederos no podrán intervenir en las operaciones de la sociedad, sino en lo relativo a la liquidación, y conforme a las disposiciones del C. de C°, pues la administración y gerencia de los negocios de la compañía continuarán exclusivamente a cargo del socio sobreviviente mientras ésta se liquida".

Existen dos extremos indiscutibles en este pleito: 1) Que la sociedad entró en estado de liquidación por la muerte del socio Isaac Mantilla y que no se ha liquidado. Los demandados, al contestar el hecho quinto de la demanda, dijeron lo siguiente: "Es cierto que no se ha liquidado la sociedad, pero ello es debe a que no produjo utilidades". 2) Las relaciones del socio sobreviviente para con los sucesores del socio muerto y las facultades de aquél quedaron sometidas a las estipulaciones de las cláusulas ya transcritas y al Código de Comercio.

La sociedad colectiva se disuelve por los modos que determina el C. C., según preceptúa el artículo 532 del C. de C°, y uno de esos modos es la muerte de cualquiera de los socios (art. 2129 del C. C.). Al morir el socio Isaac Mantilla, la sociedad formada entre éste y su hermano Pedro Mantilla entró en estado de liquidación. Ahora bien, como en la escritura social no se nombró liquidador, el socio sobreviviente no ha tenido ni tiene este carácter, porque si es cierto, según el artículo 536 del C. de C° que el nombramiento de liquidador puede recaer en uno de los socios, también lo es que ese nombramiento debe ser expreso, porque no cabe al respecto nombramiento implícito. Es sólo o por el pacto social, o por la voluntad de los sucesores de los socios, o por imperio del juez como se determina o señala la persona de liquidador, y vale la pena observar desde ahora que el socio Pedro Mantilla no ha invocado el carácter de liquidador ni lo invocó al vender.

Establecido esto, debe averiguarse cuáles eran las facultades del socio sobreviviente según el pacto social y según el C. de C°, porque a ambas normas se atuvieron los fundadores de la sociedad colectiva Pedro Mantilla y Hno. La cláusula ya transcrita se refiere a la realización de los valores en especie, **pero dentro del año subsiguiente a la disolución** de la sociedad y con el fin de liquidarla, y la cláusula 12 faculta a los herederos del socio muerto para intervenir en las operaciones de liquidación de la sociedad, pero no en la administración de los negocios.

Muerto el socio Isaac Mantilla se verificaron los siguientes fenómenos jurídicos por imperio doble del pacto social y del C. de C°: a) La sociedad quedó disuelta y entró automáticamente en estado de liquidación; b) El socio sobreviviente Pedro Mantilla R., al tenor de la cláusula 3ª del pacto social quedó facultado para el desarrollo y la terminación de los negocios ya existentes, con el fin de facilitar la liquidación, pero sin poder ejecutar negocios nuevos, y esa facultad fue **pro tempore**, por un año contado desde la muerte del socio Isaac Mantilla. Indudablemente en esa estipulación se quiso aplicar el principio consagrado por el numeral 2° del artículo 540 del C. de C°, que obliga al liquidador a continuar y concluír las operaciones pendientes al tiempo de la disolución de la sociedad, pero nada más, porque con esa facultad el legislador ha querido que no se perjudiquen ni la sociedad ni terceros en virtud de los negocios ya iniciados, pero en ninguna manera ha sido la mente del legislador la de dar al liquidador unas facul-

tades exactas a las de un gerente o administrador de una sociedad en marcha.

Por esto no puede entenderse que el año a que se refiere la escritura en que consta el pacto social fue una prórroga de la sociedad, porque ello no se compadece con el precepto legal según el cual la muerte de uno de los socios, en las sociedades colectivas, produce la disolución de éstas.

Pero aun suponiendo que ese año se entendiera o pudiera entenderse como continuación de la sociedad con los herederos del socio difunto, ha debido entonces procederse como manda el artículo 533 del C. de Cº, y respecto de esto no hay aseveración ni prueba alguna en el proceso.

La disolución de una sociedad la pone en estado de liquidación, pero en la liquidación, en sí misma considerada, no se está sino cuando el liquidador empieza a ejercer todas aquellas operaciones encaminadas a hacer efectivo el activo social, a pagar el pasivo, en una palabra, a realizar las gestiones propias para que, saldadas todas las operaciones, se proceda a la distribución entre los socios, del haber que en definitiva quede. De ahí reglas tan precisas como las del artículo 540 del C. de Cº Claro es que disuelta una sociedad y entrada por lo tanto en el estado de liquidación, puede demorarse por mucho tiempo ésta. En este evento subsiste la personería de la sociedad disuelta para que algún día se liquide. Los expositores C. Haupin y H. Bosvieux sostienen, como la generalidad de los tratadistas de derecho comercial, la tesis anterior, y al respecto se expresan así: "Hemos visto que las sociedades civiles, después de su disolución o de su expiración, pueden encontrarse, durante un período más o menos largo, en estado de liquidación. Lo que es verdad respecto de las sociedades civiles, lo es también respecto de las sociedades comerciales, cuya liquidación es necesaria con el objeto de concluír los negocios emprendidos, la rendición de las cuentas a los asociados, la realización del activo y el pago del pasivo".

Al hacer Pedro Mantilla R. la venta a Félix J. Mantilla, de que da cuenta la escritura 186 de 25 de enero de 1920, de la notaría 1ª del circuito de Bucaramanga, no procedió en su carácter de liquidador de la sociedad Pedro Mantilla R. y Hno., carácter que, por otra parte, como ya se examinó, nunca ha tenido, sino que invocó el siguiente título: "Que el socio Isaac Mantilla R. murió, que conforme al mismo pacto social ya mentado la administración y gerencia de los negocios hasta que la sociedad se liquide corresponde al socio sobreviviente en el evento de la muerte de uno de los socios. Que conforme a lo que acaba de exponer, trasfiere al señor Félix J. Mantilla, a título de venta, los bienes relacionados en el punto 2º de esa escritura, por los linderos descritos, con todas sus anexidades, usos y servidumbres y el derecho de tránsito de ganados sobre los terrenos situados al occidente de los que vende, como se relaciona al final del punto 2º".

La venta la hizo, pues, Pedro Mantilla R. a Félix J. Mantilla, en el concepto de que por el pacto social, mediante el cual se constituyó la sociedad Pedro Mantilla R. y Hno. tenía facultad para proceder a aquélla.

En caso de muerte de alguno de los socios la sociedad Pedro Mantilla R. y Hno. debía continuar bajo la dirección del socio superviviente por un año más, terminado el cual se pondría en estado de liqlidación. Esa dirección o administración, no constituía, según ya explicó la Corte, una prórroga de la sociedad sino que únicamente facultaba al socio Pedro Mantilla R. para ejecutar las operaciones concernientes a la terminación de los contratos iniciados cuando vivía el otro socio. Así pues, si dentro del año de la muerte del socio Isaac Mantilla podía o pudo el socio sobreviviente realizar o terminar las operaciones iniciadas, pasado ese lapso y corridos más de veinte años desde la muerte de Isaac Mantilla, el socio sobreviviente Pedro Mantilla R. no podía acogerse a la cláusula 2ª del pacto social para vender los bienes de la sociedad. Al proceder en sentido contrario, obró sin poder ni representación de ninguna especie y por lo tanto no podía en esa venta ni obligar ni comprometer a la sociedad disuelta ni menos disponer de los intereses que en esa sociedad pudieran tener los sucesores del socio muerto.

El régimen de la sociedad colectiva, según el art. 509 del C. Co. se ajusta a los pactos que contengan la escritura social, y ya se ha visto que en el pacto de asociación no se le dio al socio sopreviviente la facultad de disponer de los bienes sociales ni menos en forma tan amplia e indefinida que pudiera hacerlo aun después de veinte años de disuelta la compañía.

La Corte llega, pues, a una conclusión contraria a la del Tribunal de Bucaramanga, el cual sostuvo que no puede aseverarse con el valor de una conclusión jurídica que Pedro Mantilla R. extralimitara sus atribuciones contractuales y legales al vender los

bienes raíces que reza la escritura número 186.

Al llegar a esta conclusión, triunfa lógicamente el 2º motivo expuesto por el recurrente, o sea, error de hecho manifiesto al apreciar la escritura número 306 de 12 de abril de 1894, apreciación errónea que llevó al Tribunal a la infracción de los artículos 509, 512 del C. de Co. y 2013 del C. C. Es claro también, como lo sostiene el recurrente, que el Tribunal dio a las declaraciones hechas por el vendedor en la escritura 186 de 1920 un alcance distinto de la intención que éste tuvo que no fue la de modificar una liquidación de la cual ni habló allí.

Triunfante el 2º motivo alegado por el recurrente, cae la sentencia recurrida, porque la apreciación hecha por el Tribunal sobre las facultades, carácter y poderes del socio sobreviviente Pedro Mantilla R. para enajenar, es determinante y esencial para la parte resolutiva del fallo.

Por esta razón y también porque de acuerdo con el artículo 532 del C. J. si la Corte encuentra fundada alguna de las causales alegadas no considera las restantes, infirma el fallo acusado y dicta en su lugar la resolución que corresponda, se pasa a proferir la sentencia de instancia.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Se vio al estudiar y rechazar el primer cargo hecdo en casación, que una sociedad colectiva no desaparece por el solo hecho de la muerte de uno de los socios y que, en general, una sociedad tampoco desaparece por la circunstancia de determinarse el período legal de su existencia. La Corte ha acogido sobre el particular la doctrina sostenida por el Tribunal de Bucaramanga en el fallo que se revisa, doctrina que en sentir de ella es la jurídica. Disuelta, pues, una sociedad, la personería de ésta subsis te y se prolonga pero para los solos efectos de la liquidación, subraya la Corte, entre ellos llevar a término las operaciones iniciadas durante su existencia. De manera que operaciones no encaminadas a este objetivo no son válidas, porque la sociedad disuelta termina para la realización de todo negocio nuevo, de toda operación que no tienda a la liquidación. Esto, sin perjuicio del artículo 538 del C. de Co. De otra manera, una sociedad en estado de liquidación, una sociedad disuelta, podría proseguir indefinidamente con independencia del fenómeno legal de su disolución, lo cual es inadmisible, tanto desde el punto de vista de los prinuipios jurídicos, como de la realidad económica.

Disuelta una sociedad, entra en estado de liquidación y entonces es preciso distinguir tres períodos: 1º El estado de liquidación propiamente dicho, consecuencia automática de la disolución de la sociedad; 2º La iniciación y realización de la liquidación, y 3º La partición entre los socios del haber líquido que, en su caso, quede.

Cuando el liquidador ha terminado su misión, realizando, en su caso, el activo necesario para la extinción de las deudas sociales y cancelándolas, la liquidación queda terminada y la sociedad cesa de existir como ser moral. Entonces a la sociedad en liquidación cuya personalidad desaparece, sucede un estado de indivisión provisoria, que recae sobre todos los bienes que han quedado y en este momento procede la partición entre los socios.

Lo anterior significa que mientras no se haga la liquidación de los bienes de una sociedad, éstos pertenecen a ella por varias razones; a) Porque la sociedad forma una persona distinta de los socios; b) Porque los bienes sociales responden de las deudas sociales en la forma que para toda deuda establece el artículo 2488 del C. Co. c) Porque los bienes que entraron a ser sociales no salen del patrimonio de la sociedad para radicarse en el de terceros, sino por acto de liquidación, y en patrimonio particular de los socios sino por virtud de la partición, que constituye el título de dominio para cada uno de los que fueron socios y respecto de los bienes que se le adjudiquen en su caso.

Un gerente, un administrador de una sociedad, que sin estar debidamente autorizado venda un bien social, se coloca en uno de estos dos extremos: o lo vende como bien propio entonces vende cosa ajena, lo cual es válido al tenor del artículo 1871 del C. C. sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño o lo vende como socio extralimitando su mandato o sin mandato, entonces la venta es nula. Estos dos fenómenos jurídicos son distintos; pero algunas de sus consecuencias, como la de reivindicación, son iguales.

El principio del artículo 1871, tomado del derecho romano, se funda en que la venta no es sino un simple contrato generador de derechos y obligaciones entre las partes contratantes y la validez de la venta de cosa ajena es eficaz en el sentido de que engendra entre las partes las obligaciones personales propias del contrato de venta, pero no en el sentido de que ella trasfiera

el dominio mediante el registro de la escritura respectiva, para ante el verdadero dueño.

Mas no puede sostenerse, y así lo ha advertido la Corte en varias sentencias, entre ellas la de 28 de febrero de 1913, que la venta que hace el mandatario a nombre del mandante sin tener facultad para ello, sea el caso de venta de cosa ajena. Cuando se trata de venta de cosa ajena el dueño puede promover la acción reivindicatoria directamente; cuando se trata de una venta que hace el mandatario extralimitando el poder, cuando el mandato no existe, es necesario demandar la declaratoria de nulidad del contrato, para obtener la reposición de las cosas al estado en que se hallaban antes de su celebración y reivindicar contra los terceros poseedores.

En el caso de autos, no aparece que se haya verificado el fenómeno de venta de cosa ajena por parte de Pedro Mantilla R. al hacerle la tradición a Félix J. Mantilla de los terrenos de que da cuenta la escritura 186 de 25 de enero de 1920, por cuanto Pedro Mantilla R. no procedió a la venta como dueño de tales terrenos. Se apoyó en la escritura constitutiva de la sociedad colectiva Pedro Mantilla R. y Hno., pero como si no se hubiera disuelto ésta, lo cual produce el siguiente resultado jurídico: Disuelta la sociedad Pedro Mantilla R. y Hno. no podía el socio sobreviviente hacer una enajenación como la a que se refiere la escritura 186, cual si la sociedad existiera, porque si es cierto que una sociedad disuelta sobrevive para los efectos de la liquidación, también lo es que esa supervivencia no puede entenderse ni extenderse a otros actos distintos que sólo tienen cabida y son eficaces cuando la sociedad existe normalmente. Conclusión de lo anterior es la falta de capacidad para vender, por parte de la sociedad Pedro Mantilla R. y Hno., y la falta de consentimiento de ésta para dicha enajenación porque el socio sobreviviente no podía represnetarla para ese efecto, ni procedió como liquidador, ni tenía esta facultad, ni la sociedad prenombrada ha principiado a liquidarse siquiera.

El acto jurídico de que da cuenta la escritura 186 no pudo comprometer a la sociedad ni tampoco los intereses de los sucesores del socio fallecido, porque de acuerdo con el artículo 1502 del C. C. para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad son necesarias la capacidad y el consentimiento y la falta de estos elementos esenciales anula el acto o declaración de voluntad. (Art. 1740 del C. C.). Por lo tanto es nulo el acto o declaración contenido en la citada escritura 186, en lo que hace relación a la enajenación de los terrenos prenombrados y de la servidumbre.

Por otro lado, si se considera la cláusula 2ª del pacto social como facultativa a Pedro Mantilla para enajenar los bienes sociales, esta facultad fue pro tempore, por un año, de modo que no podía acogerse a esa cláusula para enajenar bienes sociales veinte años después, pues carecía de mandato para ello, y por este otro aspecto resulta también la nulidad del contrato de venta.

Los señores Pedro David, Félix Joaquín, Alejandro y Guillermo Mantilla, Mariano Penagos, Manuel María Madiedo y Alberto Cadena constituyeron una sociedad colectiva de comercio bajo la razón social Mantilla y Cía., con sede en Bucaramanga, según consta en la escritura 526 de 24 de abril de 1926. El señor Félix J. Mantilla, y según consta de la escritura 1076 de 27 de agosto también de 1926, vendió a la sociedad Mantilla y Cía. los terrenos que había adquirido de Pedro Mantilla R. y de que ya se ha hecho mención.

Ahora, como la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes el derecho de ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (art. 1346 del C. C.) y como también (art. 1784 ibídem), la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales, se concluye que siendo, por lo que se ha dicho, nulo, de nulidad absoluta (art. 1741 ibídem), el contrato celebrado entre Pedro Mantilla R. y Félix J. Mantilla consignado en la escritura 186 de 25 de enero de 1920, la declaratoria de esa nulidad trasciende, en cuanto al efecto reivindicatorio, a la sociedad Mantilla y Cía., demandada como poseedora actual, según los autos, de los terrenos de Marta, Santa Clara y Colorado.

El señor Isaac Mantilla entró como socio industrial a la sociedad colectiva denominada Pedro Mantilla y Hno. Según la cláusula 6ª del pacto social al socio industrial le correspondían veinticinco unidades, de las cuales tomaría quince anualmente, dejando la parte excedente de sus utilidades en el fondo común. La cláusula 9ª de tal escritura es hasta contradictoria de la anterior, pero en todo caso se estipula que los capitales o saldos que cada año correspondan al socio industrial en las utilidades de la compañía quedarán en las cajas de la sociedad

abonándole ésta el 6% anual hasta el día de su liquidación.

Los demandantes son herederos del socio difunto y la sociedad disuelta no se liquidó ni se ha liquidado aún. Estas circunstancias son decisivas para reconocer el interés de ellas en el presente juicio. Sin embargo, no sobrará hacer al respecto estas otras consideraciones:

La parte demandante tiene interés jurídico en la presente acción y es inadmisible la alegación de la parte demandada que se lo niega porque la sociedad no produjo utilidad y que Isaac Mantilla le quedó debiendo dinero a la sociedad. La comprobación de estos extremos sólo puede hacerse dentro de la liquidación de la sociedad, la cual no se ha verificado, ni en ella se está en este pleito. Una alegación de esa especie no bastaría a justificar a un gerente o administrador de una sociedad para vender los haberes sociales, sin contar para nada con los demás socios. Vale la pena observar que tres años después de constituída la sociedad Pedro Mantilla y Hno., ésta adquirió los terrenos denominados Marta y los globos de tierra Santa Clara y Colorado. Esos inmuebles entraron al haber social y en él se hallaban al disolverse la sociedad. Es claro entonces que al disponer de ellos unilateralmente el señor Pedro Mantilla R., o los sucesores del otro socio, asiste interés jurídico en demandar la nulidad de tal enagenación para que se reintegren esos bienes al patrilonio social en que tienen participación incuestionable.

La parte demandada propuso la excepción de prescripción de la acción, defensa que pasa a considerarse: La venta hecha por Pedro Mantilla a Félix Mantilla. y de que se ha hecho mérito tantas veces en este fallo, tuvo lugar el 25 de enero de 1920; el 21 de noviembre de 1929 ya estaba notificada la demanda, luego entre esas dos fechas no había transcurrido el lapso de los veinte años de que trata el art. 2526 del C. C., para que la acción prescribiera. Por otro aspecto, Félix J. Mantilla vendió los terrenos de Marta, Santa Clara y Colorado a la sociedad Mantilla y Compañía el 27 de agosto de 1926, no habían transcurrido, pues, diez años desde la fecha de la venta, hasta la notificación de la demanda; esto es, que no se consumó a favor de la sociedad el fenómeno de la prescripción adquisitiva ordinaria. (Art. 2528 del C. C.)

Como ya se observó en el presente fallo, el juzgado incluyó en la declaraciñn de nulidad los derechos personales del vendedor Mantilla, comprendidos en la venta de los bienes inmuebles que se anula por el presente fallo. Claro es que los motivos reconocidos aquí como determinantes de la nulidad de la venta de esos inmuebles no se extienden a esos derechos. Los demandantes no tienen al respecto el interés jurídico que en lo tocante a la sociedad Pedro Mantilla y Hno. En otros términos: El señor Pedro Mantilla vendió dos cosas: Los bienes mismos, que eran sociales y de que no podía disponer, venta que por lo que se ha expresado es nula y sus derechos en la sociedad disuelta, y la venta de estos derechos, persolales de él, no es nula y vale la pena observar que la venta de sus derechos como socio la hizo después de disuelta la sociedad y no durante el régimen de la existencia de ésta.

El juez a quo decretó la nulidad absoluta del contrato acusado; la restitución de los terrenos de que da cuenta ese contrato a cargo de la actual poseedora de ellos o sea la sociedad demandada Mantilla y Ca. y las consecuenciales de la acción restitutoria o sea decretó las peticiones principales de la demanda. A todo ello debe estarse, pero reformando la sentencia del juez de primer grado en el sentido de no extender la declaración de nulidad a la venta que de sus derechos en la sociedad Pedro Mantilla R. y Hno. hizo el señor Pedro Mantilla al señor Félix J. Mantilla.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, o sea la proferida por el Tribunal Superior del distrito judicial de Bucaramanga el 14 de abril de 1936 y en su lugar falla así este pleito:

1º No están probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada.

2º Es absolutamente nulo el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 186 de 25 de enero de 1920, otorgada en la Notaría 1ª del circuito de Bucaramanga en virtud del cual el señor Pedro Mantilla R. expresando que obraba en representación de la sociedad denominada Pedro Mantilla R. y Hno. vendió al señor Félix J. Mantilla la hacienda denominada Marta, un globo de tierra ubicado en los puntos denominados "Santa Clara" y "Colorado", fincas determinadas en la mencionada escritura, así como un derecho de servidumbre de tránsito que en la misma escritura se determina.

3º No es el caso de decretar la nulidad de la venta de los derechos correspondientes al

vendedor Pedro Mantilla R. como socio en la expresada sociedad, y de que da cuenta la escritura pública Nº 18 ya citada.

4º Condénase a la sociedad demandada "Mantilla y Compañía" a restituír a la sociedad colectiva de comercio "Pedro Mantilla R. y Hermano", en estado de liquidación y en la cual tienen derechos el socio sobreviviente o quienes sus derechos representen y los representantes y sucesores del socio fallecido o sean los demandantes, los bienes inmuebles especificados en la escritura número 186 de 25 de enero de 1920 de la Notaría 1ª de Bucaramanga y por la situación y linderos expresados en dicha escritura. Esta restitución debe hacerla la compañía demandada seis días después de la ejecutoria de la presente sentencia.

5º La sociedad demandada "Mantilla y Compañía" y el señor Félix J. Mantilla deben restituír a la sociedad Pedro Mantilla R. y Hermano, en estado de liquidación, los frutos naturales y civiles correspondientes a los bienes cuya restitución se ordena, a contar desde la contestación de la demanda, o sea desde el 27 de noviembre de 1930 hasta el día en que verifique la restitución o a pagar a la misma sociedad en estado de liquidación, el valor que tenían o hubieren tenido tales frutos en el momento de su percepción. Los nombrados Félix J. Mantilla y Mantilla y Compañía harán la restitución de los frutos, en lo correspondiente, cada cual al tiempo que hubieren mantenido los bienes, cuya restitución se decreta, en su poder.

6º La sociedad demandada Mantilla y Compañía y el señor Félix J. Mantilla deben responder a la sociedad Pedro Mantilla R. y Hermano de los deterioros que por su hecho o culpa hayan sufrido los bienes cuya restitución se decreta, en cuanto se hubieren aprovechado de ellos.

7º Cancélense las inscripciones o registros de las escrituras número 186 de 25 de enero de 1920, otorgada en la Notaría 1ª del circuito de Bucaramanga, pero únicamente en lo que se refiere a la venta o enagenación de los terrenos de "Marta", "Santa Clara" y "Colorado", y a la imposición del gravamen de servidumbre, y 1076 de 27 de agosto de 1926 de la Notaría 2ª del mismo circuito. Líbrense por el juez a quo los despachos del caso.

8º Sin costas, ni en las instancias, ni en el recurso de casación.

9º Queda en estos términos reformada la sentencia de primer grado dictada por el juez segundo de circuito de Bucaramanga, con fecha 12 de diciembre de 1932.

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

Juan Francisco Mújica. — Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hermán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

DEMANDA DE REVISION DE UN JUICIO EJECUTIVO.—PERSONERIA DE LAS SOCIEDADES DE ORIGEN PRIVADO.—BANCO AGRICOLA HIPOTECARIO.—PERSONALIDAD SUSTANTIVA DEL BANCO AGRICOLA HIPOTECARIO.—CARACTER PUBLICO, POR CREACION REAL DE LA LEY, DEL BANCO AGRICOLA HIPOTECARIO

1.—Cuando se trata de personas jurídicas, es de rigor demostrar con toda plenitud judicial su propia personalidad y la personería de quienes la administran. Cuando se trata de prsonas jurídicas de carácter privado, como son las sociedades civiles o comerciales, las escrituras sociales, los reglamentos y los estatutos a que ellas deben someterse, vienen a ser el título originario, fundamental y constitutivo de su existencia. 2.—Aunque la sociedad puede considerarse ya como contrato, ya como personalidad, es indudable que el artículo 36 de la ley 40 de 1907, inspirado en tal principio, no trata de la escritura social como prueba de la sociedad-convención, pero ve en su extracto una demostración de la existencia de la sociedad-persona. 3.—Si el Banco Agrícola Hipotecario fuera un establecimiento de estricto orden privado sería indispensable demostrar en juicio tanto su existencia como su personería, pero siendo una entidad de carácter público o semipúblico las normas comunes no rezan con entidades similares que deben ser conocidas como se conocen todas las declaraciones de la voluntad soberana: real o presuntivamente. El Banco Agrícola Hipotecario no es en su esencia un establecimiento bancario de carácter privado, que se rige por las disposiciones pertinentes del Código de Comercio y por las leyes complementarias, toda vez que su existencia jurídica y su actividad económica se rigen por ley 68 de 1924 y por otras leyes posteriores, tales como la 61 de 1925, la 75 de 1926, etc. Todas esas leyes le otorgan y le dan al Banco Agrícola Hipotecario un indudable carácter público, nacido y desarrollado por razones poderosas y fundamentales de interés público y social y con la misión de colaborar intensamente en el deber que tiene el Estado de intensificar los factores económicos de la Nación. Por tanto, el Banco Agrícola Hipotecario no está regido en su vida, en su existencia y en su funcionamiento por el derecho privado de sociedades y su personalidad sustantiva no está sometida al derecho común. 4.—Un certificado tal como el expedido por el Superintendente bancario en que se dice que determinado individuo desempeña el cargo de gerente de un banco, puede ser presentado en cualquier estado de la causa, por no constituír propiamente pruebas de la acción intentada ni ir encaminado a establecerla. 5.—La acción de petición antes de tiempo no origina o engendra la repetición de lo pagado, cuando el pago se ha hecho antes del plazo pero sobre la base de un contrato válido. 6.—Cuando en un contrato se comete dolo, la parte agraviada puede intentar las acciones civiles y penales tendientes a lograr el castigo del culpable y a resarcir los perjuicios morales y materiales causados por el acto doloso, amén de la rescisión de las estipulaciones contractuales originadas de la intención de perjudicar, "animus nocendi." Pero por esa misma circunstancia el dolo no se presume, sino que debe demostrarse palmariamente por la parte que lo alega: "Dolum non nisi perspicuis indiciis probari convenit'.

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

Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez.

ANTECEDENTES
Juicio ejecutivo

Por medio de la escritura Nº 863, de 14 de julio de 1926, Pablo L. Acebedo B. se declaró deudor del Banco Agrícola Hipotecario, sucursal de Cali, por la cantidad de dos mil pesos ($ 2,000.00), que recibió a su satisfacción en calidad de mutuo con interés, a la rata del diez por ciento (10%) anual y pagadera en ochenta cuotas trimestrales. Se estipularon intereses moratorios al quince por ciento (15%) anual y la deuda se garantizó específicamente con hipoteca sobre un inmueble denominado "Lomitas de Agua Clara."

En libelo fechado el 31 de marzo de 1928, el Banco Agrícola Hipotecario, sucursal de Cali, demandó a Acebedo B. por la cantidad de un mil novecientos cincuenta y siete pesos con sesenta y nueve centavos ($ 1,957.69) moneda colombiana y por los intereses de dicha cantidad, a la rata del quince por ciento (15%) anual, desde el 14 de octubre de 1927 hasta el día del pago.

Por auto fechado el 4 de mayo de 1928, el Juzgado 3º del Circuito de Cali libró mandamiento de pago en los términos de la demanda, a causa de no haber satisfecho el deudor las cuotas correspondientes a los días 4 de julio y 14 de octubre de mil novecientos veintisiés (1926), 14 de enero, 14 de abril y 14 de julio de 1927.

El deudor ejecutado propuso estas excepciones:

1ª La de pago de las cuotas atrasadas y del papel empleado en la ejecución, que hizo antes de que se le notificara el mandamiento ejecutivo;

2ª La de petición antes de tiempo o de un modo indebido, con la misma base de la anterior y además la fundaba en el hecho de haber faltado el requerimiento prescrito en el artículo 30 de la ley 68 de 1924;

3ª La de nulidad de la cláusula "cuarta" del instrumento ejecutivo, en lo que se refiere al vencimiento del plazo por retardo en el pago de una cuota, fundándola "en el hecho ostensible de ser contraria semejante estipulación al espíritu y al orden público interesados en el objeto de la institución del banco....."

En providencia datada el 13 de mayo de 1929, el juez a quo declaró no probada la excepción de pago de las cuotas atrasadas; declaró ineficaces e inadmisibles las excepciones de petición antes de tiempo y de nulidad de la cláusula "cuarta" del instrumento ejecutivo, y precisó además la orden de pago por la vía ejecutiva, expresando que los intereses moratorios se liquidarán únicamente sobre las cuotas vencidas y no pagadas, desde los días de sus respectivos vencimientos. Dispuso, además, que se hicieran los abonos a que se refieren los recibos acompañados al memorial de excepciones y se procediera al remate de los bienes en pública subasta.

El tribunal modificó posteriormente ese fallo, en el sentido de declarar probada la excepción de pago, pero exclusivamente en lo que se refiere a las tres cuotas posteriores a la que venció el 14 de julio de 1927, más los intereses moratorios. El 26 de mayo de 1931 Wenceslao Betancourt remató el inmueble hipotecado y en la diligencia respectiva se le hizo por el juez la adjudicación correspondiente. Dicho remate fue aprobado en providencia judicial fechada el 17 de septiembre de 1931.

JUICIO ORDINARIO

En demanda fechada el 9 de septiembre de 1935, Pablo L. Acebedo B., invocando el art. 1030 del Código Judicial, demanda al Banco Agrícola Hipotecario y pide que se hagan estas declaraciones:

1ª Que revisadas las sentencias de excepciones y de pregón y remate, dictadas en primera y segunda instancias, son nulas por oscuras e inconstitucionales;

2ª Que en el juicio ejecutivo procedía, y se declare ahora probada, la excepción de nulidad de la cláusula cuarta de la escritura número 863, de 14 de julio de 1926, otorgada en la Notaría de Cali, por ser contraria a la existencia oficial y jurídica del Banco Agrícola Hipotecario y de sus privilegios "constituídos sobre largos plazos y cuotas periódicas que dicha cláusula desconoce lo mismo que la propia demanda ejecutiva contra la cual se interpuso la excepción, precisamente por el restablecimiento de la ley del banco y de sus estatutos violados";

3ª Subsidiariamente, que están probadas las excepciones de petición antes de tiempo y de un modo indebido, por motivo de las garantías moratorias de la ley y estatutos del banco y del Código Civil sobre cláusula penal;

4ª Que está probada la excepción de pago de las cuotas atrasadas y de dos pesos de papel sellado para la ejecución, antes de que fuese notificado el mandamiento ejecutivo, con la eficacia de hacer cesar la acción;

5ª Que hubo dolo por parte del Banco Agrícola Hipotecario, tanto al imponer la cláusula cuarta, referida, como en los procedimientos durante la ejecución;

6ª Que el Banco Agrícola Hipotecario debe reintegrar al demandante el monto del pago indebido de tal ejecución y las costas que le correspondían por razón de sus excepciones comprobadas, que alcanza a $ 3,513.29 y sus intereses legales desde el 24 de septiembre de 1931 hasta el día en que se efectúe el reintegro;

7ª Que el Banco Agrícola Hipotecario debe pagar al demandante los daños y perjuicios que le causó mediante la ejecución y la cláusula "cuarta", "haciéndose esa determinación y reclamo pendiente un juicio pericial en Bogotá o en Cali...";

8ª Subsidiariamente, que el Banco reintegre todo el exceso del pago efectuado en dicha ejecución, "mediante el cobro y liquidación discrecional de cuotas con recargos durante el jucio y un saldo de capital mayor que no se demandaron, tan contradictoriamente a la declaración del vencimiento del plazo y manifestación del propio ejecutante de imputar las cuotas pagadas como abono al saldo del capital pendiente ($ 1,957.69) demandado, así como tampoco podían cobrarse costas..." y,

9ª Que se condene en costas al demandado, si afrontare la litis.

El Juzgado 1º del Circuito de Bogotá, ramo civil, en providencia de 21 de enero

de 1936, negó las declaraciones pedidas en la demanda, fundando dicho fallo en el hecho de que al juicio no se trajo la prueba ni de la existencia de la sociedad demandada ni de la personería adjetiva de su gerente.

Apelada la anterior sentencia por la parte actora, el Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, en sentencia de 27 de julio de 1936, reformó la de primera instancia en el sentido de declarar probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, por cuanto el actor no demostró la existencia de dicha entidad. En esa sentencia, que viene a ser materia de este recurso de casación, dice el tribunal:

"Es evidente, según lo expresa el juez en el fallo apelado, que si la personalidad fuera adjetiva, fácilmente sería subsanado el error inicial de la demanda, pero como de lo que se trata es de falta de personería sustantiva, es indeclinable y en tal circunstancia hay que considerar si el sujeto de quien se demanda tales o cuales derechos, existe real y verdaderamente; de autos aparece que se trajo un certificado que se dice fue expedido por la Superintencia Bancaria, pero como tal documento fue presentado extemporáneamente, sin citación ni conocimiento de la parte contraria, síguese que conforme a textos legales expersos de la ley, no fue acreditada oportunamente la personería sustantiva de la entidad demandada y en consecuencia la demanda no puede prosperar."

RECURSO DE CASACION

Ante esta Corte ha presentado el recurrente doctor Pablo L. Acebedo B. dos escritos: uno sobre admisibilidad del recurso, en el cual se apresuró a señalar y sustentar extensamente las causales fundamentales de la casación; y otro en que ya de manera más precisa formula la respectiva demanda de casación. Para estudiar y fallar el presente recurso, la Corte tomará en consideración ambos documentos, no sólo porque versan sobre la misma materia y contienen las mismas peticiones, sino por la razón de que en el último de éstos el actor recurrente hace expresa declaración de que reproduce todas sus reclamaciones anteriores.

CAUSALES DE CASACION

Es de rigor considerar una de las causales alegadas en el primero de los escritos sustentatorios presentados por el recurrente, ya que en el segundo de ellos, que viene a ser en rigor la demanda de casación, alude al "carácter público" del banco demandado, lo que constituye una verdadera insistencia en invocar dicho carácter, con cita del art. 2º de la ley 49 de 1927.

Pero fuera de lo dicho, es bueno advertir que el recurrente, en los dos escritos en que acusa al sentencia que se revisa, no expresa de manera clara, ordenada y nítida su pensamiento, ni determina con la misma fijeza en qué se hace consistir las dos causales invocadas. Las disposiciones legales que se indican como violadas en el primero de los citados documentos —artículos 343, 473, 481 y 1030 del Código Judicial— se refieren al reconocimiento que deba hacer el juzgador de todo hecho fundamental probado en autos y que constituya una excepción perentoria; y a la facultad que se reconoce a las partes de hacer revisar en juicio ordinario toda providencia definitiva dictada en juicio especial. Pero a juicio de la Corte, el tribunal sentenciador no violó, ni en su letra ni en su espíritu, ninguno de estos preceptos objetivos del derecho positivo colombiano, puesto que aceptó y tramitó el juicio ordinario revisorio, y en su proveído, que es materia de este recurso, dio por demostrado un hecho constitutivo de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, sin denegarse a fallar la cuestión propuesta ni reservar para otro juicio la resolución de cuestiones que fueron materia de la controversia.

Y precisamente sobre tales tópicos estatuyen con toda claridad los artículos señalados como violados; en forma tal, que en lo que atañe a los mencionados preceptos, es de rigor concluír que ellos no han sido violados en la sentencia que se revisa; y antes bien, de la misma secuela del negocio aparece que el tribunal de segundo grado los acató, sin que al reconocer la existencia de una excepción perentoria que a su juicio aparecía demostrada en autos, hiciera otra cosa que darle estricto cumplimiento al artículo 343 del Código Judicial, señalado como violado, absteniéndose en consecuencia de fallar sobre lo principal del litigio.

Aceptadas las anteriores conclusiones, la causal de casación que en definitiva debe estudiarse y acogerse, interpretando de ese modo la voluntad y la intención del recurrente, es aquélla que consiste en no haber aplicado el Tribunal Superior de Bogotá el art. 2º de la ley 49 de 1927, que considera

al Banco Agrícola Hipotecario "como entidad de carácter público", pues la aplicación de dicho precepto hubiera llevado a la consecuencia de que, por no tratarse de una sociedad comercial anónima, de carácter privado, era innecesario exigir la prueba documental de su existencia y por ende de su doble personalidad sustantiva y adjetiva.

Para decidir sobre este punto y resolver si efectivamente era necesario demostrar judicialmente en los autos la existencia y personalidad del Banco Agrícola Hipotecario, procede hacer las siguientes consideraciones:

La existencia de un individuo de la especie humana se acepta y reconoce judicialmente desde que hace manifestaciones y representa ante el órgano judicial, ya con carácter de actor, de opositor o de reo. Sucede algo bien distinto cuando se trata de personas jurídicas, pues siendo éstas meras creaciones abstractas de la ley que no quedan sometidas al dominio de los sentidos, deben comprobar su sér, su existencia y su normal funcionamiento, lo mismo que el poder y mandato de sus gestores. En síntesis, es de rigor demostrar con toda plenitud judicial su propia personalidad y la personería de quienes la administran.

Cuando se trata de personas jurídicas de carácter privado, como son las sociedades civiles o comerciales, las escrituras sociales, los reglamentos y los estatutos a que ellas deben someterse, vienen a ser el título originario, fundamental y constitutivo de su existencia. A propósito de las sociedades comerciales, ya observó la Corte, en sentencia fechada el 20 de noviembre de 1935, inserta en los números 1907 y 1908 de Gaceta Judicial, que el juzgador necesita averiguar, valiéndose de pruebas documentales, cómo nació la compañía a quien ha de condenar o absolver. Dispone el Código de Comercio en su artículo 465 que la sociedad comercial se prueba por medio de escritura pública debidamente registrada; más adelante exige la misma obra en sus artículos 469, 470 y 480 el otorgamiento de los extractos sociales y reglamenta su expedición, registro y publicación. Fue más tarde, mediante el artículo 36 de la ley 40 de 1907, cuando se admitió que para el solo efecto de reconocer en juicio la personería de las sociedades y la representación de sus administradores o gestores, se aceptaran también las copias de esos extractos, expedidas por el secretario de la oficina judicial donde fueron registrados.

Enseña Labbé que la sociedad puede considerarse ya como contrato, ya como personalidad. Es indudable que el artículo 36 de la ley 40 de 1907, inspirado en tal principio, no trata de la escritura social como prueba de la sociedad-convención, pero ve en su extracto una demostración de la existencia de la sociedad-persona.

Posteriormente la ley 28 de 1931, en sus artículos 40 y 41, estableció que para acreditar la constitución y existencia de una sociedad comercial, bastaba un certificado suscrito por el presidente y el secretario de la respectiva Cámara de Comercio, sellado en debida forma, en el que constaran el número, fecha y notaría de la escritura constitutiva de la sociedad y de sus reformatorias, con las mismas indicaciones exigidas para los extractos y el testimonio de que la sociedad ha sido registrada en la respectiva Cámara de Comercio. Asímismo estableció que la certificación otorgada por el presidente y el secretario de la Cámara de Comercio, respecto a la persona que en un momento dado ejerza la gerencia o sea representante legal de una entidad comercial, de acuerdo con los registros, constituye prueba de su personería.

Cuando la sociedad comercial es un establecimiento bancario, dispone el artículo 104 de la ley 45 de 1923, que la certificación escrita del Superintendente Bancario, respecto de la persona que ejerza la gerencia en un momento dado, constituye prueba suficiente de la personería del respectivo establecimiento o de alguna de sus sucursales.

Con la vista de las anteriores reflexiones y con estricta aplicación de las leyes antes invocadas, orgánicas tanto de la constitución como de la existencia jurídica de las sociedades civiles o comerciales de carácter privado, si el Banco Agrícola Hipotecario fuera en realidad de verdad un establecimiento de estricto orden privado, integrado por accionistas particulares y con mira exclusiva al desarrollo y explotación de las normales operaciones bancarias de giro, préstamo y descuento, etc., etc., habría que concluír que efectivamente era indispensable demostrar en juicio y en su debida oportunidad tanto su existencia como su personería; también era de rigor aceptar que la omisión de esta formalidad por parte del actor y recurrente, justificaba plenamente el reconocimiento de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, reconocida y deducida por el tribunal fallador en la sentencia que se revisa.

Pero las anteriores normas, prescritas en nuestro derecho de sociedades para las en-

tidades de riguroso carácter y origen privado, que no están destinadas a desarrollar ninguna actividad relacionada con el bien público, no rezan con aquellos organismos que por su carácter público o semipúblico, de estricto origen legal y reglamentadas por la misma ley, deben ser conocidas como se conocen todas las declaraciones de la voluntad soberana; real o presuntivamente. Al efecto, sí es principio fundamental de nuestro derecho privado que la ignorancia de la ley no sirve de disculpa y antes bien se presume que todos los asociados deben conocerla y acatarla, no podría concluírse con rigurosa lógica jurídica que el juzgador pudiera ignorar, en un juicio sometido a su decisión, la existencia de una entidad de derecho público o de simple carácter público, porque no se hubiera evidenciado plenamente en autos su existencia.

En el caso de autos, considera la Corte que el Banco Agrícola Hipotecario no es en su esencia un establecimiento bancario de carácter privado, que se rige por las disposiciones pertinentes del Código de Comercio y por las leyes complementarias que se han citado anteriormente. Para aceptar este extremo, se funda en los razonamientos que para ilustrarlo pasan a expresarse:

El Banco Agrícola Hipotecario debe su existencia jurídica y su actividad económica a la ley 68 de 1924, que ordenó su fundación y señaló el giro normal de sus operaciones y actividades. En el funionamiento de ese organismo sigue interviniendo el legislador por medio de las leyes 61 de 1925, 75 de 1926, 49 y 89 de 1927, 99 y 124 de 1928 y 57 de 1931. También contribuyen a evidenciar el carácter público de dicho establecimiento los estatutos que lo rigen, aprobados el 21 de abril de 1927 por el Jefe del Estado e insertos en la "Compilación Mercantil y Bancaria", ordenada por el Senado y publicada en la Imprenta Nacional.

Una de estas normas constitutivas, la ley 49 de 1927, estatuye en sus artículos 1° y 2° lo que pasa a trascribirse:

"Artículo 1°—El Gobierno procederá a comprar, por su valor nominal más un interés que no exceda del nueve por ciento (9 por 100) anual, desde la fecha de la intervención, las acciones de particulares en el Banco Agrícola Hipotecario. En lo sucesivo no podrá dicho establecimiento vender o aceptar el traspaso de acciones del establecimiento a particulares."

"Artículo 2°—El Banco Agrícola Hipotecario, como entidad de carácter público, estará sometido únicamente a la revisión y supervigilancia de la Superintendencia Bancaria, en los términos de la ley 45 de 1923 y de las que la adicionan y reforman."

Resulta de lo expuesto anteriormente y del texto de las disposiciones antes copiadas lo siguiente: que la entidad demandada en este proceso nació de una ley, es decir, de una declaración de la voluntad soberana, manifestada en forma constitucional; que debe estar constituída y organizada exclusivamente con fondos públicos; que rige su actividad, operaciones y funcionamiento por medio de numerosas leyes; que sus estatutos orgánicos los expide y aprueba el órgano ejecutivo y que sus principales finalidades económicas o comerciales son desarrollar el crédito agrícola, industrial o mercantil, facilitar el desarrollo de los numerosos factores que integran la economía nacional y ampliar la órbita de acción de las fuentes naturales de nuestra riqueza privada.

Todas las anteriores características, bien perfiladas y reconocidas en el derecho positivo nacional, le otorgan y le dan al Banco Agrícola Hipotecario un indudable carácter público, nacido y desarrollado por razones poderosas y fundamentales de interés público y social y con la misión de colaborar intensamente en el deber que tiene el Estado de intensificar los factores económicos de la nación.

Y si esto es verdad y como tal viene a ser aceptada por la Corte, es claro y evidente que la entidad demandada no puede estar regida en su vida, en su existencia y en su funcionamiento por el derecho privado de sociedades y que su personalidad, sustantiva, no está sometida al derecho común.

Pero hay algo más sobre este mismo tópico. El recurrente trajo a los autos en la segunda instancia y durante la fijación en lista un certificado del Superintendente bancario, en el cual se declara que el doctor Alfredo García Cadena, ejerce en la actualidad y ejercía en el lapso del 10 al 20 de septiembre de 1935 las funciones de gerente del Banco Agrícola Hipotecario, establecimiento bancario que tiene existencia legal.

Está fuera de toda duda que esa certificación constituye una prueba documental pertinente para demostrar en juicio la personalidad adjetiva del banco demandado, pues así se lo reconoce el artículo 104 de la ley 45 de 1923. Pero como puede alegarse la circunstancia de que ese certificado no fue presentado durante el término probatorio ni se ordenó poner en conocimiento de las partes, vale decir que su exhibición en

autos fue extemporánea, locución que en el sentido estrictamente académico significa fuera de tiemno oportuno, conviene determinar el mérito que deba asignarse a ese documento.

Se trata de un documento expedido por una autoridad pública en ejercicio de sus funciones y con el carácter de tal extiende dicho certificado, destinado por ley a comprobar la representación del gerente del banco demandado y su existencia legal. Contra esta clase de documentos sólo podría ser admisible la tacha de falsedad debidamente demostrada y esta tacha podría oponerse en cualquier estado de la causa. Siendo esto así, esos elementos legales demostrativos, que no constituyen propiamente pruebas de la acción intentada, ni van encaminadas a establecerla, pueden ser presentados en cualquier estado de la causa, cuando las partes o el juez adviertan su ausencia en el proceso.

Las premisas que acaban de exponerse a espacio, conducen con toda lógica a concluír que el tribunal sentenciador no debió reconocer y aceptar como probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, dado que el Banco Agrícola Hipotecario tiene en realidad un carácter público y como tal debe reconocerse en autos su personalidad, como una creación real de la ley, vale decir, de la voluntad soberana. Y aceptado lo anterior, no existe el hecho constitutivo de la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la entidad demandada, aceptada por la sentencia que se revisa. En consecuencia, dicha providencia debe ser casada e infirmada, por las razones que motivan este proveído.

Y sea la ocasión de recalcar en el hecho de que el actor y recurrente, en los escritos en que fundamentó este recurso, insiste en solicitar con ahinco que se reconozca al organismo opositor la calidad de entidad de "carácter público" y se estudien en su fondo las acusaciones presentadas contra las conclusiones jurídicas de la sentencia que se revisa. En forma tal que en este importante extremo de la condición excepcional del banco demandado, está en perfecto acuerdo el demandante, quien sólo quiere que el fallador entre a estudiar y reconocer cada una de las súplicas de la demanda ordinaria instaurada.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Definido y puesto en claro el problema sobre personalidad jurídica del banco y sobre personería de su gerente, procede en este caso una vez casada la sentencia que se revisa, dictar la de instancia que deba reemplazar la del tribunal sentenciador y a ello se pasa mediante el estudio minucioso de las súplicas contenidas en el libelo.

Pero antes de entrar en materia, estima oportuno la Corte hacer presente que la demanda presentada por el actor adolece de imprecisión, oscuridad y falta de método, tanto en las peticiones que se hacen como en la relación de los hechos en que se pretende fundarla; por lo cual era procedente rechazarla por el juez de primer grado, en atención a lo estatuído en los arts. 737 y 738 del Código Judicial.

— A —

Nulidad de las sentencias de excepciones y de pregón y remate por oscuras e inconstitucionales.

Revisadas detenidamente las piezas acusadas, no se halla en ellas ningún pasaje o concepto que adolezca de vicio de oscuridad. Redactadas dichas providencias en lenguaje sencillo y claro, no se alcanza a vislumbrar en qué hace consistir el recurrente el vicio que presenta como motivo acusatorio de tales proveídos. Por lo demás, la oscuridad o falta de precisión y claridad de las motivaciones de una sentencia no entrañan causal de nulidad en nuestro derecho positivo ni puede fundarse en tal razón una causal de nulidad de las decisiones en ella adoptadas por el juzgador. De existir realmente la tacha señalada por el recurrente, lo pertinente era hacer uso de la facultad que le otorga el art. 482 del Código Judicial y solicitar dentro del término perentorio fijado por esa disposición legal que se aclararan los conceptos o frases de esas sentencias que ofrecieran verdadero motivo de duda. Ejercitada oportunamente esa atribución por el actor, el tribunal sentenciador hubiera entrado a estudiar el reclamo y a fijar el sentido y alcance de los pasajes señalados como oscuros o incongruentes.

Tampoco se halla en parte alguna fundada y demostrada la tacha de inexequible que se hace recaer sobre las providencias indicadas en esta primera súplica. Fueron dictadas dentro de un juicio civil en el cual se cumplieron las formalidades y requisitos procesales previamente establecidos por nuestro Código de Procedimiento y el recurrente tuvo la oportunidad de ejercitar todos los medios para demostrar judicialmente la existencia de cada una de sus peticio-

nes. En esos fallos judiciales no se ordenó ni se dispuso nada contrario a nuestro ordenamiento constitucional; por lo cual es de rigor desestimar esta súplica del libelo de demanda.

— B —

Nulidad de la cláusula "cuarta" de la escritura número 863 de 1926.

Según esa cláusula acusada, si el exponente no pagare alguna o algunas de las cuotas, en las fechas correspondientes, abonará sobre ellas un interés moratorio del 15 por 100 anual, "pudiendo además el banco estimar extinguido o insubsistente todo el plazo que falte y exigir ejecutivamente o de cualquier otro modo legal, no sólo la cuota o cuotas demoradas sino también todo el capital pendiente."

Conforme a la cláusula "quinta" del referido instrumento, caso de mora en el pago de alguna o algunas cuotas, y sin perjuicio de lo estipulado en la cláusula "cuarta", el banco podía, si lo estimaba más conveniente a sus intereses, requerir judicialmente al deudor y transcurridos treinta días a partir del requerimiento, obtener la tenencia y administración del inmueble hipotecado.

Fundado en esas dos cláusulas, el banco acreedor podía, además de cobrar el interés moratorio adoptar uno de estos dos procedimientos: o el cobro judicial de toda la deuda con sus respectivos intereses o la ocupación de la finca hipotecada en forma sumaria, una vez transcurridos treinta días a partir del requerimiento.

Es un hecho indudable que las dos cláusulas a que se ha hecho referencia desmejoran la posición del deudor, tal como fue establecida para éstos por el artículo 30 de la ley 68 de 1924, que es de este tenor:

"Cuando los deudores de cuotas periódicas no las hubieren satisfecho en los plazos fijados, y requeridos judicialmente, no pagaren en el término de treinta días, el banco podrá solicitar la tenencia y administración del inmueble hipotecado o proceder ejecutivamente."

La desmejora consiste en que por la escritura acusada se prescindió del requerimiento judicial y del plazo de treinta días, como requisitos previos para que se pudiera demandar ejecutivamente.

Siendo el banco demandado un establecimiento de carácter público, obligado por esa circunstancia a cumplir finalidades sociales y económicas mucho más extensas que las de los institutos similares de origen privado, es indudable que su actuación legal debe ser más estricta y en ella debe ceñirse a lo que la ley constitutiva permite, manda o prohibe. Si, pues, un particular puede renunciar la cláusula de garantía, o sea el requerimiento judicial y el término de gracia de que trata el artículo 30 de la ley 68 de 1924, no puede un banco de carácter público ni imponerle ni admitirle esa renuncia, por la razón fundamental que acaba de expresarse.

Lo anterior lleva a la conclusión de que puede existir una acción de perjuicios, cuando un banco de la naturaleza y carácter del demandado procede a la acción ejecutiva, existiendo los requisitos previos de que trata el artículo 30 de la ley 68 de 1924, orgánica y constitutiva de esa institución.

Viene a robustecer las anteriores conclusiones el texto literal del artículo 32 de la misma ley creadora del Banco Agrícola Hipotecario que dice: "A todo propietario que se presentare a contratar con el banco, se le dará conocimiento, al otorgar la escritura, de los medios que los artículos anteriores franquean al banco para hacer efectivo el pago de las cuotas periódicas." Con vista y aceptación de tal artículo, hay que concluír que el deudor y recurrente debió conservar la plenitud de los requisitos legales que se le otorgaban para su defensa.

Pero es claro que para que esa acción prospere es necesario que se demuestre y justifiquen los hechos básicos o constitutivos de los perjuicios, la relación de causalidad indispensable en cada caso, lo cual no ha hecho el actor en este proceso. Por lo tanto, no puede prosperar la súplica de la demanda que se estudia.

— C —

Petición antes de tiempo y de un modo indebido.

Tampoco puede aceptarse esta súplica y a esa decisión llega la Corte por dos razones: a) Porque si bien es cierto que en principio toda petición antes de tiempo genera perjuicios, ya se vio en el estudio de la petición anterior que en el caso de autos no están demostrados los hechos constitutivos y la relación de causalidad de éstos; b) Porque la acción de petición antes de tiempo no origina o engendra la repetición de lo pagado, cuando el pago se ha hecho antes del plazo pero sobre la base de un contrato válido.

— D —

Pago de las cuotas atrasadas y del papel empleado en la ejecución.

También se ve la Corte en el caso de rechazar esta petición, porque tales cuotas fueron satisfechas el 11 de julio de 1928, y como observó la entidad demandante, "este pago lo hizo el ejecutado muchos meses después de haberse constituído en mora; de haber sido entablada la acción ejecutiva y de haberse dictado contra él el mandamiento ejecutivo que lo compulsaba al pago. Es decir, que la obligación periódica que tenía contraída el doctor Acebedo fue cumplida por él fuera de las condiciones convenidas en el contrato de préstamo y cuando ya se había constituído en mora..."

En la sentencia de excepciones fechada el 13 de mayo de 1929, el Juzgado 3º del circuito de Cali declaró no probada la excepción de pago efectivo de las cuotas atrasadas. Más tarde, el Tribunal de Cali, en sentencia del 19 de agosto de 1929, declaró probada la excepción de pago, pero sólo en lo referente a las tres cuotas posteriores a la vencida el 14 de julio de 1927, con sus intereses penales. Las anteriores consideraciones las presenta la Corte como suficientes para desestimar la súplica a que se ha hecho referencia.

— E —

Dolo del banco al imponer la cláusula "cuarta" y en sus procedimientos durante el juicio.

El dolo se define por toda especie de astucia, trampa, maquinación o artificio que se emplea para engañar a otro, o el propósito de dañar a otra persona injustamente. Es claro y evidente que quien obra dolosamente debe resarcir los perjuicios que hubiere causado, siendo nulo todo pacto tendiente a eximirlo de esta responsabilidad. Así lo expresaba el viejo aforismo romano "conventio ne quis teneatur de dolo non valet."

Cuando en un contrato se comete dolo, la parte agraviada puede intentar las acciones civiles y penales tendientes a lograr el castigo del culpable y a resarcir los perjuicios morales y materiales causados por el acto doloso, amén de la rescisión de las estipulaciones contractuales originadas de la intención de perjudicar, "animus nocendi." Pero por esa misma circunstancia el dolo no se presume, sino que debe demostrarse palmariamente por la parte que lo alega: "dolum non nisi perspicuis indiciis probari convenit."

En el caso de autos, la parte recurrente no ha demostrado en forma alguna que el banco acreedor obrara con ánimo doloso al insertar en la escritura de préstamo la cláusula "cuarta", ni menos que hubiera acudido a tan reprobable recurso durante el juicio, porque por una parte ya se demostró que tal cláusula podía tener plena vida jurídica mediante el sistema de la libre estipulación; y por otra, el acusador no ha presentado prueba alguna que evidencie el motivo fundamental de esa súplica. Por lo cual debe la Corte desestimar esa petición.

— F —

Las súplicas consistentes en el reintegro de lo indebidamente pagado, de las costas e intereses y de los perjuicios causados con la cláusula "cuarta" y con el juicio ejecutivo, tampoco pueden reconocerse y aceptarse, porque ellas vienen a ser efecto o consecuencia de las ya negadas anteriormente y desestimada la causa, mal podría aceptarse y reconocerse los efectos.

— G —

Reintegro al ejecutado del exceso del pago hecho en la ejecución.

El Banco Agrícola Hipotecario demandó por la cantidad de $ 1,957.69, de capital, y por los intereses de esta cantidad al 15 por 100 anual desde el 14 de octubre de 1927 hasta el día en que se efectuara el pago; y por las costas del juicio (foja 4). El juez libró mandamiento de pago de acuerdo con lo solicitado por el ejecutante (foja 6). El ejecutante rectificó su error reconociendo que lo que él podía cobrar al ejecutado era esto: los intereses al quince por ciento anual sobre las cuotas demoradas y los gastos que ocasionara la cobranza, pues tales cuotas han de liquidarse "no sobre el saldo del capital pendiente el día de la demanda o el día del pago, sino únicamente sobre el monto de las cuotas atrasadas, desde sus respectivos vencimientos trimestrales hasta el día en que se verifique el pago" (folio 16 vuelta).

En la sentencia de excepciones, el Juzgado aclaró el auto ejecutivo diciendo que los intereses moratorios deben liquidarse "sobre las cuotas vencidas y no pagadas y desde los días de sus respectivos vencimientos" (foja 20). El Tribunal confirmó en

este punto la sentencia de primer grado, pues la reforma que a ésta hizo consistió en declarar probada la excepción de pago", pero sólo en lo que se refiere a las tres cuotas que se siguieron a la que venció el 14 de julio de 1927 y sus intereses penales (folio 29 vuelta).

Según la liquidación del crédito hipotecario a cargo del doctor Acebedo B., hecha por el secretario del Juzgado (folio 62), su monto ascendió a $ 2,521.49, cantidad que el Juzgado ordenó entregar al Banco Agrícola Hipotecario, según auto fechado el 17 de septiembre de 1931 (folio 69).

El actor, en el presente juicio, no ha demostrado que hubo exceso en el pago cuya devolución solicita ni se ha establecido por otra parte que se pagara algo indebidamente. En esa virtud, no existe fundamento para reconocer el motivo de la presente súplica y por esa circunstancia es de rigor desestimarla en esa sentencia de instancia.

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

f a l l a :

1º Cásase la sentencia que ha sido materia de este recurso;

2º Revócase la sentencia de primera instancia, proferida por el señor Juez 1º en lo civil del circuito de Bogotá, con fecha 21 de enero de 1936;

3º Niéganse las peticiones de la demanda y en consecuencia absuélvese al Banco Agrícola Hipotecario, como entidad demandada;

4º Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

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

Juan Francisco Mújica. — Liborio Escallón.—Fulgencio Lequerica Vélez.—El conjuez, Manuel J. Ramírez Beltrán.—El conjuez, Valerio Botero Isaza.—Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

NO TODA EXPLICACION QUE EL JURADO AGREGUE AL VEREDICTO MODIFICA SUSTANCIALMENTE EL "SI" CON QUE AFIRMA LA RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO

Cuando se ha declarado notoriamente injusto un veredicto, la sentencia del juez de hecho tiene que fundarse en la decisión del segundo Jurado, sin pretender armonizarla con la del anterior, pues debe desecharse la posibilidad de atribuírle vigencia, aun cuando sea de modo implícito, al primer veredicto, ya que la declaración de injusticia notoria lo pone, jurídicamente hablando, al margen del proceso.

Cuando el veredicto contiene explicación, el juez de derecho está en el deber de examinar y analizar el valor de ella.

No toda explicación que el Jurado agregue al veredicto modifica sustancialmente el SI con que afirma la responsabilidad del procesado; para que pueda modificarlo se necesita que los términos de la explicación y el concepto que ella entrañe no sean jurídicamente inocuos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, catorce de febrero de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Las causales de casación invocadas en el presente recurso son la 1ª y la 4ª; y el señor abogado del recurrente las funda en que, a su juicio, la sentencia del Tribunal no está de acuerdo con el veredicto del Jurado y, por tanto, impuso una pena que no era la que correspondía al tenor de dicho veredicto, con lo que se hizo una indebida aplicación de la ley penal.

El señor Procurador delegado conceptúa que debe mantenerse firme el fallo recurrido.

Para resolver, la Corte considera:

Dos jurados se celebraron en la causa contra Timoteo Rojas Pérez en razón de la muerte de Martiniano Solórzano.

La respuesta del primer jurado al cuestionario respectivo, dice: "sí es responsable, pero ocasionalmente, y en el mismo momento de haber recibido provocaciones graves".

Este veredicto fue declarado notoriamente injusto por el juez, decisión que el Tribunal confirmó, en cuya virtud hubo de reunirse el segundo jurado, quien respondió a un cuestionario, idéntico al anterior, de la manera siguiente: "sí, dominado por embriaguez ocasional. No sabemos si quiso matar a Martiniano Solórzano o a Epifanio Quente".

Estima el recurrente que la adición hecha por el segundo jurado a su veredicto afirmativo, relacionando esta respuesta con la emitida por el primer jurado, significaba para el juzgador de instancia el deber de dar aplicación al artículo 602 (inciso 2º) del Código Penal en armonía con el 587 (numeral 1º), en vez del artículo 600 ibídem, al cual se atuvo el sentenciador.

Como se ve, esta argumentación enfoca a las dos causales de casación alegadas. La 4ª, en cuanto el recurrente estima que la sentencia del Tribunal no se acomoda con la frase explicativa del veredicto; y la 1ª, como una consecuencia, o sea que en razón de esa disconformidad, la ley penal resultó mal aplicada.

CAUSAL 4ª

Ante todo debe desecharse la posibilidad de atribuírle vigencia, aun cuando sea de modo implícito, al primer veredicto: su declaración de injusticia notoria lo puso, jurídicamente hablando, al margen del proceso.

La Corte ha declarado en varios fallos que cuando el veredicto del Jurado no expresa modalidades acerca del hecho criminoso que obliguen a considerar el homicidio como atenuado, queda al arbitrio del juzgador de instancia interpretar los datos del proceso para calificarlo o no como "de los menos graves" (artículo 602, C. P.); y ha dicho también la Corte que si el sentenciador en tal caso se

abstiene de ejercitar aquella atribución, no por eso es casable la sentencia.

Pero cuando el veredicto se profiere en forma explicativa, entonces es ya un deber del juez determinar si la explicación que dio el Jurado obliga a calificar el homicidio como de los "menos graves"; y en el evento de que esa explicación modifique realmente la declaratoria de responsabilidad hecha por el jurado, el sentenciador no puede prescindir de calificar el homicidio como atenuado, so pena de que sea casable la sentencia por desacuerdo con el veredicto.

Ahora bien: en el caso de la sentencia acusada estima la Corte que el juez y el Tribunal acertaron al considerar inocuas las dos adiciones que el Jurado hizo a su contestación afirmativa sobre la responsabilidad de Timoteo Rojas Pérez en el homicidio de Martiniano Solórzano.

Que el reo obró "dominado por embriaguez ocasional", no puede llevar a la conclusón de que se trate de un homicidio voluntario de los menos graves, pues si a la palabra **dominado** hubiese que darle el alcance de que el actor obró de manera inevitable, entonces se trataría no de un veredicto explicado, sino contradictorio en sus términos, toda vez que contendría la afirmación y la negación simultáneas de la responsabilidad.

Y en cuanto al hecho mismo de la embriaguez, los juzgadores de instancia se atuvieron a lo dispuesto por el artículo 30 del Código Penal que no reconoce como causa exculpativa el obrar en estado de embriaguez. En cambio, reconocieron este factor como circunstancia atenuante (artículo 118, numeral 6º), coincidiendo en ello con el veredicto del Jurado.

Las palabras del Jurado al decir que no sabía si el reo "quiso matar a Martiniano Solórzano o a Epifanio Quente", tampoco desvirtúan la afirmación rotunda de la responsabilidad de Rojas como homicida simplemente voluntario. El artículo 594 del Código Penal, dice: "En todos los casos de homicidio es indiferente que las consecuencias del delito recaigan sobre la persona a quien se quiso ofender, o sobre otra cualquiera".

Y demasiado sutil resultaría desentrañar del veredicto que el Jurado se propuso situar el homicidio en el caso de provocaciones graves, por cuanto algunos elementos del proceso dejan traslucir que las hubo contra Rojas de parte de Quente. El argumento cabría si el jurado hubiese expresado en forma inequívoca la idea de que Rojas obró en virtud de aquellas provocaciones y que la intención homicida fue contra Epifanio Quente.

No prospera, pues, el recurso por la causal 4ª

CAUSAL 1ª

Tampoco puede prosperar el recurso por la supuesta aplicación indebida de la ley, porque si las explicaciones o adiciones que el Jurado le hizo al veredicto no modifican la categoría del homicidio en la clase común de simplemente voluntario, los juzgadores de instancia no erraron al colocar el caso de Rojas dentro del artículo 600 del Código Penal, calificando por lo demás en el grado ínfimo la delincuencia.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y 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 Bogotá, fechada el once de mayo de mil novecientos treinta y siete, que impuso a Timoteo Rojas Pérez la pena principal de seis años de presidio como responsable de la muerte de Martiniano Solórzano.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo.—Salvador Iglesias.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO

El veredicto que descarta la premeditación plantea un homicidio simplemente voluntario y la sentencia que sanciona un homicidio de esa naturaleza no hace sino acoger el veredicto del Jurado. Si el veredicto no hizo sino quitar la premeditación, sin atenuar más el delito, no hay posibilidad para aplicar el art. 602 del Código Penal que reprime homicidios de menor gravedad, ya por haberse cometido en riña provocada por la víctima, o por ser de los menos graves entre los enumerados por los ordinales 1.o, 2.o, 4.o, 5.o y 7.o del art. 587 ibídem.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, dos de marzo de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

En el presente asunto la vista del señor Procurador delegado en lo penal dice así:

"Desiderio Peña, condenado a la pena de siete años de presidio como responsable de homicidio simplemente voluntario, interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, fechada el 2 de junio de este año.

"Dos cargos le hace el recurrente a la sentencia: estar en desacuerdo con el veredicto del Jurado y mala aplicación de la ley penal. (Causal 4ª y 1ª del art. 3º de la ley 118 de 1931).

"Causal cuarta.—Dice Peña que el Jurado situó el caso en el numeral 1º del art. 587 del Código Penal, y al aplicársele la pena, se encajó el delito dentro del numeral 6º del mismo artículo.

"El cuestionario se formuló por homicidio premeditado, de acuerdo con el auto de proceder, y el Jurado contestó: "Sí, pero sin premeditación."

"Ese veredicto plantea un homicidio simplemente voluntario; no introduce siquiera circunstancia especial de las previstas por el art. 587 del código, y tiene penalidad de seis a doce años de presidio. Luego la sentencia que sanciona un homicidio de esa naturaleza no hace sino acoger el veredicto del Jurado. No hay, pues, desarmonía entre éste y el sentenciador, y la causal 4ª carece de fundamento.

"Causal primera.—Basándose en el argumento anterior, considera el recurrente que el Tribunal ha debido aplicar el art. 602 del código, en vez del 600, porque el Jurado, al dar su veredicto, se fundó en la confesión del acusado que plantea la provocación por parte del que murió.

"Si en el auto de proceder se imputó a Peña un homicidio muy grave, con caracteres de preparación, y si el veredicto del Jurado no hizo sino quitar la premeditación, sin atenuar más el delito, no hay posibilidad para ampliar el art. 602 del código, que reprime homicidios de menor gravedad, ya por haberse cometido en riña provocada por la víctima, o por ser de los menos graves entre los enumerados por los ordinales 1º, 2º, 4º, 5º, y 7º del art. 587 ibídem, condiciones que están muy lejos de concurrir aquí.

"También censura el recurrente que el Tribunal aumentó de modo indebido la sexta parte diferencial que autoriza el art. 124 del Código Penal.

"La Procuraduría encuentra, por el contrario, que los sentenciadores estuvieron benignos en el grado, si se atiende a la gravedad que revistió el delito cometido por Peña.

"Aparece establecido que Peña, aprovechando una discusión que tenían Salvador Rodríguez, Segundo Peña, Arturo Farfán y Elías Cárdenas, inopinadamente y por viejos motivos de animadversión, se lanzó sobre Cárdenas y le dio cuatro mortales machetazos, sin que de parte de la víctima mediara la más leve ofensa o provocación.

"Por consiguiente, tampoco está demostrada esta causal.

"En consecuencia, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que no infirme la sentencia recurrida del Tribunal Superior de San Gil".

La Sala incurriría en repeticiones inútiles si acometiera otros análisis del negocio en estudio distintos del que hace en la vista trascrita el señor Procurador.

Por lo tanto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colom-

bia 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, fechada el 9 de junio de 1937, que impuso a Desiderio Peña la pena principal de siete años de presidio como responsable de la muerte de Elías Cárdenas.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

IMPUTABILIDAD Y CUERPO DEL DELITO

Por regla general la imputabilidad del homicidio no debe ser materia de la causal de casación sobre cuerpo del delito, sino de la relativa a injusticia notoria del veredicto.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, marzo tres de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez).

Adolfo Velásquez alega dos causales de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que le impuso la pena de seis años de presidio como responsable de la muerte de Rafael N., causales que la Corte examinará por separado.

El señor Procurador delegado en lo penal conceptúa que no debe infirmarse el fallo recurrido.

CAUSAL 3ª—Cuerpo del delito.

Está acreditado en el proceso que Rafael N. murió de manera violenta a consecuencia de fuertes golpes que le produjeron fracturas del cráneo; como no hay datos que permitan pensar que tal ocurrencia hubiera sido obra de la casualidad, resulta improcedente lo alegado sobre error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito con base en el argumento de que ese hecho no le es imputable al reo sino a persona distinta, o de que el cadáver hallado no fue el de Rafael N.

No puede prosperar, pues, el recurso por la causal 3ª; y la cuestión así planteada se enderezaría más bien a la causal 5ª, que pasa a estudiarse.

CAUSAL 5ª—Notoria injusticia del veredicto.

Debe analizarse este punto, ya que fue materia de debate en las instancias, condición que la ley exige para que la causal sea admisible.

Pero tampoco prospera el recurso por este motivo. En efecto: arrojan los autos una serie de indicios graves acerca de la responsabilidad de Adolfo Velásquez en la muerte de Rafael N., indicios contra los cuales no aparecen elementos probatorios que los desvirtúen.

La Corte ha dicho en varias ocasiones que la sola circunstancia de que la prueba sea exclusivamente indiciaria no autoriza para declarar injusto un veredicto.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y 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 Ibagué, fechada el trece de agosto de mil novecientos treinta y siete, que impuso a Adolfo Velásquez la pena principal de seis años de presidio como responsable de la muerte de Rafael N.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Secretario.

EMPLEADOS PUBLICOS DE MALA CONDUCTA.—CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

El hecho de haber desempeñado el encausado por uno de los delitos definidos en el Código Penal bajo el mote de "empleados públicos de mala conducta" el cargo de Juez, no constituye una verdadera modalidad de agravante por tratarse de persona de alguna ilustración, pues precisamente su grado de instrucción determinó su escogencia para Juez, y el delito sólo lo pueden cometer funcionarios, es decir, personas que tienen preeminencia; de lo contrario no concurriría uno de los elementos esenciales que lo forman.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, once de marzo de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado sustanciador: Dr. Salvador Iglesias)

El Tribunal Superior de Pasto consulta la sentencia que profirió contra el ex-Juez 1º del Circuito de Barbacoas, doctor Raúl F. Castillo Klinger.

El fallo consultado impone al reo, calificada la delincuencia en primer grado, las penas siguientes:

La de $ 400.00 de multa (artículo 77 del Código Penal y 550 del mismo) como subsidiaria por no estar ya en desempeño del cargo el ex-Juez Castillo Klinger.

La de no poder obtener cargo alguno público por el término de seis (6) años, a menos que haga constar su completa enmienda.

Y la de resarcir al Tesoro Nacional las costas procesales.

El juicio que finaliza con la sentencia consultada se abrió contra el ex-Juez del Circuito por el delito denominado "empleados públicos de mala conducta (capítulo 7º, título 10 del Libro 2º del Código Penal), cargo que concretó esta misma Sala al resolver sobre la apelación interpuesta por el procesado, a quien llamó a juicio el Tribunal de Pasto por ése y otros cargos.

La sentencia que desata este juicio de responsabilidad, seguido por los trámites ordinarios, es consultable al tenor de lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 118 de 1931.

Procede entonces la Sala a decidir del fondo de la consulta.

Para ello considera:

1º Las formalidades legales. No se ha faltado a ninguna de las que señala el capítulo 5º, título 8º del Código de procedimiento judicial.

2º La prueba del cargo y de la responsabilidad. Como lo anota la sentencia consultada, en el plenario no se ha desvirtuado ninguno de los elementos con que se procedió al enjuiciamiento y que la Corte halló probados al concretarlos sobre el delito de empleados de mala conducta, consistente en este caso en la incontinencia o intemperancia habitual del reo en el uso de licores embriagantes. Existe hasta la misma declaración del reo, quien confiesa tener ese hábito.

Basándose la sentencia en estos elementos probatorios, es correcta en cuanto a la condenación misma, al tenor del artículo 1656 del Código Judicial.

3º La aplicación de la ley. La sentencia considera violado el artículo 550 del Código Penal, por los varios hechos que dieron base al juicio, y que indudablemente, dice la sentencia, constituyen incontinencia pública, intemperancia habitual en el uso de licores embriagantes.

En atención, sin embargo, a que la pena señalada por el artículo 550 antes citado, es ya inaplicable, porque el enjuiciado dejó de ser Juez 1º del Circuito de Barbacoas, empleo que desempeñaba cuando cometió el delito y del cual fue suspendido, la sentencia consultada aplica el artículo 77 del Código Penal, que para casos de esta clase determina esa sanción subsidiaria, consistente en una multa proporcionada a la privación o a la suspensión del oficio y según la categoría.

Encuentra la Sala, en atención a la circunstancia anotada por la sentencia, que la pena subsidiaria del artículo 77 mencionado, corresponde, en términos generales, al caso; pero halla también que la delincuencia no debe calificarse en 1º grado, por lo cual la sanción debe graduarse en la pena subsidiaria, en menor escala.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, al analizar este punto, dice:

"El Tribunal aplicó en primer grado los artículos 77 y 550 del Código Penal. Y aunque es cierto que casi todas las circunstancias que concurren tienen carácter agravante, sin embargo existe en favor del doctor Castillo la atenuante de ser éste el primer

delito que se le sanciona, pues no hay prueba de que contra él se haya dictado sentencia condenatoria alguna. En tal virtud, la delincuencia procede en segundo grado (Arts. 118, numeral 4º y 123 del C. P.).

"No son necesarias más consideraciones para que la Procuraduría General de la Nación pida atentamente a la H. Corte reforme la sentencia consultada, en el sentido de imponer al doctor Raul F. Castillo una multa de doscientos diez pesos ($ 210.00) moneda corriente, en vez de cuatrocientos pesos ($ 400.00) que contiene el fallo de primera instancia.

"En lo demás debe confirmarse dicho fallo".

No debe hacerse la calificación de la delincuencia en primer grado, como lo hizo la sentencia, ni en segundo, como lo pide el señor Procurador, sino en grado ínfimo y con el aumento de la diferencia entre el máximo y el mínimo, porque no hay prueba que se haya dictado otra sentencia condenatoria contra el reo, porque la embriaguez habitual es el hecho imputado al reo, en ella consiste el delito, dada su calidad de funcionario público, y precisamente este carácter es el que determina el hecho como delictuoso. De donde se deduce que no hay circunstancias agravantes.

En cambio concurre la atenuante de ser este el primer delito porque se condena al reo.

Y si pudiera considerarse como circunstancia en su contra el hecho de ser persona de alguna ilustración, en el caso presente ello no alcanza, en concepto de la Sala, a formar una verdadera modalidad de agravante, porque precisamente su grado de instrucción determinó su escogencia para Juez, y el delito sólo lo pueden cometer funcionarios, es decir, personas que tienen preeminencia, de lo contrario no concurría uno de los elementos esenciales que lo forman.

Esta modalidad imperfecta es la que determina a la Sala a hacer el aumento en la penalidad de la diferencia entre el máximo y el mínimo, al calificar la delincuencia en tercer grado.

En la forma expresada debe, de consiguiente, reformarse la sentencia consultada.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **reforma** la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, fechada el 23 de julio de 1937, que condenó a Raul F. Castillo Klinger, ex-Juez 1º del Circuito de Barbacoas, en el sentido de condenar al citado ex-Juez Raul F. Castillo Klinger al pago a la Nación de una multa de ochenta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 83.33), en vez de cuatrocientos ($ 400.00) pesos que señaló el fallo consultado, y **confirma** éste en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Srio. en pdd.

COMPETENCIA NEGATIVA

Cuando se promueve una competencia negativa y el funcionario a quien se le promueve la acepta, éste debe expresar las razones de su aceptación o de su insistencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, diez y seis (16) de marzo de mil novecientos treinta y ocho (1938).

(Magistrado sustanciador: Dr. Salvador Iglesias)

Estudiado este negocio por el señor Procurador delegado en lo penal, negocio que versa sobre competencia negativa provocada por el Juez del Circuito de Florencia al Comando de la Brigada 1ª del Ejército de la ciudad de Tunja, en una investigación por delitos contra la hacienda pública, en que están sindicados varios militares, conceptúa que debe ordenarse la devolución del informativo, para que el incidente de competencia se surta con el lleno de las formalidades procedimentales prescritas por la ley, para estos casos.

Dice así la vista del señor Procurador delegado:

"El 22 de noviembre último, el Juez del Circuito de Florencia profirió en estas diligencias —encaminadas a establecer la responsabilidad penal del Mayor Alfredo Triviño, del doctor Jorge Navarro y del señor Francisco Clement— el siguiente auto:

".....Por lo anterior, se dispone: provócase competencia negativa al Comando de la 1ª Brigada de la ciudad de Tunja y al Consejo Superior de Guerra de la misma entidad, de acuerdo con los artículos 413 y 424 del Código Judicial y 1738 del Procedimiento Criminal. Previa citación de las partes, remítase todo el expediente al Coronel Colandante de la 1ª Brigada del Ejército Nacional, residente en la ciudad de Tunja, anunciándole la competencia negativa que se le provoca y con la advertencia de que si acepta la competencia remita inmediatamente el negocio a la Corte Suprema de Justicia para que sea dirimida por este alto Tribunal (art. 425 del C. J.").

"Resulta, pues, que habiendo provocado el Juzgado de Circuito competencia negativa a la justicia militar, ésta ha debido, al aceptar tal competencia, insistir ante el provocador exponiéndole de nuevo sus razones, para que dicho funcionario enviara el expediente a la Corte si no le convencían los argumentos de la autoridad militar.

"Habiéndose pretermitido el trámite legal, la Procuraduría conceptúa que la H. Corte debe ordenar la devolución del informativo a la oficina de origen para que se surta el incidente de acuerdo con el título XII, capítulo IV, libro II del Código Judicial, en armonía con el capítulo I, título VIII del Procedimiento Criminal."

La omisión de las formalidades anotadas por el señor Procurador delegado, existe en realidad en el proceso.

Del Comando Militar de Tunja corre únicamente su auto de 22 de diciembre de 1937, en el cual acepta la competencia negativa, mas no aparece su insistencia ni exposición de razones, para mantener el Comando el conocimiento del asunto en la competencia negativa.

La pretermición de este procedimiento da por resultado crear incidentes sin base jurídica, que no sólo dilatan la evacuación de los negocios y son contrarios al objeto del procedimiento criminal, sino que avientan sobre la Corte la resolución de un problema que puede eliminarse por la réplica de esclarecimiento entre las autoridades y funcionarios (artículo 420 de la ley 105 de 1931), antes de recurrir al árbitro de encontradas tesis, en este caso la Corte.

El Comando Militar no ha expuesto las razones que tenga para aceptar la competencia negativa; y por consiguiente no se sabe si al conocer tales razones el Juez de Florencia haya de desistir de la competencia que ha provocado.

La observancia de las formalidades legales es la garantía de una recta administración de justicia, que para serlo, debe ser pronta.

De otro lado, el procedimiento es una norma fija, general, establecida por la ley con fines de seguridad y por lo mismo de inviolabilidad, tanto por parte de los funcionarios como por parte de los sindicados. Unos y otros deben cumplirlo y someterse a sus prescripciones, porque ellas son legales y consecuencialmente obligatorias.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador delegado en lo penal, ordena la devolución de este informativo a la oficina de origen, o sea, al Comando de la 1ª Brigada de Tunja, para que se tramite la competencia con el lleno de las formalidades legales, de conformidad con los artículos 424 y 425 del Código Judicial.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Srio. en pdad.

HOMICIDIO.—NULIDAD.—SORTEO DE JURADOS.

1.—No constituye causal de nulidad del proceso criminal el hecho de no advertir el funcionario instructor a los parientes del acusado dentro del cuarto grado de consanguinidad que no están obligados a declarar contra su primo hermano, pues las nulidades sustanciales en el procedimiento las enumeran los arts. 264 y 265 de la ley 57 de 1887 en forma taxativa. 2.—En los sorteos parciales de jurados no hay lugar a recusación porque el art. 3º de la ley 1.a de 1923 no la consagra; y al insacularse tres balotas en vez de una sola se introduce en el sorteo un factor de incertidumbre acerca de la persona que debía desempeñar el cargo de jurado. El insacular tres balotas y no una sola constituye la nulidad consagrada por el numeral 4º del art. 265 de la ley 57 de 1887.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, diez y seis (16) de marzo de mil novecientos treinta y ocho (1938).

(Magistrado sustanciador: Dr. Salvador Iglesias

En el recurso de casación, oportunamente interpuesto por el defensor de José del Carmen Sepúlveda, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, que impuso al citado Sepúlveda la pena principal de seis (6) años de presidio por la muerte de José Liberato Sepúlveda, se invocan tres causales:

a) La 2ª;
b) La 5ª; y
c) La 1ª de la ley 118 de 1931, art. 3º.

El proceso que culmina con la sentencia impugnada, es el de homicidio.

El hecho ocurrió en el punto de "El Aradito", municipio de Guaca. Lo motivó, según los autos, un reclamo de José del Carmen Sepúlveda a su primo José Liberato Sepúlveda para que le pagase una suma de dinero. Como el requerido contestase que no tenía plata y que lo aguardara hasta que vendiese un trigo, José del Carmen Sepúlveda le replicó que le había aguardado bastante, que el plazo estaba vencido y que si no le pagaba, se echaran plomo. José Liberato Sepúlveda manifestó entonces que él no estaba peleando, y al volver la espalda para retirarse, José del Carmen le disparó su revólver, hiriéndole en el riñón derecho, herida que le causó la muerte pocas horas después.

El cuestionario sometido a la consideración del Jurado se formuló con base en esos hechos.

El veredicto fue afirmativo y contestado por mayoría.

La sentencia de primera instancia, proferida por el Juez 1º Superior de Bucaramanga, impuso a José del Carmen Sepúlveda, calificada su delincuencia en tercer grado, la sanción de seis (6) años de presidio, como responsable de homicidio voluntario (art. 600 del Código Penal).

El Tribunal confirmó ese fallo.

Sustentando el recurso ante la Corte, el defensor sólo se refiere, en el escrito correspondiente, a la causal 2ª (nulidad procedimental) y a la causal 5ª (veredicto viciado de injusticia notoria).

El señor Procurador delegado en lo penal analiza los dos aspectos de la causal 2ª, porque por dos aspectos la sustenta el recurrente.

Esos dos aspectos son:

1º Violación del artículo 21 de la Constitución, consistente en que el funcionario instructor no advirtió a unos parientes del acusado que no estaban obligados a declarar en contra de su primo hermano; y

2º Violación del artículo 3º de la ley 1ª de 1923, por cuanto el sorteo parcial de un jurado se hizo indebidamente, insaculando tres (3) balotas, debiendo ser no más que una.

El primer aspecto no genera nulidad. En ello tiene razón el señor Procurador.

Las nulidades sustanciales en el procedimiento las enumeran los artículos 264 y 265 de la ley 57 de 1887 en forma taxativa. La alegada no se encuentra allí. Y no puede considerarse, puesto que la misma ley dice que fuera de los casos previstos, no puede ordenarse la reposición del proceso, cualesquiera que sean las omisiones o irregularidades que en él se anoten (artículo 266 ibídem).

En cuanto a la violación del artículo 3º de la ley 1º de 1923 (irregularidad en el sorteo parcial de un jurado), que es el otro aspecto presentado como vicio de nulidad sustancial que socava la sentencia recurrida, el señor Procurador se expresa así:

"El segundo aspecto de la nulidad, sí es pertinente en vista de que la H. Corte, en

sentencia de 14 de junio de este año que resolvió la casación por homicidio contra Alfonso Quijano, dijo: Que en los sorteos parciales no hay lugar a recusación de jurados porque el artículo 3º de la ley 1ª de 1923 no la consagra; que al insacularse tres balotas, en vez de una sola, se introduce en el sorteo un factor de incertidumbre acerca de la persona que debía desempeñar el cargo de jurado, y que entonces se incurre en la nulidad que contempla el numeral 4º del artículo 265 de la ley 57 de 1887.

"Como aquí se está en el mismo caso, cabe que la H. Corte aplique su doctrina."

La doctrina de la Corte invocada por el señor Procurador delegado, consta en el fallo de fecha 14 de junio de 1937; se concretó en la casación por homicidio contra Alfonso Quijano, y es la siguiente:

"En el asunto que se estudia los reparos del señor Procurador se refieren al sorteo parcial en que se trataba de reemplazar únicamente a uno de los jurados; pero la Corte estima que también en este caso el proceso adolece de nulidad, así por la razón expuesta en varios fallos con respecto a ese vicio en los sorteos generales, de haber sido el defensor no facultado quien recusó, como porque no habiendo lugar a recusación en los sorteos parciales, el hecho de insacularse tres balotas y no una sola, viene a introducir otro factor de incertidumbre acerca de la persona que debía desempeñar el cargo de jurado."

Irregularidad igual, violatoria del artículo 3º de la ley 1ª de 1923, ha ocurrido en este proceso en el sorteo parcial del jurado, que debía reemplazar al señor José Eduardo Novoa, persona que no pudo desempeñar ese cargo en este juicio, celebrado en Bucaramanga, por estar residiendo en Cúcuta.

En efecto, en el acta del sorteo parcial se encuentra la irregularidad, violatoria de la ley.

Dice así esa acta:

"En Bucaramanga, a las tres de la tarde del 15 de febrero de 1937, el señor Juez 1º Superior del Distrito llevó a efecto el sorteo ordenado en el auto anterior, en la forma prevenida por el artículo 276 de la ley 57 de 1887, en presencia del señor Fiscal, del procesado José del Carmen Sepúlveda Jerez, del defensor doctor Manuel Barrera Parra y del Secretario del Juzgado. Las fichas sacadas a la suerte fueron las distinguidas con los números 139, 61 y 55, que en la lista respectiva corresponden a los nombres de los señores Luis Sánchez P., José Fulgencio Gutiérrez y Carlos González Arenas. El señor Fiscal recusó al señor Carlos González Arenas y el procesado recusó al señor Luis Sánchez P. En tal virtud, el señor Juez, declaró electo Juez de hecho en esta causa al señor José Fulgencio Gutiérrez en reemplazo del señor José Eduardo Novoa, y ordenó que se le hiciera saber al señor Gutirrez su elección para dicho cargo."

El insacular tres (3) balotas. como lo relata el acta, y no una sola, constituye la nulidad consagrada por el numeral 4º del artículo 265 de la ley 57 de 1887, que introduce un factor de incertidumbre acerca de la persona que ha de desempeñar el cargo de jurado.

La prueba de este hecho constituye nulidad legal, y en consecuencia, prospera el recurso por la causal 2ª, por el segundo aspecto presentado, fundamentado por el recurrente contra la sentencia, coadyuvado por el señor Procurador delegado.

Aceptada la causal de casación en esta modalidad legal, carece de objeto ocuparse de la causal referente a la injusticia notoria, que es el otro motivo fundamentado por el recurrente, puesto que ha de reponerse la actuación desde el punto en que se vició el procedimiento (inciso 2º, art. 4º, ley 118 de 1931), o sea, para el presente caso, desde el sorteo general de jurados (numeral 5º del artículo 243, ley 57 de 1887).

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador delegado en lo penal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, fechada el veinte (20) de mayo de mil novecientos treinta y siete (1937), que impuso a José del Carmen Sepúlveda la pena principal de seis (6) años de presidio, como responsable de la muerte de José Liberato Sepúlveda, y en su lugar declara nulo lo actuado desde el auto de fecha diez (10) de febrero de mil novecientos treinta y siete (1937), visible al folio 45 del cuaderno 1º, inclusive, que señaló día para el sorteo general de jurados, y ordena reponer el procedimiento de allí en adelante.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Srio. en pdad.

DEFICIENCIA COMPLETA DE LA PRUEBA EN UN RECURSO DE REVISION

Las pruebas aducidas por el recurrente para fundar su demanda de revisión no aportan siquiera un indicio de su inocencia o irresponsabilidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—.—Bogotá, marzo dieciocho de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Isaac Medina ha intentado revisión contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, fechada el veintiueve de enero de mil novecientos treinta y cuatro, que le impone la pena de veinticinco años de presidio por los delitos de asesinato, robo y hurto.

Dentro del término probatorio solicitó el recurrente se recibieran varias declaraciones de testigos, con el propósito de comprobar su inocencia o irresponsabilidad en los hechos porque fue condenado, pues no responden ellas a los fines que el interesado se propuso.

Sobre el particular, el señor Procurador delegado en lo penal se expresa en su vista así:

"La prueba levantada para establecer esos hechos, no resultó.

Cenón Medina y su esposa, en cuya casa dice el acusado se hospedó el primer día, no se consiguieron.

Al respecto, obra la declaración de Juana Salazar de Ramírez, que dice:

'No conozco ni sé quién sea Isaac Medina; por lo tanto no tengo generales de la ley. No puedo responder a los demás puntos por las siguientes razones: Sé que la citada en el despacho anterior por llamarse Juana (sic) y residir en Naranjos hace treinta años, pero mi esposo no era Cenón Medina sino Ramírez y en 1928 ya había muerto. Y con relación al contenido de los otros puntos no recuerdo por hacer mucho tiempo y por llegar mucha gente a posar a mi casa y como no conozco al que me interroga menos para recordar'.

Y los otros testigos citados por Medina para comprobar la coartada, dicen:

Federico Narváez: 'Con relación a la cita y el interrogatorio que me formula Isaac Medina, nada sé ni conozco a Isaac Medina ni recuerdo si yo haya viajado en la fecha que él dice para Silvia, tanto por el tiempo y ya por no conocer al citado Medina, y con relación a la distancia de Minas a Yaguará no puedo apreciarla porque no conozco'.

Venancio Cunchimba: 'Con relación al interrogatorio que me formula Isaac Medina nada puedo declarar, pues no sé quién sea Isaac Medina ni recuerdo si haya viajado ese día que él dice para Silvia, pues en un caso que así fuera, imposible sería recordar'.

Eudoro Cuéllar: 'Conozco a Isaac Medina, pero no recuerdo si en esa fecha en que dice el interrogatorio haya viajado para Silvia ni yo ni Medina, pues hace mucho tiempo y no recuerdo, y con relación a la distancia de la casa de Minas en el Páramo de las delicias a Yaguará, (sic) porque no conozco a Yaguará'.

José María Paja: 'No recuerdo que el domingo ocho de abril de mil novecientos veintiocho (domingo de Resurrección) haya pernoctado en mi casa de habitación Isaac Medina en compañía de Eulogio Torres, pues mi casa queda muy retirada de la vía que conduce de Inzá a Totoré, razón por la cual era del todo imposible que a mi casa llegaran dichos señores. Como ya dije no recuerdo nunca haber visto dichos sujetos. Bástame decir que ni siquiera los he oído nombrar, mucho menos conocerlos y que hubieran llegado a mi casa'.

Isidro Almendra: 'No es verdad que en abril de mil novecientos veintiocho se hubiera quedado Medina en mi casa de habitación en compañía del señor Eulogio Torres, pues no conozco a ninguno de estos señores ni siquiera he oído mentar sus nombres'.

Eulogio Torres sí afirma esto: 'Hace poco más o menos ocho años, sin recordar la fecha, me dirigía yo hacia el pueblo de Totoró (Cauca) con el objeto de vender un tercio de coca, el cual llevaba en mi espalda, y habiendo llegado al punto de 'Naranjos', jurisdicción del Municipio de Inzá, con el fin de descansar un tanto, me encontré ahí con el señor Isaac Medina con quien estuvimos conversando por varias horas. Después, como a eso de la una de la tarde, cuando ya habíamos almorzado, seguí mi camino en su compañía, pues me dijo que él también se dirigía hacia Totoró con el fin de vender un bulto de tabacos hechos, que igualmente portaba a sus espaldas, habiendo llegado a

eso de las cinco de la tarde de ese mismo día al punto denominado 'Minas', en las montañas del Páramo de 'Las Delicias', donde pasamos la noche y al día siguiente seguimos nuestra marcha hasta Totoró. Luégo yo hice mi mercado ahí y seguí para Silvia; pero debido al transcurso del tiempo no recuerdo ya si Medina siguió o se quedó en Totoró".

Este testimonio, fuera de que es singular, no destruye tampoco la responsabilidad de Medina, porque no hace referencia a una fecha precisa. Además, debe tenerse en cuenta que el acusado, una vez cometidos los delitos, emprendió fuga y bien pudo hacer el recorrido en asocio del testigo Torres siendo ya delincuente.

Finalmente, existen las declaraciones de Gonzalo Medina y Dolores Ramírez, según las cuales, Medina estuvo una vez en su casa, sita en el punto de Pan de Azúcar, jurisdicción municipal de La Plata, pero que no recuerdan en qué fecha llegó, cuánto se demoró ni qué vía tomó.

Estos declarantes tampoco establecen la inocencia de Medina, por las razones expuestas para el testigo Torres, y porque el acusado, en su demanda de revisión, no dice siquiera haber estado en casa de esos sujetos, ni en la región de Pan de Azúcar.

Ante esta deficiencia en la prueba, quedan en firme los graves cargos que tuvieron los sentenciadores para condenar a Isaac Medina. Y es muy raro que si éste había estado el día del delito en los lugares distantes que hoy ha mencionado, hubiese guardado silencio tan profundo durante ocho años sabiendo que así cesaba toda sospecha y ponía a salvo su inocencia. Esto es muy elocuente para infundir sospecha acerca de la legalidad de la revisión que damanda".

Según lo observa el señor Procurador, de las declaraciones aducidas por el recurrente como pruebas para fundar su demanda de revisión, no se deduce su inocencia o irresponsabilidad, y en tales condiciones no es posible acceder a su pedimento.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega a Isaac o Isaías Medina la revisión solicitada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al interesado, publíquese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Srio. en pdad.

INCOMPATIBILIDAD DE LA JUDICATURA CON EL EJRCICIO DE OTRO CARGO RETRIBUIDO

Según el artículo 2º de la ley 105 de 1931, los empleos del orden judicial son incompatibles con el desempeño de otro cargo retribuído, a la vez que con el ejercicio de la abogacía; y el art. 528 del Código Penal sanciona al funcionario que falte al cumplimiento de cualquiera de sus deberes. Pero en este caso los hechos imputados no se perfilan exactamente con las características de aquella incriminación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, marzo dieciocho de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo sobreseyó definitivamente en favor del doctor Luis Loreto Suescún por los cargos de abandono del puesto y prevaricato que en su calidad de Juez 3º de aquel Circuito le formularon los señores Juan Nepomuceno Mojica A. y José Abelardo García O.

Apelado el auto por el señor Fiscal del Tribunal conoce la Corte del asunto en segunda instancia, y para resolver considera:

Sea lo primero tener en cuenta que como el señor Procurador delegado en lo penal, agente del Ministerio Público ante esta Sala de la Corte, pide la confirmación de dicho auto, hay una especie de desistimiento del recurso; pero siendo así que aquella providencia es consultable, de todos modos in-

cumbe a la Corte penetrar en el fondo del problema.

El prevaricato se hizo consistir en que el doctor Suescún, posesionado ya del puesto de Juez del Circuito de Santa Rosa, pero en uso de licencia, presentó en el Juzgado del Cocuy un trabajo de partición, del cual se había hecho cargo desde tiempo anterior; pero esta incriminación no encaja en ninguna de las disposiciones sobre prevaricato que contempla el Código Penal, y, de consiguiente anduvo acertado el juzgador a quo cuando sobreseyó a ese respecto.

Verdad es que conforme al art. 2º de la ley 105 de 1931, los empleos del orden judicial son incompatibles con el desempeño de cualquiera otro cergo retribuído, a la vez que con toda participación en el ejercicio de la abogacía, y que el artículo 528 del Código Penal sanciona con multa al funcionario que falte al cumplimiento de alguno de sus deberes, en los casos en que la falta no tenga señalada otra pena.

Y en este concepto parece, a primera vista que debiera llamarse a juicio al doctor Suescún; pero sucede que el hecho a él imputado, censurable por cierto, no se perfila exactamente con las características que requiere aquella transgresión de la ley, pues había sido nombrado partidor y quizá tenía ejecutado su trabajo desde antes de posesionarse del puesto de juez, a lo que se agrega que estaba en uso de licencia cuando presentó la partición referida.

Ante los hechos así ocurridos, que crean una situación ambigua, la duda hace procedente también el sobreseimiento.

El abandono del puesto, que es el otro cargo imputado al doctor Suescún, cae por su base, según lo observan el Tribunal de Santa Rosa y el señor Procurador, teniendo en cuenta la licencia de que acaba de hablarse.

Por tanto la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el auto apelado del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, de fecha diecisiete de noviembre de mil novecientos treinta y siete, en el cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Luis Loreto Suescún Delgado, por los cargos que se le hicieron en su carácter de Juez 3º del Circuito del mismo nombre.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Srio. en pdad.

RESPONSABILIDAD DE UN FUNCIONARIO PUBLICO POR UNO DE LOS DELITOS DE QUE TRATA EL LIBRO II DEL TITULO X, CAPITULO V DEL CODIGO PENAL.

El juez que tolera que uno de sus subalternos no cumpla los deberes de su cargo o que no concurra a la oficina, comete uno de los delitos a que alude el Capítulo V del Libro II, Título X del Código Penal. De infracciones de esa clase son responsables los funcionarios públicos por acción u omisión y no se requiere dolo específico.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, diez y ocho (18) de marzo de mil novecientos treinta y ocho (1938).

(Magistrado sustanciador: Dr. Salvador Iglesias)

El Personero Municipal de La Mesa puso en conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá los hechos que originaron esta investigación.

Procedió el Personero en ejercicio del art. 164 del Código Judicial, el cual contiene, en sustancia, la misma disposición de la atribución 5ª del art. 234 del Código Político y Municipal.

El Tribunal de Bogotá comisionó al Juez 2º del Circuito de La Mesa para levantar la investigación sobre los posibles hechos delictuosos de que dio cuenta el Personero Municipal de esa misma población.

Esos hechos se refieren al señor Luis María Parrado G. y a varios empleados subalternos del Juzgado 1º del Circuito de La Mesa.

Por tratarse de quien desempeñaba las funciones de Juez 1º del Circuito, durante

el lapso a que se refieren los hechos denunciados, la investigación se enderezó a la responsabilidad de ese funcionario y de esos subalternos.

De otro lado, así se concretó el denuncio.

Concluída la investigación, el Tribunal de Bogotá, aprehendiendo el conocimiento del asunto, resolvió:

1º Sobreeser definitivamente en favor del señor Luis María Parrado G. por los cargos que le aparecen en el informativo, en su calidad de juez interino de La Mesa; y

2º Remitir los autos al Juez del Circuito para que avoque el conocimiento de los cargos que pudieran recaer a los señores Adeodato Saavedra, Secretario del Juzgado de La Mesa, y Luis María Castilla, Oficial-escribiente del mismo.

Es esta la providencia que ahora consulta el Tribunal con la Corte.

Que el señor Luis María Parrado G. fue nombrado Juez 1º del Circuito de La Mesa, en interinidad; que se posesionó y desempeñó ese cargo; que durante el tiempo que ejerció la judicatura ocurrieron los hechos a que se refiere el denuncio; que durante ese tiempo se designó para el cargo de Oficial-escribiente al señor Luis María Castilla, por nombramiento que le hizo el Juez interino Parrado G.; y que durante ese mismo tiempo era Secretario del Juzgado 1º del Circuito el señor Adeodato Saavedra, son hechos comprobados en la investigación.

De ahí se sigue que en tratándose de un cargo contra un Juez de Circuito, en ejercicio de funciones, la competencia del Tribunal es clara al tenor del inciso 4º del art. 76 de la ley 105 de 1931. Y lo es también la de la Corte para conocer de la providencia consultada.

Analizando el punto pertinente de la providencia en consulta, en lo que se refiere al Juez interino, señor Luis María Parrado G., el señor Procurador delegado en lo penal se expresa así:

"El origen de este proceso fue el denuncio formulado por el señor Personero Municipal de La Mesa, en escrito dirigido con fecha 24 de julio último al señor Presidente del Tribunal Superior de Bogotá, que en lo pertinente dice así:

'Desde hace algún tiempo según informes, en vista de que el señor Juez principal doctor Medardo Castro se ausentó en uso de licencia, el Tribunal Superior de Bogotá nombró en su reemplazo mientras dura la licencia al Secretario del mismo Juzgado, señor Luis María Parrado G., quien con facultad legal y para llenar el vacío del puesto que quedaba vacante nombró a su vez Oficial-escribiente al señor Luis María Castilla, persona ésta, que personalmente me manifestó y está dispuesto a declarar si fuere el caso, que no ha recibido suma alguna, pero sí ha firmado las nóminas respectivas aun cuando no ha prestado servicio alguno en dicho Juzgado.

'Con tal motivo se viene cometiendo un desfalco grave al Tesoro nacional y a la vez se ha perjudicado grandemente al público litigante en ese Juzgado, toda vez que los asuntos sufren mayor demora, por falta del citado empleado.

'Debe, pues, procederse a la mayor brevedad posible a ponerle cortapisa a esta irregularidad, imponiendo las sanciones que fueren del caso al Juez responsable señor Parrado G.

'El público en general es testigo de que el señor Castilla no ha ejercido el cargo con que figura en la nómina. Además él es persona de vida independiente y que carece por completo de conocimientos para desempeñar el cargo con que se le hace figurar.'

"Adelantada la investigación se comprobó plenamente que el señor Luis María Castilla fue nombrado Oficial-escribiente del Juzgado 2º del Circuito de La Mesa por el señor Juez interino, señor Luis María Parrado G.; que el mencionado escribiente figuró como tal en la nómina del Juzgado desde el 18 de marzo hasta el 1º de junio del corriente año, y desde el 19 de junio hasta el 17 de julio de 1936; que de dicho cargo tomó la debida posesión; y que no desempeñó el empleo.

"Justamente a causa del último hecho anotado, es decir, no haber desempeñado el señor Castilla el cargo de oficial de la oficina nombrada, el señor Juez Parrado, que había hecho aquel nombramiento, opinó que no debían pagarse los sueldos al señor Castilla sino que lo correcto era reintegrar las sumas percibidas, y aún no pagadas al escribiente, a la Recaudación de Hacienda Nacional. La opinión del señor Parrado estaba en contradicción con la del señor Adeodato Saavedra, Secretario también interino del mismo Juzgado, empleado este último que conceptuaba que los sueldos correspondientes al señor Castilla le debían ser pagados a éste, toda vez que el escribiente en cuestión se hallaba nombrado y posesionado de su cargo y que la no concurrencia a la oficina obedecía a la licencia que se le había concedido por la misma Secretaría. Para dirimir esta disparidad de opiniones decidieron los señores Parrado y Saavedra someter la cuestión al criterio del señor

Juez titular, doctor Medardo Castro, quien se adhirió al pensamiento del señor Saavedra, lo que permitió que el propio señor Parrado se encaminara a la farmacia en donde según parece, sí trabajaba el señor Castilla, y le entregara la mayor parte del sueldo que correspondía al escribiente del Juzgado.

"El doctor Medardo Castro en su declaración de 25 de agosto último relata con mucha claridad los hechos principales a que se contrae este proceso.

"Llegado aquí, le pedí informes a los empleados del Juzgado para que se me dijera qué era lo que estaba pasando en relación con el nombramiento de un empleado acerca del cual se decía que no estaba concurriendo a la Secretaría. Entonces tanto el señor Luis María Parrado como el señor Adeodato Saavedra, me dijeron que durante mis ausencias había sido nombrado Oficial-escribiente el señor Luis Castilla, a quien le había dado la debida posesión y a quien por consideraciones de distinto orden, entre las cuales la principal era la de que él necesita atender a una farmacia o droguería, le concedieron licencia para no concurrir al Juzgado sino en los momentos en que él buenamente pudiera, teniendo en cuenta que la Secretaría de esta oficina pública ha marchado en forma muy regular y suficiente, hasta tal punto que no es necesaria la concurrencia de todos los empleados subalternos de la Secretaría. Que efectivamente el señor Castilla apenas sí se había asomado algunas veces a preguntar si era necesario su trabajo, a lo cual se le respondía que no era necesario. Estos señores empleados que me informaron me expresaron también que ellos consideraban muy accidental el nombramiento del señor Castilla, porque tenían entendido que en cualquier momento me presentaría yo a ejercer de nuevo mis funciones de Juez, con lo cual quedaba de hecho suspendido el empleado Castilla; pero que cuando ellos fueron viendo que mi ausencia se prolongaba por repetidas prórrogas de licencia que yo solicitaba, entonces se dieron a pensar, principalmente el señor Parrado, que los sueldos correspondientes al empleado Castilla tal vez debían volver a la Recaudación de Hacienda, tanto porque dicho Castilla no se presentaba al Juzgado a recibir su sueldo, como porque él no había concurrido al Juzgado. Asímismo fui informado de que al plantear el señor Parrado la cuestión en esta forma, el señor Saavedra fue de concepto que los sueldos siempre debían entregársele al señor Castilla, porque habiendo sido éste nombrado y posesionado en forma legal y siendo también legal su falta de concurrencia al Juzgado, por cuanto ésta obedecía a licencias que se le dieron también en forma legal, dicho Castilla tenía perfecto derecho a percibir el valor de sus sueldos. Pero entonces los dos señores ya nombrados resolvieron someter la decisión de este punto al concepto que les diera, una vez que llegara yo a esta ciudad. Efectivamente, cuando hube llegado me plantearon la cuestión, y yo la decidí en el sentido de que los sueldos le fueran pagados al empleado Castilla, de quien tuve ocasión de cerciorarme en los libros de la Secretaría que había sido nombrado y posesionado en debida forma."

"En la indagataria del señor Luis María Castilla se lee lo siguiente:

"Preguntado. ¿Sabe usted cuál fue el individuo que estuvo desempeñando el puesto de Oficial-escribiente en el Juzgado 1º de este Circuito desde el diez y ocho de marzo, hasta el primero de junio del corriente año, y luégo desde el diez y nueve del mismo junio, hasta el día diez y siete de julio último? Contestó: 'A mí me llamaron del Juzgado 1º del Circuito para que viniera a tomar posesión de un puesto de portero-escribiente, tomé posesión y juré. Después de tomar la posesión y dar el juramento, yo le dije al señor Parrado que si podía darme un permiso y que aquí quedaba el señor Saavedra para que me reemplazara, para que él me ayudara a reemplazar y convinieron que sí, luégo yo me fui para mi negocio que tengo establecido. No recuerdo el tiempo en que se me presentaron las nóminas para firmarlas. En un término se me presentó el señor Parrado, cuya fecha no recuerdo, y me dijo: vengo aquí a pagarle su sueldo que ha devengado. Yo recibí el dinero bajo las cuentas estrictas que él me hizo y me dijo que me quedaba debiendo unos centavos de unos días y di los recibos convenientes. Hecho lo cual se despidió el señor Parrado. Hago constar que el año pasado, no sé qué mes, siendo Juez 1º el doctor Eduardo Sáenz Caicedo, fui llamado para desempeñar el mismo puesto, pero como quedaba más cerquita a mi negocio venía a veces a desempeñarlo y ellos también me ayudaban en cosas que para mí eran un poco trabajosas. Hago constar que también fui llamado al Juzgado Municipal a rendir una declaración, pero que por olvido no dije nada en lo referente al puesto que desempeñé el año pasado en el Juzgado 1º de este Circuito, es decir, la misma declaración.' Leída la aprobó. Preguntado. Ya que usted

ha manifestado en su respuesta anterior que estuvo desempeñando un cargo en el Juzgado 1º de este Circuito durante los meses de marzo, abril, mayo, junio y julio del corriente año y ha dicho además que el señor Parrado se presentó en alguna ocasión ante usted con el objeto de de entregarle el valor de sus sueldos que había devengado, tuviera usted inconveniente en decir si tal cosa la hizo el señor Parrado al final de cada uno de dichos meses y con el fin de entregarle el valor del sueldo de ese mes, o si por el contrario el señor Parrado no ocurrió ante usted sino una sola vez con tal fin, y en caso tal, podría precisar más o menos en qué fecha ocurrió tal cosa y a cuánto ascendió la suma de dinero que entregó a usted? Contestó: Hago constar que en esos meses no vine a desempeñar la oficina porque estaba con el permiso y nunca vine, porque yo le había dicho al señor Saavedra que me ayudara, ya después supe que se encontraba desempeñando el puesto mío el señor Emiliano Duque, en los últimos tiempos. Mensualmente no recibí nada, el dinero lo recibí uno sobre otro, o sea de los meses correspondientes, siento sesenta pesos y unos centavos y hasta me dijo el señor Parrado que me quedaba debiendo unos días. Cuando ese dinero me lo llevaron a la droguería me sorprendió pero yo al momento me recordé que había tomado posesión de un puesto juramentado y yo lo recibí como pago del puesto. No recuerdo la fecha en que recibí el dinero, pero hace aproximadamente un mes.'

"Por su parte el señor Luis María Parrado en su indagataria al ser preguntado si el señor Luis María Castilla 'concurrió diaria y puntualmente al Juzgado 1º de este Circuito a desempeñar las funciones del casgo para el cual había sido nombrado por usted?', contestó lo siguiente:

'El no concurrió diariamente, en uso de legítima licencia concedida por el señor Secretario del Juzgado bajo la autorización mía, y debo explicar: Después de posesionado legalmente el señor Castilla de su cargo manifestó en el local de la Secretaría que si sería posible concederle una licencia accidental para dejar de concurrir al Juzgado en vista de que tenía algunos quehaceres particulares. Yo manifesté al señor Secretario que él como inmediato superior de los empleados de la Secretaría, podía conceder esa licencia siempre y cuando que el despacho de la oficina no se interrumpiera y que los demás empleados de la Secretaría se encargaran de desempeñar el trabajo atribuído por 'custión de reglamento', al Oficial-escribiente, y el señor Secretario resolvió concedérsela y echarse la carga de desempeñar o realizar el trabajo del señor Castilla.'

"Con las piezas trascritas y con un crecido número de declaraciones de testigos hábiles, aparece, por consiguiente, demostrado que el señor Castilla no cumplió con los deberes del cargo de escribiente del Juzgado ya mencionado y que esa situación fue conocida por quien hizo el nombramiento y ejercía las funciones de Juez de la misma oficina.

"El Tribunal después de aceptar como demostrado el hecho de que Castilla como Oficial-escribiente no iba a la oficina, se expresa así: 'No se puede negar que tales cosas constituyan irregularidades lamentables y criticables, bastantes para destituír a un empleado por mala conducta, pero se puede decir que el Juez incurrió en este culposo error y a él le corresponden las consecuencias de estas omisiones? Se trata, repite este Tribunal, de hechos que ha debido sancionar el Juez con la destitución y que por lo mismo no admitían autorización del señor Parrado."

"Está en lo cierto el H. Tribunal cuando sostiene que el Juez acusado ha debido destituír al señor Castilla por incumplimiento de los deberes del cargo para que había sido nombrado por el mismo señor Parrado. Precisamente esta omisión es la que constituye una tolerancia punible según nuestra ley penal.

"Si el señor Parrado presumía que el señor Castilla no estaba en posibilidad de atender el cargo de escribiente, ha debido abstenerse de hacer el nombramiento. Si este nombramiento fue hecho en fuerza de la creencia de que el designado cumpliría con sus obligacions, entonces el Juez que llevó a su oficina al señor Castilla ha debido exigirle que desempeñara las funciones del cargo para que había sido nombrado; y si tal cosa no era factible, entonces ha debido reemplazarlo por un empleado que pudiera atender ese empleo.

"Si en realidad el cargo de escribiente era inútil porque no tenía ningún trabajo qué desempeñar, entonces ha debido dejar vacante ese empleo y no proveerlo con un nombramiento que se sabía que sólo traería para el nombrado la fatiga de firmar la nómina en el local de su negocio particular y la de recibir una suma del Tesoro público.

"No es aceptable el concepto de que bastan el nombramiento y la posesión para que surja el derecho de cobrar un emolumento.

A esos requisitos debe añadirse una condición fundamental y es la de que el cargo se desempeñe. Los sueldos que da el Tesoro público no son donaciones, ni gracias, ni limosnas; son remuneraciones, pagos por servicios que presta el empleado.

"Lo menos que puede exigirse a una persona que se compromete a prestar un servicio público, es que concurra a la oficina aunque en realidad, como desgraciadamente sucede a veces, no haga absolutamente nada.

"Pero se ha dicho que el señor Castilla dejó de concurrir al Juzgado porque estaba en uso de licencia. Disculpa irritante y pueril porque no puede llamarse licencia la ausencia permanente, continuada, ininterrumpida de la oficina, a la que concurrió solamente un momento para firmar la diligencia de posesión. ¿Qué precepto moral o legal autoriza una licencia que abarca precisamente todo el tiempo en que se ha ocupado nominalmente un cargo? No hay seriedad en sostener que el señor Castilla, posesionado el 18 de marzo, estaba en licencia verbal desde ese momento hasta el 1º de junio, día este último en que fue reemplazado en ese puesto por el señor Adeodato Saavedra, quien como Secretario le había concedido el permiso de no concurrir a la oficina. Ni la hay tampoco al afirmar que del 19 de junio hasta el 17 de julio, en que nuevamente se trató de encargarlo del puesto de escribiente, el señor Castilla, estuvo también en uso de licencia.

"El hecho imputado al señor Juez interino —y se habla sólo de éste porque es el único justiciable por la Corte— no puede estimarse como una simple irregularidad, por la sencilla razón de que se encuentra contemplado y sancionado expresamente en el Código Penal, que habla de 'El superior que tolere a sus inferiores y subordinados el que no cumplan las leyes, reglamentos y órdenes que les incumban, pagarán una multa de diez a doscientos pesos.'

"Tolerar significa 'disimular algunas cosas que no son lícitas, sin consentirlas expresamente.'

"Pues bien: el Juez acusado toleró que un escribiente de su oficina, nombrado por él, no cumpliera con los deberes de su cargo. Toleró también que el Secretario del mismo Juzgado concediera licencias, si en verdad éstas fueron concedidas, sin tener la facultad legal para ello, puesto que una solicitud de ese género sólo podía resolverla el propio Juez de acuerdo con el art. 112 del Código Judicial.

"Para la existencia del cuerpo del delito de la infracción penal aludida, no se requiere la comprobación del provecho personal del sindicado, ni tampoco el perjuicio recibido por el Estado o por los particulares. La esencia del hecho estriba en la tolerancia, esto es, en el disimulo de actos ilícitos. Y no puede ponerse en duda que el señor Luis María Parrado toleró la ausencia permanente del escribiente señor Castilla del Juzgado que estaba bajo la dirección y responsabilidad del superior de la oficina.

"Fundada en las anteriores consideraciones, la Procuraduría conceptúa que la H. Corte debe revocar el sobreseimiento definitivo consultado y en su lugar abrir causa criminal por los trámites extraordinarios contra el señor Luis María Parrado por algunas de las infracciones a que se refiere el libro II, título X, capítulo V del Código Penal; y que una vez decidido este proceso en cuanto a la responsabilidad del señor Parrado, se envíe el expediente a los jueces competentes para que avoquen el conocimiento en lo que respecta a los señores Adeodato Saavedra y Luis María Castilla."

La Corte está de acuerdo con la conclusión a que llega el señor Procurador delegado en la vista trascrita.

Acoge los fundamentos de esa vista para este fallo. Y los sustenta, además, en lo siguiente:

1º En la prueba del cuerpo del delito.

A este rspecto dijo el Tribunal, con relación al Juez interino, que no está plenamente probado el cuerpo del delito. Y a propósito diserta sobre la falta de dolo o culpa, ya que el Juez interino no se apropió de los dineros no devengados por Castilla. Por lo cual dice la providencia que no se halla estructurado el cuerpo del delito en la forma prevenida en el art. 1512 del Código Judicial y 24 de la ley 104 de 1922.

Se trata de una investigación de responsabilidad. De esta clase de infracciones son responsables los funcionarios públicos por acción o por omisión (art. 1819 del Código Judicial), y no se requiere dolo específico.

El art. 16 de la Constitución estatuye esta norma: los funcionarios públicos son responsables ante las autoridades no sólo por infracción de la Constitución o de las leyes, sino por esto y, además, "por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas."

Es en este terreno en donde hay que considerar el cuerpo del delito, para el caso que se estudia.

Hay disposición penal en el capítulo 5º del título 10º del libro 2º que estructura el hecho imputado como delictuoso y que lo sanciona, en tratándose del superior que omite acción de vigilancia con sus inferiores y subordinados.

2º En la imputabilidad.

Está establecido de autos lo siguiente: a) la calidad de superior del Juez interino, señor Luis María Parrado G., con relación al Secretario y al Oficial Mayor; b) su posesión; c) el nombramiento del señor Castilla para Oficial Mayor del Juzgado, d) la posesión de éste; y e) el cobro de los sueldos no devengados. Todo lo anterior está probado en el informativo, por documentos, declaraciones y confesiones.

Y este acervo de pruebas armoniza con el hecho, también establecido, de que el empleado Castilla no llegó a desempeñar el empleo para que había sido nombrado.

Aparecen, pues, reunidos los elementos necesarios para un auto de enjuiciamiento (art. 1627 del Código Judicial), y eso implica la revocatoria del sobreseimiento definitivo consultado.

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador delegado en lo penal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve: 1º Revócase el sobreseimiento definitivo del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 16 de septiembre de 1927, en favor del señor Luis María Parrado G., ex-Juez interino del Juzgado 1º del Circuito de La Mesa; 2º Abrese causa criminal, por los trámites extraordinarios, contra el citado Luis María Parrado G. por infracción de alguna de las disposiciones comprendidas en el capítulo 5º, título 10º, libro 2º del Código Penal, que trata de "Empleados públicos que no obedecen o no cumplen las leyes u órdenes superiores; qûe impiden o embarazan, o se conciertan para impedir o embarazar su ejecución o la de algún acto de justicia o que incurren en otras faltas de subordinación y asistencia al desempeño de sus obligaciones"; y 3º Por el Tribunal se ordenará compulsar copia de lo conducente, la que se enviará a los Jueces respectivos, a fin de que se avoque el conocimiento de los cargos que pueda aparejar esta investigación a los señores Adeodato Saavedra y Luis María Castilla, Secretario y Oficial-escribiente, respectivamente, del Juzgado 1º del Circuito de La Mesa.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriado publíquese en la Gaceta Judicial.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Srio. en pdad.

RECURSO DE REVISION EN MATERIA CRIMINAL

"La revisión es un recurso extraordinario, establecido en asuntos criminales contra toda sentencia ejecutoriada. Su finalidad es la del restablecimiento de la justicia, torcida en muchos casos, y dentro del terreno de la cosa juzgada, por errores judiciales creados por motivos determinantes de ellos y que la ley, de manera genérica, indica como causal, fundamento o motivo para impetrar la revisión". El recurso de revisión no puede fundarse en el artificio consistente en la afrmación de unos testigos de que el procesado estuvo ausente del lugar de los sucesos el día en que se cometió el delito, o en sostener que fue otra persona el autor del delito imputado al condenado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veinticinco de marzo de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado sustanciador, Dr. Salvador Iglesias)

En escrito de 4 de noviembre de 1936, Juan Evangelista Muñoz interpuso recurso de revisión.

El peticionario cumple ahora en la Penitenciaría de Papayán la pena de 14 años, 9 meses de presidio, a que le condenó la sentencia de 26 de febrero de 1935 del Juzgado 2º Superior de Buga, que confirmó luégo el Tribunal de ese Distrito en 24 de abril de 1935.

Por dos delitos se le dedujo la responsa-

bilidad al delincuente: el de homicidio en la persona de Santiago Pinzón y el de robo.

Interpone el recurso de revisión el mentado Muñoz, alegando las causales 1ª y 5ª del artículo 1º de la Ley 33 de 1909.

Aduce también el 3º de la citada Ley, orgánico del recurso, por cuanto éste puede interponerse en cuelquier tiempo y por una sola vez.

A la solicitud acompañó el recurrente varios documentos; con posterioridad, en el término probatorio, se recibieron unas pruebas y se ratificaron otras.

Para resolver, se considera:

a) **La efectividad de las sentencias.**

Tanto la sentencia de primera instancia del Juez 2º Superior de Buga como la del Tribunal de este Distrito, están ejecutoriadas.

Fuéra de este requisito legal, corre en la documentación el certificado del Director de la Penitenciaría de Popayán en que consta que Juan Evangelista Muñoz fue condenado por la sentencia definitiva del Tribunal Superior de Buga, antes citada, confirmatoria de la del Juez 2º Superior de ese Distrito, y que ingresó a esa Penitenciaría el día 9 de julio de 1935.

b) **La vista del señor Procurador Delegado en lo Penal.**

Tras de un análisis de las pruebas allegadas con la solicitud y de las producidas posteriormente dentro del término legal, el Procurador encuentra que ni la causal 1ª ni la 5ª, invocadas por el recurrente, están justificadas en el presente caso.

Para el Procurador el recurso no es viable. En su sentir no "existe ninguna de las causales de revisión contempladas por la Ley 33 de 1909". Y agrega:

"En cuanto al fondo del recurso la Procuraduría pide atentamente a la Corte Suprema de Justicia que niegue la revisión de este proceso".

c) **La crítica de las pruebas alegadas.**

La revisión es un recurso extraordinario establecido en asuntos criminales contra toda sentencia ejecutoriada. Su finalidad es la del restablecimiento de la justicia, torcida en muchos casos, y dentro del terreno de la cosa juzgada, por errores judiciales creados por motivos determinantes de ellos y que la ley, de manera genérica, indica como causal, fundamento o motivo para impetrar la revisión.

El recurrente Muñoz de entre esos motivos se acoge al caso 1º y al caso 5º de la Ley 33 de 1909.

Concreta así la Ley el primer motivo:

"Cuando estén sufriendo condena dos o más personas en virtud de sentencias contradictorias, por causa de delito que no haya podido cometer sino una sola persona o un número menor de las sentenciadas".

Especifica el 5º en la forma siguiente:

"Cuando después de una condenación llegue a producirse o revelarse un hecho nuevo, o se presenten documentos o comprobantes no conocidos a tiempo de los debates, capaces de establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o cuando se presenten indicios graves sobre esta inocencia o irresponsabilidad".

Respecto del primer caso, es cierto que las sentencias de primera y segunda instancia son condenatorias de dos personas: Pablo Emilio Vanegas Perea y Juan Evangelista Muñoz y que al propio tiempo absuelve a Vanegas Perea del cargo de homicidio.

En otros términos: dos cargos se hicieron a los sindicados: el de homicidio y el de robo. Por el de homicidio absolvióse a Vanegas. Por éste se condenó a Muñoz, y por el de robo, a ambos.

De ahí resulta que Vanegas fue condenado por el delito de robo, a 5 años, 9 meses de presidio, y Muñoz a la misma pena por el de robo, y a la de 9 años de presidio por homicidio en la persona de Santiago Pinzón, o sea a la de 14 años 9 meses de presidio.

No en cuentra la Sala que las sentencias condenatorias sean contradictorias, contradicción que la ley contempla cuando un delito no haya podido cometerse sino por una sola persona o por un número menor de las sentenciadas.

En efecto: en el asalto verificado en la casa de la víctima (Santiago Pinzón) concurrieron dos individuos: Vanegas y Muñoz. Después de verificado el asalto, se presentaron otros dos más, desconocidos y enmascarados.

Una serie de pruebas, la mayor parte indiciarias, según se ve del auto de proceder, concretaron en Vanegas y Muñoz la imputación de los hechos delictuosos.

No es inverosímil, como lo asienta la sentencia, que el concurso recíproco sólo se relacionase con el robo, es decir, que el acuerdo y la ayuda fuese para este solo delito, y que el homicidio resultase por un hecho individual, por una decisión propia y accidental de Muñoz.

Con relación a la causal 5ª, obsérvase que la solicitud del recurrente, única pieza que contiene argumentos, pues el apoderado de Muñoz se limitó a pedir pruebas y no alegó, es deficiente. Más bien se endereza a la injusticia notoria, campo extraño a la revisión.

No se ha producido ningún hecho nuevo posterior a la condenación, ni se ha presentado documento o comprobantes no conocidos al tiempo de los debates.

La crítica que el Procurador Delegado hace a este respecto, merece reproducirse por lo acertada enfrente de la causal 5ª y de las pruebas traídas para tratar de probarla.

Dice ella así:

"Admitido el recurso y abierto a pruebas, se trajeron por el recurrente las siguientes:

"Declaraciones de los señores Apolinar Bejarano, Santos Escobar, Eduardo Chaparro, Luis Carlos Piedrahita y Miguel Zuloaga.

"El declarante Bejarano en la parte pertinente dice:

"Apolinar Bejarano compareció al despacho de la Alcaldía Municipal de Guacarí, hoy diez y seis de julio de mil novecientos treinta y siete, y como fuese con el fin de ratificarse en su declaración rendida ante la Inspección de Policía Departamental de Ginebra el día siete de febrero de mil novecientos treinta y dos, fue juramentado por el señor Alcalde, en forma legal, prometiendo bajo esa gravedad decir la verdad, toda la verdad y solamente la verdad y dijo: Me llamo como ya queda dicho, mayor de edad, vecino de este distrito y no tengo generales de la ley en este asunto. Impuesto del contenido del anterior despacho, expuso: El día siete de febrero del año de mil novecientos treinta y dos, encontrándome yo en la estación del ferrocarril de la población del Cerrito, como a eso de las ocho a ocho y media de la mañana, esperando el tren de ésa para seguir a la población de Buga, vi que en el tren que marchó a esa hora hacia el Norte y en el cual me embarqué yo, se embarcó también en él el señor Juan Evangelista Muñoz, con el cual tuve la oportunidad de entrevistarme, manifestándome que iba para Armenia. En la estación de Buga me desmonté yo, sin darme cuenta si Muñoz siguiera en el mismo tren o se quedara en la estación que me quedé yo. Que lo dicho es la verdad. Leída su exposición la aprobó y se ratificó en ella por estar conforme y para constancia la firma con el señor Alcalde por ante el Secretario".

"La declaración de Escobar es del tenor siguiente:

" 'Santos Escobar compareció al despacho de la Alcaldía Municipal de Guacarí hoy diez y nueve de julio de mil novecientos trenta y sete, y como fuese con el fin de ratificarse en su declaración rendida ante la Inspección de Policía Departamental de Ginebra el día siete de febrero del año de mil novecientos treinta y dos, fue juramentado por el señor Alcalde, en forma legal, prometiendo bajo esa gravedad decir la verdad, toda la verdad y solamente la verdad, e impuesto de la parte pertinente del anterior despacho referente a su ratificación, expuso: Me llamo como ya queda dicho, mayor de edad y vecino de este distrito y no tengo parentesco en este asunto. Sigue exponiendo: el día siete de febrero del año de mil novecientos treinta y dos, encontrándome en la estación del ferrocarril de la población del Cerrito, en compañía del señor Polo Bejarano, entre las ocho a ocho y media de la mañana esperando el tren de esa hora con el fin de seguir yo a este lugar y el señor Bejarano a la ciudad de Buga, vi que en el tren que marchó a esa hora para el Norte y en el cual me embarqué yo y Bejarano, embarcó también el señor Juan Evangelita Muñoz, a quien conocía desde tiempos atrás; este sujeto ya allí en el tren nos manifestó tanto a Bejarano como a mí que iba para los lados de Quebradanueva. Al llegar el tren a la estación de este lugar yo me desmonté y el señor Muñoz siguió en ese tren sin que me diese cuenta en qué lugar se quedó este sujeto. Lo dicho es la verdad. Leída su exposición la aprobó y se ratificó en ella por estar conforme y para constancia la firma con el señor Alcalde por ante el Secretario' ".

"Si se tomaran literalmente estas diligencias resultaría que ellas serían las ratificaciones de declaraciones rendidas por Bejarano y Escobar el día de los hechos delictuosos, esto es, el siete de febrero de mil novecientos treinta y dos. Se comprende que esto se debió a una equivocación de los que intervinieron en la ratificación, pues el mismo recurrente pidió esas diligencias afirmando que aquellos declarantes habían depuesto dentro del proceso.

"En todo caso, con estos dos testimonios trata de demostrar el recurrente que el día de la consumación de los delitos él tomó en la población de El Cerrito el tren ordinario que de allí partía hacia el Norte. Por tanto pretende el condenado demostrar que él no estaba el día siete de febrero de mil novecientos treinta y dos en la casa de Miguel María Bedoya, Corregimiento de Ginebra,

Municipio de Guacarí, en donde se perpetraron los delitos por que fue condenado.

"A esto debe observarse que igual defensa trató de adelantar el acusado Muñoz durante la secuela del proceso, sin que hubiera logrado realizar su propósito a este respecto. Por consiguiente, el hecho no es nuevo ni tampoco aparece plenamente demostrado.

"Ya la honorable Corte conoce suficientemente el sistema adoptado por los sentenciados de recurrir en revisión con dos o más declaraciones testimoniales afirmando la ausencia del sindicado del lugar de los sucesos, o sosteniendo que un fulano de tal confesó en una ocasión ser el autor del delito imputado al condenado. Pero la misma Corte, con muy buen criterio, ha decidido que el recurso de revisión no puede apoyarse legalmente en esta clase de artificios.

"Con las declaraciones de Chaparro y de Piedrahita se pretende probar que Pablo Emilio Vanegas acusó a Muñoz como autor de los delitos a que se refiere la sentencia del Tribunal de Buga porque el recurrente no quiso comprar el silencio de Vanegas, y que éste realizó su acusación empleando una calumnia.

"A esto cabe observar que las deposiciones de Pablo Emilio Vanegas no fueron la única prueba en que se basaron los Jueces para condenar a Muñoz.

"La ratificación de Zuloaga carece de valor por no estar ajustada a los preceptos legales.

"No aparece, por consiguiente, que exista ninguna de las causales de revisión contempladas por la Ley 33 de 1909".

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de decretar la revisión solicitada por Juan Evangelista Muñoz de la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Buga, fechada el 24 de abril de 1935, que le impuso la pena principal de 14 años, 9 meses de presidio, por los delitos de homicidio y robo a que se contrae la referida sentencia.

Cópiese, notifíquese, puplíquese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Srio. en ppd.

JUICIO MILITAR.—CONSULTA DE UNA SENTENCIA

1.—De acuerdo con el art. 111 del Código de Justicia Militar constituye nulidad del proceso militar la no recepción de pruebas solicitadas en tiempo. 2.—La consulta de los Consejos de Guerra la ha ordenado el legislador como salvaguardia de todo derecho, aun del que se ejercita y cumple dentro del fuero militar, porque la técnica jurídica y la apreciación de las nulidades, compete a la Corte Suprema de Justicia, tanto por razón de jerarquía como por motivos de especialización en la aplicación de las leyes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, treinta de marzo de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado sustanciador: Dr. Salvador Iglesias)

Un Consejo de Guerra ordinario reunido en Pereira el día 20 de abril de 1936, condenó al soldado Angel María Palacio a la pena de un año de prisión militar, como responsable del delito de deserción.

Esta sentencia vino entonces en consulta a la Corte.

El Procurador delegado en lo penal alegó nulidad.

La Corte aceptó el recurso, fundada en el art. 111 de la ley 84 de 1931.

Declaró probada la nulidad, dependiente de la no recepción de pruebas conducentes pedidas en tiempo, y que tendían a establecer la deficiencia psíquica del soldado Palacio por afección epiléptica.

Repuesto el proceso, y recibida la prueba echada de menos, reunióse nuevamente un Consejo Ordinario de Guerra que, por mayoría de votos, absolvió al sindicado.

Este nuevo Consejo Ordinario de Guerra se reunió en Manizales, en el Batallón de Infantería "Ayacucho" Nº 11.

Su sentencia absolutoria se consulta ahora.

El señor Procurador delegado pide su confirmación.

Estas condiciones de la sentencia consultada, por ser absolutoria, determina su confirmación, de conformidad con el art. 111 del Código de Justicia Militar.

Observa, sin embargo, la Sala, si es que a ella pudiera referirse un pasaje de la sentencia del Consejo de Guerra en que se habla se errores y descuidos de los magistrados que ocasionan nulidades, que la Corte no hizo la anterior declaración de nulidad en este proceso por descuido, ni involuntariamente.

El art. 111 del Código de Justicia Militar consagra las nulidades. Ellas deben ser alegadas, y en el caso presente la alegó e introdujo el señor Procurador delegado en lo penal, apoyándose en un hecho incontrovertible que consta en autos, cual era el de la no recepción de pruebas solicitadas en tiempo. Nulidad ésta estatuída por el ordinal 4º del citado art. 111.

De otro lado, observa la Corte, para lo sucesivo, que tanto la Ley de Justicia Militar como el Código Judicial vigente, estatuyen en la organización de la República —organización civil— que las sentencias de los Consejos de Guerra sean consultadas, porque no obstante el fuero militar, los colombianos en cualquier servicio están garantidos por las leyes y por la Constitución, para que en su juzgamiento se observe la plenitud de los procedimientos (art. 22 de la Constitución Nacional).

La consulta de los Consejos de Guerra la ha ordenado el legislador como salvaguardia de todo derecho, aun del que se ejercita y cumple dentro del fuero militar, porque la técnica jurídica y la apreciación de las nulidades, compete a la Corte Suprema de Justicia, tanto por razón de jerarquía como por motivos de especialización en la aplicación de las leyes.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador delegado en lo penal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el fallo absolutorio del Consejo de Guerra Ordinario, reunido en Manizales el 30 de agosto de 1937, en el Batallón de Infantería "Ayacucho" Nº 11, y en pro del soldado Angel María Palacio, sindicado del delito de deserción.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Srio. en pdad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

INCIDENTE DE EXHIBICION.—LIBROS DE COMERCIO

1.—Las sociedades mercantiles no regulares no están excluídas de la obligación que tienen tanto las sociedades mercantiles regulares, como todos los comerciantes en general, de llevar libros donde conste el giro de sus negocios. (Arts. 27 y 28, C. Cº).—2. La particularización de los libros y documentos que han de exhibirse depende de las circunstancias propias de cada caso, sin que sea necesario expresar siempre el libro, el asiento y el folio en que éste se encuentre. Una exigencia de esa clase equivaldría muchas veces a la imposibilidad de la prueba, porque una determinación tan precisa requiere el conocimiento previo de los datos que se busca establecer por medio de la diligencia y que no pueden obtenerse de otro modo que con la presentación de los libros y documentos respectivos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, enero veintiocho de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por haberse rituado en forma legal, debe la Sala fallar el incidente exhibitorio propuesto por el apoderado del Departamento de Caldas contra los demandantes en este juicio, señores J. Castro & Hijo y Jesús Gaviria A.

El personero de éstos se opone a la exhibición pedida, y al hacerlo propone como razones las siguientes: 1ª Que por no haber una sociedad regular de comercio entre los señores Castro y Gaviria, dicha sociedad no está obligada a llevar libros de comercio, y no teniendo tal obligación no se presume la existencia de los libros en su poder, la que debe comprobar el actor; y 2ª Que la exhibición se dirige a obtener que los demandantes presenten los libros de contabilidad, sin expresar cuáles y a qué negocio se refieren, y según lo dispuesto en el artículo 56 del C. Cº, los Tribunales no pueden ordenar la exhibición general de los libros, salvo en los casos de sucesión universal, comunidad de bienes, liquidación de las sociedades y quiebras.

Se observa:

La obligación de llevar libros los comerciantes la establece la ley para todos ellos, sin excepción. Los artículos 27 y 28 del C. Cº así lo determinan, de un modo general.

Si el comerciante individual, no asociado, debe llevar libros, no se ve la razón para que no los lleve una vez asociado, regular o irregularmente. La ley no distingue entre asociación comercial regular e irregular para exigir en el primer caso los libros y no en el segundo.

Los libros de los comerciantes no se llevan únicamente para regular relaciones de los socios mercantiles entre sí, sino también, y principalmente, para ordenar las relaciones del comerciante con terceros.

De donde se infiere que las sociedades mercantiles no regulares no están excluídas de la obligación que tienen tanto las sociedades mercantiles regulares, como todos los comerciantes en general, de llevar libros donde conste el giro de sus negocios.

Si los señores J. Castro & Hijo y Gaviria ejercieron actos de comercio en el tiempo a que la exhibición se refiere, son comerciantes para todos los efectos legales, conforme lo previene el artículo 9º del C. Cº Y que actos de tal clase ejecutaron es obvio, a la luz de las disposiciones del mismo Código consignadas en los artículos 20, numeral 6º, y 18.

Y como la ley exige de los comerciantes que lleven libros, y consigna sanciones para el caso de infracción a esta norma, todo ello da base para presumir la existencia de tales libros en poder de los comerciantes. La regla general es la de que los libros se lleven, pues de no hacerlo los comerciantes incurren en penas y se colocan en situación de notoria inferioridad para los litigios en relación con sus negocios.

Lo dicho pone de manifiesto la obligación que tenían los señores J. Castro & Hijo y

Gaviria de llevar los libros de su contabilidad y la presunción de la existencia de ellos en su poder.

La exhibición solicitada no es general, sobre todos los libros de los señores J. Castro & Hijo y Gaviria, sino parcial, para tomar en ellos "nota detallada de todas las partidas provenientes de ventas de madera aserrada en el aserrío 'El Triunfo', en un período de tres años, de la fecha en que se puso al servicio el puente Bernardo Arango, sobre el Cauca, en el puerto de La Virginia, hacia atrás, discriminando para cada partida el nombre de los compradores de dichas maderas". La exhibición deja por fuéra todo lo demás, que no sea la determinación de las ventas de madera aserrada, v. gr., las cuentas de los socios entre sí y de ellos con la sociedad. Lo que demuestra que es parcial y no general la exhibición de los libros.

Sin embargo, pudiera pensarse que aun siendo parcial la exhibición, no versa ella sobre objeto determinado, porque falta la especificación del libro o libros, o de las cuentas pormenorizadas que deben examinarse.

Sobre este punto, de la determinación que la ley exige de los libros y documentos que han de exhibirse, la Sala observa, como ya lo ha expresado, que la particularización depende de las circunstancias propias de cada caso, sin que sea necesario expresar siempre el libro, el asiento y el folio en que éste se encuentra. Una exigencia de esa clase equivaldría muchas veces a la imposibilidad de la prueba, porque una determinación tan precisa requiere el conocimiento previo de los datos que se busca establecer por medio de la diligencia y que no pueden obtenerse de otro modo que con la presentación de los libros y documentos respectivos.

Sobre la misma materia, en caso análogo, se dijo:

"El auto de la Corte no autorizó el examen en la inspección ocular de toda la contabilidad y papeles de la compañía sino de los en que conste el transporte de carga en un lapso que allí se señala. Una exhibición de papeles tan concreta como sería la que fuese precedida en su solicitud con la indicación precisa del documento, su fecha y su firma, sería de muy remota ocurrencia. Si para probar cuál es la carga que se ha transportado por un ferrocarril en un tiempo dado, v. gr., un mes o un día, es preciso que el interesado en la prueba indique de antemano cuántas remesas se expidieron en cada estación, a favor de qué personas y los nombres de los empleados que las suscriben, los kilos de peso de cada bulto, etc., tal exigencia equivaldría a la de expresar de antemano cuántas toneladas o cargas se transportaron en la empresa, que es precisamente lo que se busca establecer por medio de la prueba. En toda empresa de transportes bien organizada hay libros y otros papeles en que consta especialmente el movimiento de carga, y es a ellos a los que se limita la exhibición. Es cierto que en el auto materia del presente recurso no se señaló por sus fechas o números y por sus nombres, los papeles, cuentas y libros que han de ser exhibidos, pero ello no significa que la determinación no se haya hecho en forma concreta. Porque no en todos los documentos, ni en toda la contabilidad de una empresa de transportes ferroviarios constan los datos sobre el transporte de carga, sino tan sólo, en unos pocos y señalados libros y papeles de los que forman su archivo". (Auto de 7 de mayo de 1936, en el juicio de cuentas del Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company Limited, Gaceta Judicial Nº 1917).

Los libros de contabilidad de los señores J. Castro & Hijo y Gaviria han de examinarse sólo en lo que diga relación a las ventas de madera aserrada en un período de tres años. Todo lo demás queda fuéra de la exhibición.

Lo dicho pone de manifiesto que la sociedad de los señores J. Castro & Hijo y Jesús Gaviria A. estaba obligada legalmente a llevar libros de comercio y que la existencia de ellos en su poder se presume; finalmente que no se trata de la exhibición general de los libros sino de su examen parcial.

La exhibición es legal y debe decretarse.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia ordena la exhibición de los libros de cuentas de la sociedad formada por J. Castro & Hijo y Jesús Gaviria A., en las partes de ellos en que consten "las partidas provenientes de ventas de madera aserrada en el aserrío 'El Triunfo', en un período de tres años de la fecha en que se puso al servicio el puente Bernardo Arango, sobre el Cauca, en el puerto de La Virginia, hacia atrás, discriminando para cada partida el nombre de los compradores de dichas maderas".

La exhibición se hará en el escritorio o residencia particular del socio que manifieste tener los libros en su poder, y si tal manifestación no se hace, los demandados presentarán los libros al Juzgado 1º Civil del Circuito de Pereira, para que allí se verifique.

En la diligencia de exhibición, la parte interesada en la prueba podrá tomar copias y datos de los asientos que tengan relación necesaria con las ventas de madera aserrada en el período de tres años indicado.

Comisiónase al señor Juez 1º Civil del Circuito de Pereira, Caldas, para que intervenga en la exhibición decretada, sea obrando directamente o por medio de comisionado, a fin de que la diligencia se practique en la residencia particular de los demandados, o en el Juzgado, y se faculta al Juez de Pereira para que, llegado el caso, fije un término para la presentación de los libros y haga uso al efecto de los apremios legales.

El Juzgado de Pereira señalará el lugar, el día y la hora en que la exhibición ha de practicarse.

Término, el correspondiente a la distancia y vente días más.

Notifíquese y cópiese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

PENSION

1.—Ni del texto ni del espíritu de la ley 29 de 1905 se desprende que el servidor oficial deba demostrar, para obtener pensión, el carácter o la calidad de empleado público, sino acreditar que ha prestado servicios como tál durante el lapso de rigor.—2. Conforme a jurisprudencia de la Sala, el reconocimiento del beneficio de la pensión debe hacerse a partir de la fecha de la presentación de la demanda.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, enero veintinueve de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el señor José Manuel Patiño inició juicio ordinario contra la Nación para que ésta fuese condenada a pagarle una pensión de jubilación de las que el artículo 2º de la ley 29 de 1905 dispensa a los servidores públicos.

El Tribunal, en sentencia del 11 de mayo del año próximo pasado, falló contrariamente a las pretensiones del actor, quien interpuso apelación de la respectiva providencia ante esta superioridad. El recurso se ha rituado legalmente y a resolverlo se procede.

Se observa:

De acuerdo con la ley invocada por el demandante se es acreedor a una pensión de esta clase con el lleno de los siguientes requisitos:

1º Que el peticionario haya desempeñado destinos públicos por treinta años.

2º Que en ejercicio de sus cargos se haya conducido con honradez y consagración.

3º Que carezca de medios de subsistencia.

4º Que no haya recibido pensión o recompensa ni esté en goce de ellas.

5º Que observe buena conducta.

6º Que haya cumplido sesenta años; y

7º Que como empleado de manejo esté a paz y salvo con el Tesoro Nacional.

Satisfechas estas exigencias, el solicitante tiene derecho a la gracia.

La sentencia apelada formuló los siguientes reparos a las pruebas aducidas por el actor para acreditar los hechos fundamentales de la acción incoada: a) Las declaraciones de nudo hecho con las cuales se pretende establecer varias de las exigencias legales no fueron ratificadas durante el término probatorio respectivo, y, por lo tanto, no pueden ser ellas tenidas en cuenta; y b) El carácter de empleado público se acredita con las copias del decreto de nombramiento y del acta de posesión y nó, como se quiere hacer en el caso de autos, con certificaciones de otra índole.

El primer reparo, que hacía el Tribunal con perfecta razón, ha quedado subsanado durante el trámite de segunda instancia, con la ratificación que en el correspondiente término de pruebas hicieron de sus declaraciones los testigos.

En cuanto al segundo, que asímismo es compartido por el señor Procurador General

de la Nación en su vista fiscal de conclusión, se considera:

La ley 29 de 1905, en su artículo 2º, establece que "los empleados civiles que hayan desempeñado destinos públicos por treinta años" tenhrán derecho a una pensión de jubilación. El artículo 3º del mismo estatuto determina las circunstancias cuyas comprobaciones ha de dar el servidor oficial para que tal gracia le sea concedida, y respecto de éstas, dice: "Parágrafo. Las pruebas consistirán en documentos auténticos y declaraciones de cinco testigos idóneos, recibidas ante un Juez de Circuito, con citación del respectivo Agente del Ministerio Público".

Corregida la informalidad sobre la prueba testimonial y aceptadas por la Procuraduría General de la Nación las probanzas sobre las circunstancias de que habla el artículo 3º aludido, el caso cuestionado se limita a la comprobación de los treinta años de servicios que la ley señala como tiempo necesario para la viabilidad del beneficio.

Ante todo, precisa establecer que ni del texto ni del espíritu de la ley invocada se desprende que el servidor oficial deba demostrar el carácter o la calidad de empleado público, sino acreditar que ha prestado servicios como tál durante el lapso de rigor. De donde se deduce que la comprobación que ha de darse se circunscriba esencialmente a establecer el tiempo de servicios, sin que sea preciso, sin que se considere requisito sine quo non, el dar la prueba que las leyes pertinentes exigen para demostrar que un particular ha adquirido la calidad de empleado público.

En el caso de autos el demandante, respecto de sus años de servicio ha presentado los siguientes documentos:

a) Certificado del Tesorero de Rentas Municipales de Villamaría, en el cual, vistos los libros correspondientes, se afirma que desempeñó varios empleos municipales, cuyas nóminas le fueron cubiertas portunamente: Secretario del Concejo, de junio a diciembre de 1895; Juez, de marzo a diciembre de 1896; Secretario del Juez, de enero a diciembre de 1897; Personero, de febrero a julio de 1899.

b) Certificado del Alcalde de Villamaría, que acredita, según los libros, el desempeño de la Secretaría de ese despacho en los siguientes períodos: del 1º de febrero de 1898 hasta el 21 de enero de 1899; del 16 de febrero de 1900 hasta el 12 de octubre del propio año, y del 20 de julio de 1903 hasta el 10 de noviembre de 1905.

c) Certificación del Tesorero Municipal de Manizales, de que ese mismo cargo lo desempeñó, de acuerdo con las nóminas autenticadas correspondientes, de junio de 1901 a diciembre de 1902.

d) Certificado del Juez 1º Superior de Manizales de que ejerció en tal despacho los siguientes cargos: Oficial escribiente, de octubre de 1900 a mayo de 1901, y de junio a agosto de 1906, y Secretario, de abril a mayo de 1906. Este documento está adicionado con las copias de las respectivas actas de posesión.

e) Certificación del Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, de que desempeñó en tal dependencia los siguientes empleos: Oficial escribiente, del 21 de agosto de 1906 al 28 de mayo de 1907, y Oficial mayor, del 29 de mayo de 1907 al 31 de mayo de 1931. Esto —dice el certificado— consta en los libros de Acuerdos y posesión de empleados del referido Tribunal.

f) Certificado del Administrador de Hacienda Nacional de Caldas de que, según las nóminas autenticadas de esas fechas, aparece en los libros del archivo, le fueron pagados los sueldos que en él se detallan, como Oficial Mayor del Tribunal Superior de Manizales, en el período comprendido entre enero de 1925 y mayo de 1931. Agrega el certificado que no puede establecer los sueldos devengados por Patiño en los años de 1900 a 1924, debido a que los legajos correspondientes fueron destruídos en el incendio de Manizales en 1925.

El ejercicio de los cargos públicos a que se refieren los certificados destallados comprende un período de 33 años, 9 meses y 28 días.

Tales documentos son suficientes para probar el cuestionado ejercicio, pues la exigencia de la ley 29 de 1905 de que "las pruebas consistirán en documentos auténticos", se ha llenado plenamente. En efecto, como ellos no han sido redargüídos ni tachados de falsos en el juicio y forman parte del proceso por haberse traído de conformidad con uno de los medios señalados en el artículo 597 del C. J., al tenor del artículo 632 ibídem, constituyen comprobación legal de lo que atestiguan.

Siendo todos los certificados relacionados expedidos por funcionarios encargados de los respectivos archivos en vista de los libros y documentos existentes en aquéllos y habiendo procedido tales funcionarios en ejercicio de sus cargos por autoridad pública, hay que admitir como consecuencia lógica que el ac-

tor ha dado plena prueba del ejercicio de los cargos de que se trata. Y esto se refuerza con la sencilla consideración de que los referidos documentos, en su mayoría, certifican los pagos hechos al señor Patiño por el desempeño de los empleos correspondientes, pues no sería presumible que se le cubrieran sueldos por tánto tiempo a quien no tenía la calidad de empleado y máxime si se observa que para efectuarlos, los funcionarios pagadores debieron, de conformidad con las leyes fiscales, cerciorarse de que el servidor público a quien se le hacían tenía el carácter de tál.

Sin que pueda argüírse que la calidad de empleado público se acredita necesariamente con las copias del decreto de nombramiento y del acta de posesión correspondiente, ya que, como se ha hecho presente, la ley jubilatoria no exige para este efecto dicha comprobación, que sí puede ser indispensable en los casos en que del carácter o calidad de empleado público se desprendan precisamente determinadas consecuencias.

Por tanto, a juicio de la Sala, el ejercicio por el actor de destinos públicos en más de treinta años, se halla suficientemente establecido.

Respecto de las demás exigencias de rigor, el interesado las ha comprobado así:

Con declaraciones de los señores Erasmo Valencia, Luis Carlos Muñoz, Peregrino Hurtado, Mariano Rivera y Heliodoro Aristizábal, acredita que ha desempeñado sus cargos con honorabilidad y consagración.

Los mismos testigos deponen sobre la carencia de medios para subsistir en que se encuentra Patiño.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público certifica que no ha recibido pensión ni recompensa del Tesoro Nacional.

De las declaraciones anteriormente citadas se desprende que el solicitante observa conducta irreprochable.

De la copia de su partida de bautismo, expedida por el señor Cura Párroco de la Ceja del Tambo, aparece que es mayor de sesenta años de edad.

Como empleado de manejo está a paz y salvo con el Tesoro Nacional. Lo certifica el Contralor General de la República.

De las razones expuestas se deduce que Patiño es acreedor al beneficio que demanda.

Según el estatuto de jubilación, la cuantía de ésta debe ser igual a la mitad del sueldo del último empleo que el demandante desempeñó, y como sirviendo tal cargo su remuneración fue varia, el monto de la pensión será el que resulte de promediar aritméticamente las distintas cantidades devengadas.

Conforme a la jurisprudencia de la Sala, el reconocimiento de este beneficio se hará a partir de la fecha de la presentación de la demanda.

Por todo lo cual, la Corte Suprema, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia de primera instancia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el día once de mayo del año pasado, y en su lugar dispone:

Decrétase a favor del señor José Manuel Patiño, y a cargo del Tesoro Nacional, una pensión mensual vitalicia de jubilación de sesenta y ocho pesos doce centavos ($ 68.12), sujeta a las causales de suspensión y pérdida determinadas por las leyes, y pagadera desde el diez y siete de diciembre de mil novecientos treinta y seis.

A los Ministerios de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público y al Departamento de Contraloría se enviarán sendas copias de esta sentencia.

No hay costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCIONES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, febrero primero de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

Los señores Rafael Ospina y Santiago Giraldo Gallo, propusieron excepciones en el juicio ejecutivo que contra ellos adelanta el Juez de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, por la cantidad de $ 2.646.25 en favor de la Na-

ción, el primero como deudor en virtud de alcance deducido en su carácter de Cajero-pagador de la carretera Calarcá-Sevilla, y el segundo como fiador. Tramitado el negocio legalmente en esta Sala, se pasa a resolverlo, previas las siguientes consideraciones:

Los antecedentes del juicio ejecutivo mencionado se pueden resumir así: por auto número 4864, de 17 de octubre de 1930, la Contraloría feneció las cuentas de la carretera Calarcá-Tuluá, correspondientes a los meses de diciembre de 1928, marzo, mayo, junio, julio y octubre de 1929, con un alcance a cargo del responsable, señor Rafael Ospina L., por la cantidad de $ 2.646.25. La razón que tuvo la Contraloría para fundamentar el alcance fue la de que se incorporaron en las cuentas comprobantes ficticios, respecto de los cuales el interesado dio varias explicaciones que la oficina referida no encontró satisfactorias. Apelado el fenecimiento para ante el Consejo de Estado, dicha corporación la confirmó con fecha 3 de abril de 1936, en sentencia que se apoyó en las siguientes consideraciones:

"El responsable en los varios escritos que aparecen en el expediente enviados por él a la Contraloría, confiesa la existencia de comprobantes sobre pagos ficticios, pero agregando que todos ellos fueron hechos por orden del ingeniero jefe de la obra, y que, además, los dineros así ficticiamente representados se invirtieron luégo legalmente, y que sólo se hizo con el fin de que no quedara ningún saldo en caja al finalizar el año de 1928, ya que tal saldo tenía que ser enviado al Tesoro Nacional. Y para comprobar su aserto acompañó varias piezas de una disligencias sumarias que cursaban en la Alcaldía de Calarcá, sobre averiguación de la inversión de unos fondos nacionales, iniciadas por el Ministerio de Obras Públicas.

"Observa, pues, el Consejo que hay de por medio en este asunto un juicio criminal iniciado en relación con las irregularidades que anota la Contraloría y del cual necesariamente ha de resultar el nombre o nombres de los presuntos sindicados y el grado de responsabilidad que les quepa, así en lo criminal como en lo civil; mas, desde que está surtiéndose esta apelación no se ha presentado documento alguno que respalde las aseveraciones del apelante, tanto en lo que respecta a órdenes de su inmediato superior, como en lo referente a que las erogaciones hechas fueron legalizadas con posterioridad".

Apoyado en el fenecimiento mencionado, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, con fecha 17 de junio de 1936, libró orden de pago por la vía ejecutiva, a favor del Tesoro Nacional y en contra de los señores Rafael Ospina L., Santiago Giraldo Gallo y Manuel A. Gallardo, por la suma de $ 2,646.-25, los intereses y las costas.

El responsable principal, señor Ospina, por medio de su apoderado, doctor Federico A. Daza, solicitó a la Contraloría que previo el estudio y revisión de algunos comprobantes que acompañó, se revocara el auto de fenecimiento. La Contraloría, en auto de fecha 4 de agosto de 1937, Nº 638, negó lo pedido. Este auto quedó ejecutoriado, pues el interesado no apeló de él.

Los señores Ospina y Giraldo Gallo propusieron las excepciones en la siguiente forma:

"Falta de causa de la obligación o cobro de lo no debido.—Se funda esta excepción en que la suma elevada como alcance líquido por la Contraloría General de la República en contra del primero de nosotros, sí fue invertida en los trabajos de la carretera Calarcá-Sevilla, conforme se probará oportunamente. Por lo tanto se está cobrando una cantidad que no se debe, pues el no haber contabilizado en cuanto a la forma las cuentas, no quiere decir que la Nación se haya perjudicado en cuanto a sus intereses se refiere, si dicha suma se empleó efectivamente en gastos de las obras públicas nacionales y en los trabajos para los cuales estaba destinada dicha cantidad.

"Carencia de acción o derecho para exigir la suma deducida por la Contraloría.—Esta excepción tiene su fundamento, siendo consecuencia de la anterior, en que los dineros nacionales no fueron malversados, sino que fueron empleados en los trabajos de la carretera Calarcá-Sevilla. El juicio de 'Malversación de caudales públicos' que se siguió contra el señor Rafael Ospina, terminó con sobreseimiento definitivo, el cual fue confirmado por el honorable Tribunal Superior de Pereira, lo que prueba que no hubo malversación de los dineros nacionales, y por el contrario, se comprobó que los dineros fueron invertidos en los trabajos de la carretera. Contra el empleado que no se ciñe a determinados métodos de contabilidad hay sanciones como multas, apremios, etc., pero no que se pueda cobrar o reptir lo que se ha invertido en beneficio de las obras públicas, es decir, en aquello para lo cual ha sido destinados los dineros; además, ningún detrimento sufre el Tesoro ni en nada se perjudica si en el fondo nada incorrecto se ha hecho en la inversión de los dineros nacionales.

"**Inexistencia de la obligación por parte del fiador Santiago Giraldo.**—Esta excepción se funda en que con la fianza prestada por el señor Santiago Giraldo se sustituyó una caución prestada antes por distintos fiadores para el manejo de fondos por parte del señor Ospina, pero mientras esta fianza no fuera aprobada de conformidad con el artículo 57 de la Ley 42 de 1923 no podía tener efecto legal, sin que por la sola sustitución se hiciera responsable del manejo de dineros por parte de su fiado.

'Subsidiariamente proponemos como excepción todo hecho que desconozca la obligación y que se compruebe en la secuela de este juicio, provenientes de otros o de los hechos que se dejan enunciados, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 343 del Código Judicial".

Sobre las dos primeras excepciones se observa lo siguiente:

El Consejo de Estado en la sentencia que se ha mencionado, copia de la cual figura en autos entre los documentos acompañados para iniciar el juicio ejecutivo, confirmó el fenecimiento de la Contraloría. Los motivos del alcance fueron estimados legales en un fallo que tiene autoridad de cosa juzgada y que no puede ser revisado de conformidad con el artículo 93 de la Ley 130 de 1913.

El doctor Federico A. Daza pidió a la Contraloría la revocatoria del fenecimiento, después del fallo del Consejo de Estado. Aquella entidad, en auto de fecha 4 de agosto de 1937, hizo un análisis detenido de los descargos del responsable y de las pruebas presentadas y negó lo pedido, por no encontrar éstos suficientes para desvirtuar los cargos hechos. A esta misma conclusión llega la Sala, pues no aparece de autos la prueba necesaria para justificar el proceder del responsable, para desconocer las providencias ejecutoriadas dictadas por la Contraloría y en las cuales se apoyó el auto ejecutivo. No es, pues, el caso de declarar probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Considera el fiador, señor Giraldo Gallo, que con respecto a él no existe la obligación, porque él sustituyó una caución prestada por otros fiadores y la cual no había sido aprobada legalmente, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 42 de 1923.

Se observa que por escritura número 1270 de fecha 15 de noviembre de 1928, otorgada ante el Notario de Calarcá, de la cual hay en autos copia registrada, los señores Santiago Giraldo Gallo y Manuel A. Gallego, se constituyeron fiadores solidarios del señor Rafael Ospina L., para responder de su manejo como tesorero de la carretera Calarcá-Caicedonia-Sevilla-Tuluá, y que esta fianza fue aprobada por la Auditoría Seccional de la Contraloría Nacional en Caldas, el 30 de noviembre de 1928. El hecho de que la fianza anterior no se hubiera otorgado con las formalidades legales no es motivo para desconocer la validez de la caución otorgada por los señores Giraldo Gallo y Gallego, de la que surgen las obligaciones del excepcionante y respecto de la cual se llenaron los requisitos exigidos por la ley.

Por tanto, se deben declarar no probadas las excepciones propuestas por los señores Ospina y Giraldo Gallo, como lo solicita el señor Procurador Delegado en lo Civil en el concepto que emitió en este incidente, con fecha siete de diciembre pasado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas en este juicio por los señores Rafael Ospina L. y Santiago Giraldo Gallo.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

TACHA DE PERITOS

El perito tercero, siendo nombrado por los dos peritos principales, debe considerarse como que es propio de ambas partes. De manera que cuando se trata de tacharlo no es aplicable el inciso 1º del artículo 809 —que señala para la proposición de tacha del perito de la contraparte únicamente los tres días siguientes a la notificación del auto de nombramiento— y esto, porque la causa legal para la recusación del propio perito puede no saberse sino con posterioridad a ese nombramiento y después de que dicho perito se haya posesionado. Una parte puede tachar a su propio perito aun después de pasados los tres días del nombramiento, pero ello dentro del plazo que los peritos tienen para rendir su dictamen, pues es claro que una vez rendido éste, el cual puede ser objetado, ya no puede proponerse la tacha, porque, como lo dice la Sala Plena de la Corte, en auto de fecha 14 de septiembre de 1937, "nuestro Código procedimental procura evitar que a pretexto de tachar a los peritos se ataque el dictamen, involucrando casos y remedios distintos. El dictamen se objeta (art. 720), el perito se tacha (art. 708)".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, febrero dieciocho de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.).

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en escrito de veintiuno de enero último, pide reposición, en parte, del auto de seis de octubre del año próximo pasado, por el cual se decretó la práctica de unas pruebas del demandante, y que le fue notificado el ocho del mismo mes de octubre.

Dos son los fundamentos que aduce para impetrar la reposición:

1º Que el artículo 721 del Código Judicial, cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, no autoriza la presencia de un perito tercero, porque si los dos principales rinden su dictamen uniforme y fundamentado, éste hace plena prueba; y que si hay desacuerdo, el juez tiene dos caminos: o tomar el medio aritmético para hacer la regulación que estima equitativa conforme al dictamen y los demás elementos del proceso; o bien, puede decretar otro avalúo por medio de peritos que él designe. En consecuencia pide que se declare que no hay lugar al dictamen del perito tercero que se nombró.

2º En segundo lugar, y para el caso de que no se declare excluído el perito tercero, propone un incidente de recusación contra el nombrado, doctor Lucio Zuleta Angel, por ser pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad del apoderado de los demandantes, doctor Eduardo Zuleta Angel, lo cual constituye una causal de recusación, determinada en los numerales 1º y 3º del artículo 435 del Código Judicial.

Aunque el auto, en el día de la solicitud estaba ya ejecutoriado, al proponerse el incidente de recusación, procede su estudio para ver si se excluye el perito tercero o si se le da curso al incidente.

Para resolver, se considera:

Con el fin de demostrar que no es el caso de nombrar perito tercero cuando se trata de avalúos, el solicitante sostiene que cuando el artículo 721 habla de **medio aritmético**, excluye la hipótesis de tres términos, porque "no puede encontrarse medio aritmético sino entre dos términos y sólo entre dos". Y argumenta así:

"En efecto, debe decirse que medio aritmético no es el término medio de una proporción continua, como lo han sostenido algunos, sino el término medio de una equidiferencia continua, que son cosas diferentes. El término medio de una proporción continua tiene una denominación distinta y es la de medio proporcional o medio geométrico. Aunque bien es cierto que algunos autores dan a la equidiferencia el nombre de proporción aritmética, no es menos evidente que siempre que de proporción se habla se entiende que es de la **geométrica**. Ahora, la equidiferencia es igualdad de dos razones, y como en la equidiferencia continua los medios son iguales, el medio aritmético sólo puede existir o encontrarse entre dos términos. Por el contrario, entre tres o más términos no puede haber propiamente medio aritmético, sino término medio o promedio. Por consiguiente, como el artículo 221 del

Código Judicial sólo habla de dos peritos, y dice que si hay desacuerdo se buscará el medio aritmético, no cabe duda que esa expresión está empleada en su significado técnico. Se necesitaría que el legislador hubiera dicho de manera expresa que entre tres avalúos se buscara el medio aritmético para poder sostener que esa expresión no fue tomada en su significado clásico sino que quiso expresarse con ella el concepto de término medio o de promedio; pero como aquel precepto sólo habla de dos peritos, no es posible jurídica ni legalmente dar a tal expresión un significado distinto del que vengo dándole en este memorial".

Se responde:

La regla general es la de que todo dictamen pericial debe verificarse por tres peritos, con la sola excepción de que puede realizarse por uno solo cuando las partes convienen en ello (art. 705 del C. J.). Este es el mismo criterio que informa el artículo 721, pues cuando dice que "el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba", no manifiesta que el avalúo debe hacerse por los dos peritos principales, sino que puede realizarse por éstos, o por un principal y el tercero, quien "emite su opinión sobre los puntos en que discuerden los principales" (art. 716 ib.). De modo que si el dictamen de un perito principal es debidamente fundamentado y explicado y a él adhiere el tercero, ese dictamen es uniforme y hace plena prueba.

Dicho artículo 721 no establece una excepción a la regla general de que el peritaje debe realizarse por tres peritos. Para demostrar lo contrario no vale la argumentación de que habla en su inciso 2º de "medio aritmético", pues de modo claro se refiere a una diferencia entre "dos extremos"; y no se puede hablar de dos extremos sin que exista un medio. De modo que cuando los tres peritos están en desacuerdo (si dos están de acuerdo se aplica el inciso 1º del artículo comentado), se aplica el inciso 2º buscando el medio aritmético, menos cuando la diferencia entre la cantidad mayor y la menos (que son los extremos) exceda de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, caso en el cual el dictamen no hace plena prueba, sino que el juez debe hacer la regulación atendiendo al dictamen y a los demás elementos probatorios, o puede nombrar nuevos peritos.

Por lo dicho se ve que el nombramiento de perito tercero debe sostenerse. Pero como el fin especial del memorialista se dirige a obtener que el doctor Lucio Zuleta sea separado en virtud de la recusación, debe analizar la Sala si es o nó el caso de tramitar el incidente respectivo de tacha, ya que el memorial se introdujo después de haber pasado los tres días desde la notificación del auto en que se aceptó el nombramiento del perito tercero. (Fecha del auto: 18 de noviembre; notificación: 20 del mismo mes).

Para resolver el punto, se tiene en cuenta:

El inciso 2º del artículo 709 del Código Judicial dice: "Una parte no puede tachar a su mismo perito sino por causa legal que sobrevenga al nombramiento o que se sepa con posterioridad a éste".

El perito tercero, siendo nombrado por los dos peritos principales, debe considerarse como que es propio de ambas partes. De manera que cuando se trata de tacharlo no es aplicable el inciso 1º del artículo 709 —que señala para la proposición de tacha del perito de la contraparte únicamente los tres días siguientes a la notificación del auto de nombramiento—; y esto, porque la causa legal para la recusación del propio perito puede no saberse sino con posterioridad a ese nombramiento y después de que dicho perito se haya posesionado. La Sala Plena de la Corte, en auto de 14 de septiembre de 1937 (Gaceta Judicial, Nº 1927, pág. 592), se expresa sobre este punto así:

"A la verdad, el art. 709, que señala el término para las tachas, tanto en los casos generales de que habla en su inciso 1º como en el caso especial considerado en su inciso 3º, no lo señala para las que autoriza en el numeral 2º, el que se limita a esto, es decir, a establecer en favor de cada parte el derecho de tachar su propio perito. Hay, evidentemente, pues, un vacío en lo tocante a fijación de plazo para estas precisas tachas. Ese vacío debe llenarse como previenen los artículos 203 del Código Judicial y 8º de la Ley 153 de 1887".

Siguiendo esta doctrina, que es la razonable, debe admitirse que una parte puede tachar a su propio perito aun después de pasados los tres días del nombramiento, pero sólo dentro del plazo que los peritos tienen para rendir su dictamen, pues es claro que una vez rendido éste, el cual puede ser objetado, ya no puede proponerse la tacha, porque, como lo dice el auto citado, "nuestro Código procedimental procura evitar que a pretexto de tachar a los peritos se ataque el

dictamen, involucrando casos y remedios distintos. El dictamen se objeta (art. 720), el perito se tacha (art. 708)". Es, pues, el caso de abrir el incidente de tacha.

Por lo dicho, no accede a reponer el auto reclamado.

Del escrito de tacha dése traslado a la contraparte por el término de dos días. Para la articulación fórmese cuaderno separado con la portada respectiva.

Notifíquese.

Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

La Sala de Negocios Generales de la Corte no conoce de los incidentes de excepciones y tercerías en los juicios ejecutivos sino cuando su cuantía es de quinientos pesos o cuando excede de este valor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, febrero veintiuno de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

Este juicio, promovido por el señor Administrador de Hacienda de Santa Marta, contra el señor Enrique Orozco, para hacer efectivo el pago de la suma de $ 120.47, más los intereses y las costas, a favor de la Nación por concepto de impuestos, subió a la Corte en virtud de apelación concedida al señor Fiscal del Tribunal Superior de Santa Marta, contra la sentencia dictada por aquella entidad en el incidente de excepciones propuestas por el ejecutado.

Se observa que esta Sala carece de competencia para conocer de los juicios ejecutivos, menores de $ 500, seguidos por los Recaudadores Nacionales. Su conocimiento está hoy atribuído privativamente a los Tribunales Judiciales. La Corte sólo conoce en segunda instancia cuando se trata de excepciones y tercerías en los juicios ejecutivos seguidos por los Recaudadores o Jueces de Ejecuciones Fiscales de los Departamentos. Así lo ha resuelto la Sala en varios asuntos. En auto de fecha 18 de mayo de 1937 (Gaceta Judicial Nº 1927, página 520), dijo lo siguiente:

"Así como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, conoce en única instancia de las apelaciones, excepciones y tercerías en los juicios por jurisdicción coactiva, mayores de quinientos pesos ($ 500), los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en su Sala Civil, conocen también privativamente y en única instancia de las apelaciones e incidentes en negocios de la misma naturaleza, pero de una cuantía inferior a quinientos pesos.

"Y esto sentado, se hace fácil entender cómo el numeral 1º del Art. 37 del C. J., norma general que atribuye a la Sala de Negocios Generales de la Corte los asuntos de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito, ha tenido una excepción, establecida por el Art. 10 del Decreto 1315 de 1936, para los asuntos de jurisdicción coactiva por suma menor de quinientos pesos, excepción que se funda sólidamente en las razones expuestas por el señor Procurador Delegado y que la Sala comparte".

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, ordena devolver este expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, por carecer de competencia para conocer de la apelación interpuesta contra la sentencia de excepciones.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCIONES

Pagados los derechos de consumo o de otra clase con respecto a un artículo, quedan cumplidas por parte del propietario de él las exigencias y requisitos relativos a la tributación y las modificaciones que se hagan posteriormente a las tarifas no pueden afectarle.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero veintidós de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

Este negocio subió a la Corte en apelación de la sentencia de fecha 9 de abril del año pasado, dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla en el incidente de excepciones propuestas por el apoderado de los señores Francisco García & Hno., en el juicio ejecutivo que adelanta el Departamento del Atlántico contra dichos señores para hacer efectiva la suma de $ 471.47, por la diferencia del impuesto correspondiente a la existencia de tabaco que esa firma tenía en Barranquilla el 10 de noviembre de 1933, fecha en que empezó a regir la ordenanza Nº 18 de 1933, que elevó de $ 1,20 a $ 1,40 el impuesto sobre el kilo de tabaco en rama.

La sentencia del Tribunal fue adversa a los excepcionantes, por estimar aquella corporación que no estaban suficientemente acreditados los hechos alegados como fundamento de las excepciones. Tramitado legalmente el recurso, se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

Las excepciones fueron propuestas en la siguiente forma:,

"Afirmo que carece de causa la obligación que se pretende hacer efectiva, en cuanto no hay norma de ordenanza, regla legal ni disposición del constituyente que permita al Departamento del Atlántico cobrar, por vía de impuesto o contribución, ni por vía alguna, la suma cuyo pago se intima en el mandamiento ejecutivo. Y pues al tenor del art. 329 del C. J., "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, destaco como hechos generadores de excepciones de la índole expresada, los siguientes:

a) El día 10 de noviembre de 1933 la sociedad mi poderdante tenía pagados los impuestos que se causaron a favor del Departamento del Atlántico y a cargo de ella, por concepto de consumo de tabaco, de acuerdo con el art. 1º de la ordenanza Nº 66 de 1931, o sea la suma de $ 1,20 sobre cada kilogramo de tabaco en rama que hasta esa fecha había sacado del depósito oficial de la entidad ejecutante.

"b) Hasta el día 10 de noviembre de 1933 el Departamento del Atlántico sólo podía cobrar como impuesto de consumo sobre cada kilogramo de tabaco en rama que se sacara del depósito oficial, de acuerdo con la ordenanza citada en el punto a) anterior, la suma de $ 1,20.

"c) Es erróneo cobrar la diferencia de $ 0.20 deducida en el acto o documento que sirve en la causa como recaudo o reconocimiento, con arreglo al hecho apuntado en el punto b) que precede.

"d) Fue con posterioridad al día 10 de noviembre de 1933 cuando mi poderdante sacó tabaco en rama del depósito oficial del Departamento, cuando ya gravaba a la hoja el impuesto de $ 1,40 sobre cada kilogramo, establecido por la ordenanza Nº 18 del mentado año 1933, pues antes de esa fecha el tabaco que se hallaba en poder de mi mandante había pagado el impuesto que sobre él recaía a la sazón, de conformidad con el art. 1º de la ordenanza Nº 68 de 1931."

La ordenanza Nº 66 de 1931, fijó el impuesto sobre el tabaco en rama en $ 1,20 por cada kilogramo, que se pagaba al sacar el artículo del depósito oficial. Bajo la vigencia de esa disposición los señores Francisco García & Hno. sacaron del depósito oficial del Departamento determinada cantidad de tabaco y sobre ella pagaron el impuesto correspondiente. El 10 de noviembre de 1933, entró en vigencia la ordenanza Nº 18 de ese año, la cual elevó a $ 1,40 el impuesto por cada kilo de tabaco. En esa fecha tenían los mencionados señores en su poder una existencia de tabaco sobre la cual ya habían pagado el impuesto según la tarifa de la ordenanza Nº 66, que regía cuando lo retiraron del depósito oficial. La Tesorería General del Departamento del Atlántico, por resolución Nº 3 de 7 de diciembre de 1933, ordenó cobrar la diferencia del impuesto conforme a la nueva tarifa, sobre las existencias que tenían en

su poder varios comerciantes, que retiraron el artículo mediante el pago de los derechos que regían en el momento de sacarlo del depósito oficial. La liquidación respectiva dio origen al juicio ejecutivo que inició contra los excepcionantes el Juzgado de Rentas del Departamento del Atlántico.

Los hechos alegados en el memorial de excepciones están probados y el fundamento de éstas es jurídico. Al ir la Sala a fallar este asunto, surgió la duda de si la diferencia del impuesto se había cobrado por las existencias del tabaco que se encontraban en los depósitos oficiales o sobre el que se hallaba en poder de los ejecutados por haber pagado el impuesto que regía cuando lo retiraron. Se dictó auto para mejor proveer con el fin de allegar a los autos un informe del Administrador General de Rentas del Atlántico que aclarara la cuestión. Librado el correspondiente despacho, aquel empleado certificó lo siguiente:

"Que las cuentas adicionales que se formularon a los señores Francisco García & Hno., por razón de aumento del impuesto, corresponden al tabaco retirado del depósito por haber pagado el impuesto que rigió hasta el 10 de noviembre de 1933."

Este certificado aclara la cuestión. Los señores Francisco García & Hno. retiraron el tabaco de su propiedad de los depósitos oficiales, cumpliendo los requisitos señalados por las ordenanzas departamentales, es decir, mediante el pago del impuesto que regía el día del retiro del artículo. El cobro de la diferencia entre el impuesto pagado y el que empezó a regir después es indebido y no tiene justificación alguna. Es tan injusto ese cobro como lo sería el que se hiciera a los introductores de mercancías cuando se aumentan los derechos de aduana por la diferencia entre los impuestos por ellos pagados y las nuevas tarifas, con relación a los artículos que ya tienen en sus almacenes. Pagados los derechos de consumo o de otra clase con respecto a un artículo, quedan cumplidos por parte del propietario de él las exigencias y requisitos relativos a la tributación y las modificaciones que se hagan posteriormente a las tarifas no pueden afectarle.

El mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada y en su lugar declara probada la excepción de inexistencia de la obligación, propuesta en este juicio por el apoderado de los señores Francisco García & Hno. S. A. de Barranquilla. En consecuencia, se ordena suspender la ejecución y devolver a los ejecutados la suma depositada para responder del pago.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PENSION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, febrero veintiuno de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Miguel A. Cataño O., vecino de Anserma, Departamento de Caldas, solicita por medio de su apoderado, doctor Enrique A. Becerra, se le conceda una pensión vitalicia de jubilación por sus servicios en la instrucción primaria oficial. La documentación fue enviada a la Corte acompañada de un concepto favorable del señor Ministro de Educación Nacional. Para resolver la solicitud se considera:

El señor Miguel A. Cataño sirvió como maestro seccional de la escuela urbana de varones de Anserma, desde 1905 hasta 1936, durante 28 años, 4 meses y 13 días, con honradez y consagración. Los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios fueron de $ 60 y $ 55 mensuales. Sobre el particular figura en autos la certificación del Subdirector de Educación Pública del Departamento de Caldas.

El señor Cataño es mayor de cincuenta años, pues nació en el año de 1885, según la copia de la partida de bautismo que figura en autos, expedida por el señor Cura Párroco de Fredonia.

Los testigos Angel M. Arroyave, Efraín Eastman y Luis Felipe Orozco, en declaraciones rendidas ante el señor Juez Civil del Circuito de Anserma, con intervención del señor Agente del Ministerio Público, dicen que el peticionario ha observado buena conducta y que carece de medios de subsistencia en armonía con su posición social y costumbres, pues no posee renta alguna ni bienes para atender a sus necesidades, aparte del sueldo que antes devengaba y del cual hoy carece. El señor Recaudador de Hacienda Nacional de Anserma certifica que el señor Cataño no ha sido gravado por la Jefatura de rentas.

No es ni ha sido pensionado ni ha recibido recompensa del Tesoro Nacional. Así lo certifica el jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se han llenado los requisitos legales para obtener pensión, de conformidad con la Ley 114 de 1913. La cuantía debe ser la de $ 28-75 mensuales, o sea, la mitad del promedio de los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor del señor Miguel A. Cataño O., vecino de Anserma, Departamento de Caldas, una pensión vitalicia de jubilación de veintiocho pesos con setenta y cinco centavos ($ 28.75) mensuales, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el día veintisiete de enero pasado, fecha en que fue presentada la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Téngase al doctor Enrique A. Becerra como apoderado del señor Miguel A. Cataño O. en estas diligencias, en los términos del poder que figura en autos.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y al señor Contralor de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

PENSION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, febrero veintidós de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Eduardo Arango G., vecino de Miranda, Departamento del Cauca, solicita se le conceda un apensión vitalicia de jubilación por sus servicios en la instrucción primaria oficial. La documentación fue enviada a la Corte acompañada de un concepto favorable del señor Ministro de Educación Nacional. Para resolver la solicitud se considera:

El señor Eduardo Arango G. es mayor de cincuenta años, pues nació en el año de 1865, según se desprende de la copia de la partida de bautismo que figura en autos, expedida por el señor Cura Párroco del Cerrito.

Conforme a los certificados expedidos por el señor Director de Educación Pública del Cauca, complementados por otras pruebas, se llega a la conclusión de que el demandante sirvió escuelas primarias oficiales, con honradez y consagración, en diversos lugares del citado Departamento, por más de veinte años. El Director de Educación Pública del Departamento del Valle, donde sirvió el señor Arango como Director de escuelas por espacio de once años, certifica que los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios fueron de ochenta y setenta pesos mensuales, respectivamente.

La buena conducta y la pobreza del peticionario aparecen comprobadas con las declaraciones de los testigos Julio Nates y doctor Rogerio Fernández F., rendidas ante el Juez del Circuito de Santander (Cauca), con intervención del Agente del Ministerio Público.

El Recaudador de Hacienda Nacional de Miranda certifica que el señor Arango no paga impuesto sobre la renta porque carece de ella.

No es ni ha sido pensionado ni ha recibido recompensa del Tesoro Nacional. Así lo certifica el jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se han llenado los requisitos exigidos por la Ley 114 de 1913 para obtener pensión de jubilación. La cuantía de ésta debe ser la de $ 37.50 mensuales, o sea la mitad del promedio de los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor del señor Eduardo Arango G., vecino de Miranda, Departamento del Cauca, una pensión vitalicia de jubilación de treinta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 37.50) mensuales, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el día veintisiete de enero pasado, fecha en que fue recibida la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Téngase al doctor Evangelista Quintana R. como apoderado del señor Eduardo Arango R. en estas diligencias, en los términos del poder que figura en autos.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y al señor Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, y publíquese y oportunamente archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCION

Los autos de la Contraloría, que contengan multas, deben notificarse personalmente al responsable para que presten mérito ejecutivo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo tres de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Con base en el auto de fenecimiento número 269 de 10 de febrero de 1933, emanado de la Auditoría Fiscal de Cali y referente a la Administración Subalterna de Hacienda Nacional de Palmira en el período del 1º de noviembre al 15 de diciembre de 1931, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago contra el responsable Ernesto Sarasti, por la suma deducida en el alcance, que fue la cantidad de dos mil trescientos treinta y seis pesos treinta y tres centavos ($ 2,336.33). La ejecución se dirigió también contra los fiadores solidarios del responsable Sarasti, señores José Eusebio Domínguez y Luis Felipe Tascón.

El doctor Francisco A. Daza, como apoderado de este último, propuso las excepciones de nulidad del título ejecutivo, ineficacia o insuficiencia del mismo título, e inexistencia de la obligación.

Tramitado en forma legal el respectivo incidente, se procede a su decisión, para lo cual se tiene en cuenta:

Como fundamento de la excepción de ineficacia del título se adujo, y está comprobado en los autos, el de que la providencia Nº 1191, por la cual la Contraloría General de la República confirmó el auto de fenecimiento Nº 269, mencionado, fue notificada ilegalmente por haberse hecho la notificación por medio de un edicto que se fijó por el término de veinticuatro horas, y no personalmente, como debe hacerse la de las providencias que imponen multa o contienen alcance.

Respecto a esta excepción, el señor Procurador delegado en lo Civil, se expresó así al descorrer el traslado:

"La ley orgánica de la Contraloría no habla de notificaciones; pero dejó tácitamente que esta materia fuera objeto de los reglamentos que expidiera el Contralor para la organización de su Departamento (art.

75)'. De acuerdo con la resolución Nº 86 de 1928, 'los autos que dicte la Contraloría en los juicios de cuentas, a excepción de aquellos que no contengan multa o alcance, serán notificados personalmente al responsable. (Art. 1º).

"Siendo el auto Nº 1191 dictado en juicio de cuentas, con alcance, debió notificarse personalmente.

"En concepto de la Procuraduría, este hecho es suficiente para fundamentar la excepción de carencia de causa para pedir por no haber nacido aún la obligación que se cobra, según reciente doctrina de la honorable Corte en el juicio de la Nación contra Roberto Llaña.

"A este respecto dijo la honorable Corte: 'Como consecuencia de no estar notificadas en debida forma las providencias que constituyen el recaudo, el cobro coactivo se adelanta sin que la obligación que establecen aquéllas haya nacido legalmente para el responsable, porque al faltarles el requisito esencial de la notificación correspondiente carecen de firmeza, no son definitivos y no tienen por tanto, entidad bastante para servir de fundamento legal a una ejecución.'

"Por tanto, conceptúo que está probada la excepción resultante de la falta de notificación legal."

En efecto, la doctrina a que alude el señor Procurador es la que ha sostenido constantemente la Corte fundada en las disposiciones que quedan citadas, por lo que la excepción en refrencia debe declararse existente. Y como de conformidad con lo dispuesto en el art. 344 del Código Judicial, no obliga al Juez al estudio de las otras excepciones cuando una de ellas se encuentra comprobada, no se entra a analizar las otras que fueron propuestas.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de ineficacia del título ejecutivo, y ordena, en consecuencia, cesar la ejecución y desembargar los bienes que se hallan sujetos a la traba ejecutiva.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

INDICE

Editorial.—Vulgarización de la posesión ante el Código Civil Chileno, por Leopoldo Urrutia 97

SALA PLENA

Se declara exequible el decreto ejecutivo Nº 191 de 26 de enero de 1937, reglamentario del turismo en Cartagena.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 105

Inexequibilidad de un decreto ejecutivo que desnaturaliza el ejercicio de la potestad reglamentaria.—Se declara inexequible una parte del art. 4º del Decreto Nº 1264 de junio de 1935, "por el cual se aprueban las tarifas para las empresas de navegación del Bajo Magdalena, en desarrollo de la ley 53 de 1918 y del Decreto Nº 1451 de 1935.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 108

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica y Hernán Salamanca 110

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

Recurso de hecho.—Se niega el interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, aprobatoria de la partición en la sucesión de Manuel Salvador Jaramillo.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 111

Recurso de hecho.—Estimación de la cuantía para el recurso de casación. Se deniega el recurso de hecho interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Eugenio Ordóñez contra Jorge E. Vanegas.—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón .. 114

Se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en el ordinario de Juan de la Rosa Cifuentes contra la sucesión de Isabel Chica.—Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 115

Acción sobre pago de una suma de dinero.—Novación. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto en el ordinario de Luis Dorado contra Neftalí Rojas. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 116

Nulidad de un contrato.—Restitución de bienes y otros extremos. — **Sociedad.** — **Personería jurídica de las sociedades.—Consecuencias de la disolución de una sociedad.—Liquidador de la sociedad.** — **Supervivencia de las sociedades después de su disolución.** — **Estado de liquidación. Venta de cosa ajena.** — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en el ordinario de Rufina García de Mantilla y otros contra Félix J. Mantilla y la sociedad "Mantilla y Compañía".—Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón.. 125

Demanda de revisión de un juicio ejecutivo.—Personería de las sociedades de origen privado—Banco Agrícola Hipotecario. — **Personalidad sustantiva del Banco Agrícola Hipotecario.** — **Carácter público, por creación real de la ley,** del Banco Agrícola Hipotecario.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Pablo L. Acevedo B. contra el Banco Agrícola Hipotecario.—Magistrado ponente, Dr. Fulgencio Lequerica Vélez. 137

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

No toda explicación que el Jurado agregue al veredicto modifica sustancialmente el "sí" con que afirma la responsabilidad del procesado.— No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que impuso a Timoteo Rojas Pérez la pena principal de seis años de presidio por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 146

Homicidio simplemente voluntario.— No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de San Gil en la causa contra Desiderio Peña por el delito de homicidio. — Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 148

Imputabilidad y cuerpo del delito.— No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en la causa contra Adolfo Velásquez por homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Pero Alejo Rodríguez 149

Empleados públicos de mala conducta. Circunstancias agravantes.—Se reforma la sentencia del Tribunal Superior de Pasto en la causa contra el ex-Juez 1º del Circuito de Barbacoas, doctor Raúl J. Castillo Klinger.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 150

Competencia negativa.—Se ordena la

Págs.

devolución del informativo en que están sindicados varios militares por delitos contra la hacienda pública, al Comandante de la 1ª Brigada de Tunja.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 151

Homicidio.—Nulidad. — Sorteo de jurados.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa por homicidio contra José del Carmen Sepúlveda.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 153

Deficiencia completa de la prueba en un recurso de revisión.—Se niega la revisión demandada por Isaac o Isaías Medina contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva que lo condenó por los delitos de asesinato, robo y hurto.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez.. 155

Incompatibilidad de la judicatura con el ejercicio de otro cargo retribuído. Se confirma el sobreseimiento definitivo del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo a favor del doctor Luis Loreto Suescún, por cargos que se le hicieron en su carácter de Juez del Circuito.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 156

Responsabilidad de un funcionario público por uno de los delitos de que trata el Libro II, del Título X, Capítulo V del Código Penal.—Se revoca el sobreseimiento definitivo del Tribunal Superior de Bogotá dictado en favor de Luis Mª Parrado G. y se abre causa criminal contra el mismo—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 157

Recurso de revisión en materia criminal.—Se declara que no es el caso de decretar la revisión de la sentencia del Tribunal Superior de Buga en la causa contra Juan Evangelista Muñoz por homicidio y robo. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 162

Juicio militar.—Consulta de una sentencia.—Se confirma el fallo absolutorio del Consejo de Guerra Ordinario en favor de Angel María Palacio, sindicado del delito de deserción. — Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 165

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Incidente de exhibición. — Libros de comercio. — Se ordena la exhibición de los libros de cuentas de la sociedad "J. Castro & Hijo y Jesús Gaviria A." en el juicio contra el Departamento de Caldas.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 167

Pensión—Se decreta a favor del señor José Manuel Patiño y a cargo del Tesoro Nacional, por servcios públicos.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 169

Excepciones. — Se declaran no probadas las excepciones propuestas por los señores Rafael Ospina y Santiago Giraldo Gallo en el ejecutivo que les adelanta el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales. — Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 171

Tacha de peritos.—No se accede a la reposición solicitada por el señor Procurador delegado en lo civil del auto del 6 de octubre del año próximo pasado en el ordinario de José Alberto Maldonado y otros contra la Nación—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 174

Incompetencia de jurisdicción. — Se declara incompetente la Corte para conocer en el juicio de la Administración de Hacienda de Santa Marta contra Enrique Orozco.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 176

Excepciones.—Se declara probada la de inexistencia de la obligación en el ejecutivo del Departamento del Atlántico contra los señores Francisco García & Hermano. — Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 177

Pensión.—Se decreta a favor del señor Miguel A. Cataño O. y a cargo del Tesoro Nacional, por servicios en la instrucción primaria oficial. — Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 178

Pensión.—Se decreta a favor del señor Eduardo Arango G. y a cargo del Tesoro Nacional por servicios en la instrucción pública.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 179

Excepción.—Se declara probada la de ineficacia del título ejecutivo en juicio adelantado por el Juzgado Nacional de Cali contra Ernesto Sarasti.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 180

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR, JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas.—Ley XIII).
"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVI BOGOTA—ABRIL DE 1938. NUMERO 1934.

DE LA JUVENTUD ETERNA DEL DERECHO

Por

FRANCISCO SCHIEGELBERGER

Es en mí un atrevimiento, disculpable por el deseo de expresarme en la hermosa lengua de Cervantes, el disertar sobre difíciles problemas jurídicos, en un idioma que no es el mío. Bien comprendo que necesito benevolencia e indulgencia amplísimas, tanto más cuanto que lo mismo el lenguaje del pueblo como el jurídico apenas tienen algo de común en nuestros respectivos países. Si quisiéramos buscar un origen común de las normas de la vida y del derecho de nuestros pueblos, tendríamos que retroceder a través de los siglos, y no sé si lograríamos nuestro objeto. Esta convicción me indujo a inspirar el tema de la primera de mis conferencias en una idea que, independiente del lugar y del tiempo, independiente también de la historia de los pueblos, dominara a todos los que nos dedicamos al derecho, es decir, la idea de la ETERNA JUVENTUD DEL DERECHO.

Respecto de la esencia del Derecho, hay una frase que se oye en todos los pueblos del mundo, la frase: "El derecho es inmutable, eterno." Esta frase tiene doble sentido. Estamos acostumbrados, al pronunciarla, a pensar en el triunfo del derecho sobre las fuerzas tenebrosas de la injusticia. En verdad, es una frase de promisión para los agobiados y oprimidos. Seguramente encontraría yo en ustedes la necesaria comprensión si, pensando en la suerte de mi país, asignase ese sentido a nuestra frase. Pero no es el triste cuadro del derecho combatido por la injusticia el que será el fondo de mi disertación de hoy. La frase "El derecho es inmutable" tiene, además, otro sentido: la confesión de su eterna juventud. Ocupándonos nosotros, jurisconsultos, de las doctrinas generales del Derecho, estamos acostumbrados a hablar de la teoría de las fuentes jurídicas. Apenas nos

hacemos cargo de que, con ésto, ponemos el derecho bajo un símbolo maravillosamente sublime, el símbolo de la fuerza juvenil que brota pujante, símbolo de la pureza. Es del alma del pueblo de donde surge la fuente del derecho. Desde la luminosa altura de los glaciares, el derecho, ese hijo del sol, juntándose con siempre nuevos y juveniles compañeros, inconscientes todavía de peligros, bajará a las llanuras de la realidad. Repartiendo bienandanzas y salud, se hace amigo de los hombres, firmemente encauzado, desliza su caudalosa corriente por las hondonadas de la vida humana.

¿De quién le amenazan los peligros al derecho juveunil? ¿Cuál es el poder que pudiese atemorizarlo? El peligro proviene del poder que le da la forma, es decir, de la legislación. Esto parece paradójico y necesita explicarse. Poniendo frente a frente al derecho y a la ley, no queremos de ninguna manera aludir a esa tesis defendida hoy con frecuencia de que el juez pueda rechazar la aplicación de una ley si, según su parecer, no estuviese conforme dicha ley con el espíritu del derecho. Esta nueva doctrina no se entiende sino evocando el tiempo de efervescencia de las condiciones políticas y jurídicas de un pueblo, tiempo en que la intervención, a menudo violenta, del legislador, consciente éste de su obligación de arreglarlas, provoca la oposición espontánea con natural vehemencia. Esta tesis de que el derecho se sobrepone a la ley, es de carácter revolucionario en sí misma, pues esconde peligros extraordinarios, y, llevada a cabo seriamente, conduce a la más completa anarquía del derecho. No pensaba yo en este problema al señalar la legislación como enemiga del derecho. El peligro inminente para el derecho de parte de la legislación, lo veo más bien en lo siguiente: Arte suprema del legislador es fijar el momento en que un problema jurídico está en sazón para incorporarlo a la legislación. Pero es cierto que la ley, en cuanto a sus ideas esenciales, no es una obra de arte en sí misma. El legislador cometería un grave error si forzase prematuramente la inclusión de la idea de la ley positiva. Un buen jardinero deja primero desarrollarse libremente el tallo, lo expone a los vientos y a la tempestad, y no le da forma ni fijeza sino después de asegurarse de su fuerza y vigor. De la misma manera el legislador tendrá que guardarse de no impedir con anticipada fijación el desarrollo de las ideas jurídicas. Pues cogida una vez fuera de sazón, se petrifica la vida no desenvuelta todavía, y así se desfiguran y hasta malogran a menudo ideas jurídicas de importancia y valor.

Pero sería completamente equivocado el suponer que cada problema jurídico fuese apropiado a regularse por la legislación. Abundan los casos en que el legislador obra cuerdamente limitándose a observar el desarrollo jurídico sin perder la serenidad por las exigencias, a menudo violentas, de los que desde fuera le inciten a la rápida resolución de ciertos problemas. A tal reserva tendría ya que obligarnos la convicción de que el exceso de leyes debilita la estimación para con la ley como tal y aminore la voluntad de ser fiel a las mismas. La convicción de que el exceso de leyes menoscaba su calidad y, con eso, rebaja automáticamente también la jurisprudencia y la ciencia del derecho no se ha hecho aún del dominio público. Sin embargo no se puede negar que, si degenerase la legislación hasta producir maquinalmente normas jurídicas, no se lograría ya trabajo de calidad, del aumento desmedido de procedimientos nacería la deficiencia de legislación, y se cristalizaría no sólo al rededor de una ley defectuosa una cantidad inmensa de sentencias, sino, en torno de éstas, a su vez una multitud incontable de productos literarios; lo que llevaría a situaciones incompatibles con la misión sublime del derecho. Pero la naturaleza de ciertos problemas jurídicos obligará a un legislador cuerdo y fiel a sus deberes a una prudente reserva. Para poner en claro mis pensamientos voy a exponer algunos problemas de los muchísimos que existen, todos ellos de suma importancia, y que si la ley hubiese estorbado su natural desarrollo se habrían malogrado produciendo grandes perjuicios a los intereses económicos.

1) Vieja y venerable es la doctrina de la llamada cláusula rebus sic stantibus. Está fundada en la idea que todos los derechos pueden perjudicarse por la variación de las circunstancias decisivas en el momento de su nacimiento. Cada contrato, éste es el núcleo de la doctrina, debe contener una cláusula, si no explícita, por lo menos tácita, según la cual, en el caso de cambio esencial de las circunstancias, el contrato se rescindirá o, por lo menos, se modificará respecto a su contenido. La cláusula rebus sic stantibus representó todavía un papel importante en Alemania en el siglo XIX. Los motivos de que luégo desapareciera más y más en la teoría y en la práctica son varios. Lo característico de esta norma jurídica consiste en que la rescisión o la modificación de los contratos se reduzca a la voluntad de los contratantes. Correspondía ésta a la concepción del derecho natural, la que tendía a derivar de dicha voluntad las institu-

ciones jurídicas particulares y sus efectos, pero no corresponde ya a la manera de pensar moderna. Además de eso, la progresiva marcha legislativa del derecho y la refinada técnica de las leyes, hacen posible por medio de una interpretación razonable de los reglamentos positivos, llegar a un resultado satisfactorio hasta en los casos en que, entre la fecha del contrato y su cumplimiento, ocurrieron modificaciones importantes de la situación primitiva. Hoy la mayoría de las leyes civiles se regula precisamente, por preceptos particulares, en los efectos que un cambio de circunstancias ejerce sobre las obligaciones del contrato. Según esto, la Corte Suprema alemana rechazó, a base de la génesis del Código Civil, la doctrina de la cláusula como institución general de derecho. Es cierto que en cada caso particular se haya de probar, si, según la intención de los contratantes, se admite la rescisión a causa de cambio de circunstancias, o hasta se toma en consideración si, en una clase entera de contratos, correspondiente a su naturaleza, no se tiene el derecho de rescindirlos a causa de circunstancias cambiadas. Pero, en general, todo quedará reducido al caso en cuestión. Las conmociones violentas de la guerra mundial produjeron un cambio radical en la situación jurídica. Desarrollándose paso a paso, la jurisprudencia reconoce, además del concepto de la posibilidad económica, también la clausula rebus sic tantibus como motivo de justificar la rescisión o modificación de los contratos, tratándose de aquellos cuyo cumplimiento, según su naturaleza, obliga a largo plazo, especialmente contratos de entregas sucesivas. Más y más pierde fuerza, con esto, la idea acentuada por la Corte Suprema de que sea la cláusula una condición dependiente de la voluntad de los contratantes, y se convierte ya en un reglamento del derecho objetivo.

Habría sido un grave error si la ley hubiera intervenido en ese desarrollo paralizándolo prematuramente, ya por no saberse todavía si, con la creciente mejora de las condiciones económicas, la doctrina de la cláusula no volverá lentamente al seno de la historia.

2) Otro ejemplo muy instructivo muestra la doctrina de la llamada violación positiva del contrato, regulada en el derecho francés, pero no en el Código Civil alemán, esa forma importante del cumplimiento de contratos, además de retraso e imposibilidad, en la cual la ciencia y la jurisprudencia otorgan, en ciertas circunstancias, además de su cumplimiento, también el permiso de rescisión y el derecho de pedir indemnización en caso de incumplimiento. En un caso de continuada violación hecha por entrega de mala cerveza, la Corte Suprema concedió al contratante comprador el derecho de rescindir el contrato completamente y lo motivó por la imposibilidad de cumplimiento, conforme a lo estipulado también para el porvenir, supuesto que la particularidad del caso no permite espera ninguna, y el fondista tuviese interés en la rescisión del contrato. Además la Corte Suprema en el caso de una entrega de cerveza de continuo mala, entrega de cantidades insuficientes de hielo, etc., después de repetidas e infructuosas reclamaciones del fondista, y a pesar de un acuerdo respecto a algunas entregas, otorgó el derecho de rescisión del contrato para el resto del mismo. Finalmente, la Corte Suprema concedió, en un caso muy semejante, un derecho de rescisión establecido por tácito acuerdo supuesto que, en lugar de buena cerveza, se entregó continuamente de tan mala calidad que el fondista, obligado a expender sólo esa cerveza, estuvo en peligro de quiebra.

Esta jurisprudencia de la Corte Suprema respecto a un reducidísimo sector de la vida económica, constituye el fundamento de la doctrina llamada "violación positiva del contrato" que domina hoy todo nuestro derecho de contratos. Por una violación positiva de contratos se entiende ahora, en una jurisprudencia constante, fundamentada en extensas investigaciones científicas, una falta en contra del cumplimiento del contrato de la cual responderá el deudor, resultando ésta, en cuanto a la naturaleza del contrato, y a las circunstancias especiales de los contratantes, tan importante que, según las particularidades del caso, no se puede ya en justicia exigir del contratante leal la continuación del contrato. Poner en grave peligro su objeto, equivale a hacer ilusorio el contrato entero. El contratante leal puede rescindirlo, sin anunciarlo antes ni poner plazo ninguno, o pedir indemnización por no cumplido, de la misma manera que, anunciada convenientemente la negativa de recepción de la entrega y marcado un plazo, tiene derecho de hacer en el caso de rechazo de la misma. Estas consecuencias jurídicas seguirán a cada contravención efectiva en cuanto a los deberes de los contratantes así como a las faltas por incumplimiento del contrato.

La ciencia y la jurisprudencia corrigieron, con esto, abriendo nuevas vías, un defecto visible del derecho de obligaciones alemán fundadas en una exacta observancia de la vida. Figúrense ustedes de qué manera fatal se habría paralizado el desarro-

lo del derecho, si el legislador se hubiera resuelto a intervenir ya con prescripciones, por ejemplo a base de las experiencias hechas con los contratos de entregas de cerveza. Que, en general, el mismo haya prescindido de reglamentos redunda en honor, tanto de él como de la ciencia y la jurisprudencia alemanas que, también sin ayuda del poder legislativo, lograron someter la vida al imperio del derecho.

3) Principio fundamental del contenido de cada obligación, según el derecho alemán, es la prescripción de que el deudor está obligado a verificar la prestación así como, respecto de las costumbres de comercio, la lealtad y la buena fe lo exigen. A este precepto no se refiere solamente la doctrina de la clausula rebus sic stantibus y la violación positiva del contrato. Dicho precepto que, ya en los tiempos de paz, merced a su sencillez y elasticidad, dominaba la jurisprudencia, se manifestó, durante la guerra y los años siguientes, como una de las preciosas normas del derecho vigente, especialmente en el tiempo de la desvalorización. Hizo posible a una sabia jurisprudencia tener en cuenta las inmensas variaciones de los mercados, monetario y de inmuebles, así como de las reformas sociales, que se desarrollaban a saltos y con rapidez fantástica por lo menos de manera que la confianza en el poder regulativo del derecho se conservara intacta en el pueblo alemán. Constituyó también el fundamento para el derecho de revaloración de hipotecas.

El derecho del acreedor a pedir aumento del pago a causa de la disminución del poder adquisitivo del dinero, no se reconoció durante mucho tiempo. También la jurisprudencia siguió aferrada a la frase: "Un marco es un marco." Pero llegando la desvalorización del dinero, a tal grado que, en la práctica, no había que hablar ya de un valor del marco, la Corte Suprema renunció a tal parecer. Comprobó, en cambio, que las prescripciones del valor de la moneda no estaban ya conformes con la prescripción de la ley, queriendo impedir ésta que fuese posible al deudor deshacerse de sus obligaciones de un modo no compatible con las pretensiones de la lealtad y la buena fe. En esta oposición, así dice la Corte Suprema, el principio de la buena fe y la lealtad debe tener la primacía, y los preceptos de valor no deben tenerse en cuenta.

Esta célebre sentencia constituye el fundamento de la doctrina de revaloración jurídica y económica. Aunque para algunos hechos típicos la medida de revaloración ya se arregló efectivamente, tal solución media era precisa para llegar lo más pronto y equitativamente a una adaptación a las condiciones actuales. Pero en general, y ante todo en el terreno de los contratos mutuos tan importantes en cuanto al comercio mundial, el legislador dejó paso libre a las consecuencias de la jurisprudencia de la Corte Suprema, de manera que las circunstancias particulares en cada caso determinasen la medida de revaloración; aunque, especialmente, de parte de los deudores, no faltasen quienes desearen que también en este terreno se verificase un cambio desde la revaloración libre a la fija. Pero estos deseos no se han realizado, y, por cierto, con mucha razón. Una norma que se atreviese a dar una solución definitiva y cabal para obligaciones financieras resultantes de contratatos mutuos tendría que malograrse. Si el derecho ha de ser espejo de la realidad no se pueden sustituír impunemente los abigarrados colores de la vida por el gris monótono de una ley niveladora.

4) A estos tres ejemplos, elegidos del derecho de obligaciones, quisiera añadir al fin todavía uno del derecho de cosas. En el trato económico resulta inevitable que al acreedor se le constituya garantía con los géneros del deudor sin impedir la actividad industrial de éste. La práctica, empero, tropezó, en esto, con dificultades jurídicas. Según el derecho alemán, no basta, respecto a la pignoración, en contra de la entrega, un arreglo de propiedad, es decir, un acuerdo jurídico en virtud del cual el acreedor se hace propietario del objeto pignorado sin incautarse de él. Tal arreglo de propiedad pudiera aprovecharse para constituír secretas obligaciones hipotecarias, que, no perteneciendo en el caso de quiebra del empeñador, según la concepción de la ley, arriesgarían la seguridad del trato comercial. Por otro lado, también según el derecho alemán, puede el propietario entregar los géneros como fiduciarios a su acreedor por medio del arreglo de posesión. Esta forma jurídica presentada por la ley la utilizó el trato comercial para poner a salvo los créditos también en cuanto a depósitos de existencias cambiables. El comerciante que necesita créditos sigue poseyendo el depósito de mercancías, y, por eso, podrá proseguir su indústria sin estorbo. El acreedor le permite vender los géneros a su propio nombre; los recientemente adquiridos pasarán, según el contrato usual, a la propiedad del acreedor. Acerca de si necesitase para eso un acta especial de entrega es discutible, y por el momento no nos interesa. La institución de entrega de géneros, en lugar de la pignoración, se discute

todavía con mucha viveza, especialmente en cuanto a los depósitos de géneros en circulación. La legislación queda, hasta ahora, en espera de sus resultados y con mucha razón. No hay suficiente motivo para sancionar legalmente la práctica de los tribunales en ese terreno. Oponerse a ella no sería posible sino ofreciendo una compensación en forma de hipoteca mobiliaria. De los escrúpulos en contra de ésta no convendrá tratar de ellos aquí precisamente; lo único que importa es persuadirse de que, estableciendo la hipoteca mobiliaria en lugar de la entrega con motivo de asegurarse una situación jurídica esencialmente aclarada se reemplazaría por una institución no probada todavía, pero por cierto, fuente de nuevos e inopinados problemas; a lo que el legislador no debe resolverse sino en caso de necesidad urgente.

El segundo peligro inminente al derecho de la legislación está íntimamente ligado con la forma de la ley. La vida del derecho en la forma que le dio el legislador, depende del lenguaje que lleva la ley. nunca está la misma en mayor riesgo que cuando se complace el legislador en pensamientos jurídicos de exagerada abstracción. Si no lográsemos enseñar a la ley el lenguaje del pueblo, será inevitable que más y más grandes núcleos del pueblo se aparten de la legislación, y la jurisprudencia acabe por ser una especie de ciencia misteriosa y oculta. Una vez destruída la viva conexión entre el pueblo y el derecho, luégo se debilitará la voluntad de obedecer a la ley, y el derecho materializado en forma de ley, se olvidará poco a poco. No debe compararse el legislador con su colega de otra facultad, el médico, que en virtud de un derecho consuetudinario casi sancionado escribe sus recetas casi tan ilegibles que nadie sino el boticario competente sea capaz de leerlas. Pero la receta del médico como no se dirige sino a dicho boticario bastará con que éste la entienda, mientras que la ley se dirige al mismo pueblo de manera que se niega a sí misma no pretendiendo que el pueblo la entienda. Pero si un lenguaje de leyes es bueno y claro, en cambio, será, hasta más allá de sus fines inmediatos, de importancia extraordinaria para la nación. No solamente las transacciones económicas entre compatriotas dependen de un derecho claro y comprensible, sino que también la participación de aquellos en el comercio mundial está sumamente influído por él. Según enseña la experiencia, lo mismo que un Estado, si le falta el amparo del derecho, es incapaz de contratar, así se empeora la situación del contratante que no se apoya en normas jurídicas comprensibles para la parte contraria. Obscuridad de leyes siembra desconfianza, y el vencimiento de la misma, si es posible, ya se sabe que no se compra sino muy caro en el trato económico. ¿Qué forastero, por ejemplo, daría crédito barato para solares si su título de propiedad en la finca, a cuenta de la cual dio su dinero, estuviese sujeto a leyes que no comprende y que el otro contratante no puede hacérselas comprensibles sino por medio de una jurisprudencia teórica muy difícil? El célebre poeta lírico griego Simónides llamó a la pintura, poesía muda, a la poesía, pintura que habla; frase a la que se junta el dicho de nuestro gran poeta Goethe calificando a la arquitectura de música petrificada. Como poesía muda la pintura, música enmudecida la arquitectura, la ley será el aliento contenido de la vida. Es el anhelo de armonía que se expresa maravillosamente en esas frases. Y ese anhelo debe cumplirlo la ley también. Solamente ofreciendo armonía entre la norma legal y las exigencias de la vida, ofreciéndolas, por otro lado, entre el contenido, el objeto y el lenguaje de la norma, la ley quedará más allá de su fin inmediato, el heraldo fiel del derecho.

Pero todavía hay que llamar la atención sobre un tercer punto, o sea el peligro de la codificación. El problema de la misma es antiguo. ¿Quién podrá decir si el número de los defensores de la codificación es superior al de los adversarios? No hablemos de ello: en todo caso no hay que olvidar que la codificación tiene no sólo afianzamiento sino también fuerza separatista. Separando el derecho codificado de otros nacidos de la misma raíz, le prescribe un desarrollo particular. Bastará acordarse de la suerte de los distintos derechos nacidos del romano para confirmar la exactitud de esa tesis. Los afanes de Francia e Italia por llegar a un único derecho civil, afanes que se sabe que llevaron recientemente al proyecto de un común derecho de obligaciones, hablan un lenguaje muy convincente. No son fines nuevos a que tienden los derechos de esos países, sino lo que intentam es retrotraerlos hacia el punto donde en otro tiempo se separaron por medio de la amplia codificación del siglo XIX. Aun en nuestros días que reciben su carácter especial de los afanes de unificar el derecho se debe poner este conocimiento en primer término. Por más que sienta un Estado el deber nacional de codificar su derecho tendrá que hacerse cargo de que renuncia, con esto, a marchar al lado de los derechos hermanos.

El poder del legislador sobre el derecho normalizado no dura mucho tiempo; pues es una experiencia general de la vida que la ley hecha obligatoria se sustraiga a ese poder, y la fuerza natural del derecho se manifieste por la vida propia y característica de la ley. ¿Quiénes son los que cuidándolo defenderán ese derecho juvenil contra la ley? La ciencia y la jurisprudencia con todos sus órganos. Observando cómo se hace ese cuidado del derecho lograremos un conocimiento muy importante, a saber, la ciencia y la jurisprudencia acompañan los primeros pasos de la ley juvenil atendiendo cuidadosamente a las condiciones con las cuales la vida se fijó por las normas jurídicas. Casi todas las explicaciones científicas e interpretaciones de la ley que siguen inmediatamente a su nacimiento, casi todas las sentencias del primer tiempo ligan al desarrollo de la ley con la historia de su nacimiento. Proyectos y discursos parlamentarios, crítica y contra-crítica, en suma, lo que estamos acostumbrados a llamar materiales, todo se aprovecha para determinar los efectos de la ley juvenil. Pero la ley se emancipará de esos pesos con fuerza elemental, desarrollándose libre según los menesteres de la vida y el carácter del derecho hacia una nueva manifestación independiente del mismo.

En esta fase del desarrollo la ciencia y la jurisprudencia cambian sus métodos. No aludiendo ya a la historia de su nacimiento, tienen ahora por misión el relacionar la nueva forma jurídica con el derecho hasta entonces vigente. Siguen, al interpretar la ley, los resultados de las investigaciones científicas logrados hasta ahora y los principios jurídicos fijados por la práctica forense. Aparace claramente el carácter conservador del derecho.

El detenimiento del frenesí demasiado violento del miembro más joven de la sociedad de las leyes no sigue ya fundándose en las casualidades de la historia de la legislación, sino en el mismo carácter del derecho. Por ser saludable y benéfico este detenimiento, no se puede pasar sin el desarrollo de una buena ley. La más noble labor de esas dos grandes auxiliares del mismo, la ciencia y la jurisprudencia, es tender al mismo fin, colaborando con inteligencia, cuidando de que el derecho guarde su fuerza vital también cuando se transforma en ley. Ambás se reparten las tareas por sí mismas. La ciencia se ocupará del análisis de la ley, la reducción de sus normas a los pensamientos fundamentales del derecho y las consecuencias de la posición de la nueva ley dentro del sistema jurídico. La jurisprudencia al probar la nueva ley en la vida práctica le dará la interpretación conveniente a las necesidades del pueblo, al que va a servir la ley. Con esto, naturalmente, no se ha encontrado ningún límite absoluto. También la ciencia tendrá que escuchar el pulso de la vida. Muchas veces es verdad, en el gabinete de estudio se juntarán profundas ideas por un hilo que, visto a la luz de la realidad, no permitiría hallar la salida del laberinto de dudas sino que, por el contrario, sepultará más y más en las tinieblas al explorador del derecho vigente. Yo mismo, profundo adorador de las investigaciones científicas, tengo en gran estima el trabajo meditativo de los eruditos, pero desearía que no se imprimiese todo lo que se ha meditado, que no saliese a luz sino lo que tuviese fundadas probabilidades de vida. Carece de valor toda teoría que no puede contar con que su doctrina sea adaptada por la práctica. La jurisprudencia se debe guardar de no rebajarse hasta llegar a ser un oficio; una discusión de partidos preparada por abogados y bien dirigida y fallada por los jueces resulta a la vez un modo de purificar el derecho. Y para tal procedimiento no será superfluo ningún cuidado, ninguna profundidad científica. Cuanto una jurisprudencia elevada podrá aprovechar para el desarrollo del derecho lo han probado bastante bien los ejemplos estudiados anteriormente. En la mano del juez está compensar las faltas de normas y allanar el camino al derecho perturbado. En el caso de que no se pueda sacar de la ley ningún precepto relativo al hecho ni tampoco por medio de la interpretación, valdrá, para el juez, en virtud del derecho no escrito, el precepto del Código Civil suizo de que falle según el derecho consuetudinario, o, faltando éste, según el reglamento, que, siguiendo el ejemplo de maestros acreditados y la tradición, estatuiría él mismo como legislador, es decir, así como el legislador consecuente habría sentenciado si hubiese pensado en tal caso.

Demasiado lejos va la teoría de la llamada aplicación libre del derecho, la cual haciendo caso omiso de la letra de la ley, va a aplicar el derecho libre e independiente de plena autoridad del juez, en vez de hacerlo por interpretación.

En las sentencias de los tribunales se refleja como en un espejo la evolución continua del derecho, y, por eso, sería muy arriesgado dificultar el desarrollo del mismo otorgándose fuerza de ley a los fallos dictados en casos particulares. No ignoro que en grandes países muy cultos, según el derecho vigente tienen fuerza de ley. Pero

esta institución, fundándose en las condiciones particulares de aquellos países, no resulta apropiada para generalizarse. No faltará, y no ha faltado nunca, desde que escribimos la historia del derecho, que el egoísmo y la malevolencia intenten aprovecharse abusivamente del derecho para sus mezquinos fines. Ciertamente también que hasta en tales ruines ataques se acreditará con fuerza elemental la frase: "El derecho es inmutable y eterno"; pero especialmente al derecho juvenil, la ciencia y la jurisprudencia le podrán ser auxiliares muy importantes en esta lucha. Cuanto más pueda contar el derecho con esta ayuda, tanto mayor libertad de desarrollo puede concedérsele. Del derecho de mi país puedo presentarles a ustedes una excelente prueba de la exactitud de esta frase. La ley alemana permite que se determinen para clases particulares de acciones, varios derechos, especialmente en cuanto a la distribución de la ganancia o del caudal social. A las acciones privilegiadas, admitidas por esto, puede atribuírseles un derecho de sufragio aumentado. Antes de la guerra mundial esas acciones privilegiadas con derecho de votos aumentados representaron solamente un papel inferior; en general no se omitieron sino con objeto de saneamiento, y, por eso, no causaron reclamaciones. Era justo y equitativo otorgar una compensación a los que ayudaban a una sociedad necesitada. Con la ruina de los valores económicos cambió esto completamente. Cuando las acciones de las mejores sociedades alemanas se compraban por cuatro cuartos, y, con esto, amagó el peligro inmediato de que la economía nacional alemana sucumbiese ante la extranjera, se conoció que, con la institución de la acción privilegiada con votos aumentados, se poseía un medio de defensa idóneo. Y comprobándose en lo mejor esta arma en la lucha contra esa invasión exterior, se la aprovechó también para guardarse de la llamada invasión interior, o sea, para asegurar el poder de las fuerzas dominantes actualmente en la sociedad. Se dejó desarrollar libremente esta institución aunque el peligro de cierto abuso se traslucía ya claramente.

No en todos los casos bastó el medio de dichas acciones para asegurar las condiciones de poder actuales en la sociedad, ya que, según el principio separado de las varias clases de acciones propia de la legislación para las sociedades anónimas alemanas, los tenedores de acciones de reserva podían impedir con su veto resoluciones de la junta general, pero no forzar a una resolución positiva. Por eso se buscó otro recurso, y nacieron las llamadas acciones de amparo, es decir, acciones que no se distinguen, como clase, de las demás, de manera que votos separados no hay en este caso, cuya particularidad en cambio, consiste en que sus tenedores quedan obligados a no disponer de las mismas sino de acuerdo con la sociedad y de cumplir sú derecho de sufragio conforme con ella, o sea, la administración actual. A esta reforma no se le puso tampoco ningún obstáculo.

Pero, cuando esas acciones de privilegio con derecho de votos aumentados, así como las de amparo, fueron causa de verdaderos abusos, intervino la jurisprudencia enérgicamente ayudada por la ciencia. La Corte Suprema dictaminó que la explotación abusiva e ilimitada de la minoría hecha por la mayoría con el fin de fomentar sus intereses egoístas en contra de la sociedad, era contraria a las buenas costumbres, y, por eso, indigna de la protección del derecho. Ustedes conocen aquí por un ejemplo clásico, cómo las fuerzas promotoras y, si permiten ustedes el término, contramotoras de la ciencia y la práctica tendrán que compensarse para garantizar un sano desarrollo del derecho normalizado. Como, por un lado, no se pudo asumir la responsabilidad de arrancar a la economía nacional, en su lucha tan grave así exterior como interior, un arma utilísima, por otro se entendía por sí mismo que se resistió enérgicamente al abuso del derecho.

Se habla muy a menudo de un envejecimiento de la ley. ¿Cómo concuerda esto con el dicho de la eterna juventud del derecho? A lo que hay que responder que la ley puede envejecer, pero el derecho no, ni el normalizado por la ley tampoco, supuesto que se le deje bastante libertad de desarrollo. Si fuese exacto que el derecho fijado por la norma envejeciese, o sea, perdiese la fuerza de regular la vida racionalmente, no se podría entender que un pueblo vigoroso y fuerte viviera bajo leyes que nacieron a veces hace un siglo o más. El que observare la vida y el derecho conocerá cómo una buena ley, y no hablo aquí sino de tales, bajo los solícitos cuidados de sus auxiliares, la ciencia y la jurisprudencia, se acomoda elásticamente a las necesidades de la vida; cómo facilita nuevas formas vitales bajo el amparo del derecho, y cómo sustrae ese amparo, poco a poco, y casi imperceptiblemente, a las condiciones de la vida que van desapareciendo y, según las ideas morales modernas, indignas ya de ser conocidas. Voy a referirme, por ejemplo, al derecho de mi país, que bien presente lo tengo, considerando cómo esa rápida subida

económica a una altura insospechada, la bajada a consecuencia de la guerra mundial, y el levantarse luégo lenta y tenazmente, se han hecho siempre bajo las normas exteriormente iguales del derecho mercantil, no puedo deducir de todo esto sino quese realizó un cambio casi inadvertido del contenido de la ley. Aunque pudiera comprobarlo por muchos hechos particulares, quisiera limitarme a dos ejemplos.

Según la legislación alemana para las sociedades anónimas, el contrato de la sociedad tiene que celebrarse, por lo menos, por cinco personas tenedoras de acciones. En la práctica resulta esta condición realmente molesta. Se ha establecido la costumbre que, como fundadores apareciesen personas poseedoras formales de las acciones, pero en verdad para otras a consecuencia de un convenio mutuo. La jurisprudencia aprobó esta costumbre. Estos testaferros fueron considerados como verdaderos fundadores y responsables, en todo y por todo. Efectivamente, con eso, perdió su valor la prescripción de que se necesitasen cinco, especialmente cuando los testaferros carecían de bienes, lo que de ningún modo justifica en general el reproche de intención fraudulenta. Y perdió tanto más su valor cuanto que el nombramiento de testaferros se admite también supuesto que, por ejemplo, dos fundadores se obligasen a ceder en seguida sus acciones a sus compañeros, hasta en el caso de que se intentase desde el principio reunir todas las acciones en una mano. Así la llamada "Einmanngesellschaft", o sea, sociedad que consiste en un único socio, se halló insensiblemente dentro de la ley que prescribe los cinco y su reconocimiento jurídico incontrovertible.

Otro ejemplo lo constituyen las reservas secretas de las sociedades anónimas. Una minoría que representa la vigésima parte del capital social estará autorizada para impugnar abonos en cuenta o reservas supuesto que sobrepasan la cantidad admitida por la ley o los estatutos. Más y más la jurisprudencia y la ciencia tienden a limitar esta impugnación; pues a base del conocimiento que cada valoración sea tasación, se supone hoy que la ley quede intacta en tanto que los cálculos del balance, aunque discutibles en cuanto a su rectitud objetiva, no sobrepasen de consideraciones razonables. Solamente un procedimiento malévolo o arbitrario dará el derecho de impugnación. Pero no es arbitrariedad si la administración por cumplir con su deber, con el cuidado propio de un verdadero comerciante, llega a considerar necesarias las reservas para conservar solvente y resistente la empresa en el porvenir y fortalecerla contra posibles peligros. A consecuencia de las experiencias de la guerra y de la postguerra sobrevino un cambio radical en este asunto. Con mucha razón se ha dicho que lo mismo que hace veinte años parecía indudablemente como discutible, hoy con la misma seguridad pasa por indiscutible. Sin que fuesen precisas influencias extrañas se llenaron, empleando la conocida frase, los odres viejos de vino nuevo.

No, señores míos, la forma puede ser que envejezca; envejecerá el lenguaje, la sanción tal vez que hace seguir la ley a su propia violación; pero el derecho quedará triunfal y eternamente joven, burlador de las variaciones que los siglos en su loca carrera producen en su envoltura material.

La fe en la eterna juventud del derecho nos habilita a nosotros, jurisconsultos, que estamos orgullosos de servirle, para cumplir nuestros deberes lo más lealmente posible. Nos hace conocer que, trabajando por el derecho, trabajamos por el género humano como concepto eterno; pero nos alienta también para volver la vista atrás y seguir el desarrollo del derecho hasta su fuente en la altura solanera del glaciar, y volviendo a adelantar lentamente, nos hace encontrar las grandes coincidencias que unen las normas jurídicas nacionales, más allá de los sistemas jurídicos de los Estados, y con ello, los pueblos del mundo como tales.

FRANCISCO SCHLEGELBERGER.

(De la "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales" de Santiago de Chile).

SALA PLENA

LEY ACUSADA (ART. 6 DE LA LEY 83 DE 1935), SOBRE EXPROPIACION.

1.—El derecho fundamental de la propiedad privada fue relativizado por el constituyente de 1936 adecuándolo a los intereses de la colectividad. Con ello se limitó el libre arbitrio del propietario. 2.—En la expropiación quien expropia no es el investido de ese derecho, sino el Estado. Por consiguiente, nunca se da el fenómeno de la controversia sobre el derecho mismo, ya que el demandado no puede incoar una pretensión opuesta, ni ésta, jurídicamente, se concibe que exista. Por tratarse de una relación de derecho público, el expropiante no se enfrenta con una pretensión de derecho subjetivo como persona privada coordinada a la contraparte, sino que se sitúa en un plano superior y el demandado aparece como subordinado a la persona total del Estado, en calidad de miembro de éste. La expropiación no es un acto jurídico bilateral, como, por ejemplo, una compraventa forzosa, porque entonces lo que habría sería una orden coactiva para concluír un contrato de esta índole. Además, el expropiado no transfiere voluntariamente el dominio y no existe precio libremente convenido, sino, en su caso, una indemnización impuesta a aquél. Simplemente es un acto unilateral de derecho público que tiene como consecuencia de derecho privado el traspaso de la propiedad, acto en el cual el expropiado sólo asume una actitud pasiva. 3.—El art. 6º de la ley 83 de 1935 no es subsumible en el 26 de la codificación constitucional, por ue esta última norma se refiere, en materia civil, solamente a actos jurisdiccionales, los cuales, en síntesis, son únicamente aquellos que, provocados por una disputa referente a un derecho subjetivo controvertido o violado, se agotan en la estimación o desestimación de la cuestión de derecho planteado, haciendo así finalizar la lucha, y añadiendo, en su caso, una cierta decisión, como consecuencia lógica de la estimación. 4.—El art. 14 de la ley 25 de 1928 prohibe, sin excepción, el desistimiento en las acciones de carácter público.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, marzo diez de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

CAPITULO I

El ciudadano Jorge Méndez Valencia demandó la inexequibilidad del art. 6º de la ley 83 de 1935.

Fundamentó su demanda en los arts. 31 y 26 de la Constitución de 1886 y 5º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910.

El señor Procurador General de la República emitió su concepto en un sentido contrario a las pretensiones del demandante.

CAPITULO II

Considerandos

Es sabido que el reconocimiento constitucional de los derechos llamados en esa ciencia fundamentales, significa la creación de los principios básicos que sirven para estructurar la unidad política dada de un pueblo. La unidad estatal se integra mediante tales principios, los cuales constituyen el elemento indispensable a la formación incesante de esa unidad.

Los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución representan la decisión política del pueblo colombiano sobre el modo de su existencia, en el sentido de que es una democracia constitucional modificada por los principios del Estado de derecho. Esos principios orientan la legislación, la justicia y la administración colombianas, hasta el punto de que ninguna ley puede ser interpretada o aplicada en contradicción con ellos, como tampoco puede una ley abolir un genuino derecho fundamental.

Para una clara inteligencia del concepto expresado, no es inútil recordar su génesis. Los derechos fundamentales son únicamente los derechos de libertad individual en donde se considera al individuo aislado, o sea, extrasocialmente. Por lo tanto, desde el punto de vista jurídico, la libertad del individuo aparece como limitada en principio y su delimitación una excepción. De ahí, pues, que la posibilidad de ingerencia del Estado en esa esfera aparezca en principio limitada, mensurable y controlable.

La Constitución de 1886 catalogaba entre los derechos fundamentales el de la propiedad, considerándola con el criterio económico predominante en la primera mitad del siglo XIX. Según éste, libertad y propiedad constituían dos principios paralelos, básicos para el desarrollo de la personalidad, porque se concebían como la fuerza motriz insustituíble en el desenvolvimiento de la riqueza colectiva. La propiedad privada libre de trabas y vínculos, en cuanto ello fuera posible.

El constituyente de 1936 relativizó el derecho fundamental de la propiedad, acentuando la sumisión de ésta a los intereses de la colectividad y con ello la limitación del libre arbitrio del propietario.

Este constituyente dio a la propiedad individual el fundamento de la función social que implica obligaciones, conformándose a las teorías modernas de los defenso-

res de aquélla, quienes prescinden de la forma fija y siempre idéntica que las aludidas escuelas económicas atribuían a esa institución, para admitir que, desde luego que la propiedad ha revestido en la historia formas muy diversas y es susceptible de modificaciones muy grandes, sólo se garantiza plenamente por el art. 26 de la codificación constitucional en la medida en que responda a las necesidades colectivas de la vida económica.

Duguit, el primer expositor sistemático de las características de la propiedad función social, se expresa así: "La propiedad que se apoya únicamente sobre la utilidad social no debe existir sino en la medida de esta utilidad social. El legislador puede, por lo tanto, introducir a la propiedad individual todas las restricciones que sean conformes con las necesidades sociales a las cuales aquella corresponde. La propiedad no es ya un derecho intangible y sagrado, sino un derecho continuamènte cambiante que debe modelarse sobre las necesidades sociales a las cuales debe sujetarse. Si en un momento dado la propiedad individual deja de corresponder a una necesidad social, el legislador debe intervenir para organizar otra forma de apropiación de las riquezas. En un país en donde la propiedad individual esté reconocida por la legislación positiva, el propietario tiene, por el hecho de ser propietario, una cierta función social qué realizar; la extensión de su derecho de propiedad debe ser determinada por la ley y por la jurisprudencia que aplica ésta, según la función social que le corresponde desempeñar: no puede pretender otro derecho que el de poder cumplir libre, plena y enteramente su función social de propietario. Puede decirse que de hecho la concepción de la propiedad derecho subjetivo desaparece para dar lugar a la concepción de la propiedad función social."

La relativización indicada de la propiedad privada, en el sentido de que ha cesado de ser un derecho absoluto, esto es, jurídicamente inexpugnable, tal como lo consignaba primitivamente nuestro Código Civil, no deroga el principio del Estado de Derecho realizado en la distribución de los órganos del poder público, principio que requiere que toda invasión de la esfera de la propiedad privada se haga dentro de un procedimiento regulado y en una cuantía mensurable.

El derecho, pues, de la propiedad privada se halla bajo la salvaguardia de la ley, y esta protección consiste en que la ley reúna las propiedades objetivas que, según la idea del principio de distribución de los órganos del poder público, debe reunir ella para ajustarse al concepto del Estado de Derecho.

La dinámica de la expropiación tiene lugar mediante el concurso de tres actos de naturaleza diferente realizados por órganos distintos, cuyas funciones se regulan de acuerdo con diferentes competencias, distintas formas y procedimientos variados.

El primero de éstos es el acto regla (la ley), propio de la función legislativa, por medio del cual se regulan los supuestos y la naturaleza de la expropiación, esto es, se establecen las situaciones generales e impersonales para tal efecto. De ahí que la expropiación tenga por base una ley, se haga con arreglo a una ley, pero nunca la verifique directamente el órgano legislativo.

El segundo, de acuerdo con la ciencia administrativa, es un acto genérico y complejo que participa a la vez del acto jurídico subjetivo y del acto condición. De éste, debido a que "atribuye a una persona determinada una situación jurídica general e impersonal", cuyo beneficio no surge de una situación jurídica individual. Es acto subjetivo porque está integrado por los elementos inmanentes a todo acto jurídico, a saber: el motivo, que consiste en el hecho, o en la situación de hecho o de derecho, o en el acto que precede, provoca y constituye la razón de ser de la manifestación de voluntad; el objeto, que consiste en el efecto de derecho que inmediata y directamente produce el acto; y el fin, o sea el resultado final, consecuencia del objeto del acto que determina el efecto jurídico producido por éste.

No es procedente, por extraño al caso actual, el análisis de los dos actos aludidos, ni, por lo tanto, indicar los requisitos que deben llenar para ser constitucionales. La norma acusada regula el acto que en seguida se describe, motivo por el cual se ceñirá a su estudio minucioso esta sentencia.

Por último, el tercero es un acto funcional ejecutado por el órgano judicial. Se hace indispensable analizar la naturaleza de aquél. Nadie ignora que para poder explicar y justificar las distintas funciones del Estado que el arte político crea, se requiere un criterio que determine la naturaleza intrínseca de la función. El acto funcional se caracteriza desde el triple punto de vista sustantivo, orgánico y formal. El primero, que es principal, condiciona a los dos últimos.

Un acto funcional es orgánico de acuerdo con el órgano que lo realiza, y es formal, como su nombre lo indica, según la forma y procedimiento seguidos.

Como el concepto de la llamada división de poderes, que en el fondo no es sino una distribución de competencia, surgió como consecuencia de la lucha política contra la monarquía absoluta, la calificación sustantiva de la función es esencial a la dinámica del derecho, dado que aquel elemento orienta y subordina a las otras dos distinciones, orgánica y formal.

El acto que realiza el órgano judicial en la expropiación es jurisdiccional en cuanto a las calificaciones orgánica y formal, pero no lo es desde el punto de vista sustantivo.

Orgánicamente se caracteriza al órgano judicial por la independencia del juez, en el sentido de que ella, de acuerdo con el criterio de la libertad, es tanto más grande cuanto mayor sea su dependencia respecto de la ley; porque depender de la norma es precisamente lo contrario a depender de instrucciones y órdenes especiales de un superior.

Formalmente el procedimiento judicial suele revestir el carácter de ser contradictorio.

Ahora se pasa a demostrar por qué la intervención judicial en la expropiación no tiene el carácter sustantivo propio de la función de ese órgano.

El concepto sustantivo del acto jurisdiccional se estructura mediante estos tres elementos:

1º Una pretensión de tutela jurídica ante el Estado, encaminada a suscitar una cuestión de derecho subjetivo. Esta pretensión choca contra una determinada oposición y resistencia que obstaculiza su realización. Por este aspecto debe ser la pretensión controvertida o disputada. No exclusivamente en la forma de controversia entre las dos partes de un proceso, sino que basta para considerar existente este elemento del litigio que haya un conflicto entre dos esferas jurídicas individuales, una de las cuales exige algo a costa de la otra.

En la expropiación no se da este supuesto. Cuando se atribuye un derecho a expropiar, no se transmite un derecho de soberanía del Estado, debido a que esa clase de derechos no son susceptibles de transferencia. En tales casos lo que se constituye es una pretensión de índole pública ante el Estado, encaminada a la expropiación de los bienes singulares que se designan, mediante la realización de los dos actos a que ya se hizo referencia. No es, pues, el investido de ese derecho quien expropia sino el Estado. Por consiguiente, nunca se da el fenómeno de la controversia sobre el derecho mismo, ya que el demandado no puede incoar una pretensión opuesta, ni ésta, jurídicamente, se concibe que exista. Por tratarse de una relación de derecho público, el expropiante no se enfrenta con una pretensión de derecho subjetivo como persona privada coordinada a la contraparte, sino que se sitúa en un plano superior y el demandado aparece como subordinado a la persona total del Estado, en calidad de miembro de éste.

El demandado no puede oponer al expropiante sino pretensiones trascendentales al derecho incoado. Tales como deficiencias formales, o como carencia de algunos de los presupuestos procesales necesarios para la viabilidad de toda acción.

2º Que el acto jurisdiccional provocado por la pretensión emitida sea una operación de enderezamiento del derecho. El titular del derecho subjetivo no puede poner en movimiento la intervención jurisdiccional, por el aspecto sustantivo, sino para restablecer el ataque al derecho subjetivo del cual ha sido víctima. La pretensión que se emite se dirige al juez para hacerla triunfar y es preciso, por lo tanto, que el poder de exigir no haya recibido satisfacción.

En la expropiación no existe nada contrario al derecho. El expropiante no pretende la reintegración en su derecho lesionado. La expropiación no es un acto jurídico bilateral, como, por ejemplo, una compraventa forzosa, porque entonces lo que habría sería una orden coactiva para concluír un contrato de esta índole. Además, el expropiado no transfiere voluntariamente el dominio y no existe precio libremente convenido, sino, en su caso, una indemnización impuesta a aquél. Simplemente es un acto unilateral de derecho público que tiene como consecuencia de derecho privado el traspaso de la propiedad, acto en el cual el expropiado sólo asume una actitud pasiva. De ahí que el expropiante no sea exactamente sucesor jurídico del expropiado; aquél no deriva su derecho del titular anterior.

3º Una estimación de la pretensión emitida, esto es, comprobar si ésta se halla o no fundada, si es o no contraria a derecho la situación alegada. El acto jurisdiccional resuelve, pues, la cuestión de derecho que se plantea, estatuye sobre la pretensión expresada.

La estimación se caracteriza por su objeto, el cual consiste en cerciorarse respecto de la pretensión del actor de que existe algo contrario a su derecho subjetivo. Cuando a la comprobación se añade una decisión (existen actos jurisdiccionales que no contienen ésta, como cuando se absuelve por desestimación), se incorpora la decisión en

la estimación. El fin de la decisión es el de realizar la pretensión estimada adoptando las medidas útiles para ello. La estimación por sí misma es un acto jurídico, desde luego que produce efectos de derecho, entre los cuales el principal es el de hacer cesar la controversia suscitada ante el juez.

No acontece lo mismo en la expropiación. Esta es el traslado de un derecho del patrimonio del expropiado al del expropiante. "Por consiguiente, para que se verifique esta figura se requiere que junto con la privación de derechos, por un lado, se constituyan por el otro, y para el así favorecido, derechos privados de la misma índole." Como se ve, cuando el juez decreta la expropiación, no estima ni desestima ningún derecho subjetivo controvertido.

De lo dicho se viene a concluír que el órgano judicial en el complejo proceso de la expropiación desempeña una genuina función administrativa material, en el sentido de que la actuación de él consiste en la realización de los actos materiales que tienen por objeto consumar el derecho (siempre que los actos públicos descritos y antecedentes se hayan conformado a la ley). Se trata, pues, de la ejecución material de la expropiación, por haber llegado ya al máximum de concreción los distintos actos jurídicos descritos atrás, los cuales se practicaron sucesivamente en el desarrollo pertinente a la formación del respectivo derecho de expropiación para poder realizar la correspondiente norma de grado superior.

De ahí que el art. 6º de la ley 83 de 1935 no sea subsumible en el 22 de la codificación constitucional, porque esta última norma se refiere, en materia civil, solamente a actos jurisdiccionales, los cuales, en síntesis, son únicamente aquellos que, provocados por una disputa referente a un derecho subjetivo controvertido o violado, se agotan en la estimación o desestimación de la cuestión de derecho planteada, haciendo así finalizar la lucha, y añadiendo, en su caso, una cierta decisión, como consecuencia lógica de la estimación.

Entre los actos materiales de realización del derecho de expropiación, regulados en el Título XXV del Libro II del código de procedimiento civil, se previene en el artículo acusado la posibilidad de que el expropiante tome posesión de la cosa antes de que pague el valor íntegro de la indemnización, cuando la hay, y de que se verifique el traspaso de la propiedad. Ese acto material forma parte de la serie de los que, sin solución de continuidad, puede llevar a cabo el órgano judicial para la ejecución final del derecho. Ha sido previsto con el objeto de atender cumplidamente a los fines urgentes de la utilidad pública y del interés social, fines que, de acuerdo con la última parte del inciso 1º del art. 26 de la codificación constitucional, priman sobre el derecho del particular.

En el fondo es artificioso hablar de un conflicto de orden constitucional por la regulación legal de un acto de semejante naturaleza, debido a que forman parte del contenido de la propiedad, según el art. 49 ibídem, los deberes que el derecho impone al propietario en interés de la comunidad.

Cabe añadir, como argumento de legislación comparada, que la norma legal que se analiza se halla consagrada en su objetivo, con el nombre de expropiación de urgencia, entre otras, por las legislaciones francesa, española y las antiguas republicanas de Alemania y el Brasil, en donde nunca se ha considerado violado con ello el principio constitucional que informa la expropiación, el cual es idéntico al nuestro.

Por último, se observa que Méndez Valencia desistió de la presente acción pública. Aun cuando es ineficaz la renuncia de un derecho público, sin embargo, puede en doctrina el titular de éste prescindir de su ejercicio, siempre que tal drecho no envuelva un deber, y, admás, que el ordenamiento jurídico no prohiba expresamente esa forma de renuncia. Ahora bien. Entre nosotros el art. 14 de la ley 25 de 1928 prohibe, sin excepción, el desistimiento en las acciones de carácter público, motivo por el cual no se ha accedido a decretarla.

CAPITULO III

Resolución

La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, oído el Procurador General de la Nación, decide, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Nacional, que es exequible el art. 6º de la ley 83 de 1935.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia de esta providencia en la Gaceta Judicial.

Liborio Escallón—Aníbal Cardoso Gaitán. Pedro A. Gómez Naranjo.—Ricardo Hinestrosa Daza. — Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Juan Francisco Mújica.—Fulgencio Lequerica Vélez. — Pedro Alejo Rodríguez.—Hernán Salamanca. — Eleuterio Serna R. — Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

SALVAMENTO DE VOTO

Razones por las cuales salvo mi voto en la sentencia dictada por la Corte Suprema acerca de la exequibilidad del art. 6º de la ley 83 de 1935, artículo que versa sobre expropiaciones por causa de utilidad pública.

La indemnización por un bien que se expropia, para ser verdadera indemnización, debe cubrir el valor comercial de lo expropiado o el valor de los perjuicios que al dueño se le causen con la expropiación; y es arbitrario señalar A PRIORI, el monto de la indemnización o declarar, por medio de ley, que el valor venal de los inmuebles es el que les asigne el catastro.

La Constitución de 1936 ha dejado subsistente la vieja noción del derecho de propiedad; y aun cuando impropiamente dice en el segundo inciso de su art. 26 que "la propiedad ES una función social", se ve claro que el constituyente quiso expresar que la propiedad TIENE una función social puesto que el mismo artículo establece, de manera más enfática aún que la Carta de 1886, este principio:

"Se garantiza la propiedad PRIVADA y los demás derechos adquiridos con justo título... los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores."

En mi concepto el artículo de la ley acusado es violatorio del distinguido con el número 26 de la "Codificación Constitucional" de 1936, porque este precepto de la Carta garantiza el derecho de propiedad privada y dispone:

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

La ley acusada no otorga verdadera indemnización

El art. 6º de la ley 83 de 1935 acusado desvirtúa el carácter y el monto de la indemnización debida por el bien que se expropia.

Al establecer que el juez ordena la entrega al demandado del precio del inmueble, "estimado su avalúo de acuerdo con la proporción que lo corresponde en el catastro, más un veinte por ciento de tal valor", señala arbitrariamente la cuantía de la indemnización, puesto que son agentes de las entidades públicas quienes dan los avalúos de catastro, y contra estos avalúos no hay recurso legal ninguno: los avaluadores de catastro no son funcionarios de aquellos cuyos actos puedan acusarse ante los Tribunales Administrativos.

Aun aceptando o suponiendo que los avalúos catastrales fuesen acusables por haber fijado muy bajo el valor de un inmueble, no sería humano exigir del dueño un celo rigorista para hacer subir el avalúo de su finca: ese celo deben tenerlo los recaudadores de impuesto o los representantes del municipio.

Y si tal celo no puede exigirse a los propietarios, mal puede aplicárseles por la carencia de él una sanción tan grave como es la de privarlos de su propiedad a menosprecio.

Indemnizar es resarcir el daño causado; y no resarce o compensa la expropiación mientras no se cubra o pague el valor de lo expropiado. Por eso suele decirse que la indemnización debe ser plena, sin necesidad de que esta palabra figure en los textos de la Constitución, pues ello sería un pleonasmo.

La ley acusada no impone la indemnización PREVIA

Como la ley acusada dice que el juez "ordenará la entrega al demandado del precio (sic) y un veinte por ciento más, y dispondrá que el demandante entre inmediatamente en posesión de lo expropiado", resulta que la indemnización no es previa, porque se priva al dueño, desde la iniciación de la demanda, de uno de los atributos, quizá el más importante, de la propiedad, o sea, de la posesión.

Al discutirse el proyecto de fallo que presentó el h. magistrado doctor Serna en 1936 y que no obtuvo mayoría de votos, se dijo por otro u otros de los señores magistrados que el perjudicado por la expropiación puede reclamar, con posterioridad a ésta, sobre el monto del precio.

Como se ve, el argumento mismo está demostrando que la indemnización puede no ser **previa**, por lo menos en parte.

Además: ese posible derecho del expropiado a reclamar del avalúo no está reconocido por la ley acusada. Da a entender ella más bien que es el demandante quien

puede hacer rectificar (claro que en su favor), el avalúo.

El argumento consistente en que habrá una manera de interpretar la ley 83 de 1935 en el sentido de que el damnificado por la expropiación puede reclamar, con posterioridad a ésta, no es aceptable para reputar exequible el artículo:

a) porque desde que sólo se trata de una mera interpretación de la ley, podría suceder que en la práctica se acogiera otra diferente;

b) porque si el texto de una ley es susceptible de interpretaciones igualmente fundadas; y si una de ellas contraría principios constitucionales, el texto legal no es exequible;

c) porque el derecho del damnificado con la expropiación a intentar un reclamo contra ésta después de consumada es más teórico que efectivo y demuestra que la indemnización no ha sido previa, y

d) porque el reclamo contra el avalúo pericial podía hacerse dentro del antiguo régimen de expropiaciones según el cual debía empezar el procedimiento por medio de un avalúo; pero en el de la ley acusada se presupone tal avalúo sin que contra él haya medios para reclamar.

Falta de las garantías para ser juzgado y sentenciado

Estimo que el art. 6º de la ley 83 de 1935 viola también el 22 de la Carta (Codificación de 1936), porque en el procedimiento que aquel establece para las expropiaciones se juzga y se sentencia al propietario a perder el derecho sin observar "la plenitud de las formas propias de cada juicio."

Atribuírle al bien expropiable como precio el de avalúo catastral, que es más o menos arbitrariamente fijado por las mismas entidades públicas que persiguen la expropiación; y facultar al juez para hacer practicar más tarde un avalúo pericial "con absoluta prescindencia de las partes" (son palabras del artículo acusado), equivale a condenar al propietario sin oírlo en juicio, sin tenerlo como parte.

Y si a lo dicho se objetase que antes de la ley 83 de 1935 se han dictado otras leyes sobre expropiación tan drásticas como ella o más aún, nada argüiría ello en favor de la exequibilidad de la ley 83: querría decir más bien que esas otras leyes también son o pueden ser inexequibles.

La propiedad "función social"

El proyecto del h. magistrado doctor Múgica aprobado por la Corte se basa principalmente en dos tesis:

1ª La propiedad no es un derecho absoluto.

Yo acepto esa tesis.

2ª La propiedad es una función social.

Respecto de esta tesis sí me veo obligado a hacer algunas aclaraciones.

Verdad es que el art. 26 de la Constitución actual dice: "La propiedad es una función social que implica obligaciones."

Y que si se pudiera tomar aisladamente ese inciso del art. 26 resultaría pertinente la transcripción que hace la sentencia de un pasaje del tratadista Duguit, propugnador del postulado que dice: "la concepción de la propiedad derecho subjetivo desaparece para dar lugar a la concepción de la propiedad función social."

Para mí es errónea la afirmación del autor Duguit, no sólo en el campo doctrinario sino ante el Derecho Constitucional colombiano.

El art. 26 de la Constitución vigente dice en su segundo inciso: "La propiedad es una función social que implica obligaciones"; pero el inciso primero, expresa, de manera más enfática aún que la Carta de 1886, el siguiente principio:

"Se garantiza la propiedad privada (el subrayado es mío) y los demás derechos adquiridos con justo título... los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores"

La doctrina así formulada por el constituyente podría sugerir la idea de una contradicción entre los dos incisos del mismo artículo. Pero como sería hasta absurda semejante suposición, hay que concluír que la doctrina constitucional deja subsistente el viejo derecho de propiedad privada, bien que impone también obligaciones al propietario por considerar que la propiedad privada tiene (no que es) una función social.

La función social que el derecho de propiedad implica, y la primacía del interés público sobre el interés privado, justifican las expropiaciones: pero éstas deben hacerse con indemnización, esto es, mediante la compensación justa y suficiente; la indemnización debe ser previa a la expropiación, y al propietario deben dársele todos los medios y trámites legales para que se defienda de la posible usurpación de su derecho por parte de las entidades expropiantes.

Por desconocer todos estos requisitos el art. 6º de la ley 83 de 1935 es inexequible, en mi concepto.

José Antonio Montalvo

SALVAMENTO DE VOTO

del magistrado doctor Eleuterio Serna R.

Mi disidencia en este asunto no es total, pues sólo se refiere al artículo acusado, en la parte en que se dice: "....y dispondrá que el demandante entre inmediatamente en posesión de lo expropiado."

La acusación se promovió antes del Acto Legislativo Nº 1º de 1936.

Me tocó presentar el proyecto primitivo, que no fue acogido por la mayoría de mis respetados colegas.

Como la motivación de él es muy extensa, sólo reproduciré aquí, para abreviar, el punto pertinente, concebido así:

"Se dice también en el artículo acusado que el juez 'dispondrá que el demandante entre inmediatamente en posesión de lo expropiado.'

Ante tal prescripción surge en la mente la idea de que la ley suprema no autoriza al legislador ordinario para que permita la ocupación de hecho de las cosas ajenas, sin título alguno. Mas a este reparo, se podría responder que al autorizar la ley al juzgador para poner al expropiante en posesión material de la cosa, esa ley vendría a ser el título de dicha ocupación.

Es oportuno y aun necesario recordar aquí lo que sucedía cuando imperaba el Acto Legislativo Nº 6 de 1905, que abrogó el 32 de la Constitución de 1886 y echó por tierra todas las leyes de expropiación dictadas hasta entonces. Conforme a dicho acto y al decreto número 1188 de 1906, cuando se trataba de apertura y construcción de vías, no había necesidad de ocurrir al juicio de expropiación. La zona de terreno podía ocuparse, pagando al dueño la diferencia de que habla la parte final de aquel acto. Y la ocupación se realizaba aun en el evento de que el dueño de la faja no aceptase la estimación pericial. Tal aprehensión material del bien, ejecutado en virtud de autorización constitucional, producía el efecto de conferir un dominio legítimo para el ocupante.

Mas tal orden de cosas desapareció cuando en 1910 se profirió el art. 5º del Acto Legislativo Nº 3, por cuyo art. transitorio E se derogaron todos los actos legislativos anteriores de la Asamblea Nacional, entre los cuales estaba el Nº 6 de 1905.

El art. 6º de la ley 83 tantas veces citado consagra un procedimiento un poco semejante al que se acaba de describir, pues permite tomar posesión del predio aun antes del pago de la indemnización plena.

Consiguientemente, si la posesión de que trata el art. prenombrado confiere el dominio, es palmario que al amparo de esta disposición la expropiación se verifica antes del pago de la plena indemnización, y en este concepto el reparo de inexequibilidad es evidente.

Podría, con todo, decirse, que mientras no se dicte y registre en la oficina respectiva el decreto definitivo de expropiación, ésta no se verifica plenamente porque interin tal formalidad no se llene, el demandado conserva la posesión.

Así se infiere de lo que dice el C. C. en el art. 785, el cual está concebido del modo siguiente: "Si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por la inscripción en el registro de instrumentos públicos, nadie podrá adquirir la posesión de ellas, sino por este medio." La disposición que se ha copiado se refiere a la posesión legal, porque es obvio que la posesión material en que se basa la presunción de dominio sí puede adquirirse por simples actos materiales, acompañados del "animus domini."

La posesión, dicen Planiol y Ripert, "es un estado de hecho, que consiste en retener una cosa de modo exclusivo y en realizar en ésta actos materiales de uso y disfrute, como si uno fuera propietario de ella."

El "animus domini" es, según los mismos autores, "la intención de someter la cosa al ejercicio del derecho real a que corresponden los actos que constituyen el curpus."

A la luz natural del racicinio el art. 6º acusado sí puede referirse a la posesión material. Y esa desposesión completa y definitiva del demandado y el apoderamiento de la cosa por la Administración que ha de efectuar en ella la obra de utilidad pública, constituye un acto de realización de la expropiación. Tanto es así que de hecho queda incorporada la propiedad en el dominio público.

Y si de acuerdo con nuestra legislación, no puede afirmarse, como ocurre en otras, que, habiéndose realizado una expropiación indirecta, el titular del derecho sólo queda con la acción para ser indemnizado, sí es dado aseverar que ha habido actos de verificación de la expropiación, contrariando

así la precedencia de la indemnización plena, como lo prescriben el art. 31 de la Constitución de 1886 y el art. 5º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910.

Es muy del caso citar aquí la ley 38 de 1918, "sobre la manera de hacer efectivo el derecho de indemnización por expropiaciones ejecutadas por autoridades administrativas." En los artículos de esta ley se ve cómo el legislador llama ejecución de la expropiación al aprovechamiento de la propiedad particular realizado con preterición de las fórmulas constitucionales estatuídas para el tiempo de paz. (Véanse los arts. 1, 3 y 7).

El vocablo expropiación se compone de la partícula ex, cuyo significado encierra la idea de exclusión, y de propietas, propius, que en nuestro idioma equivalen a pertenencia. Por tanto, expropiar, en su sentido natural y obvio es privar de su propiedad a alguien.

Según el art. 669 del C. C. propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella..." Luego arrebatarle a una persona el uso y goce de una cosa es una privación de la propiedad al menos en parte.

Hay quienes opinan que el concepto de expropiación no implica necesariamente el de enajenación forzosa, aunque tales doctrinantes sí piensan que toda enajenación forzosa es una expropiación. Sin necesidad de entrar a esta clase de dilucidaciones, y admitiendo que para consumarse la expropiación en todos los elementos del derecho expropiado, se necesita una sentencia que traspase el dominio pleno, es dado afirmar que se inician actos de verificación de la expropiación, cuando se aplica el art. 6º de la ley 83.

Si los actos de verificación de la expropiación no se cumplen con el lleno de las formalidades constitucionales, se procede contra normas de la ley Suprema, se conculca el derecho, porque se priva al propietario del ejercicio de facultades que el dominio le confiere sobre el objeto. Por consiguiente, entrar en posesión material del inmueble antes del pago de la indemnización plena, es un quebrantamiento del art. 5º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 y del art. 31 de la Constitución de 1886.

El legislador ordinario ha sido generalmente, respetuoso de la garantía constitucional de que el propietario retenga la cosa hasta que se le indemnice. Así, la ley 72 de 1924, en su art. 2º, decía: "En los casos de expropiación por causa de utilidad pública, las entidades que hayan solicitado la expropiación podrán tan pronto como haya sido cubierto el valor de las cosas expropiadas, según el precio fijado en el respectivo juicio mediante la entrega de tal valor en el Juzgado del conocimiento, entrar por sí mismos en posesión de las cosas expropiadas."

En el art. 20 de la ley 35 de 1915 se lee: "Tomando por base los datos numéricos suministrados por los peritos, el juez fijará el monto de la indemnización que deberá pagarse al propietario o propietarios y demás damnificados; y hecho el respectivo pago, ya directamente, o por medio de consignación en la forma legal, el mismo juez hará la entrega al demandante de la faja o fajas sobre que versa la expropiación. Dicha diligencia de entrega tendrá los mismos requisitos exigidos por el art. 8º de esta ley y servirá como título de propiedad de la cosa expropiada."

La ley 105 de 1931 en el art. 858 consagra el principio de que sólo después de consignado el precio, se dicta la sentencia de adjudicación, lo que conduce a la conclusión de que mientras esto no se haya cumplido, el demandado retiene el objeto. La lógica de esta afirmación salta a la vista, si se tiene en cuenta que el art. 859 ibídem dice que se entiende que "el precio consignado subroga a los bienes expropiados." Empero, el señor Procurador trata de sostener que el art. acusado no se refiere a la posesión, aunque tal sea el vocablo en él empleado, sino a la mera tenencia que provisionalmente se da al expropiante, lo cual es, según su opinión, una medida transitoria, que tiene quizá similitud con un secuestro.

El secuestro es, en verdad, una medida provisoria, con la cual se priva temporalmente del ejercicio de sus derechos al propietario. Es ello una consecuencia del incumplimiento de una obligación económica que se sustituye por la persecución de los bienes muebles o inmuebles del deudor. O bien constituye una seguridad para quien ha demando o va a demandar una cosa, y teme que ésta se pierda o menoscabe en manos del poseedor. Su finalidad primordial es asegurar las resultas del pleito, ora sea ejecutivo, ora ordinario.

Muy distinta es la medida que consagra el art. 6º acusado, interpretando, en gracia de discusión, como precaria la posesión a que él se refiere, y considerando, por tanto, como lo cree aquel alto empleado, que allí apenas se hace relación a una mera tenencia. En el supuesto contemplado, sería esto una ocupación del bien, la cual, aunque parezca prima facie que es temporal, presenta caracteres de permanencia indefinida, como quiera que ella lleva por finalidad la

construcción más rápida de la obra principal, que motiva la utilidad de la expropiación. Y a no ser así, ¿cuál sería el objetivo práctico de dicha ocupación? Si se recuerdan algunos antecedentes para la expedición de la ley se verá cómo la meta que persigue la medida, el espíritu que le da vida, es efectuar las obras de utilidad pública, sin los tropiezos y entorpecimientos del juicio. ¡Celebridad laudable, siempre que no vaya hasta el holocausto del derecho!

Para proceder a la apertura de una vía, para erigir la construcción o el ferrocarril es preciso adquirir primero el derecho a la zona, de acuerdo con las prescripciones constitucionales.

Apunta Hauriou en su "Jurisprudencia Administrativa" que la ocupación temporal no puede tener por mira la obra definitiva, principal y que si ésta, y no las previsorias, es la que se acomete, el apoderamiento de la cosa implica indemnización, porque lo que entonces se ha realizado es una expropiación indirecta. Ello es palmario, porque de ese modo se priva al propietario del uso y goce de sus bienes y con intención de que la ocupación sea permanente.

El art. 5º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 presupone, de un lado, un derecho de dominio en la persona, cuyo bien se trata de expropiar, y de otro, que la Administración ni pretende ni tiene un título semejante; estatuye una garantía contra la usurpación y la confiscación que pudieran efectuar los poderes públicos, al ejercitar arbitrariamente sus funciones, y predetermina los fines y condiciones que han de concurrir para que la propiedad pueda ser aprehendida por las personas expropiantes.

El artículo acusado, al facultar al juzgador para que en el primer auto que dicte ordene poner al demandante en posesión de lo expropiado, sin que antes se haya indemnizado plena y previamente al demandado, viola aquella disposición incorporada como derecho primordial, como preciosa garantía en nuestro estatuto civil, como título preliminar, conforme así lo prescribe el art. 52 del Código fundamental de 1886.

Viola asímismo el art. 31 de la Carta, porque permite iniciar la verificación de la expropiación, antes del pago de la indemnización plena que se haya establecido en virtud de las fórmulas del juicio respectivo.

Con todo, se dice que lo que prohibe el art. 5º del Acto Legislativo, tantas veces citado, es verificar la expropiación sin pagar antes el valor de la cosa que se expropia, pero que en cuanto los perjuicios la ley está libertada y puede estatuír sobre la oportunidad de su pago.

El argumento, sacado de una interpretación literal de los textos constitucionales, no resiste un análisis sereno. En efecto, es norma de hermenéutica que las disposiciones de un código se interpretan no sólo en su contexto sino comparándolos entre sí, porque el pensamiento del legislador debe ser congruente y armónico.

El art. 31 de la Carta dice que las expropiaciones requieren plena indemnización, con arreglo al artículo siguiente, es decir que en el art. 32 se reglamenta la manera de efectuar la expropiación. Sería un paralogismo que el constituyente hubiera consagrado la plena indemnización y a continuación a dos puntos seguidos, hubiera sustituído ésta por el simple valor de la cosa.

Cuando en el art. 32 (hoy el 5º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910), se dice que "se indemnizará el valor de la propiedad", debe entenderse que se trata de una indemnización completa, en la cual entran el valor del objeto en sí y los perjuicios.

El art. 33 habla de que en caso de guerra la indemnización podrá no ser previa, lo que es tanto como decir, a contrario sensu, que en tiempo de paz, la indemnización debe ser previa.

En el proyecto de la Constitución de 1886 existía el art. 31, donde está claramente expresado el pensamiento del constituyente sobre la indemnización previa. Decía así este artículo: "Nadie podrá ser privado de su propiedad, en todo ni en parte, sino por vía de contribución general, o de apremio o pena, según las leyes, o por enajenación forzosa, judicialmente decretada por motivos de utilidad pública y previa indemnización.

"En caso de guerra y para fines de la misma, podrá no ser previa la indemnización."

El art. 31 y 32 de la Carta (sustituído el último por el Acto Legislativo Nº 3), se completan:

En el 31 se reconoce la inviolabilidad de los derechos adquiridos; en el otro se reconoce la inviolabilidad del derecho de propiedad; en ambos se establece la expropiación y se exige que sea la ley la que declare los motivos de utilidad pública; en el 31 se dice pue la indemnización debe ser plena, en el otro que se indemnice el valor previamente. Lo lógico es deducir de esta comparación que la indemnización es plena, como lo previene el art. 31, y que es previa, como lo dice el otro artículo.

En una sentencia fechada el 17 de mayo de 1892 interpretó la Corte así el art. 32 prenombrado:

"Cuando la nación necesita tomar u ocupar la propiedad de un particular para alguna obra o empresa pública, en los casos definidos por las leyes, debe promover ante el Poder Judicial el correspondiente juicio de expropiación, y decretada ésta, fijada la cuantía de la indemnización y pagado el propietario, puede disponerse del objeto que se requería. Esta es la doctrina del art. 32 de la Constitución."

En la sentencia en que se declaró inexequible una parte del art. 2º de la ley 84 de 1920, dijo la misma corporación, después de transcribir el art. 31 y el 5º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910: "Los textos transcritos consagran dos principios fundamentales en la organización política de la Nación: la inviolabilidad del derecho de propiedad, y su transformación, en caso de conflicto, con el interés público, por su equivalente exacto en dinero, pagado previamente."

En el fallo que desató la acusación del art. 9º de la ley 67 de 1926 también se dio a entender que la indemnización debe ser plena y previa.

No parece indicado ni prudente cambiar estas interpretaciones hechas por la Corte, cuando ha obrado en el ejercicio de la facultad que le da el art. 49 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910. En vista de las razones anteriores, la interpretación más lógica de la frase "se indemnizará el valor de la propiedad antes de verificarse la expropiación", es dar a la expresión el sentido de que se indemnizará el valor del derecho del propietario, derecho cuyo contenido es el valor del objeto y los perjuicios resultantes de la enajenación forzosa.

No queda más que un último reducto consistente en considerar como medida de seguridad esa toma de posesión. Ya se vio que esta medida no equivale a un secuestro.

Buscando alguna figura similar, viene a la mente la que las "Siete Partidas" describían así: "Reveldía es una soberbia o desdén o desmandamiento en non querer venir ante el judgador, a quien debe obedecer como mayoral." En la antigua ley de las Doce Tablas al litigante rebelde se le hacía comparecer "obtorto collo." Tal procedimiento se simplificó "con la inmissio in bonorum posesionem" o sea el poner al demandante en posesión de la cosa litigiosa o de otros bienes del demandado rebelde.

Es lo que nuestro antiguo código de procedimiento llamaba vía de asentamiento, abolida por la ley 105 de 1890. Era un castigo por la rebeldía. Sistema erróneo y castigo desproporcionado lo llama Magin Fábregas y Cortés.

En la ley 83 de 1935, la posesión de los bienes del demandado, no es una sanción cuya desuetud es evidente. Es más bien un camino indirecto para sacar del poder del demandado su propiedad antes de indemnizarlo plenamente.

Lo que no puede hacerse directamente, tampoco puede realizarse indirectamente."

Después de escrito lo anterior entró a regir el Acto Legislativo Nº 1º de 1936, el cual dijo en materia de expropiaciones: "Por motivos de utilidad pública o de interés social, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa."

Como se ve, la reforma constitucional consagra la indemnización previa, y si de modo expreso no dice que ésta debe ser plena, así hay que interpretarlo dentro de la lógica y la justicia.

Porque no se habla allí de una indemnización simplemente equitativa ni de una indemnización cualquiera. Por consiguiente, lo más natural es considerar que la indemnización a que el texto se refiere debe ser plena, es decir, una que abarque el valor de la cosa y los perjuicios.

No puede haber expropiación, dice el artículo constitucional. Es decir, no puede empezar a realizarse la expropiación, ni siquiera la mera desposesión, sin que medie la indemnización.

Según lo expuesto, ante la reforma última de la Constitución, los argumentos de mi proyecto quedan en pie.

En esta forma sucinta dejo consignadas las razones de mi disentimiento.

Como siempre, rindo un tributo de respeto a las opiniones sustentadas por mis honorables colegas.

Eleuterio Serna R.

SALVAMENTO DE VOTO

del magistrado Dr. Arturo Tapias Pilonieta

Aun cuando voté afirmativamente la parte resolutiva de la sentencia, y estoy de acuerdo con las consideraciones de orden estrictamente jurídico que la sustentan, sin embargo necesito dejar constancia en este salvamento, de que estoy lejos de compartir el concepto doctrinario de la función social de la propiedad, tal y como en el fallo se esboza mediante la trascripción del pensamiento del expositor Duguit acerca de tal noción.

La teoría de ese expositor, acogida por la Corte sin reservas, lleva derechamente a la supresión de la propiedad privada, reconocida y garantizada por nuestra Constitución nacional.

Acepto que la propiedad es una función social en cuanto admite limitaciones en interés de la colectividad e impone al propietario, por el hecho de serlo, deberes ineludibles en provecho social. Pero se exagera cuando a pretexto de esa función social se le da carta blanca al Estado aún para eliminar el derecho de propiedad, pues a eso equivale esta idea de Duguit prohijada en la sentencia, sin necesidad: "Si en un momento dado la propiedad individual deja de corresponder a una necesidad social, el legislador debe intervenir para organizar otra forma de apropiación de las riquezas." Así como esta otra: "Puede decirse que de hecho la concepción de la propiedad derecho subjetivo desaparece para dar lugar a la concepción de la propiedad función social."

La noción de Duguit no encaja dentro del actual sistema constitucional colombiano, que reconoce expresamente, como antes lo hacía la Carta de 1886, la propiedad privada, ofreciéndole las justas garantías que a dicho derecho corresponden.

Con esta salvedad acepté la parte motiva del fallo.

Arturo Tapias Pilonieta

Bogotá, marzo 26 de 1938.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

DEMANDA SOBRE DECLARACION DE FALSEDAD DE UNOS DOCUMENTOS, ETC.—DISPOSICIONES SUSTANTIVAS Y ADJETIVAS.—CASACION POR VIOLACION DE LEY SUSTANTIVA.—ACUSACION POR ERROR.—TECNICA DE CASACION EN ESTE CASO.

1.—El carácter de sustantiva o adjetiva de una disposición legal depende de esta misma y no de una circunstancia tan extraña a su naturaleza como lo es la de figurar en tal o cual código. Tan en el Código Civil hay disposiciones adjetivas y disposiciones sustantivas en el Código Judicial. 2.—La casación requiere, cuando se invoca el motivo 1º del art. 520 del C. J., que la sentencia recurrida sea violatoria de la ley sustantiva. 3.—Cuando la sentencia es acusada por error hay una cadena formada por estos eslabones: a) el error y su demostración, b) la consiguiente violación de ley sustantiva detallada como manda el art. 531 del C. J.; c) incidencia del cargo sobre la parte resolutiva de la sentencia. Cuando, siendo aceptable la prueba de testigos, hay dos declaraciones legalmente satisfactorias que establecen cierto hecho y el Tribunal no las toma en cuenta, o desconoce que efectivamente lo establecen, o las rechaza exigiendo prueba de testigos, hay dos declaraciones legalmente satisfactorias que establecen cierto hecho y el Tribunal no las toma en cuenta, o desconoce que efectivamente lo establecen, o las rechaza exigiendo prueba distinta que la ley no requiere, es procedente acusar por error. Una vez formulado el cargo de error en una o más de sus formas, se acusará por violación de la correspondiente disposición legal sustantiva. Formulado y demostrado el cargo hay ocasiones en que la sentencia recurrida no se casa por sostenerse en otros soportes legales. La Corte cumple entonces su misión exponiendo en la parte motiva las razones de su fallo. Frecuentes son los fallos de la Corte en este sentido.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El Tribunal Superior de Pereira declaró probada la excepción de petición de modo indebido y así decidió el juicio ordinario de Jesús Antonio Cardona S. contra Pedro Pablo Rodríguez, vecinos de Armenia, revocando la sentencia del Juez del Circuito de Finlandia que, con estudio de fondo, absolvió al demandado.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso el demandante recurso de casación que se admitió y se ha tramitado debidamente.

Antecedentes

Como precio de lo que Cardona vendió a Rodríguez el 28 de septiembre de 1929 por escritura Nº 1189 de la Notaría 1ª de Armenia (Cdno. 1º, fols. 18 y 19), quedó adeudando éste a aquél una suma de pesos para cuyo pago se instauró por el acreedor juicio ejecutivo en el cual el deudor articuló con éxito de pago parcial y obtuvo más tarde que la actuación finalizase por desistimiento a virtud del pago del saldo.

Cardona, fundándose en ser falsos los recibos de que Rodríguez se valió en la articulación y ser falso igualmente el contenido en el memorial de desistimiento y en haberse llegado con motivo de éste y de su presentación a suplantación de persona, a más de provocar acción criminal contra Rodríguez por esos delitos, le promovió el presente juicio ordinario encaminado a que se reconozcan la falsificación, falsedad y suplantación aludidas, se anulen las providencias judiciales determinadas por aquellos documentos, se reviva el juicio ejecutivo para restaurarlo al estado en que se hallaba antes de la mencionada articulación y se declare que las cantidades abonadas como pagos no lo causaron realmente, y, por lo mismo, está vigente la hipoteca constituída en garantía de tal deuda por la mencionada escritura.

El Juzgado, como se dijo, estudió la causa en el fondo y fue por no estimar acreditadas las referidas afirmaciones básicas del demandante por lo que absolvió al reo. Pero el Tribunal se abstuvo de ese estudio de fondo conceptuando que la demanda no se formuló de manera de producir efectos o de tener alcance práctico, y falló, como también se dijo ya, en el sentido de declarar probada la excepción de petición de modo indebido.

El recurso

El abogado recurrente invoca el motivo 1º de los establecidos por el art. 520 del C. J. y manifiesta acusar la sentencia recurrida por errores de hecho y de derecho en la apreciación de la demanda y por error de derecho en la de las pruebas y, después de historiar el asunto, expone en dos capítulos sus cargos, que se resumen así:

Yerra el Tribunal al estimar la demanda como de peticiones meramente declarativas puesto que se extiende a pedir que las aludidas sumas se tengan como no pagadas; y, además, aunque se hubiera limitado a pedir se declarara la falsificación de los referidos documentos, nada impide que así se formule una demanda y que el juez la considere como objetivo suficiente de sentencia. Por eso violó los arts. 593, 594, 597, 598, 601, 645 y 648 del C. J. y 1757 del C. C. que dejó de aplicar, y también, por haberlo pasado por alto, el art. 472 de aquella obra que dice cuál es el objeto de los procedimientos.

Y en cuanto a las pruebas, estudia detenidamente las varias que obran en el proceso en favor del demandante, las analiza como en alegato de instancia y completa este capítulo de su recurso afirmando la violación de las disposiciones del C. J. que acaban de rememorarse y de los arts. 656, 701 y 722 del mismo, también por no haberlos aplicado.

La Corte considera:

El recurrente se limita a acusar por el referido error de apreciación, y si cita disposiciones legales lo hace para justificar, dentro de sus conceptos, ese cargo en cuanto a los errores de derecho, y a la verdad todas las disposiciones mencionadas son de orden netamente procedimental, reglamentarias de la respectiva clase de pruebas y del modo de apreciarlas. Las disposiciones de este orden, esto es, las que reglamentan la manera de practicar tal o cual prueba y la de apreciarse, es decir, de servir de medio de llegar el juzgador a la certidumbre, son incuestionablemente adjetivas.

Claro es que la calidad de sustantiva o de adjetiva de determinada disposición legal depende de ésta misma y no de una circunstancia tan extraña a su naturaleza como lo es la de figurar en tal o cual código. Así, en el Civil, hay numerosas disposiciones netamente adjetivas como por ejemplo, el art. 472 que detalla la manera de practicarse el inventario de los bienes del pupilo, el 1077, que dice la forma en que se procede a publicar el testamento cerrado, el 1094, que indica cómo se procede a poner por escrito el testamento verbal, y así otros tantos, entre los cuales podría hacerse cita abundante en lo relativo a notariato y registro. Del propio modo, abundante podría ser la cita también de disposiciones del Código Judicial incuestionablemente sustantivas de que son ejemplo los arts. 212, 233, inc. 1º, 448 y 473 a 476.

La casación requiere, cuando se invoca el citado motivo 1º del art. 520, como sucede en el presente caso, que la sentencia recurrida sea violatoria de ley sustantiva; mejor dicho, la causal establecida allí por el legislador es la violación de ley de esta precisa calidad; y si atiende expresamente al evento de que a tal violación se llegue por la senda de una apreciación errónea de pruebas, no por eso deja de exigir aquella violación, no por eso deja de ser la violación de ley sustantiva el motivo preciso de casación de ese numeral 1º, el cual, por otra parte, no se olvida de que hay otros caminos por los cuales puede llegarse a esa violación, la que, por uno u otro de todos ellos, ha de ser, repítese, de ley sustantiva.

Una demanda de casación limitada a acusar por dicho error, aun en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esa limitación signifique abstención de formular el cargo procedente, que es, al tenor clarísimo de ese numeral 1º, el de violación de ley sustantiva. Recurrente que acusa por error y que, aun demostrándolo no pasa adelante, se queda por decirlo así en el umbral, sin traspasar la puerta de entrada al recurso mismo, la que con esa demostración apenas ha abierto.

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

a) Cuando, siendo aceptable la prueba de testigos, hay dos o más declaraciones legalmente satisfactorias que establecen cier-

to hecho y el Tribunal no las toma en cuenta, o desconoce que efectivamente lo establecen, o las rechaza exigiendo prueba distinta que la ley no requiere, es procedente acusar por error, así: si lo primero, porque se deja de apreciar una prueba que debe apreciarse; si lo segundo, porque se yerra manifiestamente de hecho en su apreciación; si lo tercero, porque se yerra en ésta de derecho, en cuanto se desoyen las disposiciones legales reglamentarias de la prueba de testigos y de su estimación y alcance, disposiciones cuya cita, que contribuye a dar luz cuando se la hace, no es necesaria y cuyo quebrantamiento, cíteselas o no, es lo que constituye cabalmente ese error de derecho en su apreciación.

Si quien vendió una casa demanda la resolución de la compraventa porque el comprador faltó al pago del precio y el Tribunal decreta la resolución a pesar de haber confesado el vendedor demandante que lo recibió íntegramente, procede el cargo de error en la apreciación de esta prueba, sea que la sentencia pasó por alto tal confesión, sea porque desconoce que demuestra el pago, sea porque se niegue a aceptarla no dando las leyes asidero a esta negativa, y así el Tribunal o ha dejado de apreciar la prueba o ha errado manifiestamente de hecho en su apreciación o ha errado en ésta de derecho con quebrantamiento de las disposiciones procedimentales a que se acaba de aludir.

b) Acusación por la consiguiente violación de ley sustantiva.

Siguiendo el ejemplo anterior, una vez formulado el cargo de error en una o más de sus formas discriminadas y una vez demostrado, se acusará por violación del art. 1930 del C. C., en razón de haberlo aplicado sin ser el caso.

Adviértese una vez más que en este cargo de violación de ley sustantiva está el meollo del recurso, en él consiste el recurso.

c) Ocasiones hay en que, aun llenados esos requisitos satisfactoriamente por lo que hace a la formulación y demostración del cargo, no prospera éste, es decir, la sentencia recurrida no se casa. Así sucede cuando de ello no se deduce alteración para su parte resolutiva, en cuanto no obstante todo eso, haya de seguir en pie la solución pronunciada por el Tribunal, que es lo que acontece cuando ésta queda suficientemente sostenida por los restantes soportes en que descansa o las restantes razones que la han determinado.

Frecuentes son los fallos de la Corte en este sentido. Si ella ha de llegar a la misma conclusión, aunque su sentencia sea distinta, en lo motivo, de la recurrida, ésta no tiene por qué romperse, no sólo porque con la exposición que haga la Corte en la parte motiva de su sentencia queda llenada la finalidad jurisprudencial que al recurso de casación asigna la ley (C. J., art. 519), sino también porque el agravio de la parte recurrente, a que expresamente miraban anteriores disposicionse legales, y que es el que le da el interés jurídico indispensable para recurrir, no se ha causado con el error y la violación antedichos, siendo así que, aun corregido ha de seguir igual a la solución de la controversia.

En el presente recurso el demandante se limita a formular sus referidos cargos de error, con ocasión de lo cual cita disposiciones legales meramente adjetivas para justificar o redondear su concepto en lo que hace al error de derecho; pero, deteniéndose ahí no acusa de violación de ley sustantiva, no corona su labor.

Esto vale tanto como decir que la Corte no encuentra fundado el recurso desde el punto de vista en que se coloca el recurrente al invocar el citado numeral 1º del art. 520.

Antes de cerrar este capítulo conviene recordar el estudio sobre recurso de casación y su situación actual ante nuestras leyes que la Corte hizo en sentencia de 4 de abril de 1936 (Gaceta Judicial, págs. 794 a 804 del Tomo XLIII). En el curso de ese estudio, después de considerar el error de hecho y el de derecho, dice esta corporación en relación con el tema aquí considerado, entre otras cosas: "En síntesis la causal de casación es siempre e invariablemente la violación de la ley sustantiva en el caso del inciso 1º del art. 520 del C. J. y nunca la errónea apreciación de la prueba por sí misma."

Empero, aunque el recurrente no cita numeral distinto del 1º tantas veces aquí recordado, se halla que en verdad aduce el segundo de los varios motivos allí establecidos, o sea, el de "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes", como pasa a verse sin que pueda echarse menos la cita precisa de ese numeral segundo o la expresión ritual de este motivo, porque, como es sabido, en nuestro derecho no existen fórmulas sacramentales y porque cuando un motivo dado se formula y aduce claramente, la Corte sacrificaría el derecho a la fórmula si se abstuviera de considerarlo en virtud de aquella omisión. (C. J., art. 481).

En efecto, a más de hacer el recurrente los cargos de que habla el precedente capítulo de este fallo, en forma cuya deficiencia para casación queda allí analizada, acusa la sentencia (así sea sin formular capítulo separado, así sea, pues, dentro del consagrado al cargo de error y encaminado a justificar el motivo 1º), de haber desoído pedimentos efectivamente presentados en el libelo inicial en forma inequívoca, y la acusa asímismo de haber dejado de decidir tales súplicas.

El Tribunal acoge la excepción de petición de un modo indebido, en el concepto de no haberse demandado sino meras declaraciones de hechos y de ser éstas innocuas por cuanto, aunque se hicieran, no se deduciría de ahí súplica efectiva. Según el Tribunal, las solicitudes sobre falsedad de documentos y suplantación de persona a nada conducen, porque en su concepto nada adelantaría el autor con obtenerlas.

Y el recurrente arguye que, aun siguiendo al Tribunal en su concepto sobre no poderse sentenciar cuando sólo de esas declaraciones habla la demanda, no sería el caso en el presente pleito de acompañarlo en sus conclusiones, porque, a más de esas declaraciones que el recurrente sostiene que sí pueden y deben ser materia de sentencia, pero de las cuales en gracia de discusión admite que por sí solas no hubieran de serlo, hay otras súplicas que colocan el caso en el punto que el Tribunal sostiene debe tener para hacer del pleito un objetivo capaz de recibir sentencia eficiente y por ausencia o falta de las cúales se denegó a sentenciar en el fondo.

Y así es en efecto, porque a más de las súplicas relativas a dicha falsedad de documentos, hay otras de la categoría precisa requerida por el Tribunal, como se verá en seguida; de donde se deduce que no es necesario entrar a considerar si en efecto las peticiones de mera declaración de hechos no bastan a determinar una sentencia, ya que en este juicio se está ante una realidad que obligaba al Tribunal a sentenciar, aun dentro de su concepto referido. De ahí que baste ahora advertir que sí puede haber sentencia de declaración, como puede haberla de constitución y también de condena, que son las tres modalidades en que las sentencias se clasifican y agrupan; y que otra cosa muy distinta es que una sentencia sea declarativa, como precisamente han de serlo todas, si se atiende a la manera de formularse.

La demanda pide: "1º Que se declare que son falsificados y absolutamente nulos los documentos, autos y diligencias siguientes"..... (aquí enumera en sus puntos a, b y c los a que se aludió aquí al rememorar los antecedentes del pleito); 2º Que Rodríguez desistió de los derechos que la sentencia de la articulación de pago le concedía; 3º Que como consecuencia de esas declaraciones, las varias partidas de dinero de que se presentó recibos falsos y la aludida en el memorial de desistimiento "no serán abonadas al crédito hipotecario por dos mil cuatrocientos pesos que sirvió de base al mandamiento ejecutivo"; 4º Que ese juicio debe continuar su curso legal desde el estado en que se hallaba cuando se introdujo aquella articulación; 5º Que las mejoras hipotecadas para responder por los $ 2,400 y sus intereses continúan gravadas y que de esas sumas no se deducen los referidos pagos falsos; 6º Que en subsidio se declare resuelta por falta de pago del precio la compraventa que la demanda detalla; 7º Que por tanto Rodríguez debe devolver a Cardona lo que adquirió por ese contrato; 8º Que debe pagarle perjuicios y frutos, y 9º Que debe cubrirle las costas.

Se resumen en seguida las reflexiones del Tribunal sobre cada una de estas súplicas:

1º La declaración de falsedad, que no puede extenderse a las providencias mismas, no tiene el alcance de que con ella prospere algún derecho, ni menos el de hacerlo efectivo, que es el fin de toda sentencia. Lo que debió pedirse no fue la innocua declaración de falsedad sino el reconocimiento de los derechos violados con ella o el resarcimiento respectivo.

2º Solicitar se declare que hubo un desistimiento, es inconducente. Ello podrá ser uno de los hechos fundamentales de una demanda, pero no la petición misma.

3º Solicitar que las cantidades a que este punto se refiere no sean abonadas al crédito materia de la ejecución, no puede ser materia de obligación ni de declaración de sentencia. Ese abono, que es un hecho consumado, podría originar solicitud que entrañe una obligación equivalente; y no es esto, sino aquello, lo demandado.

4º Tampoco puede prosperar el pedimento de que reviva la ejecución. Si dolosamente con recibos falsos se logró que ese juicio terminara, "la única manera de conseguir el reconocimiento de los derechos sacrificados, no es pretender el absurdo jurídico de que se desconozcan órdenes para hacer vivir nuevamente el que sometido a la jurisdicción de un juez se llevó al archivo, invadiendo acciones y ejercicio jurisdiccional ajenos, sino pedir, con las constancias

del caso, la vigencia de la obligación desconocida o sacrificada

5º Atando con el concepto precedente, formula el siguiente el Tribunal en relación con el punto 5º del libelo: "Y si no se ha pedido la vigencia de lo adeudado, como debe hacerse, es decir, si no se ha solicitado que el demandado se declare deudor por las sumas de que indebidamente se libertó, no es posible..." En seguida por esa imposibilidad de acoger este pedimento, encuentra consecuencialmente la de declarar vigente la hipoteca, agregando que mal puede pedirse esta vigencia, no habiéndose solicitado la de la deuda misma a que la caución accede.

6º Sobre la demanda subsidiaria de resolución de la compraventa observa que se la hace derivar de la falta de pago y que no se ha pedido la vigencia de la deuda.

Y, citando el principio ex facto jus oritur, insiste sobre que las peticiones formuladas en el libelo son inoperantes.

El resumen y trascripciones parciales de demanda y sentencia que se acaban de formular demuestran que aquélla no adolece del vicio que ésta le imputa. Con toda claridad indica la mera lectura del libelo que contiene pedimentos conducentes a dar pleno alcance práctico a las declaraciones impetradas y, más aún, que entre tales súplicas figuran algunas contentivas inequívocamente de petición sobre derecho efectivo.

En efecto: solicitar que no sean abonadas al crédito las partidas que aparecen pagadas por el deudor mediante piezas falsas, no es otra cosa que solicitar que la deuda inicial se repute y reconozca vigente. No se emplea por el demandante esta frase; pero el concepto no deja de ser el que es porque esta precisa frase no figure. Y del propio modo, solicitar que del total primitivamente adeudado no se deduzcan las partidas que en tal forma falsa aparecen pagadas, no es otra cosa que pedir se reconozca que ese crédito inicial se halla en pie, sin haberse disminuído por esos aparentes pagos. Así pues, los puntos 3º y 5º contienen súplicas que llenan a cabalidad las exigencias hechas por el Tribunal para encontrar en una demanda materia para una sentencia.

No reconociéndolo así, se abstuvo de estudiar en el fondo esos pedimentos, de donde llegó a dictarla en la forma que motiva casación al tenor del citado numeral 2º del art. 520 del C. J.

Es, pues, el caso de infirmarla por este motivo, y, consecuencialmente, de dictar la que debe reemplazarla.

Es de advertirse, como detalle importante, que el Tribunal, así sea incidentalmente, acepta el concepto básico qu llevó al actor a incoar y seguir este juicio, pues dice: "En suma, queda demostrado en este juicio que los recibos con los cuales se comprobó el pago de la obligación de Rodríguez para con Cardona y el memorial de desistimiento no son auténticos y que fueron falsamente confeccionados."

En curso este pleito, cuya demanda inicial quedó notificada a Rodríguez el 10 de octubre de 1932 (Cdno. ppal., fol. 25 vuelto), cuya sentencia de primera instancia es de 19 de agosto de 1933 y cuya sentencia de segunda es de 8 de julio de 1936, falleció el demandante el 9 de septiembre de 1934 (Cdno. de casación, fol. 13 y fol. 18). Su viuda por sí y como representante legal de sus herederos, todos menores de edad, acreditando los hechos a que se alude con la indicación de estas circunstancias y llenando las exigencias legales pertinentes, desistió del presente recurso, lo que la Corte decretó de conformidad por auto de 31 de agosto de 1937, ejecutoriado el cual, volvió el expediente al despacho para sentencia.

Este obedece a que ese desistimiento no dejó terminado el recurso, porque, como lo advierte esa providencia, el acreedor señor Cardona había cedido la mitad del crédito al señor Benjamín Gallego Toro desde el 6 de octubre de 1932 y la cesión se había notificado al deudor el 10 de los mismos (cuaderno 1º, fols. 19 y 25), de suerte que el cesionario ha intervenido en el juicio desde su iniciación en forma que interpuso y se le concedió el presente recurso por medio de apoderado, que no sólo lo era de él sino sustituto de Cardona. (Cdno. 1º, fols. 43 y 63).

Entablado este juicio en forma que persigue el dolo civil sin subordinación al dolo criminal y, por tanto, sin una dependencia de esta última actuación que obligara a mantener en suspenso, hasta su resultado final, la sustanciación y decisión de la acción civil, hay sin embargo una conexión tan íntima entre las dos que autoriza a confiar en que, allegándose ciertos elementos de aquella actuación, se disipen algunas dudas y se aclaren algunos puntos oscuros, dudas y oscuridad cuya presentación detiene a la Sala por ahora en su propósito y deber de sentenciar, y la obligan a acudir al recurso a que para estos casos provee el C. J. en sus arts. 539 y 600.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia dictada en este pleito por el Tribunal Superior del distrito judicial de Pereira el 8 de julio de [illegible].

Antes de sentenciar en instancia, la Sala dictará auto para mejor proveer. Con tal fin volverá a su despacho el expediente al ejecutoriarse el presente fallo.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Juan Francisco Mújica. — Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza. — Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

CUANTIA DE LA ACCION PARA EL RECURSO DE CASACION

1.—Cuando el demandante ha fijado la cuantía de la acción en más de la tasa señalada por el art. 519 del Código Judicial y el demandado no la ha objetado en el curso del pleito, no es legal hacer el avalúo de la cuantía de la acción por medio de peritos, pues debe regir en ese caso la señalada por el actor sin objeción del reo. 2.—En caso de avalúo de la cuantía por medio de peritos para los efectos del recurso de casación, debe darse traslado del dictamen a las partes de conformidad con el art. 719 del C. J.

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

Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez

El Tribunal Superior del distrito judicial de Popayán, en el juicio ordinario promovido por la señora Mercedes Suárez de Pardo contra el señor Pedro León Bermeo, sobre revisión de una sentencia de división de un bien raíz común y otras declaraciones, profirió providencia de segundo grado fechada el día 9 de agosto de 1937, absolviendo al demandado de todos los cargos del libelo.

Contra ese fallo interpuso en su oportunidad recurso de casación el doctor César Calero Mercado, apoderado especial de la demandante. El Tribunal sentenciador consideró que era procedente hacer un avalúo de la cuantía de la acción instaurada, por estimarla dudosa (art. 524 del C. J.), y procedió al nombramiento de peritos. Comoquiera que los dos avaluadores no llegaron a un acuerdo sobre la cuantía precisa de la acción, se designó un perito tercero, quien a su vez discrepó de las estimaciones señaladas por los principales. En esa virtud, el Tribunal de segundo grado consideró que era el caso de dar aplicación a los artículos 721 del Código Judicial, en armonía con los 40 de la ley 63 de 1936 y de adoptar como medio aritmético entre los tres dictámenes, el que produjo un cuociente que se elevó a la cantidad de dos mil ochocientos treinta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 2,833.33), en concepto del Tribunal.

En vista de ese resultado y con aplicación del art. 519 del Código Judicial, el fallador de segunda instancia negó el recurso de casación, por no ascender la cuantía del ordinario a la cantidad de tres mil pesos.

Contra esta decisión se alzó el señor apoderado de la parte actora, interponiendo los recursos principal de reposición y subsidiario de hecho, para ante esta superioridad (art. 516 del C. J.). Negado el primero y concedido el segundo, ha llegado el momento de que la Corte decida, pronunciándose también sobre la procedencia de la casación interpuesta en su debida oportunidad.

Dos extremos deben ser estudiados y resueltos para decidir sobre la cuestión controvertida, a saber:

a) Si la cuantía de la demanda estaba fijada y determinada en los autos, o si por no estarlo, era de rigor la estimación posterior a que se refiere el art. 524 del Código Judicial;

b) Si los tres dictámenes periciales rendidos para avaluar esta acción debieron ponerse en conocimiento de las partes, conforme lo determina el art. 719 del Código Judicial, antes de que el Tribunal los tomara en consideración para decidir el promedio aritmético.

Procede el recurso de casación, en los juicios ordinarios, cuando la cuantía se eleva por lo menos a tres mil pesos. El art. 205 del Código Judicial determina que la esti-

mación de la cuantía corresponde al demandante. El art. 206 ibídem otorga al demandado la facultad de objetar ese avalúo, el que vendría en ese caso a ser fijado por el juzgador, previo dictamen de un perito nombrado por éste.

En las copias remitidas no hay constancia de que el opositor hubiera tachado la cuantía de cuatro mil pesos señalada por el actor en su libelo de demanda. Antes bien, parece deducirse de la sentencia de segundo grado que no se adelantó ... ulación de tacha sobre esta mate...

Aparece de lo expuesto ... Tribunal debió respetar esa situa... jurídica creada en el proceso y acep... que la cuantía era superior a la tas... por el art. 519 del Código Judici... desde que inició la acción, la pa... tora indicó el valor en que estima... a, hay que concluír que ejercitó una atribución legal indiscutible (... 205 del C. J.) y que esa estimación no iba destinada exclusivamente a determinar la competencia del juez, sino a reservarse para lo futuro el ejercicio de un recurso de tanta trascendencia como el de casación. Contra esta ventajosa posición reservaba al demandado, el art. 206 ibídem, la facultad de rechazar y tachar esa estimación; y si así no lo hizo debe soportar las consecuencias de su negligencia.

Resulta de lo dicho que no podría alegar duda alguna el Tribunal sobre la cuantía de la acción, previamente señalada por el demandante sin observación del demandado; y no era procedente, por esa circunstancia, pretender fijarla por medio de avalúos periciales.

Pero aun aceptándose que era de rigor hacer ese avalúo, no se halla razón plausible para concluír que tales dictámenes no estén sujetos a la formalidad del traslado previo a las partes que ordena el art. 719 del Código Judicial. Esa tramitación es precisamente la defensa que tienen ambos litigantes para ...char cualquier estimación hecha en ...io y que adolezca de oscuridad, d... encia, error grave, fuerza, dolo, cob... o seducción. En forma tal, que una ... ba de esta índole —a la que la ley otor... y reconoce fuerza plena demostrativa cuando reúne los requisitos necesarios para producir ese importante efecto— no debe servir de fundamento a una decisión judicial, sino cuando ha sido previamente conocida por las partes y no se ha opuesto por éstas objeción alguna.

Podría agregarse a lo dicho que donde la ley no distingue, no le es permitido hacer distinciones al juzgador y que tratándose de un recurso tan importante como el de casación, sería ilógico que fundamentara su negativa sobre estimaciones periciales que no fueron conocidas previamente por las partes, antes de ser deducidas en juicio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, admite el presente recurso de hecho, infirma el auto de 6 de diciembre de 1937 y en su lugar concede el recurso de casación interpuesto oportunamente por la parte actora.

Ofíciese al Tribunal de origen para que remita los autos a esta superioridad.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

PERJUICIOS.—DELITO Y CULPA CIVIL.—ACCION CRIMINAL Y ACCION CIVIL.—RESPONSABILIDAD PENAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL.—CONCEPTO DE VON TUHR.—INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — TEORIA DEL RIESGO. — RESPONSABILIDAD POR EL MANEJO DE MAQUINAS.

1.—La obligada distinción jurídica entre delito y culpa civil la hace nuestra ley escrita en diversas oportunidades, de ellas en el art. 39 de la ley 169 de 1896. Si se ha decidido ya sobre el delito, es claro que esta decisión en nada obsta a la acción civil de indemnización por culpa, porque siendo distintos el delito y la culpa y no tratándose en el pleito civil de aquél sino de ésta, la decisión sobre aquél, extraña por ende a la fuente de la acción civil, no puede tener alcance de cosa juzgada. Muy distinta modalidad del problema es la que se presenta cuando se ha decidido sobre el delito y en que la acción civil sobre indemnización del daño se ejercita aduciendo ese delito como fuente o causa, porque entonces, habiendo esta conexión o vinculación, ese alcance es incuestionablemente decisivo, haya habido absolución o condena. La acción civil derivada de la sola culpa no puede ser afectada ni detenida por la acción criminal, dada la diferencia de causales y de fines. El estudio de aquella y de la sola culpa en que se basa no puede significar violación de la cosa juzgada en el juicio criminal. Distintas las fuentes, distintas las acciones, distintos los fines, no puede conceptuarse que la absolución por el delito tenga fuerza de cosa juzgada para absolver de la indemnización o impedir controversia por ésta. Si, por regla general, todo delito determina indemnización, el solo hecho de no hallarse delictuoso un acto dado no autoriza para decir A PRIORI que no hay lugar a indemnización, puesto que no es necesario a ésta un delito como causa única y perfectamente puede caber indemnización, aun sin pensarse en delito, tan sólo porque haya culpa civil. 2.—La obligación de indemnizar cae sobre el que ha cometido un delito o culpa, al tenor del art. 2341 del C. C. El art. 2356 ibidem contempla una situación distinta y la regula, naturalmente, como a esta diferencia corresponde. Exige tan sólo que el daño pueda IMPUTARSE a malicia o negligencia de otra persona. 3.—La teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y miran a la dificultad, que suele llegar a imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión de ejercicio de esas actividades. 4.—La carga de la prueba no es del damnificado sino del que causó el daño, con sólo poder éste imputarse a su malicia o negligencia. En las actividades caracterizadas por su peligrosidad, de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el hecho dañoso lleva en sí los elementos de negligencia o malicia. Al autor de un hecho no le basta alegar que tuvo culpa ni puede con esta alegación ponerse a esperar que el damnificado se la compruebe, sino que para exceptionar eficazmente ha de destruír la referida presunción demostrando uno al menos de estos tres factores: caso fortuito, fuerza mayor, intervención de elementos extraños. Caso de esta intervención es el ejemplo que trae el art. 2357 del C. C.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Va a decidirse el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira que, revocando la de primera instancia pronunciada por el Juzgado 2° Civil de ese circuito, absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda en el juicio ordinario por perjuicios incoado el 2 de noviembre de 1931 por el señor Rosendo Echeverri en su propio nombre y en el de su consorte señora Lucrecia Botero, así como en el de la sociedad conyugal existente entre los dos, contra el señor Pablo Villegas.

Antecedentes

Del aludido matrimonio nació el 12 de abril de 1913 un niño bautizado en seguida con el nombre de Arnulfo. Este iba a la izquierda de un compañero, en sendas bicicletas, en la tarde del domingo 29 de septiembre de 1929 por la carretera de Nacederos hacia la ciudad de Pereira, cuando en la misma dirección apareció detrás de ellos un automóvil conducido por el señor Pablo Villegas. En distancia entre treinta y quince metros el joven Arnulfo, por el temor de verse alcanzado o por insuficiente pericia o por ambos o cualesquiera otros motivos, comenzó a zigzaguear cambiando de línea trasversalmente, y cuando ya casi estaba contra él el automóvil, en momentos en que Villegas lo desviaba para evitar el choque, Arnulfo impensadamente cayó al suelo y la rueda derecha trasera del auto le pasó por encima, de resultas de lo cual esa noche murió.

Este relato de los hechos se formula como resumen de las diversas probanzas que obran al respecto en el expediente, entre ellas las posiciones absueltas por Villegas, múltiples declaraciones de testigos recibidas a solicitud de una y otra de las partes litigantes y, de su lado, las correspondientes actas de estado civil.

En la actuación seguida ante las autoridades de lo criminal se sobreseyó por el Juzgado Superior de Pereira definitivamente en providencia de 9 de diciembre de ese año, la que el Tribunal confirmó en la de 18 de marzo de 1930.

Distinguiendo entre la actuación criminal y la civil y llamando la atención reiteradamente hacia la diferencia entre las dos y hacia el hecho de que el sobreseimiento pone término a un juicio que versa exclusivamente sobre el delito, el libelo inicial del presente juicio ordinario se concreta a la indemnización por la culpa civil, con expresa prescindencia de la calidad del hecho que la origina como delictuoso o no y antes bien situándose en el pie de que no lo es.

La súplica, repítese, es sólo de indemnización, fijada por el actor, no sin salvedad sobre alteración mediante avalúo pericial, en diez mil y cinco mil pesos, respectivamente, por los daños materiales y morales.

El Juzgado acogió el pedimento y condenó por todo al pago de $ 4,200, en sentencia de 7 de abril de 1934, de que ambas partes apelaron. El Tribunal desechó la acción y absolvió al demandado, en fallo de 15 de febrero de 1937, de cuya casación se trata.

Se funda cardinalmente en que el sobreseimiento por ser definitivo tiene fuerza de cosa juzgada, según el art. 33 de la ley 104 de 1922, y en que ello es así en el presente caso no sólo para lo penal, sino también sobre este pleito civil en que se busca la indemnización del daño, observando que Juzgado y Tribunal sobreseyeron definitivamente porque hallaron que no había delito ni cuasi delito en el accidente causa causarum de todo ello, o sea, la muerte del joven Arnulfo en las circunstancias ya expuestas sucintamente aquí.

El recurso

Así las cosas, el primer problema del recurso es la determinación del alcance de aquel sobreseimiento, para establecer si llega a la acción civil y la abarca. Y en efecto, el recurrente formula como principal cargo la violación de los arts. 63, 2341 y 2356 del C. Civil por haberlos interpretado erróneamente y haber dejado de aplicar el último, confundiendo la sentencia recurrida las dos culpas, la delictual y la civil y las dos acciones, la pública para el castigo del delito y la privada para la indemnización del daño.

Acogiendo la Sala este cargo, por lo que se ve en seguida, a él se concreta, sin considerar los restantes, de conformidad con el art. 538 del C. J.

La obligada distinción jurídica entre delito y culpa civil la hace nuestra ley escrita en diversas oportunidades, de ellas en el art. 39 de la 169 de 1896, en cuya parte última se refiere a los cuasi delitos y culpas para establecer que la acción civil encaminada a indemnizar el daño puede intentarse "sin sujeción a lo criminal", después de haber establecido en sus incisos precedentes algo atañedero al delito tan sólo y a las dos acciones, la criminal y la de reparación del daño, para decir que pueden intentarse conjuntamente, sin necesidad de constituírse acusador el interesado, o que puede la civil intentarse por separado, caso para el cual advierte que esta acción estará en suspenso hasta que la criminal se decid-

Y es obvio que esto no podía suceder de otro modo, puesto que cuando se trata del delito como fuente de la reparación, mal podría decidirse sobre ésta, que es efecto, sin tenerse como base la decisión sobre aquél, que es la causa; y del propio modo, cuando no se trata de delito, no siendo éste la causa de la reparación, no hay lugar ni motivo para aquella espera.

Posible y hasta frecuente es que a la vez se esté ante un delito y una mera culpa; y posible consiguientemente que se incoe, sin sujeción a lo criminal, la acción civil correspondiente a la indemnización por la culpa, a tiempo que el proceso netamente criminal esté cursando por separado. En tal evento, no habría motivo alguno para demorar el pleito civil sobre indemnización por la culpa en espera de la decisión en lo criminal, siendo así que, como empieza en este evento por suponerse, lo indicado como fuente de la acción civil no es el delito.

Y si (siguiendo el mismo supuesto), ya se ha decidido sobre el delito, es igualmente claro que esta decisión en nada obsta a la

acción civil de indemnización por la culpa, porque, siendo distintos el delito y la culpa y no tratándose en el pleito civil de aquél sino de ésta, la decisión sobre aquél, extraña por ende a la fuente de la acción civil, que se repite es la sola culpa, no puede tener alcance de cosa juzgada.

Muy distinta modalidad del problema es la que se presenta cuando se ha decidido sobre el delito y en que la acción civil sobre indemnización del daño se ejercita aduciendo ese delito como fuente o causa, porque entonces, habiendo esta conexión o vinculación, ese alcance es incuestionablemente decisivo, haya habido absolución o condena; si lo primero, cegada con ella esa fuente o negada la causa, no puede producirse el efecto; si lo segundo, establecida la fuente y causa, ya no habrá cómo ni para qué contender sobre ello en el pleito civil y éste será sólo contienda sobre el perjuicio en sí y su monto, a que se agrega lo que oficiosamente ha de hacer el juez por virtud del art. 113 de la ley 57 de 1887, sobre lo cual ocurre citar el art. 9º de la ley 92 de 1920, según el cual "De la acción civil que resulte de una sentencia ejecutoriada, dictada en causa criminal, corresponde conocer a los jueces civiles, conforme a las reglas generales sobre jurisdicción y competencia."

La acción civil derivada de la sola culpa no puede ser afectada ni detenida por la acción criminal, dada la diferencia de causales y de fines. El estudio de aquélla y de la sola culpa en que se basa no puede significar violación de la cosa juzgada en el juicio criminal y establecida sobre el delito en la sentencia dictada respecto de éste, tanto por las razones ya expresadas, cuanto porque la controversia civil sobre la indemnización no puede entenderse surtida y decidida en el fallo de la autoridad en lo criminal que se ha concretado y debe concretarse, en su caso, a absolver sobre el delito.

Claro es que esta autoridad puede y aun debe en muchas ocasiones adentrarse en el estudio íntimo del respectivo caso —y de ello es ejemplo el presente— en forma de considerar si hubo o no algo inevitable o casual que exonere de responsabilidad al autor de un suceso dado o impida ver en éste un delito. En la actuación contra Villegas, v. gr., quedó para él establecida la situación de que habla el art. 614 del Código Penal. Pero la responsabilidad a que esta disposición mira es a la que el delito, cuando lo hay, lleva consigo o genera. No puede ser la simplemente civil. La ley, que tan nítidamente distingue entre esas dos responsabilidades, no ha atribuído a los jueces en lo criminal, de suyo, la decisión de lo tocante a la última, ni impone la actuación sobre ésta como incidente de la actuación sobre aquélla. Distintas las fuentes, distintas las acciones, distintos los fines, no puede conceptuarse que la absolución por el delito tenga fuerza de cosa juzgada para absolver de la indemnización o impedir controversia por ésta.

Si en un caso dado se ha condenado por delito, es claro que el juez civil violaría la cosa juzgada si decidiese el ulterior litigio civil de indemnización fundándose en no haber delito; pero si por éste se ha absuelto, no se viola la cosa juzgada ni por tanto se incurre en los males y peligros de todo orden que esto traería consigo, por el hecho de que en el juicio civil sobre indemnización derivada, no de delito, sino de culpa civil, se contienda ante este juez y él decida absolviendo o condenando tal cómo corresponde a las probanzas de este proceso civil y a las pertinentes disposiciones civiles.

Si toda absolución en lo criminal o, digamos, una proveniente de que la autoridad de ese ramo no ha hallado delito en el hecho respectivo, hubiera de cegar toda fuente o posibilidad de acción civil se podría producir una situación conflictiva demasiado extraña, cual sería la de que el interesado en esta última se aplicase a activar su acción civil por la culpa con prescindencia de la criminal, a fin de lograr que aquélla se le decidiese antes que ésta y de evitar así que una posible absolución en lo criminal le sacrificase su derecho pecuniario; y que, del propio modo, el imputado se empeñase en apresurar el fallo en el proceso criminal a fin de, absuelto en él, estar armado de la excepción de cosa juzgada que lo librase de indemnizar la culpa. Se asistiría así a algo como un espectáculo deportivo en que de dos contendores sería vencedor el primero en llegar a la meta. Salta a la vista lo inaceptable de esa interpretación del procedimiento y de la ley. (Art. 89 citado).

Y se habla de actividad del imputado en obtener fallo que de antemano puede confiar le será favorable, porque a la verdad, particularmente tratándose de accidentes automoviliarios, lo sorprendente por excepcional sería que un homicidio, v. gr., obedeciese a propósito deliberado del chofer de matar al chofer, transeúnte, jinete, carrero o ciclista a quien atropelle o con quien choque empleando su propio vehículo como arma y valiéndose de la apariencia de un mero accidente fortuito para disimular su ánimo homicida. Lo habitual, lo cuotidiano, lo de ocurrencia constante es la falta de in-

tención dañada y que quien viene a resultar autor de la muerte de otro sufra tanto que sinceramente se crea víctima; a que se agrega que él pasó por igual peligro, lo que concurre a rechazar, dentro de lo general, hasta la sospecha de haber mediado animus nocendi.

De ahí que lo frecuente sea la absolución en lo penal del que iba dirigiendo el automóvil que hirió o golpeó a quien quieto o en marcha, en dirección contraria o igual, a pie, o a caballo o en automóvil u otro vehículo, chocó contra aquél o se vio alcanzado por el mismo; y más probable y hasta segura esa absolución en lo penal, si no se trata de simple herida sino de muerte.

Si el juez en lo penal, conceptuando que no hubo delito, sobresee o dicta sentencia absolutoria, el imputado queda libre en razón del delito; y cualesquiera que hayan sido las razones de aquel concepto, las que, como es de rigor, se exponen en la parte motiva del fallo, éste deja juzgado sólo el delito, que es lo que en la parte resolutiva se decide. Y no sobra recordar que la cosa juzgada consiste o se halla en la parte resolutiva de la respectiva sentencia y no en la motiva.

Una sentencia condenatoria en lo criminal anticipa base firme a la del pleito civil que se siga por la indemnización patrimonial procedente del delito, en el caso de que esta acción no se haya ejercitado conjuntamente con esotra; y una sentencia absolutoria en lo penal o sobreseimiento definitivo, que a tanto equivale, no prejuzga sobre la acción civil cuando después se demanda indemnización aduciendo como fuente, no el delito sobre el cual ya la autoridad competente juzgó en definitiva absolviendo, sino la culpa civil, acerca de la cual la autoridad en lo criminal no ha tenido por qué decidir, ya que la mera culpa es algo diferente del delito, y que es éste y no la indemnización lo sentenciado en el juicio criminal.

Siguiendo la frecuente comparación de los dos consabidos círculos concéntricos, se halla con radio menor el penal; de suerte que un acto dado que escapa a la acción criminal o que no está o no podría estar bajo ella, bien puede ser fuente de indemnización pecuniaria. En otras palabras: si, por regla general, todo delito determina indemnización, el solo hecho de no hallarse delictuoso un acto dado no autoriza para decir a priori que no hay lugar a indemnización, puesto que no es necesario a ésta un delito como causa única y perfectamente puede caber indemnización, aun sin pensarse en delito, tan sólo porque haya culpa civil.

En realidad, más que tales dos círculos concéntricos de radios diferentes, lo que hay es dos grupos distintos de hechos, según sean o no delictuosos, y pari pasu con cada uno van sus respectivas acciones. Los delictuosos con solo serlo generan indemnización de esta precisa procedencia, y los otros, que no siendo delictuosos no tienen por qué condenarse en sentencia penal, pueden generar indemnización si constituyen culpa. Estos últimos no determinan siquiera estudio del problema de si son o no delito cuando se les aduce en su mera calidad de culpa como fundamento o razón de la demanda de indemnización por el daño patrimonial. En juicios de esta clase no hay sentencia criminal que esperar para decidirlos y del propio modo la sentencia absolutoria que se haya dictado en el juicio criminal seguido por si eran delito y en que resultaron no siéndolo, no obsta en manera alguna a que la controversia civil se incoe, se tramite y se falle ni a que el fallo sea, en su caso, condenatorio.

Así, en el presente caso, Villegas fue absuelto en el juicio criminal y en éste quedó juzgado definitiva y negativamente el delito; de suerte que no podía válidamente seguírsele nuevo juicio sobre ese delito para decidir si lo hubo o no, o si es inocente o culpado, y por el mismo motivo no podría prosperar demanda de indemnización por el delito. Pero cosa muy distinta es este litigio civil que se está sentenciando, en que se pide no que se le considere delincuente o que como tal pague, sino que se demanda la indemnización por algo muy diferente del delito, como es la mera culpa, el mero daño en sí, abstracción hecha de si el acto que lo causó es o no delictuoso, más aún: dentro del concepto y sobre la base de no serlo.

No obsta la circunstancia de haber llegado el juez en lo criminal a la decisión expresada en la extrema plenitud del citado art. 614, ya porque aquí no se trata del delito sino de la culpa civil como fuente de la acción, según acaba de recordarse y, ahincadamente lo advierte la demanda, ya porque hay, además, otras razones sobre improcedencia de la cosa juzgada. Alúdese con esto a la identidad jurídica requerida por el art. 474 del C. J., la que aquí falta. En el proceso criminal se ejercita por el Estado una acción pública y se busca la intención, la peligrosidad y el castigo de un delincuente; en la civil el actor ejercita para sí una acción privada que mira a su interés patrimonial.

Si la absolución en lo criminal se reputase cosa juzgada contra la demanda de indemnización por culpa, se incurriría hasta en quebranto de precepto constitucional (Codificación de la Constitución, art. 22), pues el interesado en la reparación civil, no oído en la actuación criminal en que no ha sido parte y en que la indemnización no fue debatida, quedaría vencido de antemano. Es de esta suerte como en el presente juicio el actor ha visto embotada su acción con el referido sobreseimiento por el alcance que le dio el Tribunal, sin haber intervenido en manera alguna en la actuación criminal en que se sobreseyó, sin que ella, como ya se observó, versara sobre la indemnización y sin que él (Echeverri), por tanto, tuviera oportunidad ni manera de alegar, de invocar su derecho, ni de aducir prueba alguna sobre su interés patrimonial debatido ahora en el presente juicio civil.

La limitación que en fuerza de las consideraciones hasta aquí hechas tiene la absolución en lo penal, no sólo es consecuencia e interpretación de disposiciones legales nuestras, lo que bastaría en su caso, sino que no es algo aislado que nos singularizara. "Con frecuencia —dice von Tuhr— el acto ilícito es a la vez punible, porque constituye igualmente un delito en el sentido del derecho penal. El legislador se coloca en puntos de vista diferentes cuando instituye una pena o cuando prescribe indemnización de perjuicios; la solución diferirá por consiguiente a menudo en derecho civil y en derecho penal, especialmente en lo concerniente a la responsabilidad. Según los términos del inciso 1º del art. 53, el juez civil, que estatuye sobre los perjuicios no está vinculado por las disposiciones del derecho penal en materia de imputabilidad. De igual manera el procedimiento penal difiere del procedimiento civil sobre numerosos puntos, en particular sobre la apreciación de la prueba. el juez civil no se halla, pues, vinculado por una absolución pronunciada en lo penal; a pesar del texto muy estrecho del art. 53, inciso 1º, esta regla se aplica no solamente cuando se trata de decidir si ha habido culpa o si el actor era capaz de discernimiento sino aun en otras consideraciones: así, el juez civil aprecia libremente si el acto era lícito. Ninguna sentencia penal, aun de condena, vincula al juez civil en lo que concierne a la apreciación de la culpa y a la fijación del daño, art. 53, inciso 2º. Se deriva de esta disposición que la sentencia penal cuando es de condena vincula al juez civil para otras cuestiones, por ejemplo en la medida de la comprobación del hecho y de su carácter ilícito."

El art. 53 a que se refiere este comentario es del Código Suizo de las Obligaciones y reza: "El juez no queda vinculado por las disposiciones del Derecho Criminal en materia de imputabilidad, ni por la absolución pronunciada en lo penal, para decidir si ha habido culpa cometida o si el autor del acto ilícito era capaz de discernimiento."

"La sentencia penal no vincula tampoco al juez civil en lo que concierne a la apreciación de la culpa y a la fijación del daño."

La presunción de inocencia en favor de todo imputado y la de buena fe en pro del poseedor implican, como toda presunción, la carga de la prueba en contrario. No es excepción al principio que informa las disposiciones legales a que así se alude la que hace responsable de la pérdida del cuerpo cierto a quien debe su entrega, puesto que está obligado a conservarlo hasta que la haga y, por ende, a poner en ello la diligencia y cuidado correspondientes según la naturaleza o estipulaciones del respectivo contrato o las pertinentes disposiciones legales. A ese mismo principio, determinante de lo que sucede en los ejemplos que brevemente acaban de invocarse, obedece el art. 2341 del C. C., según el cual la obligación de indemnizar en él mismo impuesta cae sobre el que ha cometido un delito o culpa: tal su categórica redacción.

El art. 2356 ibídem, que mal puede reputarse como repetición de aquél ni interpretarse en forma que sería absurda si a tanto equivaliese, contempla una situación distinta y la regula, naturalmente, como a esta diferencia corresponde. Así es de hallarse desde luego en vista de su redacción y así lo persuaden, a mayor abundamiento los ejemplos que aduce o plantea para su mejor inteligencia, a manera de casos en que especialmente se debe reparar el daño a que esta disposición legal se refiere, que es todo el que "pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona."

Exige, pues, tan sólo que el daño pueda imputarse. Esta es su única exigencia como base o causa o fuente de la obligación que en seguida pasa a imponer.

Esos ejemplos o casos explicativos corresponden, y hasta sobra observarlo, a la época en que el código se redactó, en que la fuerza del hombre como elemento material y los animales eran el motor principal. por no decir único en la industria en las labores agrícolas, en la locomoción. todo lo cual

se ha transformado de manera pasmosa en forma que junto con sus indecibles favores ha traído también extraordinarios peligros. Innecesario expresar el protuberante contraste, por ejemplo, entre la locomoción de hoy y la de entonces. Si para aquella edad fueron escogidos ejemplos el disparo imprudente de un arma de fuego; la remoción o descubrimiento de las losas de acequia, cañería, calle o camino sin las precauciones necesarias para que no caiga el transeúnte, o el dejar en estado de causar daño la obra de construcción o reparación de acueducto o fuente a través de un camino, apenas se podrá imaginar de qué ejemplos se habría valido el legislador en disposición dictada cuando el ferrocarril eléctrico queda a la zaga del automóvil y éste parece lento ante el velívolo, y en que los caminos y las calles se atestan y congestionan por obra del paralelo crecimiento y desarrollo de la población, de la producción y del intercambio comercial.

La teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y miran a la dificultad, que suele llegar a imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión de ejercicio de esas actividades. Un depósito de sustancias inflamables, una fábrica de explosivos, así como un ferrocarril o un automóvil, por ejemplo, llevan consigo o tienen de suyo extraordinaria peligrosidad de que generalmente los particulares no pueden escapar con su sola prudencia. De ahí que los daños de esa clase se presuman, en esa teoría, causados por el agente respectivo, como sería en estos ejemplos el autista, el maquinista, la empresa ferroviaria, etc. Y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elemento extraño.

A esta situación se ha llegado en algunos países por obra de una labor jurisprudencial ardua en cuyo desenvolvimiento no han dejado de tropezar los juristas, en su camino hacia la humanización del derecho, con la rigidez de los textos legales.

Fortuna para el juzgador colombiano es la de hallar en su propio código disposiciones previsivas que sin interpretación forzada ni descaminada permiten atender al equilibrio a que se viene aludiendo o, por mejor decir, a la concordancia o ajustamiento que debe haber entre los fallos y la realidad de cada época y de sus hechos y clima.

Porque, a la verdad, no puede menos de hallarse en nuestro citado art. 2356 una presunción de responsabilidad. De donde se sigue que la carga de la prueba, onus probandi, no es del damnificado sino del que causó el daño, con sólo poder éste imputarse a su malicia o negligencia.

No es que con esta interpretación se atropelle el concepto informativo de nuestra legislación en general sobre presunción de inocencia, en cuanto aparezca crearse la de negligencia o malicia, sino que simplemente teniendo en cuenta la diferencia esencial de casos, la Corte reconoce que en las actividades caracterizadas por su peligrosidad, de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el hecho dañoso lleva en sí aquellos elementos, a tiempo que la manera general de producirse los daños de esta fuente o índole impide dar por provisto al damnificado de los necesarios elementos de prueba. La máquina, en el estado actual de la civilización, es algo que sencillamente supera al hombre, lo que vale como decir que él debe estar prevenido a este respecto, entre otros fines con el de no perder el control indispensable sobre ella. Por él comienza la peligrosidad, quien la usa y maneja es el primer candidato como víctima.

No es el art. 2356 caso único en que nuestro legislador con sabia amplitud haya prevenido o resuelto por anticipado problemas que en otros países no han venido a solverse sino a poder de lucha jurisprudencial tesonera por la falta o contra la rigidez de textos legales. Nuestro Código de Comercio suministra ejemplos de aquel avance. Baste en este sentido traer a cuento aquí la manera discriminada como nuestro Código Civil reglamenta el error y su influencia sobre la validez del consentimiento. Al distinguir el error in negatio, in corpore, in substantia, contiene respecto de este último la disposición del inciso segundo del art. 1511, a cuya luz nuestros abogados y jueces se han visto libres de ponderosas dificultades que los de Francia, por ejemplo, reducidos al texto de su art. 1110, no han podido vencer sino a poder de la referida labor de que dan fe sus admirables construcciones.

Entendido de la manera aquí expuesta nuestro art. 2356 tantas veces citado, se tiene que al autor de un hecho no le basta alegar que no tuvo culpa ni puede con esta alegación ponerse a esperar que el damnificado se la compruebe, sino que para excep-

cionar eficazmente ha de destruír la referida presunción demostrando uno al menos de estos tres factores: caso fortuito, fuerza mayor, intervención de elemento extraño.

Como caso de esta intervención nuestra misma ley presenta en el art. 2357 del C. C. la imprudencia con que el damnificado se haya expuesto al daño. Y aquí ese elemento concurrió por parte del joven Echeverri, según se ve en el breve relato de los hechos que se expone en el encabezamiento de esta sentencia como resumen de las probanzas respectivas a que allí se aludió.

La reducción de la indemnización establecida por esta causa en este artículo significa que del valor total se descuenta la cuota que en el daño producido corresponde al damnificado, ya que no podía ser deudor de sí mismo. Queda en pie el saldo. Y se habla de saldo, porque sin necesidad de detenida argumentación, es de reconocerse que ante el sacrificio de una vida como la del joven Arnulfo son inferiores los daños que por haberse detenido brusca y oportunamente el automóvil de Villegas hubieran podido sufrir éste, sus compañeros o su vehículo.

Pero ocurre que ese saldo se destruye mediante la comprobación del caso fortuito que a la verdad obra en favor de Villegas, siendo así que el desastre se produjo en la forma ya expresada, o sea, por haberse caído Arnulfo en el instante preciso y en la forma precisa —imposible de prever— para que una de las ruedas traseras del automóvil le pasase por encima.

Se trazan, así sea esquemáticamente, estas bases de determinación, porque en una acción netamente civil lo que se mide es el daño y dentro de sus trámites y en su juzgamiento la tarea es cardinalmente objetiva. Contrasta con el juicio criminal que conduce, no a indemnización pecuniaria, sino a un castigo, en que el problema se considera ante todo subjetivamente, ya que el juzgador indaga la intención y no podría prescindir de ella como elemento esencial que es para decidir si hay o no delito y para graduar la pena en proporción a la culpabilidad.

Por lo visto, la Corte acoge el cargo formulado en casación contra la sentencia del Tribunal materia del presente recurso. De ahí debiera deducirse que ella se casase y que se dictase la que ha de reemplazarla. Con todo, no se procede en tal forma, porque se llegaría a la misma parte resolutiva, aunque por senda diferente a la que el Tribunal tomó para concluír en la absolución a que también llegaría por camino distinto. la Corte. Y ésta tiene establecido que en tales casos no sería procedente casar para reponer el fallo casado con resolución igual, y que los fines que al recurso de casación asigna el C. J. en su art. 519 quedan satisfechos con la exposición que en la parte motiva de su propia sentencia hace esta corporación de lo que en su entender es la doctrina acertada sobre los temas cuestionados en el respectivo pleito. Y cuando tal sucede, aunque no se pronuncia casación, no se condena en costas, aplicándose la disposición del art. 575 ibídem en su numeral 2º.

Llegado este asunto para sentencia a la mesa del magistrado sustanciador, presentó él en oportunidad proyecto que largamente discutido dio lugar a empate en la Sala, para decidir el cual se sorteó conjuez, quien no alcanzó a intervenir antes del cambio de personal en ella ocurrido al comenzar el presente año, cambio que determinó nuevo estudio en el cual desapareció el empate y se llegó a conclusiones y motivación distintas de las del proyecto referido, por lo cual pasó el proceso para redacción de la sentencia al magistrado a que correspondía el turno reglamentario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del distrito judicial de Pereira el 15 de febrero de 1937.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Juan Francisco Mújica. — Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

SALVAMENTO DE VOTO

de los magistrados doctores Hernán Salamanca y Arturo Tapias Pilonieta.

A pesar de coincidir en la fórmula resolutiva del recurso, salvamos nuestro voto en esta sentencia en torno de sus motivos fundamentales porque las valiosas y muy respetadas consideraciones de la mayoría de la Sala sobre el interesante problema que se ha debatido en este pleito no han sido bastantes para hacernos abandonar los puntos de vista consignados en el proyecto del magistrado ponente doctor Salamanca.

Consideramos que es equivocado sentar como principio rígido e invariable que la presunción de verdad que se genera en la cosa juzgada por los tribunales del crimen en materia cuasi delictual carece de toda influencia sobre la acción privada de perjuicios a que da lugar el mismo hecho juzgado penalmente. La doctrina que aparece expuesta en este salvamento de voto, acorde con el pensamiento de numerosos e ilustres expositores de derecho consultados atentamente aunque sin cita de sus nombres ni sus textos, no encuentra obstáculo valedero dentro de nuestros principios legales para su aplicación en casos tan indicados como el que ha sido materia de estudio. Pensamos que el aparte final del art. 39 de la ley 169 de 1896 no tiene el alcance que se le da en la sentencia, de división absoluta, de límite esterilizante de las dos jurisdicciones principales —la civil y la penal— sino que es una disposición de naturaleza más bien adjetiva que establece la reglamentación procedimental del ejercicio de las acciones, y que como tal no estorba la aceptación de los principios generales de derecho en que se inspira la doctrina de mayor aceptación entre los expositores. Vigente una sentencia proferida por la jurisdicción judicial penal con su imperio y las presunciones de derecho que la ley le adscribe, el juez civil ante quien se proponga la acción privada nacida de la consumación del hecho juzgado, no puede ignorarla ni dejar de tenerla en cuenta, ya sea para reconocerle influencia sobre la acción civil de indemnización ya sea para negarla completamente. Anotamos que en este caso la decisión penal que recayó sobre el hecho ejecutado por Pablo Villegas declaró no solamente su falta de culpabilidad a los ojos de la ley punitiva, sino que estableció categóricamente su falta de imputabilidad al declarar que el acto de que se trata tuvo acaecimiento en forma y circunstancias que no pueden jurídicamente comprometerlo.

La responsabilidad jurídica puede ser penal o civil según el orden de relaciones que haya sido quebrantado, y según se trate de transgresiones sancionadas con una pena o simplemente con la obligación de reparar el mal privado que se cause. Los actos generadores de responsabilidad extracontractual tienen que ser actos humanos imputables e ilícitos que reciben la denominación de delitos y de cuasi delitos o culpas, ya se trate de lo civil o de lo penal, esto es, que puedan atribuírse a su agente como a su causa consciente y voluntaria, condición esencial de la responsabilidad consagrada como tal en el art. 34 de la ley 57 de 1887 que al señalar las fuentes de las obligaciones extracontractuales las denomina hecho voluntario, y por los arts° 1° y 2° del C. P. que definen el delito y la culpa como violaciones imputables de la ley.

Las condiciones de existencia de la responsabilidad civil por los delitos y las culpas, son, unas personales o morales y otras reales. Apreciado el hecho generador de la responsabilidad desde el punto de vista subjetivo o del agente punible son indispensables la imputabilidad y la ilicitud, y desde el ángulo de la objetividad del hecho aparece como necesaria la realidad de un daño y su relación de causalidad con el acto imputado.

No significa lo mismo delito o cuasi delito o culpa en derecho criminal que en derecho civil: éste no tiene en cuenta el delito sino como fuente productora de obligaciones, en tanto que el derecho penal se ocupa de los hechos delictuosos con el exclusivo objeto de organizar la represión por medio de un sistema punible. La diferencia de finalidad de estas dos legislaciones impone características distintas al delito civil y al delito penal, que sin embargo coinciden en las dos condiciones o rasgos fundamentales de la ilicitud y la imputabilidad.

En general, la responsabilidad criminal se deriva de la ejecución de hechos ilícitos definidos y castigados por la ley, y que, en sentido lato, se denominan delitos. En el derecho civil se llama delito todo hecho ilícito y nocivo e intencional, y se denomina culpa al cuasi delito, esto es, al hecho ilícito, nocivo e inintencional, diferencia ésta

que carece propiamente de interés práctico porque trátese de unos o de otros, el causante del daño debe repararlo de la misma manera. La norma de la ilicitud penal es la ley y de la civil el perjuicio. Es posible, por tanto, que un hecho calificado de delito penal no sea constitutivo de delito civil; y al contrario, un delito civil puede no ser constitutivo de delito penal, pero la ocurrencia frecunte es que los delitos penales sean asímismo civiles, y de este modo, fuentes de responsabilidad civil.

En un sentido amplio que abarca el derecho penal y el civil, culpa significa una conducta irreflexiva del agente, reprobada por la ley. La ejecución o abstención de un acto como causa determinante de una lesión de derecho que no ha sido ni prevista ni querida, pero que ha podido ser prevista. "Culpa es la omisión voluntaria en prever las consecuencias de un acto, posibles y conjeturables", como la define Carrara, o el error de conducta en que no hubiera incurrido una persona avisada, hallándose en las mismas circunstancias extérnas en que estuvo el autor del daño, como lo quiere Mazeaud.

La sistematización técnica de la responsabilidad está estructurada en nuestro Código Civil sobre el principio tradicional de que la culpa es su fundamento y fuente. Esta teoría de la responsabilidad subjetiva está consagrada en los arts. 2341 y 2356 del C. C. que contienen la norma universal de conducta de no inferir daño a otro, pero condicionando la obligación de reparar el daño con la existencia y demostración de una culpa.

A esta teoría de la responsabilidad subjetiva fundamentada en la noción de la culpa, se opone por algunos tratadistas modernos de derecho la de la responsabilidad objetiva, que busca abandonar los antiguos principios de la Ley Aquilia eliminando la idea de culpa en los problemas de la responsabilidad civil para colocar en primer plano la idea de la reparación con fundamento en que todo riesgo creado debe dejarse a cargo de la actividad creadora del riesgo. Esta nueva teoría, que sus autores y comentadores fundan en que siendo toda actividad del hombre susceptible de crear riesgos para los demás, si el riesgo se realiza, su autor debe considerarse responsable del daño causado sin necesidad de establecer si se ha cometido una culpa o no, ha cobrado especial importancia por virtud del progreso industrial que ha multiplicado los accidentes de trabajo y por el desarollo intensivo del automovilismo que ha convertido este medio de locomoción en una fuente abundante de peligros y accidentes en las rutas urbanas y rurales.

El juicio civil de responsabilidad iniciado por los herederos de Arnulfo Echeverri para que Pablo Villegas les indemnice los perjuicios causados por el hecho culpable que causó su muerte se ha ejercitado sobre la realidad de estos principios jurídicos, para hacer efectiva una obligación civil nacida **quasi ex delicto**. En efecto; al fundamentar legalmente la demanda se dice: "El señor Villegas ha cometido un delito, cuasi delito o culpa extracontractual y está obligado a su reparación: a) porque ha habido un acto culpable civilmente por parte del actor; b) porque el acto le es imputable civilmente; c) porque no ha ejercitado derecho al ejecutarlo; d) porque en la perpetración del hecho no ha habido caso fortuito ni fuerza mayor."

En torno a la noción de la culpa subjetiva, imprecisa y elástica, se han elaborado por la jurisprudencia francesa verdaderas transformaciones jurídicas en busca de la acomodación de los viejos preceptos a las nuevas situaciones creadas por el progreso en todos los órdenes de la actividad humana. Y así los tribunales franceses adoptan la moderna teoría de la **responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas**, fundándola en el párrafo 1º del art. 1384 del código civil de Francia. En ella se presume la culpa de aquellos que, teniendo a su cuidado la guarda de las cosas materiales, aparentemente no han puesto la suficiente atención en esa guarda ya que la cosa ha sido instrumento en la producción del daño.

Se propone pues para esos casos, entre los cuales recientemente ha llegado a incluírse el de la cosa dirigida por la mano del hombre, como los automóviles, la inversión probatoria que echa sobre el autor del daño, por el hecho de serlo, la presunción de culpabilidad y la carga de demostrar una causa eximente de su responsabilidad que generalmente se reduce a la fuerza mayor, al caso fortuito o a la intervención extraña.

Pero no tiene ningún interés ni oportunidad para el caso que es objeto de estudio de la Corte la exposición doctrinaria de los fundamentos y aplicabililad de la teoría del riesgo o de su sucedánea, la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas, dentro de nuestro sistema legal, porque las consecuencias probatorias a que habría de conducir, como único resultado, no son actualizables ni procedentes para la decisión del recurso, que versa concretamente sobre otra cuestión: la de saber cuáles son los efectos civiles de la cosa juzgada en la vía criminal, particularmente en tratándose de

una absolución en cuanto a una infracción penal no intencional.

Partiendo de una diferenciación entre delito civil y delito penal, el Tribunal adoptó la conclusión de que habiendo sido ya materia de análisis y decisión por parte de la jurisdicción penal el hecho imputado a Pablo Villegas como determinante de la muerte de Arnulfo Echeverri, y habiéndose declarado por ella que tal acto no es constitutivo de delito propiamente dicho, ni de delito culposo o cuasi delito, no existe ya la acción privada de responsabilidad fundada en el mismo hecho juzgado. Este es el punto de vista enfocado por el Tribunal en su sentencia acusada como razón absolutoria, y constituye, por tanto, el punto y problema de la casación.

La lesión que el delito causa en los intereses privados tiene su sanción en el medio procedimental que constituye la acción privada o civil que busca la reparación del perjuicio sufrido. Esta acción privada es diferente de la pública, pero tiene con ella vinculaciones de dependencia que pueden llegar a producir la inhibición de la primera.

El art. 39 de la ley 169 de 1896 dice: "La acción civil para la reparación del daño puede intentarse por el interesado en el mismo juicio criminal, sin necesidad de constituírse acusador, y se decidirá en la sentencia que ponga fin al juicio criminal. Puede también intentarse por separado ante el juez que sea competente en lo civil, y en este caso el ejercicio de la acción civil estará suspenso hasta que se haya fallado definitivamente sobre la acción criminal, sea que se intente antes o después de incoada ésta. Pero por los cuasi delitos o culpas puede intentarse acción civil para indemnizar el daño, sin sujeción a lo criminal."

Esta disposición consagra en favor de la persona perjudicada por un delito o de sus herederos, un derecho de opción consistente en que puede ejercitar la acción privada de reparación simultáneamente y ante el mismo juez que conoce de la acción pública o separadamente ante el juez competente en lo civil. Electa la vía criminal, en la misma sentencia se da reparación a los intereses privados y a los públicos con la evidente ventaja de un mejor aprovechamiento de las pruebas de la información sumaria y evitando dos debates y dos procedimientos sobre los mismos hechos. Intentada separadamente, la acción penal y la acción civil no pueden considerarse como absolutamente independientes sino relacionadas recíprocamente y susceptibles de mutuas influencias.

Incoada la acción civil separadamente, antes o después de la iniciación de la acción pública persecutoria del delito, se suspende el ejercicio de la primera hasta que sobrevenga decisión definitiva en la segunda, con el objeto principal de dar oportunidad a considerar los efectos y consecuencias que la sentencia criminal definitiva y ejecutoriada haya de producir sobre la acción privada de reparación, ya que es innegable que aquella debe afectar la existencia y alcance de la obligación que se hace provenir de la ejecución del mismo hecho juzgado, en lo que dice relación con los puntos comunes a las dos acciones. Es verdad que la parte final del citado art. 39 establece la excepción para la acción civil de reparación del daño causado por un cuasi delito o culpa permitiendo que se intente sin sujeción a la criminal o pública; pero una cosa es la posibilidad de intentar y adelantar la demanda civil de indemnización con independencia de la penal, sin obligación de esperar la finalización de ésta, y otra muy distinta la necesidad de considerar y estudiar el efecto de la cosa juzgada por la jurisdicción del crimen sobre el juicio civil, cuando, como en el caso presente, se ha agitado judicialmente el problema de la respinsabilidad civil después de estar producida y en firme una decisión definitiva por jueces competentes y sobre la misma cuestión.

La influencia que en materia civil pueden tener las sentencias proferidas en el procedimiento criminal no se funda propiamente en el principio de la cosa juzgada, que en realidad jurídica no existe porque entre los dos procesos —el penal y el civil— no hay identidad de objeto: castigo del delito y reparación del perjuicio; ni de causa jurídica, porque para uno el hecho se considera como delito penal y para el otro como delito civil; ni de personas, porque en uno el demandante es el Ministerio Público y en el otro la parte civil, y aunque en ambos el reo es el mismo, figura en uno como acusado y en otro como demandado ordinario. Es más bien un motivo de orden público representado en el interés del Estado de que no sufra merma el imperio de su jurisdicción al disminuír la autoridad y fuerza de las sentencias criminales, verdaderas para todos, proponiendo nuevamente a las autoridades civiles con ocasión de un pleito sobre intereses particulares, un hecho cuya existencia o significación jurídica ya fue calificada con igual autoridad por otro órgano adecuado de la jurisdicción pública y en interés social.

Este mismo motivo de orden público es el que explica y justifica que la acción civil de reparación, a pesar de su evidente diferencia con la acción penal, prescriba en el mismo tiempo que ésta. Las jurisdicciones son distintas, pero su armonía es elemento esencial del ordenamiento jurídico del Estado. Sería un absurdo conflicto de verdades la contraposición de estas dos esferas de la jurisdicción pública.

La autoridad en lo civil de la cosa juzgada en materia criminal está condicionada y limitada en razón de su fundamento mismo a lo que ha sido necesaria y ciertamente decidido en la acción pública, a la materia o punto en que coincida el objeto procesal, porque lo que el interés público exige que se evite es la contradicción entre sus órganos jurisdiccionales. De aquí resulta que el juez civil tiene libertad de apreciación sobre las cuestiones que no resulten inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. Fuera de esta condición de fondo es necesario además que el fallo proferido en la acción pública tenga la categoría de una sentencia definitiva y ejecutoriada para que de ella emane la autoridad de la cosa juzgada.

Las autoridades judiciales competentes del crimen decidieron sobre el hecho imputado a Pablo Villegas. El Juzgado Superior del distrito de Pereira, en providencia del 9 de diciembre de 1929, sobreseyó definitivamente en su favor porque "el homicidio que cometió fue puramente casual y se efectuó de manera inevitable, lo que lo hace irresponsable según el mandato del art. 614 del C. P." El Tribunal, en Sala de decisión, al resolver el grado de consulta correspondiente, confirmó el sobreseimiento definitivo en proveído del 18 de marzo de 1930. Dijo el Tribunal para motivar su confirmación: "Da cuenta el informativo de que el día 29 de septiembre de 1929, el señor Pablo Villegas, en auto particular, venía hacia esta ciudad por la carretera que conduce de Cartago, y que al llegar a un punto cercano al caserío de Nacederos, dióse cuenta de dos jóvenes ciclistas, para cuyo efecto les tocó el pito o dio las señales de atención en stos casos; pero con tan mala suerte, que uno de ellos, lejos de evitar el peligro, empezó a hacer un zig-zag, hasta caerse de la bicicleta, en donde fue atropellado por el auto, no obstante el movimiento de dirección imprimido al carro, con el objeto de evitar el siniestro. De todas las diligencias practicadas, se deduce, sin la menor duda, que en la desgraciada muerte del joven Arnulfo Echeverri, no hubo culpa por parte del señor Villegas, motivo éste que lo sustrae de toda responsabilidad criminal y que hace de forzosa aplicación lo dispuesto en los arts. 1628 del C. J. y 33 de la ley 104 de 1922. Hizo bien el señor juez en resolver sobre inculpabilidad del sindicado; y por lo mismo, el Tribunal,..... confirma el auto consultado."

El sobreseimiento definitivo, por disposición expresa del art. 33 de la ley 104 de 1922, tiene la autoridad de cosa juzgada.

El homicidio culpable está definido y sancionado en el art. 613 del C. P. como el efecto involuntario de una ligereza, descuido, imprevisión, falta de destreza, equivocación, contravención a reglas de policía u otra causa semejante que haya podido y debido evitar el homicida. Ocurrido en estas circunstancias el hecho es un delito culposo o una culpa delictual que es "la violación imputable, pero no maliciosa y voluntaria de la ley, por la cual se incurre en alguna pena", según el art. 3 del C. P. El Tribunal de Pereira, en el auto confirmatorio del sobreseimiento definitivo dictado a favor de Pablo Villegas negó la existencia del homicidio —delito y cuasi delito— porque no halló al estudiar el proceso para su calificación de fondo establecidos los elementos constitutivos de tal infracción según el precitado art. del código, cuya suma es lo que constituye el cuerpo del delito al tenor de la doctrina del art. 24 de la ley 104 de 1922. En concepto del Tribunal el homicidio que pudo configurarse con los elementos probatorios del proceso criminal es el previsto y definido en el art. 614 del C. P., que por ocurrir no sólo al margen de la voluntad de su autor sino fuera del alcance y posibilidades de su previsión y prudencia, no tiene ni la calidad de mera culpa sino que es un hecho cumplido en zona de azar y casualidad, no imputable a nadie y, en consecuencia penalmente indiferente y estéril en el campo de las responsabilidades jurídicas.

El hecho que no ha podido ser previsto ni evitado escapa naturalmente a la noción jurídica de la culpa y saliéndose de su molde entra en lo que se denomina caso fortuito que por su naturaleza está fuera del alcance de las leyes que consagran la responsabilidad penal y la civil consecuencial. Esta calificación jurídica hecha en una sentencia con autoridad de cosa juzgada no puede ser ya desconocida por los jueces civiles que tendrían que reconsiderar la culpabilidad de Pablo Villegas para decidir sobre su obligación de indemnizar perjuicios.

Es indudable que la razón que tuvo el legislador para establecer que la acción privada de reparación debe suspenderse en el

caso de que haya sido iniciada separadamente ante los jueces de lo civil, antes o después de comenzada la acción pública criminal, es la de que el fallo definitivo de la jurisdicción penal debe tener una influencia necesaria e inevitable sobre la acción civil o privada por el nexo jurídico que las une ya que nacen del mismo hecho y sobre los puntos que en ambas acciones son de consideración común. Las sentencias criminales proferidas por los órganos adecuados del Estado en juicios en que interviene el Ministerio Público con la representación social y en que se dispone de una capacidad probatoria más dilatada y fácil que en materia civil alcanzan también la autoridad de la cosa juzgada y quedan amparadas por la presunción de verdad que le da contenido a esta figura legal. Sobre esta irrevocabilidad de una verdad adquirida por funcionarios públicos en representación de la sociedad y en razón de sus intereses reposa la influencia que corresponde a la cosa juzgada en lo penal sobre la acción privada generada en el delito en todo cuanto esta verdad pueda afectar la fuente misma de la obligación civil de resarcir perjuicios, y en nombre y consideración del orden público que se afectaría con la interferencia de jurisdicciones distintas en puntos coincidentes.

Ya se dijo que la autoridad de la cosa juzgada en lo criminal sobre los intereses privados del ofendido por el delito o por la culpa no ejerce una influencia permanente y absoluta, sino que requiere, en primer término, una sentencia proferida por autoridad competente y de acuerdo con las fórmulas propias del enjuiciamiento, contra la cual no haya recurso alguno, y en segundo término pero con la misma importancia, que esta sentencia definitiva haya estatuído sobre el fondo de la acción pública, o en otras palabras, sobre la existencia del hecho imputado, su calificación jurídica y legal y sobre la culpabilidad o responsabilidad del sindicado. El cumplimiento de estos requisitos esenciales que fijan por sí mismos la influencia recíproca de las dos jurisdicciones de que se trata da base para decidir en cada caso especial el alcance de la cosa juzgada criminalmente sobre la acción civil ejercitada separadamente teniendo en cuenta, como criterio judicial, la coincidencia de fondo entre las cuestiones que fueron objeto de sentenciamiento penal y las que se agiten en el pleito particular sobre indemnización de daños. La fórmula que consulta el orden jurídico y la armonía jurisdiccional de la potestad soberana es impedir la contradicción de imperio entre decisiones judiciales en torno de los puntos que pueden ser comunes a su ejercio adecuado.

En caso de sentencia condenatoria criminal no hay problema, porque siendo el delito —el doloso y el culposo— fuente de obligaciones civiles, sólo resta generalmente la determinación de la existencia y cuantía de la indemnización. No así cuando la jurisdicción penal ha pronunciado sentencia definitiva absolutoria, porque entonces procede la delimitación de la influencia de este fallo sobre la acción privada de perjuicios, ya sea que ésta estuviera en suspenso esperando la sentencia criminal, o sea que la acción civil se haya intentado después de que los jueces de la jurisdicción criminal han proferido su fallo definitivo.

Algunos ejemplos pueden ilustrar la doctrina de la influencia del fallo criminal sobre los intereses privados lesionados por la comisión de un hecho juzgado por las autoridades ordinarias del crimen.

El veredicto en que un Jurado niega la responsabilidad del acusado no implica necesariamente en la interpretación jurídica que el hecho imputado no haya tenido existencia o que el sindicado no haya sido autor, sino que éste no tiene responsabilidad penal porque al ejecutar el hecho no tuvo intención ni malicia. La sentencia absolutoria que con aceptación de este veredicto profiriera el Juez Superior no tiene por qué inhibir el ejercicio de la acción privada porque en el terreno civil se incurre en obligación no solamente cuando se obra dolosamente, esto es, cuando se comete un delito, sino cuando se incurre en culpa, y entonces el perjudicado puede comparecer victoriosamente ante los jueces civiles a pesar de la sentencia penal absolutoria, si demuestra en juicio ante ellos que su demandado fue el autor del hecho que se investigó y que con su ejecución le causó un perjuicio.

La sentencia definitiva absolutoria del juez de circuito, que procede como juez de derecho en lo criminal, puede tener su fundamento en que el hecho imputado no es constitutivo de delito por no estar previsto y definido en la ley penal, o en que el acervo probatorio reunido en el proceso criminal no es suficiente para declarar la intención criminosa del acusado, o en que tales probanzas no acreditan suficientemente la comisión del hecho, y en todos estos casos este sentenciamiento no impide la prosperidad de la acción civil de resarcimiento de perjuicios porque el demandante en ella puede probar fehacientemente el delito civil o completar la prueba declarada insufi-

ciente en lo penal para obtener la reparación del daño que demuestre habérsele causado.

En ninguno de estos casos habrá colisión de jurisdicciones porque la sentencia criminal ha dejado un sector no cubierto por la autoridad de la cosa juzgada donde los jueces civiles pueden actuar para apreciar lo que concierne a su jurisdicción ordinaria. Pero cuando la providencia proferida por un juez competente en lo criminal, merecedora de la presunción de verdad irrevocable que corresponde a la cosa juzgada, versó sobre el fondo del asunto sometido a su jurisdicción, sin dejar elemento alguno fuera de su consideración y fallo, y no se funda en insuficiencia probatoria, este fallo impide, por las claras razones de orden público ya dichas, que ante otro juez, y por motivos particulares, se renueve la consideración y análisis de un hecho cuya significación y calificación jurídica ya fue establecida soberanamente por autoridades adecuadas y con observancia de las fórmulas de un enjuiciamiento que tiene indudablemente más trascendencia social y más gravedad individual.

El caso de autos puede ser ilustrativo de esta última ocurrencia, porque el sobreseimiento definitivo que favorece a Villegas como si fuera una sentencia definitiva absolutoria, vació de contenido culpable el hecho que se le imputó después de estudiar las pruebas procesales y con fundamento en su mérito, y por consiguiente ya no puede ser calificado como culpa por otra autoridad sin incurrir en violación de la cosa juzgada que impone tal verdad como definitivamente adquirida y sin alterar el orden público que no admite esta clase de rectificaciones jurisdiccionales. No puede acogerse la acción privada sin que resulte en evidente contradicción con lo ya juzgado. En efecto; tanto la demanda de reparación civil que dio origen a este pleito como la demanda de casación en que se ha acusado la sentencia absolutoria de segundo grado ante la Corte se fundamentan en los arts. 2341 y 2356 del C. C. que establecen la obligación de indemnizar los daños causados por un delito o por una culpa, esto es, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia, y ya la autoridad criminal que juzgó al demandado Villegas ha dicho perentoriamente que él no cometió delito ni cuasi delito o culpa, sino un hecho puramente casual cuya ocurrencia fue inevitable. El art. 613 del C. P. contiene el mismo concepto de culpa que el 2356 del C. C. y el 614 de aquel código igual significación que el 1º de la ley 95 de 1890. En la demanda civil instaurada por los herederos de Arnulfo Echeverri contra Pablo Villegas no se ha aducido ni señalado circunstancia ni elemento ninguno que no fuera materia de consideración y juzgamiento en lo criminal, en forma y extremo que, habiéndose señalado la misma fuente de responsabilidad y la misma causa petendi en la acción civil y hasta las mismas probanzas del sumario, no podría acogerse ésta sin colocarse en contradicción flagrante con aquel juzgamiento.

Los hechos fundamentales en que se ha sustentado la acción civil, y la cita de los arts. 2341 y 2356 del C. C. en la demanda de casación fuerzan la consideración del recurso dentro del concepto de delito o cuasi delito o culpa. Erigido en delito culposo el hecho de imprudencia que dio lugar al procesamiento criminal de Villegas (art. 613 del C. P.), la noción de su culpa penal en la dilucidación del punto de la influencia de la cosa juzgada, engloba la culpa civil en forma que la hace completamente inseparable.

La mayoría de la Sala, interpretando el art. 2356 de nuestro Código Civil implícitamente acoge la teoría de origen francés de la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas que, como antes se dijo, en Francia toma apoyo en el art. 1384 del respectivo Código Civil. Nuestra discrepancia o adhesión a la adaptación de esa doctrina en la jurisprudencia colombiana, la reservamos para otra mejor oportunidad. Pero sí observamos que aun dentro de tal teoría la responsabilidad civil del guardián queda excluída cuando la sentencia en la vía criminal pone de manifiesto el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa de la víctima. Así lo constatan todos los autores contemporáneos que hemos consultado.

La mayoría de la Sala avanza más. Prescindiendo de la sentencia en lo criminal, declaratoria de la irresponsabilidad por el acaecimiento del caso fortuito, entra de lleno a calificar lo que está ya calificado oportunamente y por jurisdicción competente. Es en eso en lo que radica precisamente nuestra inconformidad y discrepancia.

Bogotá, marzo 14 de 1938.

Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.

RECURSO DE REVISION EN MATERIA CIVIL

1.—Es un principio universal de derecho, contenido en el aforismo VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM, el de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, siempre que éstos sean jurídicamente eficaces. 2.—Como el recurso de revisión se encamina a destruír la verdad de la cosa juzgada, es imposible jurídicamente que proceda en cuanto tienda a infirmar aquello que no ha sido materia de la sentencia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del recurso

Petronila Mejía de Acosta demandó la revisión de la sentencia ejecutoriada de la Sala de Casación Civil que con fecha 26 de septiembre de 1933 recayó en los juicios ordinarios acumulados de nulilad del testamento verbal de Félix A. Garcés y sobre declaraciones de quién era el heredero de mejor derecho.

En tal juicio ordinario intervinieron Carmen Londoño v. de Jaramillo y sus hijos Lorenzo y Angela, como subrogatarios de Teodosia Garcés, declarada heredera de mejor derecho, en su calidad de tía del de cujus; el mayordomo de fábrica de la parroquia de Venecia, Rosana Acosta de Rodríguez, Manuel A. Acosta, María del Carmen Vélez, en representación de su hijo Luis Angel Vélez, y la actual recurrente Petronila Mejía de Acosta.

Se fundó la demanda de revisión en los hechos que se resumen así: Declarada la nulidad del testamento verbal de Félix A. Garcés. el litigio se circunscribió a la cuestión del derecho preferencial a heredarlo entre Teodosia Garcés y Petronila Mejía, para lo cual era decisivo establecer el estado civil de Félix A. Garcés y de las dos interesadas. El Tribunal estimó la prueba deficiente relativa a establecer que Félix A. Garcés era hijo legítimo. La Corte, debido a que el recurrente en casación no indicó las disposiciones violadas como consecuencia del error de hecho cometido por el sentenciador en el análisis de esas pruebas, se abstuvo de casar la sentencia en ese punto.

Petronila Mejía presentó, para establecer su estado civil, una partida eclesiástica de nacimiento en la cual figura una fecha falsa, porque ella no nació en 1875, sino en junio de 1865. Tal adulteración en el documento en virtud del cual se dictó la sentencia impidió que se la hubiera tenido como hija legítima de Benigno Garcés y Agustina Mejía, padres del de cujus. En efecto, el nacimiento de Petronila Mejía en junio de 1865 determinó que su concepción se efectuara a fines de 1864, año en el cual regía la legislación española. Las leyes de Toro y las costumbres colombianas prescribían que el matrimonio de los concubinos legitimaba, sin necesidad de reconocimiento expreso, a los hijos de ambos habidos antes del matrimonio, sin consideración a la época de su nacimiento.

Con este nuevo dato de la verdadera fecha de nacimiento de Petronila, se acompañan para el recurso de revisión dos declaraciones, de las cuales aparece que los padres de Félix A. Garcés vivían en estado de concubinato a la época de la concepción de aquélla. "Entonces se plantea este dilema irrefutable: o (Benigno Garcés y Agustina Mejía) se casaron posteriormente y en tal caso quedó legitimada Petronila, o no se casaron. y, en consecuencia, Félix Garcés no es hijo lgítimo." En ambos casos hereda Petronila Mejía.

Quedan así resumidas las afirmaciones de la parte recurrente.

Sentencia de instancia

El recurrente en revisión apoyó su demanda en los numerales 1º y 2º del art. 542 del Código Judicial.

Se desestima el motivo del numeral 1º por cuanto de los hechos de la demanda no aparece ninguno que sea susceptible de subsumirse en él.

El segundo motivo no viene explicado por ninguna afirmación de la demanda que justifique el hecho de la presentación de la partida errónea del estado civil por la misma parte interesada.

Es un principio universal de derecho, contenido en el aforismo venire contra factum proprium, el de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, siempre que éstos sean jurídicamente eficaces, "A nadie le es lícito hacer valer un derecho en

contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe."

En el pleito cuya revisión se pretende, Petronila Mejía de Acosta invocó su calidad de hija natural de Agustina Mejía, madre legítima de Félix A. Garcés. No afirmó allí ser hermana carnal del de cujus, ni, por lo tanto, su condición de hija de Benigno Garcés, padre legítimo de aquél.

El error en la partida de nacimiento que la misma Petronila Mejía de Acosta presentó en ese juicio se refiere únicamente al año. Y de ese documento no aparece referencia ninguna en relación con su padre. Simplemente menciona a la madre y dice que aquella es hija natural de Agustina. Además, respecto de abuelos, sólo menciona a los padres de ésta.

La verdad judicial relativa al estado civil de Félix A. Garcés no puede ser modificada, porque el error en el documento no incide sobre ella.

El sentenciador llamó, para que sucediera al difunto, a Teodosia Garcés, por ser la colateral legítima de grado más próximo y tratarse del caso que previene el art. 87 de la ley 153 de 1887, desde luego que se reconoció el estado civil de hijo legítimo al de cujus. Petronila Mejía de Acosta se presentó en el juicio que ahora impugna alegando su calidad de hija natural y afirmando del difunto esta misma calidad. Ella no invocó en ese pleito el concubinato de Benigno Garcés y Agustina Mejía, ni menos se fundó en que el matrimonio posterior de éstos, dada aquella circunstancia, legitimara a ambos hijos. Por el contrario, la recurrente en revisión propugnó en ese pleito la ilegitimidad de Félix A. Garcés.

Por sí sola la adulteración de la fecha de la partida de nacimiento de Petronila Mejía de Acosta no es suficiente para conjeturar que sin ella la sentencia habría sido dictada en sentido contrario, porque restablecida la verdadera fecha, habría sido necesario afirmar y probar otros hechos, como el de la barraganía inicial de los padres de Félix A. Garcés, que condujeran a establecer la legitimación de la recurrente. Tales hechos no fueron materia de ese pleito, de donde se infiere que por este extremo tampoco es procedente la revisión.

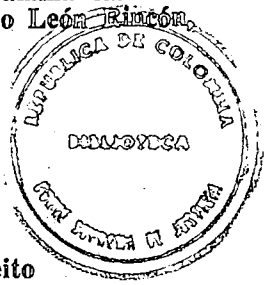
Como el recurso de revisión se encamina a destruír la verdad de la cosa juzgada, es imposible jurídicamente que proceda en cuanto tienda a infirmar aquello que no ha sido materia de la sentencia. Por lo mismo el recurrente carece de la facultad de gestión procesal para interponer el recurso de revisión. apoyándose en hechos extraños al pleito fallado.

Resolución

La Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara infundado el presente recurso de revisión y condena al recurrente en las costas.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia de esta providencia en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.



NULIDAD DE UNA DIVISION Y RESTITUCION DE BIENES

La acción de dominio no existe por el simple hecho de la adquisición de la propiedad, sino que brota de ésta sólo cuando la conducta de una persona es opuesta al contenido de ese derecho.

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

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

Federico Rives, Juan Bernabé, Félix y Jenaro Sánchez Uribe, ejercitando sucesivamente las acciones procesales constitutiva y de condena, demandaron ante el juez del circuito de Río de Oro a Juan Bautista Blanco, Segundo Bustos, Nazario Awad, Eduardo y Arturo Pallares, Félix Zurek y Francisco A. Nieto. Suplicaron los actores la nulidad de la división del terreno deno-

minado "Neorán". ubicado en jurisdicción del municipio de Agua Chica, que extrajudicialmente efectuaron Eugenio Felipe Sánchez y Jenaro Sánchez Vera por medio de la escritura Nº 25 de febrero de 1908, pasada ante el notario de Río de Oro, y, como consecuencia de esa nulidad, la restitución por parte de los demandados "de su derecho sobre la mitad del globo de tierra de 'Neorán', que les pertenece (a los demandantes) en comunidad con los señores Lobo Hermanos y Cía., del comercio de Ocaña, o con los sucesores de éstos, como dueños de la otra mitad."

Son éstas en compendio las afirmaciones del libelo: En 1894 Adelaida Ibáñez de Peña vendió en común y por iguales partes a Lobo Hermanos y Cía. y a Jenaro Sánchez Vera la finca de "Neorán." Este último había contraído matrimonio en 1873 con Manuela Uribe, quien murió en 1900. Fabricio Lobo, liquidador de Lobo Hermanos y Cía., y mandatario de Jenaro Sánchez Vera, vendió a Eugenio Felipe Sánchez, en 1906, la finca de "Neorán." Esta última compraventa fue declarada nula por el Juzgado 1º del circuito de Ocaña. No obstante ello, ambos Sánchez, por medio de la citada escritura Nº 28 de 1908, pusieron fin a la comunidad existente.

Por medio de la escritura Nº 63, pasada en 1921 ante el notario de Río de Oro, Eugenio Felipe Sánchez abandonó su derecho, declarando que no lo tenía "en cuanto a la propiedad y posesión del terreno de 'Neorán' en la época en que Fabricio Lobo le vendió dicha finca" y que, por lo tanto, ella correspondía en una mitad a los sucesores de Lobo Hermanos y Cía., de Ocaña, y en la otra mitad a Jenaro Sánchez Vera o sus sucesores. En ese acto intervinieron para aceptarlo Francisco Quintero y Nicolás y Horacio de J. Lobo, como sucesores de la referida sociedad.

En los juicios acumulados de sucesión de los consortes Jenaro Sánchez Vera y Manuela Uribe de Sánchez, protocolizados en 1927 en la notaría de Convención por medio de la escritura Nº 368, se adjudicaron derechos equivalentes a la mitad proindiviso de la finca de "Neorán" a los hijos de aquéllos y a Federico Rives S. En cabeza de este último se fijaron posteriormente los derechos de los adjudicatarios no demandantes.

Los actuales poseedores demandados derivan sus títulos mediatamente de las enajenaciones hechas por Sánchez Vera de su derecho de dominio sobre porciones de los lotes adjudicados a él en la partición extrajudicial de la finca de "Neorán" a que se ha hecho referencia.

Sentencia recurrida

El 18 de abril de 1936 el Tribunal Superior de Santa Marta absolvió a los demandados de los cargos de la demanda.

Consideró el Tribunal que de los dos motivos aducidos por los actores para impugnar los actos jurídicos aludidos: no ser Jenaro Sánchez Vera dueño de la finca cuando se dividió, a causa de estar ilíquida la sociedad conyugal de él, y constituír esa partición una transacción extemporánea, ninguno de ellos es procedente.

De los términos del acto de partición no aparece que los Sánchez hubieran pretendido celebrar una transacción. Por lo que hace referencia al estado ilíquido de la sociedad conyugal disuelta, para el Tribunal, con apoyo en el art. 1401 del C. C., la disposición por parte de un copartícipe del bien raíz común no induce nulidad absoluta, porque sus consecuencias son, o la de fijar retroactivamente en cabeza del adquirente la porción enajenada si en la partición ésta correspondió posteriormente al tradente, o la de colocar en el patrimonio del adjudicatario la acción reivindicatoria contra el adquirente, si el copartícipe tradente quedó excluído del bien cuando su distribución, porque entonces la enajenación que de ese bien hizo éste se reputa como de cosa ajena.

Careciendo de eficacia las causas alegadas de nulidad, se desestima la primera súplica, y, como la segunda es consecuencia de aquélla, "por el mismo hecho hay que desecharla también."

Materia del recurso

Contra la sentencia los actores interpusieron recurso de casación, el cual fue fundado sobre las causales determinadas en los ordinales 2º y 1º del art. 520 del Código Judicial.

El Tribunal dejó de fallar sobre la acción reivindicatoria, motivo por el cual la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Fueron vinculadas tan estrechamente ambas acciones que, fracasada la de nulidad, para el sentenciador, por ese hecho, debía correr igual suerte la de reivindicación.

No hubo, pues, en cuanto a la acción de dominio, fallo explícito ni implícito, porque el Tribunal se limitó a descartarla.

La reivindicación no quedó subordinada a la acción de nulidad, porque del texto del

libelo se infiere que aquella fue incoada en forma independiente y separada de la de nulidad, no obstante la redacción de la segunda súplica. De lo contrario, habría sobrado la pretensión de los títulos de propiedad por parte de los actores. Además, el fin principal y aun único del pleito, ha sido el de obtener la restitución del objeto reclamado, "luego lo otro, lo de la nulidad, es cuestión accesoria, es vía o camino para llegar a ese fin." Desvirtuó el sentenciador el pensamiento de los actores al invertir los términos de la controversia

Motivos

No atacó el recurrente la desestimación hecha por el Tribunal de la acción de nulidad. La situación procesal de los actores, por este extremo, es la proveniente de la aceptación de lo resuelto por el sentenciador, o sea, para los efectos de este recurso, la imposibilidad de su consideración por la Corte.

La acumulación objetiva en su forma sucesiva hecha en el libelo por los actores, estriba especialmente en que se halla sujeta a la condición de que sea estimada la acción principal para que la otra pueda ser acogida, porque la vida de esta última depende de la comprobación de aquélla. Por ejemplo en el caso del art. 1748 del C. C., la acción reivindicatoria no existe en el momento de la demanda y, por lo tanto, si se aplicara rigurosamente el principio de que el derecho debe tener una realidad cierta en el instante dicho, aquella pretensión sólo debería proponerse después de ejecutoriada la sentencia que pronunció la nulidad del acto impugnado. Sin embargo, debido al principio de la economía de pleitos, se hace posible esa clase de acumulaciones, en donde la segunda acción puede desarrollarse entre personas extrañas al acto nulo, por no haber participado en él ni ser las sucesoras de éstas a título universal.

Es cierto que el sentenciador, al calificar la procedencia de la acumulación objetiva de acciones, no debe ceñirse exclusivamente al texto de las súplicas sino estudiar también las condiciones de la naturaleza de aquélla. Prescindiendo, pues, del contexto mismo de las peticiones del libelo en esta demanda, se llega a la conclusión de que la acción de condena tampoco puede ser estimada como si se tratara de lo que en la ciencia procesal se llama aparente acumulación sucesiva de acciones.

La segunda súplica comprende igualmente una acumulación mixta, objetiva y subjetiva, esto es, varias acciones de la misma especie contra distintas personas.

Los requistios esenciales para la procedencia de la acumulación que fueron analizados por esta Corte en su sentencia del 30 de marzo de 1936 (Gaceta Judicial, Nos. 1911 y 1912), no se hallan reunidos en la acumulación combinada de las solas acciones de reivindicación que efectuaron los demandantes. Tomada aisladamente la segunda súplica. faltan, para la procedencia de la acumulación verificada allí, todos los elementos constitutivos de la continencia de la causa. En efecto, las personas demandadas no se hallan unidas entre sí por ningún vínculo jurídico. El título, que no debe confundirse con el documento, y que es la causa petendi, varía en relación con cada uno de los poseedores demandados.

Se reitera jurisprudencia, según la cual la acción de dominio no existe por el simple hecho de la adquisición de la propiedad, sino que brota de ésta sólo cuando la conducta de una persona es opuesta al contenido de ese derecho. El hecho de la posesión es distinto, espacial y temporalmente, en cada uno de los demandados. El título proveniente de Adelaida Ibáñez no es el constitutivo de la causa petendi; ésta consiste en los hechos generadores de la acción de dominio llevados a cabo por los demandados que impiden el ejercicio del señorío por parte de los actores sobre la finca que ellos pretenden como suya. Esos hechos, se repite, son singulares de cada uno de los demandados, sin conexión ninguna entre sí. Otra cosa es que el aludido título sea el eslabón común de la serie de cadenas formadas por las tradiciones del dominio sobre las distintas porciones de la finca de "Neorán."

La cosa objeto del pleito tampoco forma una unidad. No importa que los actores pretendan ser dueños en común de la mitad de la finca de "Neorán", si cada uno de los demandados posee, dentro de ese espacio, porciones individuales.

En suma: el recurrente no ataca lo atañedero a la acción de nulidad y pide que con prescindencia de ella se estudie la de reivindicación. Y colocado el caso en este punto de vista. se encuentra una agrupación inaceptable de juicios reivindicatorios, cada uno de los cuales ha debido tramitarse separadamente.

Lo expuesto demuestra que el Tribunal procedió jurídicamente al desestimar la segunda acción por no haber hallado procedente la primera.

Resolución

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 que pronunció el Tribunal Superior de Santa Marta con fecha 18 de abril de 1936 en este juicio ordinario.

Las costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia de esta sentencia en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

RESOLUCION DE CONTRATO.—PERJUICIOS.—RELACION JURIDICO-PROCESAL.—CASACION.—PROMESA DE CONTRATO—PRINCIPIO DE DERECHO PROCESAL DENOMINADO DISPOSITIVO O DE CONTRADICCION.—IMPUESTO DE TIMBRE.

1.—El fallador no puede reconocer sino las acciones ejercitadas en el juicio y cuando se aparta de esta regla viola claras disposiciones legales. La relación jurídico-procesal no puede trabarse sino con las acciones que deduce el actor y con la contestación que al respecto dé el demandado. 2.—La Corte, en tesis general, tiene en casación dos misiones que cumplir: 1 El estudio de la sentencia acusada para examinar si se ajusta o no a la ley y esa que es su misión principal, es más que todo doctrinaria, encaminada, como objetivo primordial, a unificar la jurisprudencia. 2 Cuando se casa una sentencia y se ha cumplido ya por parte de la Corte el primero y principal objetivo de que se ha hecho mérito, queda entonces sustituyendo al Tribunal que dictó la sentencia y con las mismas facultades de éste cumple su misión de deducir el derecho con los factores procesales y en interés de las partes litigantes en el juicio. Este último extremo tiene una limitación la cual consiste en que cuando no hay sino un solo recurrente y éste ha sido condenado por el Tribunal, la Corte al sustituír al Tribunal no puede deducir, aunque en el proceso haya factores para ello, una condenación más onerosa que la hecha por el Tribunal, porque el principio consagrado por el art. 494 del C. J. es aplicable, a juicio de la Corte, en el recurso de casación. 3.—Una de las consecuencias de nuestro principio vigente de derecho procesal denominado dispositivo, de controversia o de contradicción, es la de que el juez debe tener por verdad lo no controvertido, o sea, que la alegación incontrovertida de un hecho se convierte en fundamento de la sentencia. 4.—La ley 20 de 1923 se refiere a los documentos llamados originales, es decir al ejemplar que ha debido ser estampillado y nada más.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Roberto París Gaitán y José Miguel Cortés celebraron, en esta ciudad, en el mes de noviembre de 1929, un contrato de promesa de compraventa de unos lotes de terreno en el predio de San Antonio, en el municipio de Engativá. París Gaitán fue el promitente vendedor y Cortés el promitente comprador.

Alegando éste que París Gaitán no le había cumplido el contrato demandó la resolución del pacto, la devolución de cuatro mil doscientos setenta y cinco pesos, diez centavos, que Cortés le había entregado a París Gaitán a buena cuenta del precio del lote y los perjuicios por el no cumplimiento de la convención.

París Gaitán contrademandó a Cortés para que se declarara que el contrato de promesa de compraventa había sufrido una modificación en cuanto a la cosa vendida y que se le condenara, puesto que Cortés no había cumplido por su parte lo pactado a cumplir el contrato modificado, con indemnización de perjuicios.

En sentencia de 19 de diciembre de 1934, el juez a quo, tercero del circuito, declaró resuelto el contrato a que se refiere la demanda, con sus intereses desde el día del recibo hasta el día del pago. suma procedente de los abonos que Cortés hizo a París Gaitán a buena cuenta del lote a que se refiere el contrato; negó la tercera petición de la demanda y absolvió a Cortés de los

cargos formulados contra él en la demanda de reconvención.

Por apelación interpuesta por el demandado subió el asunto al Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, el cual en sentencia de 27 de mayo de 1936 revocó la del inferior, condenó a París Gaitán a restituír a José Miguel Cortés la cantidad de cuatro mil doscientos setenta y cinco pesos, diez centavos y los intereses legales de esta suma desde las respectivas fechas en que las recibió el demandado, hasta cuando se haga el pago, negó las demás peticiones de la demanda principal y las peticiones de la demanda de reconvención.

París Gaitán interpuso recurso de casación contra tal fallo, recurso que pasa a decidirse.

Sentencia acusada

El Tribunal no acogió la acción resolutoria incoada y no la estudió a fondo, porque en su concepto el documento en que consta el contrato de promesa de venta no reúne los requisitos de que trata el art. 89 de la ley 153 de 1887 y porque en el duplicado del documento en que consta el contrato y que presentó el actor no está extendida en la forma debida la nota en que conste que al original se adhirieron y anularon las estampillas del caso, con expresión de su valor. El Tribunal basó la resolución condenatoria en los cuatro mil doscientos sesenta y cinco pesos, diez centavos en el concepto de enriquecimiento sin causa a favor del demandado y en contra del demandante, pues está acreditado en autos que París Gaitán recibió de Cortés dicha suma, y en concepto del Tribunal ese recibo no tiene causa alguna justificativa.

El recurso

El recurrente sostiene que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de la demanda principal y acusa la sentencia por la segunda causal del art. 520 del C. J., esto es, por no estar en consonancia con las pretensiones deducidas oportunamente por los litigantes, y también por violación directa de la ley sustantiva, por error de hecho evidente en la apreciación de la demanda principal, y señala como disposiciones violadas, por indebida aplicación, los arts. 1494, 1502, 1504, 2313, 2318 y 2341 del C. C. y 34 de la ley 57 de 1887.

Solicita el recurrente la casación parcial de la sentencia en el sentido de que se infirme el numeral 1º de la parte resolutiva del fallo para que en su lugar se absuelva al demandado de todas las peticiones de la demanda principal.

Estudio del cargo

La condenación hecha en el numeral 1º de la sentencia se apoya realmente en la figura jurídica del enriquecimiento sin causa, y como esta acción no fue deducida en el juicio, se concluye que el cargo hecho en casación, por este concepto, es fundado, porque el fallador no puede reconocer sino las acciones ejercitadas en el juicio y cuando se aparta de esta regla viola claras disposiciones legales. La relación jurídico-procesal no puede trabarse nunca sino con las acciones que deduce el actor y con la contestación que al respecto dé el demandado.

En el presente caso la acción incoada fue la resolutoria, tanto en la demanda como en la contrademanda, sobre esta acción y sus consecuenciales rodó todo el pleito y el Tribunal dedujo una acción no impetrada, la de enriquecimiento sin causa que es el único fundamento de la sentencia recurrida y al proceder así violó entre otras normas el art. 2318 del C. C. por aplicación indebida, artículo citado por el recurrente, lo cual hace que la sentencia deba ser casada.

Se acepta, pues, el cargo al respecto hecho en casación y procede por lo tanto la sentencia de instancia.

Sentencia de instancia

Al tenor de lo dispuesto en el art. 539 del C. J. si la Corte halla justificada alguna de las tres primeras causales del art. 520 decide sobre lo principal del pleito o sobre los capítulos comprendidos en casación. Como la causal que ha prosperado es la segunda del art. 520 lo indicado es dar aplicación al art. 539 citado decidiendo sobre los capítulos comprendidos en la casación que se refieren todos al numeral 1º de la sentencia recurrida.

La Corte, en tesis general, tiene en casación dos misiones que cumplir: 1ª El estudio de la sentencia acusada para examinar si se ajusta o no a la ley y esa que es su misión principal, es más que todo doctrinaria, encaminada, como objetivo primordial a unificar la jurisprudencia; 2ª Cuando se casa una sentencia y se ha cumplido ya por parte de la Corte el primero y principal objetivo de que se ha hecho mérito, queda entonces sustituyendo al Tribunal que dictó la sentencia y con las mismas facultades de éste cumple su misión de deducir el derecho con los factores procesa-

les y en interés de las partes litigantes en el juicio. Este último extremo tiene una limitación, la cual consiste en que cuando no hay sino un solo recurrente y éste ha sido condenado por el Tribunal, la Corte al sustituír al Tribunal no puede deducir, aunque en el proceso haya factores para ello, una condenación más onerosa que la hecha por el Tribunal, porque el principio consagrado por el art. 494 del C. J. es aplicable, a juicio de la Corte, en el recurso de casación.

La facultad de la Corte como falladora de instancia la lleva necesariamente al estudio del proceso, con el fin de examinar si en éste hay o no base legal para la condenación a la absolución; la motivación de una sentencia, considerada en casación como injurídica, no lleva siempre a la infirmación del fallo recurrido, si al entrar en instancia la Corte previo el estudio de los factores procesales, encuentra que hay en ellos un motivo legal para sostener el fallo recurrido, y en ese caso se corrige el concepto, se enmienda la doctrina, pero no se infirma o casa el fallo que se apoya en el motivo o motivos que la Corte encontró en los autos, como Tribunal de instancia, Esta ha sido la doctrina de la Corte.

Previo lo anterior la Corte considera lo siguiente:

La acción resolutoria deducida en la demanda, y en sí misma considerada, no fue estudiada por el Tribunal por cuanto habiendo partido éste de la base de que no estaba demostrada la existencia del contrato, no entró, ni podía entrar según ese concepto, en la cuestión de fondo.

Es necesario, como cuestión previa, examinar si está o no comprobada la existencia del contrato de promesa de venta celebrado entre París Gaitán y Cortés. Al tenor de lo dispuesto por el art. 89 de la ley 153 de 1887, la promesa de celebrar un contrato, para que produzca obligación debe reunir cuatro requisitos: primero, que conste por escrito; segundo, que el contrato a que se refiere la promesa no sea de aquellos que establece el art, 1502 del C, C.; tercero, que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato, y cuarto, que se determine de tal suerte éste, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Examinado el contrato de promesa mencionado a la luz de la disposición que acaba de citarse se encuentra lo siguiente: Consta por escrito y ambas partes, demandante y demandado, se han atenido a él en este juicio. Está determinado el objeto materia de la venta o sean diez fanegadas de tierra en el lote de San Antonio, del municipio de Engativá, formado ese globo por los lotes once, diez y ocho y diez y nueve. Está en el expediente adjuntado el plano del terreno prometido en venta por Roberto París a José Miguel Cortés y las partes no han disputado sobre este punto en el juicio ni tal cuestión ha sido materia del debate; para los contratantes no hay duda ni vacilación sobre la determinación del objeto prometido en venta: En el contrato de promesa se halla claramente estipulado el precio de lo vendido, se determina el modo de pagar las cuotas, y se fija el plazo para la entrega del inmueble prometido en venta.

Por este aspecto está determinado perfectamente el contrato, y adaptado o ceñido rigurosamente a las condiciones expresadas en el art. 89 ya citado.

Como base y prueba de la acción incoada se presentó el documento privado de fecha 16 de noviembre de 1929, en el cual consta el contrato de promesa de venta celebrado entre París Gaitán y Cortés. En ese documento se lee lo siguiente: "Las estampillas quedan adheridas al ejemplar que queda en poder de París."

Una de las consecuencias de nuestro principio vigente de derecho procesal denominado dispositivo, de controversia o contradicción, es la de que el juez debe tener por verdad lo no controvertido, o sea, que la alegación incontrovertida de un hecho se convierte en fundamento de la sentencia.

Conclusión de lo anterior en el caso presente es lo que sigue: a) Ambas partes han reconocido la autenticidad y existencia del documento en que consta la promesa de venta; b) Se comprende, porque es obvio y trivial que del documento se extendieron dos ejemplares, el estampillado que quedó en poder de París Gaitán, cuestión ésta incontrovertida y el otro ejemplar que quedó en poder de José Miguel Cortés y fue el que presentó con la demanda, valiendo la pena observar que París Gaitán parte de la base de ese contrato en su demanda de reconvención, que hace relación al ejemplar del documento que presentó Cortés.

Establecido esto es lo pertinente estudiar lo relativo al impuesto de timbre, a las estampillas que deben adherirse a documentos en que constan contratos de la naturaleza del presente.

Como cuestión fundamental observa la Corte que el impuesto de timbre tiene una finalidad meramente fiscal, el pago de una contribución, de un tributo, pago que cuando se omite, tiene sanciones, pero no tan extremas que invaliden o anulen o dejen

inexistentes para siempre los documentos privados en que se encuentre expresado un acto jurídico. Si hoy la mayoría de los actos, que adolezcan de nulidad, por efectos de vicios sustantivos pueden sanearse, con mucha mayor razón cuando las deficiencias no minan intrínsecamente el acto, sino de una manera adjetiva, como es la falta de pago de un impuesto de timbre. Por eso la ley 20 de 1923, bajo cuyo imperio se celebró el contrato de promesa de venta en el inciso final del art. 8º estableció la revalidación o legalización de los documentos en que no se hubiere satisfecho el impuesto de timbre.

Como norma general existe la siguiente: En materia de sanciones penales o civiles el criterio es siempre restricto, porque toda sanción de cualquier naturaleza que sea es taxativa y porque el criterio de analogía no existe en estas materias. Una sanción civil o penal no puede imponerse sino cuando está expresamente establecida en la ley y en la forma estricta en que ésta la establece.

Ahora bien: El documento presentado como prueba del contrato de promesa de venta no podía venir estampillado porque París Gaitán tomó para sí el ejemplar estampillado. Exigir que también viniera estampillado el documento que presentó Cortés o disponer que se estampille, es crear un impuesto por el poder judicial, porque entonces resultaría que cada ejemplar de un documento debería estampillarse, conclusión ésta inconstitucional y absurda.

La ley 20 de 1923, bajo cuyo imperio se celebró el contrato de promesa de venta se refiere a los documentos llamados originales, es decir al ejemplar que ha debido ser estampillado y nada más. En dicha ley nada se dijo respecto de los duplicados de los documentos y por eso fue preciso expedir la resolución ejecutiva Nº 87 de 1928, publicada en el **Diario Oficial** 20884 de 3 de septiembre de 1928, que en su artículo 1º dice así: "Las estampillas que deben adherirse a los documentos de que habla el art. 13, números 1º a 6º, inclusive, de la ley 20 de 1923, serán anuladas por una cualquiera de las personas que los firman; pero en el caso de que los otorgantes no lo hicieren, estará obligada a hacer esa anulación toda persona o entidad a cuyas manos lleguen tales documentos." El numeral 5º del art. 13 se refiere a todo documento privado de deber sobre contrato de cualquier clase, fianzas, arrendamientos y transacciones de todo género.

Constando pues que los contratantes adhirieron las estampillas al original no tenían en el ejemplar que presentó Cortés sino que referirse a ese hecho, porque el fraude a la ley, como el delito, no se presume, y entonces el hecho contrario ha debido demostrarse y como esta demostración no se hizo se presume la verdad de lo constatado al respecto.

Pero aún más: la indebida o incorrecta anulación de las estampillas no fue sancionada por la resolución 87 de 1928 con la falta de apreciación de la prueba del contrato y por eso el art. 7º de dicha resolución estatuye que en los casos en que se omita la anulación de las estampillas o que tal anulación se haga de manera incompleta o defectuosa, la persona, autoridad o funcionario a cuyas manos lleguen los documentos puede hacer la anulación o completarla, corrigiendo los defectos de que adolecen sin que haya lugar a imposición de pena alguna por estas causas.

Si, pues, un documento en que están mal anuladas las estampillas es prueba, el ejemplar de ese documento en que consta que se adhirieron las estampillas al original también lo es y no se podría establecer como sanción el no reconocimiento de ese documento como prueba, porque no constara que en el documento original las estampillas fueron anuladas en tal o cual forma. Equivaldría esto a establecer una sanción que la ley ha estado siempre muy lejos de estatuír.

Las consideraciones que preceden llevan a la Corte a dar por plenamente establecido el contrato de promesa de venta entre París Gaitán y Cortés.

Procede entonces a estudiar el extremo de la devolución del dinero reclamado por Cortés, porque según lo que se expresó arriba, los otros extremos de la acción resolutoria son intocables.

El hecho 5º de la demanda dice así: "El doctor Cortés pagó religiosamente quince cuotas mensuales de ciento cuarenta y ocho pesos, treinta y cuatro centavos, hasta que tuvo conocimiento que el demandado señor Roberto París Gaitán vendió por escritura pública Nº 3061, de 29 de octubre de 1930, otorgada ante el notario segundo de Bogotá a la compañía All America Cables los mismos lotes que había vendido a mi poderdante y que éste le estaba pagando en las condiciones estipuladas en el contrato." El demandado París Gaitán contestó a este hecho: 'No es cierto.' El doctor Cortés demoró siempre los pagos de las cuotas que canceló y dejó de pagar catorce cuotas, pues las pagadas no fueron quince, como él dice, sino diez y seis."

Se tiene pues que el mismo demandado confesó judicialmente y esta confesión es

una prueba contra él, arts. 604 y 606 del C. J., que recibió no sólo las cuotas que le reclama el demandante sino una más, que tienen como causa el contrato de promesa de venta de que se ha hecho mérito.

Cortés debía pagar el lote en treinta cuotas mensuales de $ 148.34 cada una, a partir del 30 de diciembre de 1929, es decir el 30 de junio de 1932 debían estar pagadas las cuotas. Mas durante la vigencia del contrato de promesa de venta o sea el 9 de octubre de 1930 y según consta de la escritura 3061 de la notaría 2ª de Bogotá, Roberto París Gaitán le vendió a la All America Cables la mayor parte, por lo menos, de los lotes que le había prometido en venta a Cortés. París Gaitán vendió esos lotes a los nueve meses de celebrado el contrato de promesa de Cortés y no obstante recibió diez y seis cuotas, de donde sale evidente la aseveración de Cortés de que pagó y continuó pagando hasta que tuvo conocimiento de que París Gaitán había enajenado el lote prometido a la All America Cables.

París Gaitán no niega la venta sino que se exculpa diciendo que se varió el objeto, extremo que se estudiará luégo.

Resulta entonces que desde antes del vencimiento del plazo para la entrega de la cosa prometida, París Gaitán estaba en imposibilidad de efectuar su prestación, porque esa imposibilidad existe no sólo cuando se excluye toda previsión de que desaparezca el obstáculo. sino también cuando su desaparición puede acontecer por un hecho cuya probabilidad es tan remota que racionalmente no es de esperar que se realice. Este último es el caso actual porque París Gaitán enajenó culposamente a un tercero la finca que debía trasmitir a Cortés y no aparece demostrado que París Gaitán tenga a su libre disposición una facultad de readquirirla, como sería haberse reservado un derecho de retroventa.

Claramente se ve de autos que París no contempló siquiera la posibilidad de readquirir el terreno vendido a la America Cables, para así cumplirle a Cortés, sino que inició y propuso el cambio de objeto, ofreciendo otros lotes al demandante. Por eso al absolver posiciones, folio 19, dijo lo siguiente: "Pude entregar a la All America Cables porque el contrato con el doctor Cortés se había modificado en cuanto a la situación del lote."

Ahora bien, esa novación objetiva, defensa del demandado no está comprobada debidamente en los autos por lo que sigue: a) porque según el art. 91 de la ley 153 de 1887, deberán constar por escrito, los actos y contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos y en la forma estatuída por disposición, es decir por escrito, no está la prueba de la novación; b) porque el contrato de promesa de venta debe llenar las condiciones establecidas por el art. 89 de la ley 153 de 1887. De modo que en la novación de un contrato de esa naturaleza se deben reunir los mismos requisitos, lo cual no sucede en el presente caso; c) porque aun suponiendo que con la sola confesión pudiera establecerse la novación objetiva, de la respuesta dada por el demandante Cortés a la posición 4ª del cuadro respectivo presentado por el demandado no se concluiría que está acreditada tal novación, puesto que el demandante manifestó que después de una conferencia con el actor aceptaba el cambio del lote, en el punto en que escogiera el actor. Resulta entonces que no hay ni determinación del lote, ni fijación del precio, ni aun siquiera del plazo para la entrega, de modo que por este aspecto y al tenor del art. 89 citado no está acreditada la figura jurídica de la novación; d) porque si es cierto que el demandante dirigió al demandado la carta de 16 de julio de 1931, también lo es que en ella no está especificado el lote, especificación que debía corresponder al valor de lo que Cortés le había dado a París Gaitán. En esa carta se parte de la base de que el demandante recibiría el lote en las condiciones dichas, pero se concluye de los autos que no lo recibió desde luego que dos años más tarde, en 1933, Cortés tuvo que demandar a Gaitán para la entrega del dinero. Además ni se intentó demostrar siquiera que París Gaitán hubiera estado pronto a entregar el nuevo lote y habría sido necesario para que la novación se hubiera cumplido que Cortés hubiera aceptado tal lote y nada de esto resulta en los autos.

Lo anterior hace ver dos cosas: 1ª Que la defensa de París Gaitán no puede prosperar, como tampoco prosperaría por las razones que acaban de expresarse, las peticiones de la demanda de reconvención, caso de que a la Corte le fuera dado estudiarlas. Vale la pena también observar que la carta de que se ha hecho mérito no tiene un carácter definitivo sino el de una policitación o de un precontrato y por eso el firmante Cortés le manifiesta al demandado París Gaitán que: "Cualquier objeción que encuentre usted debe hacerse estoy listo a oírla."

Las peticiones de la demanda de reconvención no pueden ser materia de la sen-

tencia de instancia, porque sobre ellas no versó el recurso de casación.

La Corte pudo entrar en el estudio de uno de los extremos de la demanda principal porque el recurso se refiere al juicio principal y no a la demanda de reconvención, cuya solución por no haber sido impugnada por el contrademandante quedó fuera del debate. Por eso en el recurso se pide en definitiva que se absuelva a París Gaitán de los cargos deducidos contra él en el punto 2º petitorio de la demanda principal, quedando así reformada la sentencia acusada.

Por su parte Cortés no tenía por qué recurrir en casación ni impugnar la sentencia porque ésta le reconoció la cantidad demandada y con eso se conformó el actor, a quien no le interesaba la crítica de la parte motiva del fallo. Si así no fueran las cosas todo litigante favorecido por una sentencia tendría que apelar de ella cuando no le parecieran jurídicas las razones en que se apoya la parte resolutiva que lo favorece y que es en definitiva lo que interesa al demandante. La parte motiva de una sentencia la corrige, cuando es el caso, el superior por vía de doctrina, pero no es al litigante que ha triunfado a quien incumbe esa misión. Por eso no obstante no haber recurrido el señor Cortés, puesto que la sentencia le era favorable, la Corte ha avocado el conocimiento del pleito principal como fallador de instancia en este caso. Es pertinente observar que en nuestro sistema legal de lo que se apela o recurre es de la parte resolutiva de un fallo y no la parte motiva; las legislaciones francesa y alemana sí tienen establecido que puede recurrirse en casación por concepto de la parte motiva de una sentencia, pero esto no pasa en la legislación colombiana.

Aun cuando la demanda no es modelo de precisión jurídica la Corte tiene sentada la doctrina de que todo libelo puede interpretarse en el sentido de que produzca una finalidad pero sin variar los factores de él. En este caso la demanda sí habla de resolución del contrato aunque lo califica de compraventa, la equivocación en esa calificación no es óbice para reconocer el derecho que asiste al actor. Es la acción resolutoria de un contrato de promesa de venta lo que en definitiva demandó Cortés. Ahora bien: La acción resolutoria contiene varios extremos: Resolución o cumplimiento del contrato, y en cualquiera de los dos casos indemnización de perjuicios. La resolución lleva como es obvio a la restitución. Ya se explicó arriba por qué todas las consecuencias de la acción resolutoria no pueden prosperar en este juicio, en el cual el fallador tiene que limitarse a uno de ellos, o sea a la restitución del dinero entregado por Cortés a París Gaitán.

Esta restitución prospera al tenor del art. 1546 del C. C. por cuanto París Gaitán recibió la cantidad demandada por causa de un contrato de promesa de venta que no cumplió, según ya quedó expuesto. A esta restitución debe ser por lo tanto condenado el demandado por efecto de la resolución impetrada, que prospera en uno de sus puntos únicamente o sea el de la devolución del dinero, entregado por Cortés a París Gaitán.

Este ha afirmado que Cortés estuvo en mora de pagarle las cuotas, afirmación que si por una parte no está plenamente comprobada, por la otra, y como lo ha sostenido la Corte en varias sentencias, cuando el deudor paga después del plazo y el acreedor recibe, desaparece la acción para impetrar la acción resolutoria; es una renuncia de ésta. Más aún cuando Cortés se hubiera demorado en el pago de las cuotas, no sería esto óbice para entrabar su acción, porque por una parte París Gaitán recibió 15 cuotas y por la otra cuando éste vendió el lote prometido a la All America Cables no se habían vencido sino 9 cuotas.

La Corte en este fallo llega a las mismas conclusiones a que llegó el juzgador de primera instancia y por lo tanto es lo procedente confirmar ese fallo.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en 27 de mayo de 1936 y confirma la de primer grado dictada por el Juez 3º del circuito de Bogotá con fecha 19 de diciembre de 1934.

Sin costas, ni en las instancias ni en el recurso.

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

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—El Conjuez, Manuel Casabianca.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALVAMENTO DE VOTO

de los Magistradoes doctores Hernán Salamanca y Arturo Tapias Pilonieta

En la decisión de este negocio se ha planteado una cuestión de técnica de casación, consistente en determinar, en vista de la forma como se ha intentado el recurso contra la sentencia del Tribunal y los extremos de ésta, hasta dónde se extiende el poder de corrección que corresponde a la Corte como tribunal de casación. Consideramos que en la fórmula de decisión que ha trunfado en las deliberaciones de la Sala se ha excedido este poder de corrección de la Corte con fundamento en razones cuya justicia no criticamos, pero cuya juridicidad no compartimos. Por esto, muy respetuosamente, ponemos a salvo nuestro voto en este fallo adoptando lo pertinente del proyecto de la ponencia.

En este recurso extraordinario, cuya misión es predominantemente crítica, solamente se pueden examinar, por regla general, las cuestiones traídas a la casación por el recurso aunque se refieran a uno solo de los muchos elementos de discusión posibles en el pleito. La facultad o poder para corregir que corresponde a la Corte de Casación, que en el fondo es asunto de competencia, ha de mantenerse dentro de los límites de la cuestión concreta que se plantee en el recurso. La Corte examina en orden lógico las causales aducidas, y cuando encuentra fundada alguna, infirma el fallo acusado y pronuncia en su lugar la resolución que corresponda, decidiendo sobre lo principal del pleito (cuando la parte afectada de la sentencia interese por relación de causalidad lo principal), o solamente sobre los capítulos comprendidos en la casación (cuando la parte de la sentencia afectada por la prosperidad del motivo alegado pueda modificarse sin alterar en nada lo principal del pleito por no estar vinculada por ninguna relación causal íntima y necesaria) art. 539 del C. J.). Esta manera de interpretar las normas del recurso permite realizar los fines de la casación, cuando de errores in procedendo se trate, dejando a salvo el principio fundamental de que la Corte no puede variar los extremos de la sentencia acusada que han sido objeto de consentimiento de las partes, sino cuando su subordinación o vinculación esencial con la casación parcial lo haga indispensable. El Tribunal en este caso negó la acción resolutoria y esta negativa ha sido consentida por las partes. El motivo alegado sólo afecta parcialmente la sentencia recurrida en punto tan desconectado y extraño de lo que ha sido objeto principal del pleito que perfectamente puede decidirse sobre los capítulos comprendidos en la casación sin necesidad de entrar en la materia propiamente litigiosa. En estas condiciones consideramos que estaba fuera del alcance jurisdiccional de la Corte el estudio y decisión de la súplica resolutoria del contrato de promesa, porque la corrección del caso evidente de exceso de poder (extra petita) en que incurrió el Tribunal podía hacerse con una enmienda parcial de la sentencia, restaurando la forma quebrantada del enjuiciamiento, sin la renovación improcedente del debate judicial. De la misma manera en que debe procederse cuando el motivo próspero de la casación sea el previsto en el numeral 3º del art. 520 del C. J., en que sería inexplicable dentro de la naturaleza del recurso que con el objeto de aclarar una contradicción entre las declaraciones de una sentencia en su parte resolutiva se fuera a revivir jurisdiccionalmente la totalidad del pleito para decidir sobre cuestiones que no fueron propuestas a la Corte en la demanda de casación. Es la sentencia recurrida lo que constituye en realidad jurídica el objeto del recurso.

El principio consagrado en el art. 494 del C. J., en materia de apelación, de que el recurso debe entenderse interpuesto solamente en lo desfavorable al recurrente, de modo que el superior no pueda enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso, a menos que la modificación de ésta se imponga por íntima relación con la otra, es también actualizable al recurso extraordinario de casación en que el recurrente busca exclusivamente la reparación del agravio que le ha inferido la sentencia y en manera alguna favorecer de ningún modo las pretensiones de la parte adversaria. Para la apreciación de lo favorable o desfavorable al recurrente no ha de usarse un criterio exclusivamente cuantitativo de las condenaciones que pesan sobre quien ha interpuesto el recurso sino que deben considerarse predominantemente desde el punto de vista de su calificación jurídica, de

su conformidad con la ley. En esta forma se consultan mejor los altos fines a que está destinada la casación judicial. Nos parece que en el caso de estudio la sentencia de esta superioridad desfavorece la situación del recurrente al dar a la prestación a que fue condenado ilegalmente por el Tribunal como consecuencia de una causa de pedir distinta de la deducida en la demanda que originó el pleito —enriquecimiento sin causa— un fundamento buscado en la resolución del contrato, cuando es evidente que el extremo de la sentencia en que el Tribunal negó la acción resolutoria no estaba sometido a la decisión de la Corte por no haber sido materia de ataque en el recurso y porque su consideración no era de necesidad en el estudio de la cuestión planteada en casación.

Las súplicas del libelo fueron:

"Primero.—Que se declare resuelto o rescindido, según fuere el caso, el contrato de compraventa de un lote 'en el predio de San Antonio, municipio de Engativá, lote que mide diez fanegadas, y formado por los lotes 11, 10, 18, 19 y parte de los lotes 12 y 20, hasta completar las diez fanegadas dichas, según el plano del predio San Antonio, contrato que demandante y demandado hicieron constar en documento privado suscrito en Bogotá el 16 de noviembre de 1929

.....

"Segundo.—Que el demandante, señor París Gaitán, debe restituír a mi poderdante, doctor Cortés, la cantidad de $ 4,275.10 que éste pagó a aquél a buena cuenta del lote a que se ha hecho referencia en la petición anterior, y que tal devolución debe hacerla el demandado, con los intereses legales de esa suma, desde las respectivas fechas en que las recibió, hasta cuando haga la devolución.

"Tercero.—Que el demandado señor Gaitán debe pagar a mi poderdante el valor de los perjuicios por lucro cesante y daño emergente, que le ocasionó por no haber cumplido el contrato a que hace referencia la primera petición. Perjuicios que se fijarán en este mismo juicio o en otro distinto, en el cual sólo se discutirá la cuantía de él, y

"Cuarto.—Que si el demandado se opone a esta demanda, se le condene a las costas del juicio.'

El demandado París Gaitán contrademandó a Cortés, para que se declarara que el contrato de promesa había sufrido modificación en cuanto a la cosa vendida y se le condenara a cumplir el contrato modificado, con indemnización de perjuicios por incumplimiento. Trabada así la litis, el Juzgado decidió la primera instancia en sentencia de 19 de diciembre de 1934, en la cual declaró resuelto el contrato a que se refiere la demanda principal; se condenó a París Gaitán a devolver la suma de $ 4,275.10 con sus intereses desde el día de recibo y hasta el día de pago, suma procedente de los abonos que Cortés hizo al demandado a buena cuenta del lote a que se refiere el contrato; se negó la tercera petición y se absolvió a José Miguel Cortés de los cargos formulados en la demanda de reconvención.

El Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, revocó la sentencia apelada del Juzgado, y en su lugar resolvió:

"I.—Condénase al demandado Roberto París Gaitán a restituír al demandante José Miguel Cortés la cantidad de $ 4,275.10 moneda corriente y los intereses legales de esta suma desde las respectivas fechas en que las recibió el demandado, hasta cuando se haga el pago.

II.—Niéganse las demás peticiones de la demanda principal.

III.—Niéganse las peticiones de la demanda de reconvención.

IV.—Remítase el documento precitado a la administración de hacienda nacional para los efectos a que haya lugar.

No se hace especial condenación en costas."

Sentencia acusada

El Tribunal revocó la sentencia de primera instancia en que se había acogido la acción resolutoria incoada por considerar que no se había acreditado suficientemente en autos la existencia del contrato cuya resolución se demanda porque en el documento privado que con tal objeto se trajo al juicio "ni se hizo la determinación de la cosa prometida en venta, ni aparece debidamente estampillado." Respecto de la falta de determinación del lote prometido en venta, cosa inexacta como aparece de la simple lectura del documento en que consta el contrato, y de la cual ninguna conclusión se deduce en la sentencia, el Tribunal apenas hace una ligera mención, concretándose luégo al punto referente a la manera como se hizo constar en la copia que obra en autos el hecho de haber sido legalmente estampillado el original hasta convertirlo en motivo esencial de la desestimación probatoria que hizo de tal documento privado. Advierte el Tribunal con minuciosas trascripciones legales, cómo el instrumento privado no reúne las exigencias que la ley 20 de 1923 y la resolución ejecutiva número 87 de 1928 señalan para que un documento como el de que

se trata pueda ser admitido válidamente como prueba judicial, por razón del impuesto de timbre nacional, y concluye que "en estas condiciones si el documento valiera como promesa de contrato, no podría legalmente tenerse como prueba por esta superiodad por no haberse sometido a la ley sobre timbre que regía cuando vino a producirse." Agrega el Tribunal que para obtener la declaración de rescisión o resolución de un contrato es preciso empezar por acreditar en la forma legal su celebración, y como tal cosa no se hizo en este pleito, "no hay materia para estudiar la petición que tiende precisamente a obtener la resolución de un contrato cuya prueba específica no se trajo a los autos." Con estas mismas razones se desecha la demanda de reconvención.

Niega la sentencia la acción resolutoria demandada porque no se acreditó legalmente la celebración del contrato de promesa de compraventa, pero condena al demandado Roberto París Gaitán a restituír al demandante José Miguel Cortés la cantidad de $ 4,275.10 y sus intereses, a que se refiere la súplica segunda del libelo. A esta solución llegó el Tribunal sentenciador porque encontró que estando plenamente establecido que Cortés había dado esta suma a París Gaitán, éste la tenía "sin causa ninguna" toda vez que la promesa de venta no pudo producir obligación ninguna por virtud de los defectos formales de que adoleció el instrumento en que fue escrito. "En estas condiciones —escribe el Tribunal— plenamente acreditado el recibo por parte del demadado París Gaitán de la suma de $ 4,275.10 moneda corriente, y descartada como está la promesa de venta, resulta que esta cantidad se encuentra en poder del citado París Gaitán sin causa alguna justificativa y como la justicia no autoriza el enriquecimiento sin causa, debe ordenarse a favor de José Miguel Cortés la restitución del expresado valor tal como lo solicita la segunda petición de la demanda, con los intereses legales desde la fecha de esta sentencia hasta su devolución."

Materia del recurso

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal, en primer término, por la segunda causal del art. 520 del Código Judicial, esto es, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y también por violación indirecta de la ley sustantiva por error de hecho evidente en la apreciación de la demanda principal, y señala como disposiciones violadas por indebida aplicación, aunque no fueron citados en la sentencia, los arts. 1494, 1502, 1524, 2313, 2318 y 2341 del Código Civil y 34 de la ley 57 de 1887.

Solicita el recurrente la casación parcial de la sentencia con la infirmación del numeral 1º de la parte resolutiva para que en su lugar se absuelva a Roberto París Gaitán y aduce como razón fundamental de las dos causales alegadas la de que el Tribunal, después de establecer la inexistencia del contrato de promesa, condenó al demandado a la restitución de lo que había recibido en razón de ese contrato por estar dicha cantidad en poder del citado París Gaitán sin causa alguna justificativa y no autorizar la ley el enriquecimiento en esta forma.

El extremo de la desestimación que el Tribunal hizo del documento privado de 16 de noviembre de 1929, contentivo del contrato de promesa celebrado entre Cortés y París Gaitán, que constituyó el motivo principal de la sentencia recurrida, no ha sido atacado en casación y está por tanto, al margen del debate.

Al examinar los cargos se tiene:

A) La discordancia entre las pretensiones de los litigantes, en la forma en que quedaron establecidas en la demanda y en su contestación, y las resoluciones que contiene la sentencia final del pleito, consiste, según el recurrente, en que la restitución del dinero que Cortés había dado a París Gaitán a cuenta del precio del lote cuya compraventa se había prometido y a que hace referencia la segunda súplica del libelo, fue demandada en concepto de acción restitutoria consecuencial de la resolución del contrato de promesa, fin a que se enderezó la acción incoada, y no como consecuencia del hecho indiscutido de tener París Gaitán tal suma "sin causa alguna justificativa", que fue la razón determniante del fallo del Tribunal.

La lectura de las piezas principales del proceso, demanda y su contestación, contrademanda y su respuesta, alegatos de conclusión, revela de manera incuestionable que la acción incoada por el demandante José Miguel Cortés y desarrollada a lo largo de las instancias de este pleito, se dirigió a obtener la resolución del contrato de promesa de compraventa celebrado entre demandante y demandado (la rescisión pedida junto con la resolución, si fuere el caso, se desechó por improcedente desde el primer grado, con el objeto de restituír las cosas al estado que tenían antes de su ce-

lebración, restituyendo las prestaciones contractuales que hubieren tenido lugar e indemnizando los perjuicios causados con el incumplimiento. Hasta en el poder que el actor otorgó al doctor Navarro se ve precisamente determinado el objeto de la acción de resolución del contrato, devolución de las sumas entregadas con sus intereses y cobro de la correspondiente indemnización. Con no menor evidencia aparece establecido también que el Tribunal hizo omisión completa, al decidir el segundo grado del pleito, de la acción resolutoria incoada, con base en la inexistencia del contrato de promesa y fundó su restitución arbitrariamente en el hecho, no propuesto en la demanda de que las sumas referidas estaban en poder del demandado sin causa ninguna y con aplicación de la teoría del enriquecimietno sin causa como si la acción intentada hubiera sido la de **in rem verso** o la **conditio indebiti**, como se ve del pasaje copiado antes de la sentencia en estudio.

La parte opositora en el recurso se esfuerza en sostener que la segunda de las peticiones de la demanda contiene la solicitud de restitución en forma principal e independiente que debe servir, a través de la interpretación del libelo, como fundamento bastante para dar concordancia legal a la parte resolutiva del fallo. El texto inequívoco de la demanda no autoriza este concepto ni en sí mismo ni relacionándolo con los hechos básicos enumerados en ella ni con los fundamentos de derecho que se expresaron. La aclaración contenida en la súplica de que las sumas cuya restitución se pide provienen de lo que Cortés pagó a buena cuenta del lote a que se hace referencia en la primera petición, no permite aislar este pedimento sin violentar el sentido clarísimo de la demanda. La tesis de que la devolución está pedida no sólo por concepto de la resolución sino por el de enriquecimiento sin causa carece de respaldo procesal. Esta cuestión no se agitó en ninguna forma en la primera instancia del juicio, no fue mencionada siquiera en los alegatos de las partes y solamente apareció en autos en la sentencia del Tribunal y como exclusivo fundamento de su condenación.

La Corte tiene establecido que la demanda ha de interpretarse integralmente, relacionando los fundamentos de hecho y de derecho en su conjunto, para establecer la verdadera y exacta intención que movió al actor a proponerla, y con aplicación de esta doctrina jurisprudencial resulta incuestionable que la sentencia recurrida no guarda armonía con las pretensiones de los litigantes, en la forma en que fueron deducidas oportunamente, porque se basó en un hecho no propuesto y en una doctrina jurídica que genera acciones diferentes de la que se propuso para el desarrollo del juicio. Habiéndose señalado un contrato como fuente de las obligaciones demandadas, tanto en la acción principal como en la de reconvención, no es posible separarse de ella, sin violar la relación esencial que vincula a la partes en el pleito. Si el Tribunal varía oficiosamente las bases en que la controversia se desenvolvió en la primera instancia, cambiando la **causa petendi**, resulta que el demandado no puede valerse adecuada y oportunamente de sus medios de defensa, y de este modo se quebranta el principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído en juicio.

"Una vez atadas las partes litigantes con la demanda definitiva y con su contestación en su caso —ha dicho esta Corte— ya no le es dado alterarla, y menos aún, le sería dado a una de ellas proceder así a pretexto o con motivo del recurso de casación, cuya finalidad misma lo impide." **Non valet sententia lata de re non petita**, apotegma jurídico que las leyes de Partidas tradujeron al decir que "non deve valer pryzio que da el pidgadar sobre cosa que non fue demandada ante él."

Es por tanto, innegable la ocurrencia de la causal invocada por discordancia entre lo pedido y lo sentenciado.

B) De las consideraciones que anteceden se deduce que es fundado el cargo por la causal segunda del art. 520 del Código Judicial, y aunque esto sería bastante para que la Corte se abstuviera de considerar la otra causal propuesta y procediera a dictar la resolución correspondiente, sin embargo, por la íntima conexión que en este caso tienen las razones fundamentales de ambas causales, muy brevemente se estudia también el cargo de violación de la ley sustantiva por error de hecho en la interpretación de la demanda principal, consistente, según el actor, en haber creído el Tribunal que en la segunda súplica de la demanda se intentaba una acción de **in rem verso** o una **condictio sine causa** y haber condenado a París Gaitán en este falso concepto a restituír la citada cantidad de dinero que en realidad le había sido entregada por Cortés a título de prestación contractual como parte de pago del lote cuya venta se había prometido en el documento privado que fue desestimado como prueba y cuya devolución fue pedida como consecuencia de la acción resolutoria o de la res-

cisoria, ejercitadas en la demanda.

Después de anotar el Tribunal que es hecho incuestionable que Cortés entregó a París Gaitán la suma de $ 4,275.10 advierte que tal suma se dio sin causa ninguna puesto que la promesa de venta, en razón de los defectos formales de que adolece el documento en que se hizo constar, no pudo producir obligación ninguna entre las partes, y agrega como motivo esencial y determinante de su condenación: "...resulta que esta cantidad se encuentra en poder del citado París Gaitán sin causa alguna justificativa y como la justicia no autoriza el enriquecimiento sin causa alguna, debe ordenarse a favor de José Miguel Cortés la restitución del expresado valor tal como lo solicita en la segunda petición de la demanda, con los intereses legales desde la fecha de esta sentencia hasta su devolución."

Para adoptar esta fórmula decisoria del pleito fue necesario que el Tribunal sentenciador no solamente se apartara de la pauta obligatoria de la demanda, sino que incurriera en violación indirecta de la ley sustantiva dando aplicación indebida a los artículos 2313 y 2318 del C. C., normativos del cuasicontrato del pago de lo no debido, como si el pleito se hubiera iniciado para obtener la efectividad de una de las obligaciones de que trata el art. 34 de la ley 57 de 1887, que de esta manera resulta también indebidamente aplicado en la sentencia. No están citados estos textos legales en la sentencia, ni ninguno otro, pero es indudable como lo dice el recurrente en su demanda de casación, que solamente en estas disposiciones podría el Tribunal fundar en derecho la condenación de que se trata.

La teoría del enriquecimiento sin causa, que busca siempre restaurar un equlilibrio patrimonial con aplicación de los principios y normas de la equidad, no puede tener eficacia jurídica sino en cuanto se aplique dentro de los preceptos y reglas de la legislación positiva. Tal doctrina no puede ser un mero criterio judicial de aplicación arbitraria en la administración de justicia. Su aplicación inconsiderada, esto es, con prescindencia de los textos legales que se inspiran en ella y la realizan, determina inseguridad en el derecho civil al convertir en inoperantes las sistematizaciones jurídicas armónicamente reglamentadas en el código. Esta doctrina —ha dicho la Corte— que tiene en la legislación colombiana apoyos tan fundamentales como las normas contenidas en el Capítulo 2º del Título 33 del Libro IV del C. C., pago de lo no debido, y art. 1524 de la misma obra, no puede aplicarse sino con ciertas restricciones y limitaciones que en síntesis son las siguientes y que dan el fundamento para establecer la acción de in rem verso: a) Es necesario que haya habido un enriquecimiento. b) Un empobrecimiento correlativo. c) Es preciso que ese enriquecimiento haya sido injusto o sin causa. d) Es preciso que el empobrecido no haya tenido ningún otro medio para obtener satisfacción, puesto que la acción de in rem verso tiene un carácter esencialmente subsidiario, y e) Por último, esta acción no puede jamás ejercitarse contra una disposición imperativa de la ley.

"El enriquecimiento sin justa causa es la condición jurídica esencial que da a la teoría y a la doctrina su verdadera fisonomía, y que demarca los límites necesarios de ella; en principio puede haber enriquecimiento a expensas de otro, pero con la condición de que exista una verdadera causa; sólo cuando ésta no existe tiene lugar la aplicación de la teoría precitada que consagra de una manera expresa el código alemán en su art. 812 y el código federal suizo en su art. 62, la doctrina y la jurisprudencia francesas y también la jurisprudencia colombiana basada en los textos de que se ha hecho mérito." (Gaceta Judicial, Nº 1923, pág. 29).

De acuerdo con la doctrina anterior, aplicable en un todo a la acción que consagra el art. 2313 del C. C., que requiere, además, la existencia de un error en el pago, se ve claramente la impertinencia en la aplicación de tales textos de la ley al caso en estudio, en que se ha demandado recíprocamente el cumplimiento de obligaciones generadas en la celebración de un contrato de promesa de venta, con ocasión de haberse solicitado judicialmente su resolución. Para que la acción de in rem verso sea legítima en su ejercicio es indispenesable que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no tenga un origen o causa contractual, porque entonces solamente pueden usarse las vías y acciones originadas en el contrato mismo para debatir sus consecuencias jurídicas.

No es acertado decir en este caso, como lo dijo el Tribunal sentenciador, que la promesa de contrato de venta no pudo producir ningún efecto entre las partes contratantes, porque la verdad es que este juicio no ha buscado otra finalidad a través de la resolución judicial que destruír prestaciones cumplidas en su desarrollo obteniendo la devolución de la parte de precio de la cosa prometida en venta. La ley distingue las condiciones ad solemnitatem de las condi-

ciones ad probationem. Las primeras dicen relación a la creación misma del vínculo y su falta determina inexistencia del acto o contrato, mientras las segundas solamente se refieren a la prueba del vínculo, y su ausencia sólo se traduce en imposibilidad o dificultad para su establecimiento en juicio. De esta última especie fueron las que el Tribunal adujo para fundar la desestimación que hizo del documento privado en que actor y demandado hicieron constar su contrato de promesa; pero si esto sirve legalmente para inhabilitar probatoriamente el documento, no puede decirse que lo invalide por completo para ser fuente de obligaciones, las cuales, en estas condiciones, adquieren el carácter de naturales, no susceptibles por tanto, de ser objeto de la acción por pago de lo no debido. (Arts. 1527, 2314 del C. C.).

Resulta, por lo expuesto, que también es fundado el cargo de violación indirecta de la ley sustantiva como consecuencia del error de hecho en que incurrió el Tribunal en la interpretación de la demanda principal en punto a la naturaleza de la acción incoada, lo cual lo condujo, como ya se ha visto, al quebrantamiento de la forma procedimental que se traduce en armonía de la demanda con la sentencia.

Sentencia de instancia

No siempre que por haber prosperado una de las tres primeras causales del art. 520 del C. J., debe la Corte dictar la resolución que corresponda en lugar de la del Tribunal, en todo o en parte, debe decidir sobre lo principal del pleito. El objeto y alcance de la sentencia de la Corte se determina por la propia naturaleza del motivo de casación que haya prosperado, ya que las causales que para este recurso establece la ley se refieren tanto a infracción de la ley sustantiva como al quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, esto es, a la violación de la ley adjetiva (errores in procedendo), procediendo en el primer caso el recurso de casación en el fondo, y en el segundo, el recurso en la forma.

La sola circunstancia de encontrar fundada alguna de las causales alegadas en casación no puede constituír por sí sola a la Corte en Tribunal de Instancia, en forma que deba considerar todos los elementos de hecho y de derecho que integran la cuestión litigiosa, sin tener en cuenta la naturaleza específica de la causal alegada y los términos en que se haya fundado el recurso, que es lo que en realidad alindera la jurisdicción de la Corte para decidir. Un tercer examen completo del pleito, en todo caso, para corregir las injusticias en que pueden incurrir los Tribunales equivaldría a una tercera instancia, cosa fundamentalmente distinta del recurso extraordinario de casación cuyo objeto principal no es juzgar de la justicia o injusticia del fallo, sino velar por la integridad de la ley que así adquiere en el recurso cierta personalidad en razón de su interés y defensa, para uniformar la jurisprudencia nacional. Algunos autores expresan la idea de que "merced a la casación se crea una especie de álgebra legal por medio de la jurisprudencia", para decir que a través de este recurso especial es el interés abstracto de la ley el que prevalece y no propiamente el interés concreto de la cuestión debatida en el pleito.

En este caso el Tribunal quebrantó la forma esencial del juicio contenida en el art. 471 del C. J. que manda que las sentencias judiciales deben ser claras, precisas y en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, incurriendo en el caso de incongruencia por exceso al resolver sobre una acción que no fue oportuna ni inoportunamente propuesta en el debate judicial. En el recurso de casación no se ha combatido la negativa del Tribunal a declarar la resolución del contrato, punto éste que de esta manera, no habiendo la parte demandante recurrido, ha sido objeto de consentimiento y acuerdo de ambas partes. La desestimación de la prueba del contrato de promesa de venta en que se fundó la negación de la acción resolutoria no ha sido atacada en ninguna forma, y por consiguiente este fundamento, legal o ilegal del fallo, debe quedar en pie. La restauración de la forma procesal quebrantada, único objetivo de este recurso, en nada afecta lo principal del pleito ni impone la reconsideración de lo que fue su objeto esencial y se reduce a armonizar la sentencia con la demanda desechando la razón adventicia e improcedente en que se apoyó el Tribunal, que es lo que ha sido materia del capítulo comprendido en la casación. (Art. 539 del C. J.).

La resolución que la Corte ha debido dictar de acuerdo con estas reglas de técnica de casación en reemplazo de la sentencia del Tribunal, en la parte que ha debido ser casada —numeral 1º de la parte resolutiva— se debió reducir a poner en consonancia lógica y legal el fallo acusado con las pretensiones que fueron oportunamente deducidas por los litigantes y sobre las cuales rodó el pleito.

"No habiéndose demostrado la existencia del contrato cuya resolución se solicita, no

hay materia para estudiar la petición que tiende precisamente a obtener la resolución de un contrato cuya prueba específica no se trajo a los autos." Este fue el razonamiento esencial en que se fundamentó la sentencia acusada, tanto en lo relacionado con la demanda principal como en lo referente a la de reconvención, de modo que lógicamente ha debido concluírse en la absolución total y recíproca. Se pidió la resolución de un contrato por incumplimiento, con las restituciones correspondientes, y no se pidió más, luego lo único procedente, no habiéndose accedido a la resolución por no haberse demostrado satisfactoriamente la existencia del contrato, era la absolución del demandado.

Bogotá, marzo 14 de 1938.

Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.

OPOSICION AL DENUNCIO Y POSESION DE UNA MINA.—ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA.—TERMINO HABIL PARA HACER OPOSICIONES DE MINAS

1.—La ilegitimidad de la personería a que se hace referencia indirecta en el art. 520 del C. C. como causal general de nulidad de lo actuado se refiere a la personería adjetiva o a la capacidad de representación en juicio (arts. 332 y 450 del C. J.), da lugar en unos casos a excepción dilatoria y en otros puede determinar invalidación de lo actuado y se refiere a la capacidad de las partes para litigar según su condición de SUI JURIS o ALIENI JURIS, o la comprobación del mandato en caso de que intervenga apoderado, a la extensión de sus poderes, a la prueba de la representación que exige la ley en tratándose de sociedades, corporaciones, etc. No se trata en el referido motivo de casación de la personería sustantiva que no engloba ninguna consideración procedimental y que se confunde propiamente con la existencia del derecho demandado y de la acción ejercitada. 2.—De acuerdo con el artículo 59 del Código de Minas el término hábil para hacer oposiciones se cuenta a partir del día en que se admite el denuncio de la mina. 3.—Al tenor del artículo 61 del C. de M. la oposición oportuna es procedente no sólo ante el empleado comisionado para dar la posesión de la mina, sino también ante el Agente del Poder Ejecutivo, esto es, ante el Gobernador, o ante el Juez del Circuito que haya de conocer de la causa que se genere en la oposición. Es el Juez de Circuito de la ubicación de la mina el que debe decidir, en presencia de las diligencias de oposición, si fue o no hecha en tiempo hábil. En el caso de que no se haya formalizado dentro del término correspondiente, el Juez, de oficio, devolverá el expediente al funcionario encargado de dar la posesión de la mina, para que la lleve a efecto; pero si se procedió dentro de los plazos de la ley, y si el punto fue debatido en la oportunidad procedimental de la primera instancia, su consideración es ya improcedente en cualquiera otra situación del proceso. Arts. 63 y 64 del C. de M.).

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Antecedentes

El día 12 de junio de 1933, a las dos de la tarde, el doctor Max Chaves, ante el Alcalde municipal de Santacruz, en Guachavés, y en presencia de los testigos José P. Martínez e Isaac Zambrano manifestó que en la región denominada "Las Minas", en terrenos de Adelaida Cuastumal y Belarmino Chará, dentro de la comprensión municipal, había encontrado una mina de oro, plata y otros metales de antiguo descubrimiento, cuyos últimos poseedores habían sido Salomón Hurtado y otros y que como en la fecha se encontraba abandonada la avisaba en su propio nombre y en conformidad con el art. 346 del C. de M., y que deseaba que en adelante se la conociera con el mismo nombre de "Continuación Norte de la Niño de Praga", como se la denominaba (fls. 59 y 60).

El 14 de septiembre del mismo año de 1933 Emiliano Gómez A., obrando como apoderado del doctor Max Chaves, denunció para su representado ante la Gobernación del Departamento de Nariño la mina a que se refiere el aviso referido, advirtiendo que estaba abandonada y que había sido su "último poseedor la 'Compañía Minera de El Canadá y La Sonrisa', representada por su presidente doctor Nemesiano Rincón." Al día siguiente de introducido este denuncio a la Gobernación, Nemesiano Rincón, alegando su condición de presidente de la "Compañía Minera de El Canadá y

La Sonrisa", con base en el art. 59 del C. de M., se opuso a la posesión que trataba de obtener el denunciante Chaves por no estar abandonada la mina y ser de la exclusiva propiedad de la compañía que representaba (fl. 16).

Admitido el denuncio por la Gobernación el 10 de octubre de 1933, se libró comisión al Alcalde municipal de Santacruz para que practicara las diligencias previas y diera posesión de la mina. El funcionario comisionado ordenó cumplir la comisión en auto de 9 de enero de 1934, que se notificó legalmente en edicto de 19 de febrero, y como ya estaba presentada la oposición de Nemesiano Rincón, cuyo escrito le fue enviado también al Alcalde, se ordenó la remisión de las diligencias al Juzgado 1º del Circuito de Túquerres para los efectos del art. 63 del C. de M., antes de proceder a dar posesión de la mina denunciada (fl. 14 v.).

El doctor Avelino de la Vega, con poder suficiente otorgado por Nemesiano Rincón como presidente de la Sociedad Minera de El Canadá y La Sonrisa, manifestó al Juez 1º del Circuito de Túquerres en memorial de 2 de marzo de 1934 que formalizaba su oposición como impugnación de la exactitud y justicia de la denuncia de la mina "Continuación Norte de la Niño de Praga", y aduciendo lo prescrito en el numeral primero del art. 53 de la ley 292 de 1875, solicitó que de su escrito se diera traslado al denunciante Chaves para que dentro de seis días formulara su demanda al tenor de lo dispuesto en los arts. 393 y 394 del C. de M. A esta solicitud recayó el auto del Juzgado de 22 de marzo en que se reconoció la personería del doctor de la Vega como mandatario judicial de la "Sociedad Minera de El Canadá y La Sonrisa", presidida por el doctor Nemesiano Rincón, y se declaró improcedente la solicitud de 2 de marzo. Apelada esta providencia después de haber solicitado inútilmente su reposición, fue reformada por el Tribunal de Pasto en el sentido de declarar que el apoderado de la "Compañía Minera de El Canadá y La Sonrisa" debía formalizar y sostener la oposición porque al opositor le correspondía el papel de actuar en el juicio ordinario que debía seguirse por no haber acreditado la propiedad de la mina con título suficiente en favor de la sociedad que representaba ni haber probado tampoco el pago de los derechos fiscales para la conservación de la posesión.

Fue así como Nemesiano Rincón y Avelino de la Vega, dentro del término que para el efecto se les señaló, en libelo de fecha 31 de mayo de 1935, dirigido al Juzgado 1º del Circuito de Túquerres, demandaron a Max Chaves para que con su audiencia y previos los trámites de un juicio ordinario, se hicieran en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que, el 8 de febrero de 1908, la Gobernación de este Departamento, a favor de los señores Salomón Hurtado, Rubén Montezuma, Rosendo Osejo y Trino García, socios entre sí, adjudicó la mina de oro y plata, de veta, denominada 'Continuación Norte de la Niño de Praga', situada en el punto 'Piedras Puntas', región del Asterón, en la jurisdicción del municipio de Santacruz, provincia de Túquerres, y demarcada por los siguientes linderos:.....

"Segunda—Que, actualmente, la sociedad, o comunidad de la expresada mina 'Continuación Norte de la Niño de Praga', cuyos socios o comuneros son el señor José Rafael Zarama y la mentada asociación 'Compañía Minera de El Canadá y La Sonrisa', formada por los herederos del señor Salomón Hurtado y el señor Rubén Montezuma, todos mayores de edad y vecinos del municipio de Pasto, tienen el derecho de propiedad y posesión sobre la citada mina;

"Tercera.—Que, hasta el 14 de septiembre y 10 de octubre del año de 1933, y posteriormente, los expresados dueños de la mina 'Continuación Norte de la Niño de Praga', la han conservado y la conservan en propiedad y posesión, mediante el puntual pago del correspondiente impuesto de minas;

"Cuarta.—Que, en consecuecnia, la citada mina 'Continuación Norte de la Niño de Praga', no se encontraba abandonada el 14 de septiembre y el 10 de octubre del año de 1933, y no tiene ningún valor el denuncio de ella hecho por el señor Emiliano Gómez A., mayor de edad y vecino de Pasto, a favor del doctor Max Chaves, así como también que no tiene ningún valor el aviso y demás diligencias pertinentes a dicho denuncio;

"Quinta—Que el doctor Max Chaves indemnice los daños y perjuicios causados con el expresado denuncio, a la sociedad o comunidad que relaciona la petición segunda anterior, y

"Sexta.—Que se condene en costas al demandado si se opusiere a esta demanda."

Admitida la demanda y surtido su traslado legal fue contestada por el doctor Max Chaves, por medio de apoderado, en escrito de 21 de junio del año citado, en el cual se opone a que se hagan las declaraciones pedidas por falta de derecho; acepta algunos hechos de la demanda y niega otros, y opone finalmente como excepciones perentorias,

la de carencia de acción en virtud de que habiendo sido abandonada la mina cuestionada, los demandantes carecían de derecho para oponerse por haberse formulado la oposición por el presidente de una compañía minera que en ningún tiempo había sido dueña de la mina referida, y la de petición extemporánea por haberse presentado la demanda fuera del término legal.

Planteado así el litigio, fue decidido en primera instancia por el Juzgado del Circuito en sentencia de fecha 23 de abril de 1936, en la cual se declararon no probadas las excepciones perentorias propuestas y se acogieron y decretaron todas las peticiones de la demanda. Apelada esta sentencia por el apoderado del demandado Max Chaves, se surtió el segundo grado del juicio ante el Tribunal Superior del distrito judicial de Pasto, quien confirmó en todas sus partes el fallo del Juzgado, en decisión de 2 de junio de 1937.

Es esta sentencia definitiva de segunda instancia la que ha sido recurrida en casación por la parte demandada, recurso que admitido y tramitado legalmente, se procede a decidir.

Sentencia acusada

El Tribunal llegó a la conclusión de que debían acogerse todas las súplicas de la demanda, tal como lo había sido en la sentencia de primer grado, porque de la consideración y análisis de los elementos de prueba oportuna y legalmente aducidos al proceso resultaba fehacientemente establecido el derecho de dominio de la mina "Continuación Norte de la Niño de Praga" en favor de la compañía minera demandante y su posesión conservada mediante el pago legal del correspondiente impuesto.

Sintéticamente se expresan los fundamentos del fallo acusado:

Por medio del título Nº 211 de fecha 13 de enero de 1908, expedido por la Gobernación del Departamento de Nariño con cumplimiento de las diligencias previas correspondientes y que aparece debidamente registrado en la oficina del Circuito de Túquerres el 3 de marzo de ese mismo año, se otorgó título de propiedad de la mina de cro, de veta, sobre cuya posesión versa este litigio, en favor de los señores Salomón Hurtado, Rubén Montezuma, Rosendo Osejo y Trino García (fls. 1 a 4).

Como se desprende de la escritura pública Nº 727 de 22 de diciembre de 1909, que corre al folio 44 del expediente con la respectiva nota de registro, existía una sociedad ordinaria de minas entre los señores Salomón Hurtado, Rubén Montezuma, Rosendo Osejo y Trino García, dueña de varias minas, entre las cuales figuraba, como consta en el instrumento, la "Continuación Norte de la Niño de Praga." El socio García, según la misma escritura, vendió a Salomón Hurtado y Rubén Montezuma los derechos y acciones de socio en la mina referida.

Al folio 46 obra la escritura público número 221 de 29 de marzo de 1913, debidamente registrada, contentiva de un contrato de mutuo en que José Rafael Zarama dio la cantidad de $ 2,104 a Rosendo Osejo, obligación mutuaria que éste garantizó con las dos acciones y media que poseía en la mina de que se trata. Se estipuló en este contrato "que en caso de no poder pagar al vencimiento del plazo los $ 2,104 el señor Zarama entrará en posesión de las acciones, pudiendo venderlas como propio dueño, o continuar usufructuándolas si a bien tiene."

Muerto Salomón Hurtado en el mes de enero de 1931, el Juzgado 3º del Circuito de Pasto, en auto de 17 de febrero de ese año, declaró herederos a sus hijos legítimos José María, Inés, Josefina, Ester y Beatriz (fl. 20). Por medio de la escritura pública Nº 227 de 17 de julio de 1933, visible al folio 5, los prenombrados herederos junto con los señores Gonzalo Rodríguez y Nemesiano Rincón, maridos respectivamente de Josefina y Ester, y haciéndose representar Inés por apoderado, constituyeron con Rubén Montezuma la sociedad minera denominada de El Canadá y La Sonrisa, que aparece como actora en este pleito, y a la cual aportaron, Montezuma su cuota inicial como dueño, y los herederos de Hurtado la parte a éste correspondiente según el título original. Se lee en este instrumento que los otorgantes constituyentes de la sociedad minera designaron al doctor Nemesiano Rincón como presidente y lo facultaron expresamente para llevar la representación de la compañía ante todas las autoridades y determinaron el plazo de diez años para la duración de la sociedad.

El 15 de septiembre de 1927, según consta en la escritura pública Nº 1024 de esta fecha, otorgada ante el Notario del Circuito de Cartagena, cuya copia debidamente registrada corre al folio 83, los señores Ross Darling, Cornellus Hellmnud, en su propio nombre, y además, el primero como apoderado de John H. Williams, Avecher Vanghn y Walter A. Lane, constituyeron una sociedad comercial anónima que denominaron "Compañía Minera La Golondrina", con el objeto de vender, comprar, traficar

en metales y minerales, manejar, comprar, arrendar, etc., propiedades mineras en Colombia, por el término de cincuenta años y designaron como presidente y director-gerente al señor John Williams.

Constituídas en la forma que se deja expresada las dos sociedades, La Golondrina y la Compañía Minera de El Canadá y La Sonrisa, representadas legalmente por sus presidentes John Williams y Salomón Hurtado, celebraron el contrato contenido en la escritura pública Nº 295 de 30 de mayo de 1928, Notaría 1ª de Pasto (fl. 68), por el cual Hurtado cedió a La Golondrina la explotación y exploración de varias minas, entre las que figura la "Continuación Norte de la Niño de Praga." Se estipuló en este contrato en su cláusula cuarta, que Williams se obligaba a seguir pagando el impuesto sobre las minas por todo el tiempo de duración del contrato que fue de dieciocho años.

Establecidos en la forma legal los antecedentes de que se acaba de hacer mención, el Tribunal de Pasto consideró que el doctor Nemesiano Rincón tiene legalmente la personería de la "Compañía Minera de El Canadá y La Sonrisa", como su presidente, y que a esta sociedad corresponde la propiedad de la mina "Continuación Norte de la Niño de Praga" en virtud de que el título original que dio la propiedad y posesión de esa mina no se ha variado ni destruído hasta llegar a la sociedad demandante, que resultó de la fusión de las dos sociedades de que se hizo mención por voluntad de los sucesores de Salomón Hurtado que como dueños de las acciones que éste tenía en las minas las aportaron a la nueva sociedad y declararon terminada la de hecho habida entre su padre, Rubén Montezuma y otro. La posesión legal de la mina de que se trata en favor de la sociedad actora la hace provenir el Tribunal de la relación y nexo jurídico existente entre la Sociedad La Golondrina y la Compañía Minera de El Canadá y La Sonrisa, puesto que el pago del impuesto que aparece verificado, según constancias procesales, por Walter Lane, socio de la compañía arrendataria La Golondrina, no pudo ser hecho sino en cumplimiento de la obligación contractual a que se hizo referencia, y por tanto, no puede decirse que la mina "Continuación Norte de la Niño de Praga" hubiera estado abandonada a la fecha en que fue avisada y denunciada como tal por el demandante Max Chaves. En cuanto a la oportunidad legal de la oposición, la sentencia contiene el concepto de que la ejecutoria del auto del Juzgado del Circuito, de fecha 12 de septiembre de 1935, en que se declaró improcedente la articulación propuesta por el apoderado del demandado Chaves sobre extemporaneidad de la oposición deja fuera de consideración este punto en la decisión definitiva.

El recurso

Invoca el recurrente para fundarlo los motivos 1º y 6º del art. 520 del C. J., "o sea por violación de la ley sustantiva, errónea apreciación de pruebas y adolecer el proceso de nulidades no saneadas de conformidad con la ley." No está redactada la demanda de casación de acuerdo con las normas legales que mandan exponer en capítulo separado los fundamentos relativos a cada una de las causales alegadas para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa las razones y citando ordenadamente los textos legales que el recurrente estime infringidos. Para proceder con algún orden, la Corte adopta la división que el recurrente ha hecho en su demanda bajo los epígrafes **Abandono de la Mina, Falta de personería, Oposición extemporánea**, y **Otras consideraciones**, para poder enfocar las cuestiones controvertidas en el recurso.

En sentencia de fecha 26 de noviembre de 1937, en que esta superioridad decidió el recurso de casación interpuesto por Max Chaves contra la sentencia de 11 de febrero de ese año, proferida por el Tribunal Superior de Pasto en la segunda instancia del juicio adelantado por el nombrado Chaves contra la Compañía Minera de El Canadá y La Sonrisa, representada por su presidente doctor Nemesiano Rincón, sobre posesión de la mina "La Sonrisa", tuvo ya oportunidad la Corte de considerar y apreciar la mayor parte de las pruebas y problemas que en este recurso se aducen y agitan, porque la controversia que se adelantó en aquel juicio ordinario en el Juzgado segundo del Circuito de Túquerres tiene con el que ahora se estudia coincidencias y analogías muy grandes que sin embargo no llegan a constituír las identidades necesarias que dieran lugar a la ocurrencia de la cosa juzgada, particularmente por tratarse de minas distintas.

Abandono de la mina. — Extractando los cargos que en este aparte de la demanda de casación se formulan contra la sentencia, se pueden compendiar así:

El Tribunal afirma inexactamente que una mina se reputa abandonada solamente cuando se ha dejado de pagar el impuesto correspondiente, o se ha pagado tardíamen-

te, o cuando aun pagado en oportunidad no se ha elaborado en los términos del art. 5 del D. L. Nº 223 de 1932, cuando la verdad es que el abandono también ocurre en los casos previstos en el art. 341 del C. de M. y 4 de la ley 59 de 1909.

La sentencia dice que lo que quiere la ley es que el pago del impuesto sobre minas se ha verificado sin que interese la persona de quien lo haga, lo cual es injurídico a la luz del art. 148 del C. de M. que impone esta obligación al dueño, quien debe hacerlo, para conservar su derecho a la mina, en los términos y lugar señalados en los arts. 158 del C. de M., 23 de la ley 292 de 1875 y el 14 del D. L. Nº 223 de 1932, y que aunque el art. 160 del código citado autoriza el pago por cualquier persona, debe ser en nombre del respectivo interesado, sin que tal representación pueda presumirse; de tal modo que el pago del impuesto que hizo Walter Lane en su propio nombre, según cetrificaciones de autos, será un pago indebido a la Nación que no tiene por qué beneficiar a la sociedad representada por el doctor Nemesiano Rincón. No puede considerarse a Lane como mandatario, recomendado o agente oficioso de los dueños de la mina porque tales calidades no podrían adquirirse sino por medio de los contratos a que se refieren los arts. 2142, 2147 y 2304 del C. C. y en ninguna parte del proceso aparece que el señor Lane hubiera contratado con Salomón Hurtado, ni sus socios, ni sus herederos. Los pagos hechos por Lane no pueden considerarse hechos a nombre de la sociedad de La Golondrina porque él no era el representante competente de la compañía; era solamente encargado de hacer un montaje de maquinarias en la mina, y "lejos de ser su representante, se querelló contra dicha sociedad, para reclamar sus salarios, y se quedó trabajando en la mina con su propio nombre y con sus propios recursos, pues nunca volvió a saber nada de la sociedad La Golondrina." "Para insistir en que el señor Lane no representaba a la compañía La Golondrina cita el recurrente los arts. 252 del C. de M., 2090 del C. C. y 582 del C. de Co., y termina afirmando que 'por lo mismo el Tribunal ha violado los artículos sustantivos que he mencionado y no ha apreciado bien las pruebas presentadas."

La Corte considera:

La sentencia acusada estudia el fenómeno del abandono en relación con el caso del pleito, esto es, considerando una mina de antigua titulación y desde este ángulo de apreciación advierte que el abandono sobreviene cuando se ha dejado de pagar el impuesto, o se paga ya vencido el término que la ley da para el efecto, y cuando a pesar de haberse pagado la mina no se elabora en la forma indicada en el D. L. 223 de 1932, art. 5. Los casos de abandono cuya omisión anota el recurrente en la enumeración del fallo carecen de pertinencia para el caso, y en la decisión del recurso resulta este cargo improcedente porque de él no se deduce violación ninguna de la ley ni da base por sí mismo a conclusión alguna que pueda afectar el fallo recurrido.

La conclusión esencial de la sentencia de que la posesión de la mina "Continuación Norte de la Niño de Praga", adjudicada según el respectivo título aducido en el juicio, ha sido conservada por sus dueños mediante el oportuno pago del impuesto y que, por tanto, no ha estado abandonada y el doctor Chaves no ha podido avisarla, denunciarla ni pretenderla como tal, no se ataca en el recurso en el concepto de que tal pago no haya existido, sino en el de que es ineficaz por haberse hecho por Walter Lane en su propio nombre y no en representación de los interesados.

Al folio 131 v. del expediente obra un certificado expedido en Pasto el 7 de octubre de 1936 por el Administrador de Hacienda Nacional de Nariño, del cual aparece que el impuesto correspondiente a la mina de oro de veta, de tres pertenencias denominada "Continuación Norte de la Niño de Praga", sita en la provincia de Túquerres, distrito de Santacruz (Guachavés), ha sido pagado por los interesados, por los años de 1912 a 1935 inclusive, como consta en los libros respectivos de ese despacho.

No se ataca la sentencia, que ha podido fundarse sobre el mérito de este documento auténtico, por ningún concepto en que se hubiera equivocado el Tribunal al apreciarla, y aparece que tal certificado fue uno de los elementos de convicción en que se fundamenta el fallo. La acusación se endereza contra la parte de la sentencia en que se acepta que algunos pagos del impuesto fueron hechos por Walter Lane en su propio nombre y sin embargo de esto se concluye que beneficiaron a la Compañía Minera de El Canadá y La Sonrisa; no se hace tampoco en este cargo alusión ninguna a error de hecho ni de derecho en la apreciación probatoria que pudiera haber conducido a la infracción de alguna de las normas legales citadas, pero, sin satisfacer este requisito esencial de la casación, es indudable que se hace referencia a los certificados expedidos por el Administrador de Hacienda Nacional de Pasto, que forman el folio 130

del expediente, fechados el 17 de septiembre de 1936, de los cuales resulta que en los años de 1931 y 1932, Walter Lane pagó en su propio nombre las cantidades de treinta pesos ($ 30) y ciento cincuenta pesos ($ 150) por impuesto de algunas minas, entre las que figura la de que aquí se trata.

A pedimento de la parte demandante, durante la primera instancia del juicio, Walter A. Lane declaró que le constaba que el señor John Williams había sido arrendatario, por contrato con los señores Hurtado y Montezuma, entre otras, de la mina "Continuación Norte de la Niño de Praga", y que cuando el señor Williams salió del país él había quedado encargado de dicha mina (fl. 62). En el término correspondiente del segundo grado también declaró Lane, a solicitud del actor (fl. 139), y en esta declaración afirma, en resumen, que fue a la mina a trabajarla enviado por el señor Williams y su compañía (La Golondrina), y que no habiéndolo provisto después de algún tiempo de dinero y elementos necesarios, hubo de conseguirlos haciendo uso de su crédito personal, procediendo por sí mismo, y vendiendo por su propia cuenta el metal que extrajo de la mina. Se le concede en la sentencia especial importancia probatoria sobre el hecho de que Lane procedía en las actividades mineras a que se ha hecho referencia como interesado o vinculado a la sociedad La Golondrina, a las certificaciones expedidas por autoridades judiciales del distrito de Santacruz, de las cuales aparece que el señor Lane compareció como demandado en calidad de representante de la sociedad de La Golondrina en dos litigios que se adelantaron contra él en el año de 1932, y que en el año siguiente, en acción dirigida contra Adán Caratan sobre la efectividad de una multa alegó el actor de Lane que procedía como socio accionista de la prenombrada sociedad. Ningún reparo ni ataque se encuentra en la demanda de casación contra el mérito que el Tribunal dedujo de estos elementos de convicción.

Siendo un hecho incuestionable que Walter Lane fue a trabajar a la mina "Continuación Norte de la Niño de Praga" por orden e instrucciones de John Williams, presidente de la "Compañía La Golondrina", no es admisible, y así se concluyó en la sentencia de casación de que atrás se hizo memoria, que la situación de descuido y la falta de fondos de que se queja en sus declaraciones, dando tal hecho por bien probado con su propio dicho, pudiera determinar por acto de la sola voluntad del recomendado variación o cambio alguno en las relaciones jurídicas que lo vinculaban con Hurtado y sus sucesores a través del contrato correspondiente para la explotación minera a que en los antecedentes se hizo alusión. Por virtud de la celebración de este contrato (escritura Nº 295 de 30 de mayo de 1928, Notaría primera de Pasto), Salomón Hurtado adquirió el derecho de que Williams y su compañía que presidía pagaran el impuesto de las minas que tomaban en arrendamiento para su explotación, obligación ésta que, al tenor del contrato, pesaba sobre la sociedad representada por Williams, sobre él personalmente y sobre cada uno de los socios nominativamente, entre los cuales figurara Walter Lane. Esta parte contratante dio comienzo en debida forma al cumplimiento de su obligación contractual con el envío del socio Lane a la mina para iniciar trabajos y verificar el pago de la imposición fiscal; la alteración de esta normalidad como consecuencia del abandono de que habla Lane, hasta el extremo de que cuando en 1931 verificó el pago del impuesto correspondiente a ese año se consideró autorizado para advertir que pagaba en su propio nombre, no puede producir en ninguna forma la caducidad del derecho de Hurtado o sus sucesores y de su socio Montezuma.

Obtenidas según el título Nº 211, de 8 de febrero de 1908, la propiedad y posesión legal de la mina "Continuación Norte de la Niño de Praga", como se ha visto, lo esencialmente eficaz para su conservación era el pago oportuno del impuesto (arts. 303 y 309 del C. de M.). Si el pago se realizó en la cuantía y tiempo legales, como se dejó demostrado y como no se ha objetado, ningún interés ni consecuencia podían tener para los dueños de la mina las ulteriores ocurrencias entre la sociedad arrendataria y la persona del agente o recomendado de que ésta se valiera para la explotación metalúrgica y el pago del impuesto. En ninguna forma hubieran podido defenderse los dueños de la mina de las consecuencias legales del abandono si el impuesto no hubiera sido pagado; pero es incuestionable que el pagado en la forma ya vista no podía dejar de beneficiar a los titulares de la mina, quienes, satisfechas las cargas fiscales, conservaban la posesión aunque hubieran transferido la tenencia por el contrato referido (art. 317, C. de M.). Por otra parte, no apareciendo por ningún lado pretensión alguna personal de Walter Lane sobre la mina cuestionada, resulta artificioso sostener que los pagos del impuesto por él verificados en las condiciones dichas, cuales-

quiera que hayan sido sus palabras y advertencias, no fueron en beneficio de los dueños y poseedores legales de la mina, sino que tales pagos fueron hechos indebidamente a la Nación y están sometidos a la acción de repetición, como si no fuera completamente inexplicable e ilógico que quien carece de todo interés y en situación que excluye todo error pague un impuesto fiscal a la Nación.

Sin fundamento resulta igualmente la acusación consistente en que el Tribunal atribuyó a Walter Lane la calidad de mandatario o agente oficioso de la compañía demandante, porque el razonamiento que se usó en la sentencia para hacerles producir a los pagos del impuesto hechos por Lane en 1931 y 1932 el efecto legal de conservar para Hurtado y sus sucesores la propiedad y posesión de la mina titulada en 1908 se funda en que fue por virtud del contrato de 1928, celebrado entre Salomón Hurtado y la sociedad La Golondrina por lo que Lane estuvo encargado de la mina y el pago de la imposición correspondiente como dependiente o conectado exclusivamente con tal sociedad, de tal manera que no es reputar a Lane como mandatario o agente directo y personal de Salomón Hurtado el haber reconocido que sus gestiones atañederas a la mina "Continuación Norte de la Niño de Praga", especialmente el pago del impuesto, benefician y aprovechan a Hurtado y sus sucesores para los efectos legales que de ellas se desprenden en relación con la posesión minera. Inaceptable resulta por esto la pretendida violación de los arts. 2144, 2147 y 2304 del C. C.

No figura en ninguno de los pasajes de la sentencia acusada la conclusión o concepto fundamental que el Tribunal hiciera sobre la circunstancia de que Walter Lane tuviera la calidad legal de representante de la compañía "La Golondrina", suposición ésta que hace el recurrente para atacar el fallo como violatorio de los arts. 252 del C. de M., 2090 del C. C. y 582 del C. de Co., y tal consideración como ya se ha dejado visto, no era necesaria para adoptar la solución a que se llegó, ya que el pago que Lane hizo del impuesto de la mina no requería para que fuera válido que quien lo hiciera fuera el representante legal de "La Golondrina." Lo que el Tribunal ha hecho es reconocer que el gerente de esta compañía, señor John Williams, se valió de Walter Lane, sin que importara su condición personal, como hubiera podido valerse de cualquiera otra persona (art. 160 del C. de M.), para el cumplimiento de su obligación contractual de atender cumplidamente al pago del impuesto de que se trata.

Falta de personería.—Dentro de la anotada imperfección legal de la demanda de casación se refiere en este aparte el recurrente a la causal 6ª del art. 520 del C. J., o sea, haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el art. 448 ibídem, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley. El art. 448 citado establece que son causales de nulidad en todos los juicios la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes o en quien figure como su apoderado o representante, y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

No se trata en este caso de jurisdicción incompetente ni de falta de citación o emplazamiento de ninguna persona. Se alude en el recurso a ilegitimidad de la personería de la parte demandante y se hace consistir en que no podía la sociedad oponerse porque para ello era indispensable que hubiera conservado la propiedad y posesión de la mina "Continuación Norte de la Niño de Praga" mediante el oportuno pago de los impuestos, y en que, habiéndose constituído la "Compañía Minera de El Canadá y La Sonrisa" con posterioridad al aviso de abandono dado por el demandado y no habiendo conexión ninguna entre las sociedades mineras a que se refieren las escrituras públicas números 727 de 22 de diciembre de 1909 y 227 de 17 de julio de 1933, a cuyos contenidos ya se hizo referencia, carece la sociedad actora de derecho de oposición. Luégo de formular estas consideraciones y otras más improcedentes escribe el recurrente: "De donde se deduce que tal vez los herederos del señor Salomón Hurtado, o algún socio de la antigua compañía hubieran tal vez podido oponerse, pero nunca la nueva compañía representada por el doctor Rincón. Queda pues demostrada la ilegitimidad de personería en el demandante y su representante, encontrándose por lo mismo este asunto comprendido en el numeral 2º del art. 448 del C. J. y por lo tanto el contemplado en el numedal 6º del art. 520 del mismo código."

Se considera:

La ilegitimidad de la personería a que se hace referencia indirecta en el art. 520 del C. J. como causal general de nulidad de lo actuado se refiere a la personería adjetiva o a la capacidad de representación en juicio (arts. 332 y 450 del C. J.), da lugar en

unos casos a excepción dilatoria y en otros puede determinar invalidación de lo actuado y dice relación a la capacidad de las partes para litigar según su condición de sui juris o alieni juris, o a la comprobación del mandato en caso de que intervenga apoderado, a la extensión de sus poderes, a la prueba de la representación que exige la ley en tratándose de sociedades, corporaciones, etc. No se trata en el referido motivo de casación de la personería sustantiva que no engloba ninguna consideración procedimental y que se confunde propiamente con la existencia del derecho demandado y de la acción ejercitada.

No se enderezan los cargos del recurso a demostrar ninguna de las deficiencias en la personería que la ley establece como determinantes de nulidad procedimental; la cuestión relativa a la representación de la sociedad minera demandada como opositora, en la persona de su presidente doctor Nemesiano Rincón, y del apoderado constituído por éste en el juicio, es cosa aceptada desde la iniciación del litigio y en torno de la cual no se advierte ninguna tara legal. Desde cuando el demandado Max Chaves formuló ante la Gobernación de Nariño el denuncio de la mina en cuestión, como abandonada, advirtió que su último poseedor había sido la "Compañía Minera de El Canadá y La Sonrisa", representada por su presidente doctor Nemesiano Rincón.

Aunque las consideraciones del recurso en esta parte no sirven de base, por su inconducencia, al motivo de casación alegado, como que se destinan a combatir la existencia misma del derecho demandado, no sobra anotar de paso su carencia de fundamento jurídico. El dominio y posesión legal que a la sociedad actora corresponde sobre la mina "Continuación Norte de la Niño de Praga" y que invoca como continuadora de sus originales adjudicatarios, resulta muy claramente establecido a través de los fenómenos jurídicos fehacientemente probados con los documentos escriturarios adecuados, cuales son el título de adjudicación de la mina "Continuación Norte de la Niño de Praga" (Nº 211 de fecha 8 de febrero de 1908), y la escritura de sociedad del año de 1933 (Nº 227 de 17 de julio, Notaría 1ª de Pasto). Como está explicado en el texto de este instrumento, y como se dejó dicho al exponer los fundamentos del fallo acusado, al patrimonio de la "Compañía Minera de El Canadá y La Sonrisa" ingresó la cuota que sobre la mina ya muchas veces mencionada tenía el primitivo dueño Montezuma, quien la aportó personalmente, y la cuota perteneciente a Salomón Hurtado, también dueño original, fue llevada a la sociedad por sus herederos atrás nombrados, cuya calidad de tales no ha sido objeto de ninguna contradicción ni controversia en el proceso. Con esto queda visible la continuidad o conexión - a cuya falta se refiere el recurrente, sin lograr demostrarla. Es cierto que los otorgantes de la escritura de 1933 hacen referencia a una anterior sociedad de hecho que existió entre Hurtado y Rubén Montezuma, terminada por la muerte de aquél y por cuyos negocios y ocurrencias se declaran a paz y salvo entre sí; pero, aunque entre el día de la muerte de Hurtado y la constitución de la "Sociedad de El Canadá y La Sonrisa" hubiera transcurrido algún tiempo, largo o corto, no puede decirse que ahí se rompiera la continuidad o conexión entre las dos asociaciones, ya que es indudable que la muerte del socio Hurtado no tiene por qué producir la desaparición de sus derechos, válida e incuestionablemente transmitidos a sus herederos y por ellos aportados a la nueva sociedad. La validez del título original de adjudicación, no tiene, pues, por qué haberse desnaturalizado por el solo hecho de la defunción de uno de sus titulares, si, conservado con el oportuno pago de los impuestos, ha continuado en la persona de sus sucesores (arts. 299 del C. de M., 783, 1008 y 1155 del C. C.).

Sin hacer referencia tampoco a ninguna especie de error en la apreciación probatoria que llevó a cabo el Tribunal, alude el recurrente al contrato celebrado entre Rosendo Osejo, uno de los primitivos adjudicatarios de la mina, y José Rafael Zarama, que consta en la escritura pública Nº 221 de 29 de marzo de 1913, para afirmar que es equivocada la declaración que hace la sentencia sobre que Zarama tiene parte en la mina "Continuación Norte de la Niño de Praga", puesto que esta participación continúa siendo de Rosendo Osejo. Ningún interés se advierte en el recurrente para pedir y obtener la reforma en esta parte del fallo, que en ningún concepto habría de perjudicarlo ni beneficiarlo. Las pretensiones que el demandado Chaves ha agitado en este pleito no se hacen provenir en ninguna forma del derecho de Osejo, sino que se vinculan exclusivamente al pretendido abandono de la mina.

Oposición extemporánea.—Este punto de si la oposición fue o no hecha en tiempo hábil se estudió en las sentencias de instancia con motivo de la excepción que bajo esta denominación opuso el demandado Max Chaves. Para fundar su acusación en esta parte, escribe el recurrente: "El car-

tel fue desfijado en la Alcaldía de Guachavés el 29 de enero de 1934 y la oposición se formalizó el 2 de marzo del mismo año, lo cual equivale a demostrar que la demanda fue presentada mucho tiempo después del término de nueve días, más la distancia, que en este caso fue de cinco horas, que concede el art. 63 del C. de M. para formalizar la oposición. El H. Tribunal confirma la sentencia de primera instancia que declaró no probadas las excepciones, entre las cuales estaba la de petición extemporánea y agrega que ésta se declaró improcedente por auto de 12 de septiembre de 1925 (sic), que se ejecutorió y quedó como ley del proceso, violando así los mandatos de los arts. 48, 63 y 64 del C. de M., ya que el Juez, aún de oficio, debió devolver el expediente al funcionario encargado de darme la posesión para que la lleve a efecto."

En torno de esta cuestión el expediente ofrece los datos necesarios para concluír que esta defensa del reo en las instancias, alegada ahora como acusación contra la sentencia del Tribunal, no tiene base legal. Resulta, en efecto, que el cartel de aviso de la Gobernación del Departamento de Nariño enviado para su legal diligenciamiento al Alcalde de Guachavés, fijado el día 9 de enero de 1934, por un término que vencía el 29 de ese mes, no fue desfijado sino el 19 de febrero siguiente, como lo establecen las constancias visibles al pie del folio 12 y encabezamiento del 13 del cuaderno del proceso. Nueve días y los correspondientes a la distancia formaban el término legal para presentar la oposición, la cual, si se cuenta desde el 29 de enero fue intempestiva el 2 de marzo, pero si se parte del 19 de febrero, para la fecha en que se presentó ante la autoridad judicial aún era oportuna.

De acuerdo con el art. 59 del C. de M. el término hábil para hacer oposiciones se cuenta a partir del día en que se admite el denuncio de la mina. Hecho en el mes de junio de 1933 el aviso inicial ante la Alcaldía de Guachavés, el denuncio se hizo ante la Gobernación de Nariño el día 14 de septiembre en memorial de esa fecha, recibido y radicado el día 25. El día siguiente, 26 de septiembre, como está referido en el capítulo de antecedentes de este fallo, el doctor Nemesiano Rincón, como presidente de la "Compañía Minera de El Canadá y La Sonrisa", presentó memorial de oposición con base en el art. 59 del C. de M. a las pretensiones de posesión del denunciante Chaves, afirmando que la mina no estaba abandonada y era de la exclusiva propiedad de la sociedad que representaba. Comisionado, como se vio, el Alcalde de Guachavés, para diligencias previas de la posesión, en auto de 9 de enero (fl. 14 v.), ordenó la fijación del cartel por el término legal y dispuso que, desfijado el cartel y dados los pregones del caso, "como el doctor Nemesiano Rincón en su condición de presidente de la 'Compañía Minera de El Canadá y La Sonrisa', por memorial de fecha 26 de septiembre de 1933, cuya compañía ha sido la última poseedora de la mina denunciada, se ha opuesto a la posesión de ella, se ordena, de acuerdo con los arts. 60 y 61 del C. de M. remitir estas diligencias al señor Juez 1º del Circuito de Túquerres para el efecto del art. 63 del mencionado código, antes de dar la posesión respectiva, por ser ese funcionario superior el competente." Según aparece, tanto la notificación del auto de la Alcaldía de 9 de enero como la desfijación del cartel sufrieron demora hasta el 19 de febrero siguiente como consecuencia de la omisión del denunciante en suministrar el papel necesario. Por esta circunstancia, la actuación administrativa de la Alcaldía de Guachavés no llegó al Juzgado del Circuito de Túquerres, según constancias del folio 17 v., hasta el 26 del citado febrero, habiéndose sometido a repartimiento el 2 de marzo siguiente.

Al tenor del art. 61 del C. de M. la oposición oportuna es procedente no sólo ante el empleado comisionado para dar la posesión de la mina, sino también ante el Agente del Poder Ejecutivo, esto es, ante el Gobernador, o ante el Juez del Circuito que haya de conocer de la causa que se genere en la oposición. No se ve claramente el reparo fundado que pudiera formularse contra la validez y procedencia de la oposición consignada en el escrito de 26 de septiembre ante la Gobernación del Departamento; pero ni aun considerando que a más de ésta fuera necesario nuevo pedimento ante la autoridad judicial porque así lo estableciera el art. 63 citado, se podría considerar como tardía la que se formuló con fecha 2 de marzo, porque antes de este día el Juzgado no tenía ni siquiera la posibilidad de dar comienzo a la actuación. No se podría entender en ninguna forma que estuviera corriendo un término para presentarse ante una autoridad cuya competencia no se hubiera fijado ni hubiera comenzado aún su intervención en el negocio. Como especial refuerzo a esta manera de apreciar lo ocurrido se recuerda lo ya anotado antes sobre que la causa que determinó la tardanza en iniciarse la actuación judicial provino exclusivamente de no haber suministrado el papel necesario el propio interesado. Ninguna duda ofrece el caso de estudio sobre la oportunidad de la oposición a la posesión

de la mina, punto éste que el Tribunal considera acertadamente como cuestión de previa consideración por el Juzgado de Circuito a que se envíen las diligencias, puesto que la procedencia y oportunidad de la oposición determinan la admisibilidad de ésta que es lo que le quita el carácter exclusivamente administrativo que hasta entonces les corresponde y las somete a la controversia judicial. Es el Juez de Circuito de la ubicación de la mina el que debe decidir, en presencia de las diligencias de oposición, si fue o no hecha en tiempo hábil. En el caso de que no se haya formalizado dentro del término correspondiente, el Juez, de oficio, devolverá el expediente al funcionario encargado de dar la posesión de la mina, para que la lleve a efecto; pero si se procedió dentro de los plazos de la ley, y si el punto fue debatido en la oportunidad procedimental de la primera instancia, su consideración es ya improcedente en cualquiera otra situación del proceso (arts. 63 y 64 del C. de M.). En este caso fue materia de contradicción entre las partes el punto de que se trata y se decidió, en auto que puso fin a una articulación sobre esto, que la solicitud del demandado para que se declarara la extemporaneidad de la oposición era improcedente.

Finalmente, bajo el epígrafe Otras consideraciones formula el recurrente un breve aparte postrero de su demanda de casación en que invoca el motivo 5º del art. 520 del C. J. y lo funda en que siendo el magistrado doctor Efrén Osejo Peña sobrino del señor Rosendo Osejo, socio de la primitiva sociedad a cuyo favor se expidió el título de la mina en 1908, se encontraba en el caso del art. 435, numeral 1º del C. J. y "no se excusó." Sin necesidad de entrar al estudio de si procede o no el impedimento a que se hace referencia, basta para desechar el cargo en casación la simple advertencia de que no es el caso previsto en la ley normativa del recurso, el cual contempla la ocurrencia en que haya concurrido a dictar la sentencia un magistrado cuya recusación fundada estuviese pendiente, o se hubiera desestimado siendo procedente.

No encontrando, pues, fundada ninguna de las causales alegadas, 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 proferida por el Tribunal Superior del distrito judicial de Pasto de fecha 2 de junio de 1937 y condena al recurrente en las costas del recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de su origen.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

SE NIEGA LA REPOSICION DEL AUTO DE FECHA 4 DE FEBRERO

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Se procede a decidir el recurso de reposición oportunamente interpuesto por el doctor Víctor Cock contra el auto de fecha 4 de febrero último, negatorio de un recurso de hecho para lo cual se considera:

No admitió la Corte el recurso de hecho interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del distrito judicia de Bogotá el 25 de junio último, en el juicio especial sobre cancelación del registro de la marca "Pomada Peña", porque consideró que la denegación que el Tribunal hizo del recurso extraordinario de casación no fue consecuencia de una desacertada apreciación de las circunstancias del caso ocurrido, sino fruto de una exacta aplicación de la ley 105 de 1931, art. 519, numeral 1º, que exige como requisito esencial para tener acceso al recurso de casación que la sentencia sea proferida en juicio ordinario cuya cuantía alcance por lo menos a tres mil pesos, o en juicio que asuma el carácter de ordinario.

La clasificación de juicio ordinario, para los efectos de la casación, corresponde a la que ha establecido la ley procedimental en forma de una tramitación común, cualquiera que sea la cuestión que se controvierta, a diferencia de los especiales, que son los que se rigen por las disposiciones que para

determinados casos establece la ley. Solamente en favor de las sentencias que pongan fin a los juicios de procedimiento ordinario, o a las pronunciadas en uno que haya asumido el carácter de tal, ha reservado la ley el recurso extraordinario de casación. Las demás resoluciones judiciales, fuera de las mencionadas en los numerales 2º y 3º del citado artículo, aunque tengan la calidad de definitivas y sea cual fuere la cuantía e importancia del negocio controvertido, fueron sustraídos del recurso en las disposiciones legales que lo reglamentaron. Es en su acepción procedimental como ha de entenderse la calificación legal de ordinario. Y no hay duda que al referirse la ley a los juicios que asuman el carácter de ordinarios hace alución a aquellos especiales que en determinadas circunstancias hacen tránsito procedimental a las ritualidades consagradas en el título XVIII del C. J., tal como sucede, por ejemplo, con el juicio especial de deslinde y amonojamiento, en el caso contemplado en el art. 870 del código de procedimiento.

No hay ningún fundamento para considerar, como lo pretende el recurrente, que cuando la ley hace referencia a los juicios que asuman el carácter de ordinarios quiere designar a aquellos cuya sentencia firme tiene la fuerza de cosa juzgada, porque la verdad es que dentro del sistema procedimental adoptado por la ley 105 de 1931, tal efecto legal se produce con todas las providencias que resuelven o deciden definitivamente sobre la controversia que ha constituído la materia del juicio, sin consideración a su naturaleza procedimental y con la sola excepción de los casos determinados en que la ley autoriza ventilar en juicio ordinario el asunto fallado en juicio especial. La aceptación de tal tesis conduciría a otorgar el recurso de casación contra todas las sentencias de segundo grado sin consideración a la naturaleza del juicio en que se produjeran, tal como lo establece el procedimiento civil en Italia, Francia y España, y "aunque en principio debería concederse este recurso contra toda sentencia pronunciada en última instancia, cualquiera que fuese la naturaleza del juicio y su cuantía, porque así se obtendría plenamente que un solo cuerpo supremo tuviese en sus manos el control sobre todos los órganos del poder judicial en orden a la interpretación de la ley, de modo de alcanzar por este medio la uniformidad en la jurisprudencia, entre nosotros se ha creído necesario, por consideraciones de orden práctico, tales como lo reducido del personal de la Corte Suprema, establecer restricciones en la concesión del recurso, para evitar el recargo de trabajo en aquella corporación y las dilaciones consiguientes", como lo explicó la comisión legislativa al estudiar el recurso de casación en la forma en que lo reglamentó la nueva ley procedimental. Pero si las conveniencias doctrinarias del recurso aconsejan su ampliación sobre todos los fallos definitivos de última instancia, la ley no lo autoriza, y la Corte, por consiguiente, no puede autorizar una interpretación extensiva en este punto que, como ya se advirtió en el proveído anterior, encierra una cuestión de competencia.

Las breves consideraciones que anteceden, sirven para negar la reposición pedida, lo que hace la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en lá Gaceta y dese cuenta del negocio al Tribunal de su origen.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

REIVINDICACION.—SENTENCIA DEFINITIVA Y SU REGISTRO

1.—Una sentencia definitiva y ejecutoriada determina la posición de las partes para lo futuro sin que para esa determinación sea necesario la formalidad del registro, que mira en ciertas ocasiones, como la de autos, más a los terceros que a las partes que han litigado en el juicio. El registro de una sentencia es el requisito complementario posterior, pero sin que este requisito modifique, aclare ni menos desvirtúe la situación que entre las partes determine el fallo. 2.—Para la reivindicación no basta que se presente una sola escritura pública registrada, sino que es necesario que la venta haya procedido del verdadero dueño. Basta que el demandante tenga un título de dominio que prevalezca sobre el del demandado y que comprenda un período mayor que el de la posesión de éste para que sea viable la reivindicación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

En el juicio ordinario promovido por Cornelio Neira contra Justo P. Blanco y Argemiro Blanco éste fue condenado por el Tribunal Superior de Santa Rosa a restituír al demandante Neira el predio denominado "El Cucharo", en la vereda de El Alisal del municipio de Guacamayas y a pagar los frutos naturales y civiles de tal fundo, como poseedor de mala fe.

La parte demandada interpuso recurso de casación contra dicho fallo que fue proferido en 2 de julio de 1936. Pasa a decidirse el recurso.

La acción de nulidad de un contrato de compraventa celebrado entre Justo P. Blanco y Argemiro Blanco y la restitutoria del predio de "El Cucharo" fueron las ejercitadas por Cornelio Neira. La primera acción está descartada en este recurso, porque el demandado lo interpuso en lo que le es desfavorable únicamente, es decir en cuanto se le condena a restituír el predio de "El Cucharo."

Los antecedentes que dieron origen al presente litigio, son éstos: En la sucesión de Romualdo Blanco, primer dueño conocido del predio de "El Cucharo", en lo cual no hay diferencia entre las partes, se adjudicó tal fundo a Arsenia Blanco. El juicio de sucesión de Romualdo se protocolizó en la Notaría 1ª de El Cocuy el 27 de abril de 1909. Muerta Arsenia Blanco Blanco se procedió a su juicio de sucesión y al demandante Cornelio Neira, cesionario de los herederos de Arsenia, se le adjudicó el fundo de "El Cucharo", lo cual tuvo lugar el 27 de mayo de 1931. El 7 de noviembre de 1932 el juez que había conocido del juicio de sucesión de Arsenia hizo entrega del predio mencionado a Cornelio Neira, pero el Tribunal de Santa Rosa en providencia de 7 de marzo del mismo año, revocó la orden de entrega.

Por lo tanto Neira tuvo que ejercitar la presente acción ordinaria, y se apoyó en los títulos que acaban de citarse y además en una sentencia ejecutoriada de que se hará mérito luégo.

Los demandados Justo P. Blanco y Argemiro Blanco se ampararon en este juicio en los siguientes títulos: Leocadio Valderrama vendió a Aniceto Blanco dos predios, entre éstos se encuentra el de "El Cucharo", según consta de la escritura 389 de mayo de 1886 de la Notaría del Cocuy. En la sucesión de Patrocinio Muñoz, casada con Aniceto Blanco, le fue adjudicado a Justo P. Blanco el predio de "El Cucharo", en remate verificado el 15 de enero de 1905. Justo P. Blanco vendió a Argemiro Blanco el citado predio, según consta de la escritura 348 de 9 de agosto de 1930.

Sentencia recurrida

Ante estas dos series de títulos, el Tribunal estudió el problema de la prevalencia de ellos decidiéndose a favor de los presentados por el demandante Neira y se fundó en lo siguiente: Con motivo de la oposición formulada por Justo P. Blanco a la entrega del lote de "El Cucharo" se suscitó entre éste y Arsenia Blanco un juicio ordinario promovido por el primero y encaminado a inquirir de la justicia a cuál de los dos litigantes correspondía la propiedad discutida. Salió triunfante en este litigio Arsenia Blanco en virtud de la sentencia proferida por el Juzgado del Cocuy y por el Tribunal Superior de Santa Rosa con fechas 27 de febrero y 31 de octubre de 1912.

"El valor innegable, dice el Tribunal, que tienen estos fallos, vino entonces a fijar con certeza tanto a la parte favorecida con ella,

como a todos los que le sucedieron, por cualquier título, la legalidad del derecho de dominio sobre el predio litigado, y, consecuencialmente, a desconocer el derecho alegado por el demandante Justo Blanco y por los que en él le sucedieron a su turno. A partir de aquellas providencias se disipó toda duda acerca del derecho discutido sobre tal predio y quedó delineada la legitimidad de las trasmisiones que tuvieron por serie el reconocimiento hecho en favor de la señora Blanco."

No encontró el Tribunal justificados algunos reparos hechos a varios documentos traídos por la parte actora, ni tampoco que se hubiera consumado la prescripción adquisitiva, ordinaria o extraordinaria, a favor de la parte demandada.

Demanda de casación

El recurrente acusa la sentencia por las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J. y señala como violados entre otros los arts. 2654, 2662, 2669, 2670 del C. C. y 38 de la ley 57 de 1887 por infracción directa y también por aplicación indebida y errada interpretación.

Este cargo lo deduce el recurrente porque, en su concepto, el Tribunal tuvo como pruebas y fundamento del derecho invocado por el actor los títulos que éste presentó, adjudicación que se le hizo del predio de El Cucharo en la sucesión de Arsenia Blanco y la sentencia del Tribunal de Santa Rosa a favor de ésta, no pudiendo legalmente tener como pruebas tales documentos, por no estar debidamente registrados.

Estudio de los cargos

Antes de entrar en el estudio de los cargos, en sí mismos considerados y como se trata en este pleito de la cuestión de prevalencia de títulos, porque ambas partes apoyan en ellos su acción y su defensa, es preciso examinarlos como cuestión fundamental.

El demandante y reivindicador Cornelio Neira presenta entre otros el título de adjudicación que del predio de El Cucharo se le hizo en la mortuoria de Arsenia Blanco. En tal juicio no se verificó una partición de los bienes relictos en la forma en que ésta se hace comunmente, sino que sobre la base de que no había sino un interesado, Cornelio Neira, el juez del conocimiento dictó la sentencia de 26 de mayo de 1931 que en lo pertinente dice: "A mérito de lo expuesto, el Juzgado administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve: Se adjudican a Cornelio Neira todos los bienes relacionados con los inventarios practicados en los días 23 y 24 de febrero último en su calidad de cesionaria de los derechos herenciales de María Octavia y Adelina Sepúlveda, únicas herederas de la causante Arsenia Blanco, con la obligación de pagar las deudas que afectan la masa de los bienes. En consecuencia se dispone que se protocolice el expediente en una de las notarías del circuito, previo registro; que se compulse copia del inventario para que sirva de título de dominio, y que se le entreguen los bienes adjudicados con las delimitaciones necesarias respecto de aquellos bienes que se hallan en poder de terceros." (Fojas 28 y 28 v. del cuaderno principal).

Por imperio del juez no se verificó una partición, sino que él mismo adjudicó los bienes por medio de una sentencia; de modo que ese acto ligaba a las partes y tenía que producir efectos legales. La sentencia, cuya parte resolutiva acaba de trascribirse, fue registrada en la oficina del Cocuy bajo las partidas 340 del libro Nº 1º y 27 del libro de causas mortuorias. En la forma de ese registro se cumplieron los arts. 2637, 2641 y 2652 del C. C. puesto que por ese acto de adjudicación se verificó la mutación o traslación del derecho de dominio que radicaba en Arsenia Blanco y que pasó, por dicho acto, a radicarse en Cornelio Neira. Se cumplió además con lo prescrito en el art. 38 de la ley 57 de 1887, puesto que la adjudicación hecha a Neira y que debía registrarse en el libro Nº 1º tenía su origen en un juicio de sucesión.

Consideradas así las cosas, resulta entonces que para la Corte y por otra razón distinta de la expuesta por el Tribunal, sí está acreditada la trasmisión legal en favor de Cornelio Neira, del predio de El Cucharo, en la sucesión de Arsenia Blanco, y entonces las acusaciones en casación por haber sido violados los artículos citados por el recurrente al apreciar la adjudicación hecha a Cornelio no son pertinentes ni inciden en el recurso, porque ya se vio que lo que se verificó en el juicio de Arsenia Blanco fue una adjudicación hecha a Cornelio directamente por el juez del conocimiento y sin que hubiera habido trabajo de partición ni partición como se usa generalmente. Hoy no ocurre dificultad en casos de esa clase, porque la resuelve el art. 950 del C. J. y según el cual basta el derecho de posesión efectiva.

En sentencia de 27 de febrero de 1912 pronunciada por el Juez del Circuito del Cocuy y de 31 de octubre del mismo año,

del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, confirmatoria de la primera, se desató en primero y segundo grado el juicio ordinario sobre dominio de El Cucharo iniciado por Justo P. Blanco contra Arsenia Blanco y en el cual le fue reconocido a ésta el derecho de dominio sobre tal predio. Por el solo hecho de esos fallos, de su notificación y ejecutoria, quedó fijada la posición de las partes de una manera definitiva respecto del dominio del predio de El Cucharo. Desde el día de la ejecutoria del fallo supo Justo P. Blanco que el predio no le pertenecía, sino que el dominio de él correspondía a Arsenia Blanco. Una sentencia definitiva y ejecutoriada determina la posición de las partes para lo futuro, sin que para esa determinación sea necesaria la formalidad del registro, que mira en ocasiones como ésta más a los terceros que a las partes que han litigado en el juicio. El registro de una sentencia es el requisito complementario posterior, pero sin que este requisito modifique, aclare ni menos desvirtúe la situación que entre las partes determina el fallo.

Desde el día de la ejecutoria de las sentencias mencionadas, Justo P. Blanco no podía vender como propio lo que se había sentenciado que no era suyo.

Al escriturar éste a su hijo Argemiro el predio de El Cucharo, enajenó un bien que no le pertenecía; luego Argemiro en realidad compró cosa ajena, y su título es el primero de una serie, pues dada aquella sentencia, carece de una tradición y titulación anterior. Tan evidente es esto, que en esa escritura que es la de 9 de agosto de 1930, en la cual aparece que Justo P. Blanco vende a Argemiro varios lotes de terreno, entre otros el de El Cucharo, el vendedor no se refirió de una manera expresa y concreta a los títulos cuyo dominio trasfirió a Argemiro, sino que de una manera general dijo en la escritura: "Tercero: Que hubo el vendedor las fincas cuyo dominio trasfiere, por compra, conforme aparece de títulos legalizados."

Por las razones que acaban de expresarse concluye la Corte que los cargos hechos por el recurrente al fallo que se revisa, por haber el Tribunal admitido como prueba las sentencias del Juez del Circuito del Cocuy y del Tribunal Superior de Santa Rosa, no inciden en casación.

En las sentencias mencionadas fueron pesados, juzgados y hallados fallos los títulos que sobre el dominio de El Cucharo presentó Justo P. Blanco; de modo que no puede ampararse hoy en ellos su sucesor Argemiro Blanco.

Siendo así las cosas y enfocando la cuestión sobre la confrontación y prevalencia de los títulos, resulta esto: El demandante Cornelio Neira se apoya en la adjudicación que le fue hecha en el juicio de sucesión de Arsenia Blanco y en las sentencias ya mencionadas que desde el año de 1912 declararon que el predio de El Cucharo pertenecía a Arsenia Blanco. El demandado Argemiro Blanco no puede apoyarse sino en un título posterior en diez y ocho años, a las sentencias de que se ha hecho mérito; ese título es la escritura 348 ya citada, venta, entre otros bienes, de El Cucharo, hecha por Justo P. Blanco a Argemiro del mismo apellido, venta en la que no pudo trasferirle Justo P. el dominio a Argemiro, puesto que no lo tenía. Justo P. Blanco no trasmitió a Argemiro sino la posesión inscrita en tal predio. (C. C., art. 791, inciso 2º).

Desde el punto de vista, pues, de la reivindicación y por el concepto que acaba de expresarse, la pretensión del demandante Neira debe triunfar a tenor de los arts. 946, 947 y 952 del C. C., porque como lo ha dicho la Corte, en varias sentencias, entre otras la de 27 de agosto de 1912, no basta que se presente una sola escritura pública registrada, sino que es necesario que la venta haya procedido del verdadero dueño y como según ya quedó visto Justo P. Blanco no era dueño de El Cucharo la escritura en que se apoya Argemiro, es decir la de venta que de tal predio le hizo Justo, no puede servirle de título que prevalezca sobre los de Cornelio Neira.

No es necesario estudiar la adjudicación hecha a Arsenia en la sucesión de sus padres, porque, a más de lo dicho, basta que el demandante tenga un título de dominio que prevalezca sobre el del demandado y que comprenda un período mayor que el de la posesión de éste. De manera que no hay lugar a estudiar los cargos hechos en casación por haber el Tribunal fallador admitido como prueba dicha adjudicación; y de no admitirla, en nada se aprovecharía el demandado por la razón dicha. La resolución sobre reivindicación se apoya suficientemente en los dos títulos presentados por el demandante y de que ya se ha hecho mérito y que prevalecen sobre el que presentó el demandado, la escritura mencionada 348 de 9 de agosto de 1930, otorgada ante el Notario 1º del Cocuy, único título que puede tenerse en cuenta a favor del demandado por lo que ya se dijo.

Acusa el recurrente la sentencia como violadora de los arts. 1871, 2518, 2524, 2525, 2528, 2522, 2531, 2532 y 774 del C. C. en

cuanto no fueron reconocidas las excepciones de prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria, propuestas por la parte demandada.

La Corte observa:

En cuanto a la prescripción adquisitiva ordinaria, el demandado Argemiro Blanco no puede apoyarse, por lo que ya se expresó sino en la ecritura 348 de 9 de agosto de 1930, y como desde esa fecha hasta la de la notificación de la demanda, 6 de diciembre de 1932, no trascurrieron los diez años de que trata el art. 2529, es forzoso concluír que la prescripción ordinaria no se consumó, y por lo tanto no se infringieron en la sentencia las normas sustantivas citadas por el recurrente.

En cuanto a la prescripción extraordinaria, la Corte considera: El demandado Argemiro agrega a su posesión en el predio de El Cucharo la de su antecesor Justo P. Blanco. De acuerdo con el art. 2532 del C. C. el tiempo necesario para adquirir el dominio de las cosas por medio de la prescripción extraordinaria es el de treinta años y es necesario para esto que la posesión no haya sido interrumpida (art. 2522 ibídem). Ahora bien: en la sentencia del Juzgado del Cocuy de que se ha hecho mérito, sentencia que como se dijo perjudica a Justo P. Blanco, se decidió que éste no había adquirido por prescripción extraordinaria el dominio del predio de El Cucharo, y su posesión en tal predio fue interrumpida por la notificación de la demanda a que puso fin la sentencia de 1912. De la fecha de la sentencia para adelante siguió poseyendo Justo P. Blanco y esa posesión fue interrumpida por la notificación de la demanda que dio origen al presente juicio, notificación que tuvo lugar en diciembre de 1932, de donde resulta que no habiendo corrido entre estas dos últimas fechas el lapso de treinta años, sino solamente veinte, la prescripción ordinaria tampoco se ha consumado en favor de Argemiro Blanco y por lo tanto no han podido ser violadas las normas que al respecto citó el recurrente. Además la posesión de Justo P. anterior a 1912 fue viciosa, según la sentencia de ese año; y al añadirla Argemiro a la suya, se la apropia con sus calidades jurídicas según el art. 778 del C. C.

Como último cargo a la sentencia, el recurrente alega la causal segunda por no estar el fallo en consonancia de las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

En la demanda se intentó la acción de nulidad respecto del contrato celebrado entre Justo P. Blanco y Argemiro Blanco y de que da cuenta la escritura 348 de 9 de agosto de 1930, y consecuencialmente la restitución del predio de El Cucharo.

El cargo lo hace consistir en lo que sigue: En la sentencia se absolvió a Justo P. Blanco de los cargos de la demanda y se condenó a Argemiro Blanco no sólo a la entrega del bien materia de la revindicación, sino al pago de los frutos de dicho predio desde la fecha en que se registraron las sentencias que declararon a favor de Arsenia Blanco la propiedad de dicha finca, hasta el día en que ésta se le entregue. "Negada por el Tribunal, dice el recurrente, la acción principal, si encontraba fundada la subsidiaria, no podía salirse de ella para hacer declaraciones que correspondían a la primera."

Teniendo en cuenta la acusación y la parte resolutiva de la sentencia en cuanto a la restitución de frutos, se encuentra que el cargo que se hace por la causal que se estudia es fundado, y entonces es necesario casar el fallo, para acomodarlo a la pretensión deducida en los autos al respecto. Al casarlo se llega a la misma conclusión a que llegó el juez de primera instancia, quien condenó a Argemiro Blanco, además de la restitución, al pago de los frutos del bien reivindicado, pero desde la fecha en que se le venció el término para contestar la demanda en este juicio, hasta el día en que verifique la entrega del inmueble. No podía ser de otro modo, porque absuelto Justo P. Blanco de los cargos de la demanda y no pudiendo ser considerado Argemiro como poseedor de mala fe, no puede ser condenado a la restitución de frutos, sino desde la fecha en que debió contestar la demanda, en este juicio, así como tampoco podría ser condenado al pago de los frutos durante el tiempo que poseyó su antecesor Justo P. Blanco.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, o sea la de fecha 2 de julio de 1936, proferida por el Tribunal Superior del distrito judicial de Santa Rosa de Viterbo y en su lugar confirma la de primer grado dictada en este juicio por el Juez 2º del Circuito del Cocuy, con fecha 22 de octubre de 1934.

Sin costas en el recurso.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

COBRO DE PERJUICIOS.—CAUSALES DE CASACION.—MANDATO.

Las causales en casación deben perseguir el fin práctico de desquiciar fundamentalmente los soportes del fallo del inferior, y no meramente el de suscitar discusiones académicas al rededor de consideraciones incidentales del sentenciador, sin repercusión alguna en la solución que éste le diera concretamente a las cuestiones planteadas en la demanda. 2.—Desde que se le reconozca a una persona el carácter de intermediario o vocero de otra en la verificación de determinado negocio, se está afirmando el poder especial que el intermediario tuvo para adelantar la comisión por cuenta del comitente. El mandato puede ser general, para todos los negocios del mandante; o puede estar más o menos restringido a uno o varios negocios, o a determinada gestión de naturaleza más o menos transitoria o duradera. En todo caso es un mandato, llamado también poder, porque da la facultad de obrar comprometiendo al mandante. El mandato puede también conferirse por escrito y aun verbalmente. Siempre dará la facultad de obrar, o de ser el intermediario entre las partes contratantes.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

I

El señor Arturo Londoño Peláez, por medio de apoderado, demandó en juicio ordinario a la señora Deyanira Angel de Uribe para que se le condene a pagarle "la indemnización de perjuicios a que hubiere lugar o que se prueben durante este juicio, causados por la turbación en el goce de tres locales de propiedad de la demandada y que ésta le arrendó por contrato celebrado en la ciudad de Manizales, donde se encuentran situados, así como por los perjuicios originados por incumplimiento del contrato de arrendamiento citado."

En su demasda afirmó el señor Londoño Peláez:

1º—Que el 23 de junio de 1924 celebró con la señora Deyanira Angel de Uribe un contrato de arrendamiento respecto de tres locales pertenecientes a un edificio, de propiedad de la citada señora, situado en la carrera de la Exposición de la ciudad de Manizales;

2º—Que el término de duración del contrato fue el de dos años, contados desde el 1º de junio de 1924;

3º—Que el contrato se celebró por conducto del intermediario de la arrendadora, doctor Manuel Valencia Arias;

4º—Que el intermediario nombrado manifestó a Londoño Peláez que podía subarrendar los locales, y así lo hizo éste, una vez al señor Sixto Mejía, y en otra ocasión al señor Juan Antonio Toro;

5º—Que la arrendadora recibía mes por mes los cánones de arrendamiento por conducto de su intermediario el doctor Valencia Arias, quien entregaba el recibo correspondiente;

6º—Que en julio de 1925 Londoño Peláez subarrendó uno de los locales citados, con consentimiento de la arrendadora, expresado por conducto de su intermediario, doctor Valencia Arias, al Banco del Ruiz, entendiéndose para ello con los señores Emilio Toro y Manuel Mejía;

7º—Que en agosto del mismo año, cuando Londoño Peláez quiso entregar al doctor Manuel Valencia Arias el valor del arrendamiento de todos los locales, este señor, por orden de la señora Deyanira negóse a recibirlo, alegando que no había contrato y que los inquilinos no se entenderían con él, sino con el intermediario o con el señor Mariano Mejía;

8º—De esta manera el arrendatario fue privado del goce de los locales, dejándosele tan sólo uno de los tres, el más pequeño, hasta la expiración del contrato.

En la contestación de la demanda, la demandada dice "que es cierto que el demandante ocupó los locales por más de un año, pero no por virtud del contrato a que se refiere la demanda"; que los cánones de arrendamiento "que recibiera el doctor Manuel Valencia Arias, no los percibió por virtud del contrato a que se refiere la demanda"; que oportunamente demostrará "cuál fue el contrato que se celebró con el demandante y cuáles las condiciones en que él fue hecho, condiciones distintas de aquellas a que se refiere el libelo"; que el señor Londoño Peláez no quiso firmar el documento que se le entregó para comprobar el

contrato de arrendamiento a que se refiere el libelo, ni quiso devolverle; y por último que la señora Deyanira no tenía por qué autorizar al señor Londoño para que subarrendara, ni éste subarrendó.

El juez en primera instancia absolvió a la demandada. El Tribunal Superior de Bogotá confirmó esta absolución en sentencia de segunda instancia, proferida el 28 de enero del año próximo pasado. Inconforme con la absolución del demandado, Londoño Peláez interpuso el recurso de casación, el que admitido por la Corte y debidamente sustanciado, determina ahora su estudio.

- II -

La sentencia del Tribunal

Para abordar en orden lógico el examen de las causales de casación invocadas, y fijar con certeza y claridad la fuerza de las distintas impugnaciones, conviene tener siempre presente que el fallo del Tribunal contiene motivaciones diversas, agrupables así:

A) El Tribunal no acepta que el contrato de arrendamiento en que se apoya el demandante esté comprobado con el texto del siguiente documento privado, traído al juicio por el actor, durante el término de la primera instancia del juicio:

"Conste por el presente documento que yo Arturo Londoño Peláez, varón, mayor, vecino y residente en este municipio, he recibido en arrendamiento de la señora Deyanira Angel v. de U., mayor y vecina de Bogotá, tres locales pertenecientes a un edificio de su propiedad en la planta baja de la calle, situado en la ciudad de Manizales en la carrera de la Exposición que son dos piezas y una tienda con dos piezas más unidas. Estos locales los tengo recibidos a mi entera satisfacción y el término del contrato es por dos años a contar desde el primero del presente mes y a razón de sesenta pesos cada mensualidad, que pagaré por mensualidades vencidas en la plaza de Manizales. Caso de demora en el pago de cualquiera de las mensualidades, durante la demora pagaré intereses a razón del uno y medio por ciento mensual, sin perjuicio de que la arrendadora pueda dar por terminado el contrato y exigir la restitución y entrega de los locales. Durante los dos años del contrato, éste puede terminar y de hecho terminará caso de que la señora Angel venda el edificio y de que el comprador no convenga en subrogarse en el contrato. Para constancia firmo el presente en Manizales a 23 de junio de 1924 y advierto que los locales los he recibido en buen estado y que de la misma manera me obligo a devolverlos al terminar este contrato. Fecha ut supra.—Arturo Londoño Peláez. — Testigo: José Rubio C. Testigo: Horacio Jaramillo."

Refiriéndose a este documento dice el Tribunal que no arroja ninguna prueba contra la demandada, ya que no se puede decir que dicha parte esté obligada por él, puesto que no lo ha firmado, y, además, el art. 637 del C. Judicial no da fuerza probatoria sino a los documentos privados que contengan obligaciones a cargo de los otorgantes, lo que vale decir a cargo de las personas que los han suscrito o expedido. Por lo tanto, no obstante haber figurado en el proceso el documento sin haber sido redargüído de falso, no es prueba del contrato de arrendamiento sobre el cual versa el pleito, por no estar otorgado por la arrendadora, la que en consecuencia carece del carácter de parte obligada en el documento en el sentido del art. 645 ibídem.

Por otra parte, los testigos Rafael Suárez y Roberto Cano, traídos a declarar en el juicio por petición del actor, aseveran que vieron el documento en que se hizo constar el contrato de arrendamiento de que trata la demanda, y en él se decía que el doctor Manuel Valencia Arias actuaba como intermediario de la arrendadora. En el documento trascrito no figura ese pasaje.

A) Empero, no obstante que el Tribunal descarta el documento como prueba del contrato a que se refiere la demanda, en seguida entra a examinar si el contrato está acreditado con otras pruebas. Y valiéndose de las declaraciones de Mariano Mejía, quien fue apoderado general de doña Deyanira, en Manizales, de Jesús Antonio Aristizábal, Rafael Suárez, Roberto Cano Uribe, Alfonso Cardona y Gonzalo Medina, concluye que el doctor Manuel Valencia Arias, actuando como intermediario o representante de la señora Angel de Uribe, "celebró en el mes de junio de 1924, un contrato de arrendamiento con el señor Arturo Londoño Peláez, por el término de dos años y referente a tres locales, situados en la planta baja de un edificio de dicha señora ubicado en el cruzamiento de la calle 10 con la carrera de la Exposición de la ciudad de Manizales", y por la suma de sesenta pesos mensuales.

B) Sobre la base, pues, de que el contrato de arrendamiento planteado en el libelo, está suficientemente demostrado con la prueba testimonial antedicha, el Tribunal analiza la defensa del demandado. Tomando nota de lo que al respecto se deduce de las declaraciones de Horacio Hoyos, Jesús An-

tonio Aristizábal, Alfonso Cardona, y Rafael Abad, sienta este postulado: "Todas estas declaraciones, que concuerdan en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, demuestran que el primitivo contrato de arrendamiento referente a los tres locales fue terminado por mutuo acuerdo de las partes y que en su lugar se celebró un nuevo contrato de la misma índole que con respecto al primero presenta las siguientes diferencias: el nuevo contrato tuvo por objeto dos locales únicamente; el canon se redujo, y no se pactó tiempo determinado para su duración."

Así pues, el Tribunal, como resumen de su pensamiento acerca de la existencia de un nuevo contrato, dice, ya para terminar el fallo: "De lo dicho se desprende que el demandante no ha probado su acción porque el contrato en que ésta se funda fue novado y sustituído por otro diferente en cuanto a la cosa arrendada, al precio y al término de duración."

C) Pero como la parte actora afirma que a ella se le confirió por el intermediario doctor Valencia Arias la facultad de subarrendar, en el contrato que le ha servido de apoyo, lo cual explica que cuando ocurrió el incendio de la ciudad de Manizales no estuvieran en su poder sino dos de los locales, esa afirmación carece de asidero, según el concepto del sentenciador, quien para infirmarla trascribe en primer lugar la respuesta a la segunda de las posiciones que Londoño absolvió en primera instancia. La pregunta con su respuesta dicen: "Como es cierto que no habiendo querido usted firmar el mencionado contrato de arrendamiento, celebró con el doctor Manuel Valencia Arias un nuevo contrato de arrendamiento verbal, por dos de aquellos locales y por tiempo indefinido?" Dijo el absolvente: "No es cierto. Lo que pasó fue lo siguiente: yo tenía en arrendamiento de la señora Deyanira los tres locales de que hablan las posiciones; mas como no los necesitaba todos, el doctor Manuel Valencia Arias, comisionado de la señora Deyanira me autorizó para hacer subarriendos y efectivamente desde el principio subarrendé un local. Luégo se me presentó el doctor Valencia Arias y me pidió que le subarrendara a él el local que yo tenía subarrendado a otra persona y efectivamente se lo subarrendé y lo ocupó el abogado Horacio Hoyos, pero el contrato que yo tenía con la señora Deyanira estaba vigente."

Esta explicación la rebate el Tribunal así: "Esta explicación que parece inverosímil, está contradicha con la declaración de Horacio Hoyos y Jesús Antonio Aristizábal, quienes como lo vimos atrás, afirman que el primitivo contrato se dio por terminado y que se hizo uno nuevo y que en su presencia el demandante convino en que el nuevo arrendamiento de los dos locales sería por tiempo indefinido."

Luégo agrega: "Por lo demás, la parte demandante no ha probado en forma alguna, ni siquiera ha intentado probar, la existencia del contrato de subarriendo que dice haber celebrado con el doctor Valencia Arias, por lo cual esa afirmación no encuentra respaldo alguno en el expediente."

Los testigos citados por Londoño no establecen pruebas sobre el particular. Esos testigos cuyas declaraciones analiza el Tribunal son: Joaquín Gaviria, Rafael Abad, Suárez, Medina y Cano Uribe.

D) Por último como razón final el Tribunal dice: "Pero suponiendo que el señor Londoño hubiera estado facultado para subarrendar y en desarrollo de tal autorización hubiera contratado con el Banco del Ruiz, es claro que sería esta entidad la responsable por no haberle pagado a él los arrendamientos y no la demandada que en tal evento tiene que ser considerada como tercero en el contrato de subarriendo. Y es evidente que si ella o su apoderado exigieron al Banco el pago de cánones y éste se los entregó no obstante el alegado contrato con Londoño, tal hecho en manera alguna puede acarrear responsabilidad a la demandada para con el señor Londoño sino para con el Banco, que a su turno sería responsable para con el señor Londoño por el cumplimiento del contrato que se dice haber celebrado con él."

III

El recurso de casación

Primero—El recurrente dedica un largo capítulo en su demanda de casación a impugnar la sentencia del Tribunal por haber desestimado como prueba del contrato de arrendamiento el documento privado oportunamente trascrito en el punto A) del resumen del fallo.

Concluye ese capítulo, que está bajo el rubro "Contrato escrito de arrendamiento", diciendo que el Tribunal, al desestimar el contrato escrito sin considerar la relación estrecha que guarda con las pruebas indicadas en el mismo memorial, apreció erróneamente los hechos y las pruebas, se formó un concepto falso de aquéllos, incurriendo por la equivocada apreciación de éstas, en error de derecho, productor de la violación de la ley sustantiva por la cual se

rigen los instrumentos privados en los casos en que se presume su reconocimiento, o sean los arts. 1761 y 1765 del Código Civil en relación con los arts. 645 y 637 del Código Judicial.

Para el recurrente el Tribunal al desestimar el documento no tuvo en cuenta el hecho de que Londoño estaba ocupando los locales en virtud de ese documento, según se infiere de la declaración que rindió en el juicio el apoderado general de doña Deyanira, señor Mariano Mejía; y que tanto los testigos del demandante como los del demandado, se refieren a un contrato escrito, según puede comprobarse viendo las declaraciones de Rafael Suárez, Roberto Cano y Jesús Antonio Aristizábal, cuyos apartes trascribe el recurrente en lo que estima pertinente.

De otro lado el Tribunal aceptó como plenamente demostrado el contrato de arrendamiento celebrado con Arturo Londoño Peláez en junio de 1924, por el término de dos años, de tres locales, a razón de sesenta pesos mensuales, fundándose en la confesión del apoderado general de la demandada, en la confesión de ésta y en las declaraciones de testigos de una y otra parte; pero no tuvo en cuenta que el documento escrito de arrendamiento que contiene las mismas estipulaciones se encuentra estrechamente relacionado con tales confesiones y declaraciones que son su complemento. El Tribunal no reparó que ese documento es un duplicado del contrato, y que este hecho se encuentra acreditado con los testimonios de Alfonso Cardona y Rafael Abad, que lo vieron, y que estos testimonios corroboran lo confesado por Londoño.

Se dice por último que el documento vino a los autos para demostrar la verdad del hecho a que se refiere su contexto, y en manera alguna para acreditar una firma, la de la demandada, de la cual carecía. El contexto es el que está reconocido por haber obrado el documento en los autos sin haber sido tachado ni redargüído de falsedad por la parte a quien se opuso, pues las obligaciones que contiene son todas a cargo del demandante Londoño.

La Corte contesta este cargo:

Como se vio al hacer el resumen de los motivos del sentenciador, éste descarta como comprobante del contrato de arrendamiento celebrado entre Londoño y doña Deyanira, causa y origen de la demanda, el documento privado traído a los autos por el primero, fundándose en que ese documento no estaba reconocido tácita ni expresamente por el demandado; pero a renglón seguido encuentra acreditado el mismo contrato de arrendamiento, que tuvo por objeto tres locales pertenecientes a un edificio de propiedad de la demandada, situado en Manizales, en la calle de la Exposición, a razón de sesenta pesos mensuales, durante dos años de plazo fijo, con las declaraciones del apoderado general de doña Deyanira, del intermediario doctor Manuel Valencia Arias, y de varios testigos.

En estas circunstancias la primera consideración pierde toda incidencia en la parte resolutiva, porque con documento o sin documento, lo cierto es que el Tribunal admite la existencia del contrato en los propios términos sostenidos en la demanda. Así las cosas, las argumentaciones del recurrente tendientes a demostrar que sí hubo documento escrito, no son de recibo en casación, cuyas causales deben perseguir el fin práctico de desquiciar fundamentalmente los soportes del fallo del inferior, y no meramente el de suscitar discusiones académicas al rededor de consideraciones incidentales del sentenciador, sin repercusión alguna en la solución que éste le diera concretamente a las cuestiones planteadas en la demanda.

Nótese en corroboración de lo dicho que si la Corte hallara, como probablemente hallaría, que con las mismas pruebas de que el Tribunal se sirve para deducir la celebración del contrato de arrendamiento, se comprueba la autenticidad del documento en que tal contrato hízose constar, nada se adelantaría respecto del fin a que aspira llegar el recurrente, que es la infirmación del fallo, en fuerza de que la piedra angular de la sentencia, la terminación de ese mismo contrato de arrendamiento, está todavía demasiado distante.

Carece pues de procedencia este motivo.

Segundo.—Como se vio en el capítulo II el Tribunal, partiendo de la base de la existencia del contrato de arrendamiento relacionado en la demanda, llega a la conclusión, con las pruebas del proceso, que ese contrato fue terminado por mutuo acuerdo de las partes antes de su vencimiento, celebrándose en su lugar otro contrato de arrendamiento por dos locales solamente y por tiempo indefinido y por menor precio.

Esta afirmación del sentenciador trata de impugnarla el recurrente, mediante el siguiente ataque:

Error de derecho por violación de los artículos 1687, 1688 y 1693 del Código Civil, sobre novación de las obligaciones.

Ese error hácese consistir, en primer lugar, en que para hallar el sentenciador acreditado el contrato de arrendamiento celebrado en junio de 1924, por conducto del

intermediario de la arrendadora, doctor Valencia Arias, fundóse en la propia confesión de la demandada, en la de su apoderado general don Mariano Mejía, y en las declaraciones de los testigos Aristizábal, Suárez, Cano Uribe, Cardona y Medina. Pues bien; ni en las confesiones dichas, ni en las declaraciones aparece que el apoderado general de la demandada ni el intermediario Valencia Arias, hubieran recibido y tuvieran facultad especial para novar ese contrato.

En segundo lugar, para sostener que el contrato fue novado el Tribunal se fundó en las declaraciones de Horacio Hoyos, Aristizábal, Cardona, Rafaed Abad y Joaquín Gaviria. Mas en tales declaraciones nada se dice de la facultad especial que tuviera el intermediario doctor Valencia Arias para novar el contrato de arrendamiento celebrado en junio de 1924, ni aparece que las partes hayan declarado novación, ni se ve indudablemente que su intención haya sido novar.

Luego el Tribunal, dando por demostrados hechos inexistentes, como el de la facultad especial de novar que tuviera el intermediario, la declaración expresa de novar hecha por las partes o la manifiesta intención de hacer la novación, apreció de esta manera erróneamente las pruebas que se dejan indicadas, incurriendo así en error de derecho al aceptar y sostener en su fallo una novación del contrato primitivo, contra lo preceptuado en los arts. citados ya.

Se observa:

El cargo carece de fundamento.

Desde que se le reconozca a una persona el carácter de intermediario o vocero de otra en la verificación de determinado negocio, se está afirmando el poder especial que el intermediario tuvo para adelantar la comisión por cuenta del comitente.

El mandato puede ser general, para todos los negocios del mandante; o puede estar más o menos restringido a uno o varios negocios, o a determinada gestión de naturaleza más o menos transitoria o duradera. En todo caso es un mandato, llamado también poder, porque da la facultad de obrar comprometiendo al mandante. El mandato puede tampién conferirse por escrito y aun verbalmente. Siempre dará la facultad de obrar, o de ser el intermediario entre las partes contratantes.

Todo esto para explicar que cuando se habla de que el doctor Valencia Arias, obraba como intermediario de la señora Deyanira Angel de Uribe, se le está asignando al primero el carácter de mandatario de la segunda respecto de los negocios en que intervino. De manera que si esa mediación se indica como circunscrita a determinados actos, para tales actos había en esencia un poder especial que le daba al intermediario la facultad de obrar llevándolos a su término.

El Tribunal le asignó al doctor Valencia Arias el carácter de intermediario de doña Deyanira, tanto para la celebración del contrato de arrendamiento con Londoño en junio de 1924, como para dar por terminado ese contrato poco más o menos un año más tarde, celebrando en su lugar un contrato distinto. Es decir que consideró, sobre los elementos procesales, al doctor Valencia como apoderado especial de la arrendadora en orden a la realización de estos tres contratos: arrendamiento de tres locales a Londoño en junio de 1924; terminación antes de su término de ese arrendamiento; y acuerdo con Londoño de un nuevo contrato de arrendamiento, en cambio del anterior, sobre nuevas bases.

He ahí, pues, los poderes especiales que el recurrente echa de menos, y que surgen claros del solo hecho de admitir, como lo admitió el Tribunal, que la arrendadora comprometió su voluntad en los tres actos enumerados, por conducto de su intermediario doctor Valencia Arias.

Mediación de que por otra parte hablan bien claro los testigos Hoyos y Aristizábal, y el propio demandante. En efecto, Hoyos dice que "me consta y lo afirmo que el doctor Manuel Valencia Arias sólo intervino en los contratos de arrendamientos de los locales que ocuparon Londoño P. y el declarante, como recomendado de la señora Angel de Uribe y en ningún caso obró en su propio nombre." Y Aristizábal dice que "el doctor Valencia Arias en ninguno de esos casos fue parte contratante sino vocero o representante de doña Deyanira."

Esas declaraciones con las de Cardona, Abad y Gaviria, fueron las que tomando en cuenta el Tribunal, lo indujeron a admitir la validez de los compromisos contraídos por el intermediario en nombre de doña Deyanira.

Y mediación en que también está de acuerdo el demandante. Para comprobarlo basta la sola lectura de las preguntas tercera a once del pliego de posiciones que le pidió a la demandada, fls. 6, cuaderno número 6, donde no se habla más que de las órdenes especiales que el doctor Valencia Arias recibía de doña Deyanira, ya para celebrar el contrato de 1924, posición 5ª, ya para exigirle a Londoño la entrega de los locales, u otras recomendaciones concernientes a la administración de ellos.

Si a lo anterior se agrega que no es el intermediario o apoderado, sino la propia arrendadora quien está afirmándose en las actuaciones del primero, reconociendo con ello la facultades especiales que éste tnía para comprometerla ante terceros, lo cual significa la ratificación expresa de tales actuaciones, que les infunde validez retroactiva, en caso de que en realidad el intermediario no hubiese tenido derecho para realizar todas las cosas que efectuara (art. 2186 del Código Civil); resulta desprovisto de razón el cargo que se le formula al sentenciador, de que dio por probados hechos inexistentes. Pues los hechos que estima inexistentes el recurrente sucedieron y fueron apreciados: los poderes especiales para convenir el nuevo contrato de arrendamiento, dando por terminado el primero, aparecen nítidos según lo expuesto; y la intención que las partes abrigaron de novar o cambiar el contrato de arrendamiento pactado en 1924, por otro distinto, el año siguiente, es innegable, ya que ella no requería palabras especiales como quiera que se hizo ostensible con la incompatibilidad de que subsistieran simultáneamente los dos contratos (art. 1693 ibídem).

En consecuencia, el cargo examinado tampoco se recibe.

Tercero—Bajo el epígrafe de subarriendos el recurrente sostiene que el Tribunal no apreció debidamente las declaraciones de Joaquín Gaviria, Gonzalo Medina, Rafael Suárez y Roberto Uribe Cano en cuanto con ellas se comprueba que Londoño recibió del intermediario Dr. Valencia Arias la facultad de subarrendar proveniente del contrato de arrendamiento de los tres locales celebrado en junio de 1924. El Tribunal no apreció todos los hechos deducidos de las declaraciones mencionadas, en su verdadera esencia, sino que los tuvo como de sustitución de una obligación por otra, de un contrato por otro, siendo así que esos hechos son subarriendos que vinieron efectuándose desde que Londoño ocupó los locales a virtud del contrato de 1924.

De esta manera el sentenciador con la apreciación errada de los hechos y de sus pruebas, incidió en error de derecho, que lo condujo a la violación de los arts. 1973, 1982, numeral 3º, 1937 y 2004 del Código Civil, disposiciones normativas de los contratos de arrendamiento con cláusula de poder subarrendar.

Se considera:

Este ataque tiende a desquiciar directamente la motivación cuarta de la sentencia y consecuencialmente la segunda. Si lo que en realidad ocurrió fue que vigente el contrato de 1924, el arrendatario Londoño recibió la facultad de subarrendar, tampoco hubo novación o cambio de contratos.

El Tribunal analiza una a una las declaraciones de Gaviria, Medina, Suárez y Uribe Cano, para llegar a la conclusión de que no está comprobada la supuesta facultad que a Londoño le otorgara el doctor Valencia Arias, de subarrendar.

De la declaración de Gaviria dice que el hecho de que este testigo diga que Londoño le cedió a Manuel Mejía, para instalar el Banco del Ruiz, uno de los locales, nada se infiere. Esto es evidente, porque el concepto del testigo, expresado con la palabra cedió es demasiado vago, ya que se ignora si esa cesión obedeció a contrato directo con Londoño.

De la declaración de Medina, dice que no da razón alguna de sus dichos. Pero es más; nada dice este testigo de subarriendos.

De la declaración de Suárez dice que depone por el dicho de Londoño, por quien supo que éste había subarrendado uno de los locales al Banco del Ruiz. Eso es evidente. El testigo no declara por percepción directa.

Y de la declaración de Cano Uribe observa que tampoco da la razón de su dicho. Ello es cierto.

También dice el Tribunal, y esta afirmación no se puede contradecir, que al admitir las declaraciones sería para probar que Londoño había subarrendado sin facultad, porque lo que es esta potestad ni siquiera se intentó probar. Londoño habría subarrendado contra un contrato que no le otorgaba ese derecho.

Además el Tribunal se vale especialmente de las declaraciones de Horacio Hoyos y Jesús Aristizábal en orden a estimar acreditado que el primitivo contrato se dio por terminado, pactándose uno nuevo y que en presencia de los testigos quedó convenido por el demandante Londoño que el nuevo arrendamiento de los dos locales sería por tiempo indefinido.

No está pues en manera alguna probado el cargo.

Cuarto.—Por último se dice que el Tribunal infringió el art. 1769 del Código Civil, como resultado del error de derecho por no haber apreciado debidamente la confesión contenida en la declaración rendida en el juicio por el señor Mariano Mejía, quien tenía el carácter de apoderado general de la demanda en la época en que sucedieron los hechos litigiosos; la declaración del doctor Manuel Valencia Arias, intermediario;

un certificado del gerente del Banco de Colombia, sucursal de Manizales; y el contenido de la confesión del apoderado de la demanda en el juicio al proponer excepciones dilatorias.

El recurrente desenvuelve de la siguiente manera su acusación:

Que el sentenciador dejó de apreciar la confesión de Mariano Mejía, visible al fl. 14, cdno.. 4, lo que constituye grave error, porque esa confesión acredita que corriendo el término concedido a Londoño en el contrato de 1924, la señora Uribe arrendó uno de los locales al Banco del Ruiz.

El señor Mejía dice que a mediados de julio de 1925 el Banco del Ruiz ocupó un local de propiedad de doña Deyanira, situado en la carrera de la Exposición de la ciudad de Manizales, por contrato que celebró con el intermediario doctor Manuel Valencia Arias.

Se observa:

Esta objeción se contesta con sólo observar que precisamente la defensa que encontró acreditada el Tribunal fue la de que el contrato de arrendamiento celebrado en 1924 no subsistía cuando en 1925 doña Deyanira arrendó uno de los locales que había ocupado como arrendatario Londoño, al Banco del Ruiz. No habiéndose destruído la apreciación del Tribunal, es inconducente hacer cita de pruebas tendientes a establecer la existencia del contrato de 1924 que no fue desconocido por el sentenciador, sino simplemente reconocido como existente hasta mediados de 1925, en que intervino un convenio de novación entre las partes.

Dice igualmente que el Tribunal no apreció la declaración del doctor Manuel Valencia Arias, visible al fl. 14 del cuaderno número 4, ni por tanto la relacionó con la del apoderado general de la demandada, que se acaba de comentar en el aparte anterior, porque de haberlo hecho habría notado todo el empeño cuidadoso del recomendado para ocultar la verdad sobre los negocios en que intervino, a riesgo de quedar contradicho con el testimonio del citado apoderado general.

Se observa:

Tan vacua es esta objeción como la anterior, y como las dos que van a verse en seguida.

El doctor Valencia Arias en la declaración mótejada dice que no sabe o no recuerda en virtud de qué el Banco del Ruiz ocupó el local de la calle de la Exposición.

Pues bien; ni en esta declaración ni en la que rindió Mariano Mejía, el Tribunal se fundó para ver realizada la novación del contrato de 1924, con el pacto, sobre otras bases de otro contrato de arrendamiento.

El hecho de que un testigo trate de ocultar las verdades que él conoce y que se están ventilando en un pleito, nada quita ni agrega a la sentencia que para probar determinado hecho no ha tenido en cuenta ese testimonio.

Que el Tribunal dejó de apreciar el certificado del gerente del Banco de Colombia, sucursal de Manizales, poseedor del archivo y de los haberes del extinguido Banco del Ruiz, en que manifiesta "que su antecesor el Banco del Ruiz tomó a la señora Deyanira Angel de Uribe, desde el mes de julio de 1925, un local en arrendamiento situado en la carrera 13 con calle 10, al precio de ....., arrendamiento que se pagó a dicha señora, según consta de los archivos del extinguido Banco del Ruiz."

Que tampoco apreció este certificado relacionándolo con la declaración del apoderado general a que ya se hizo alusión, con la confesión hecha por la demandada en la undécima posición de las que ella absolvió y con la declaración de Valencia Arias. Todo lo cual demuestra que el arrendamiento fue por el término de dos años y no por tiempo indefinido.

Se observa:

Vuelve a repetirse que las acusaciones que versan sobre la existencia del contrato de 1924, admitido por el Tribunal, son impertinentes cuando menos, en presencia de que el Tribunal admitió la existencia de ese contrato y sobre esa base lo declaró novado en 1925.

Que el Tribunal dejó de apreciar la prueba resultante de la confesión hecha por el apoderado de la demandada en el escrito de excepciones dilatorias.

Esa confesión la encuentra el recurrente en el escrito de excepciones dilatorias, en el cuaderno número 2 al fl. 1 v. y en el siguiente párrafo: "1º La demandada señora Deyanira Angel v. de Uribe, en primer término fue demandada, en Manizales, por el mismo demandante Arturo Londoño Peláez, porque fue allí en donde celebró dicho señor un contrato verbal con el doctor Manuel Valencia Arias, quien procedió, no como apoderado de la misma señora, sino co-

mo recomendado." Lo subrayado es del recurrente).

Se observa:

Es suficiente la sola trascripción hecha y la enunciación del cargo para verle su carencia de seriedad.

El Tribunal aceptó que el doctor Manuel Valencia Arias como intermediario de la señora Deyanira Angel de Uribe pactó con Londoño Peláez. Sobre ese hecho precisamente se funda la sentencia.

Conclusión

En suma, ninguno de los cargos propuestos tiene siquiera mediano fundamento de legalidad. Debiéndose observar además que si la Corte se ha ocupado de ellos ha sido más bien con ánimo de abundar en el estudio, pues como se ve, el recurrente dejó de atacar la motivación del sentenciador contenida bajo la letra E) del capítulo segundo, suficiente ella sola, por sí misma, para sostener en pie la absolución del demandado.

Por las consideraciones legales que preceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve que no hay lugar a infirmar y en efecto no infirma la sentencia materia del presente recurso de casación, la cual lleva fecha 28 de enero del año próximo pasado, proferida en el juicio ordinario de Arturo Londoño Peláez contra Deyanira Angel de Uribe.

Condénase al recurrente en las costas del recurso. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

DEMANDA DE LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD Y DE RENDICION DE CUENTAS.—TECNICA DE CASACION EN CUANTO A LA ACUSACION POR ERROR DE HECHO

1. Cuando se acusa la sentencia por error debe citar el recurrente la disposición sustantiva violada y exponer el concepto claro y preciso que lleve al ánimo de la Corte a entender que se violaron determinadas disposiciones de carácter sustantivo.—2. La liquidación de una sociedad lleva necesariamente a la rendición de cuentas por el socio o socios que la hayan administrado, pues de otra manera sería imposible muchas veces aquella operación. No se puede proceder a la liquidación de las operaciones de una sociedad sin que se reglamenten las cuentas de administración de ella, y este principio es el que informa los artículos 475 y 540, numerales 1º, 2º y 3º del C. de Cº Quien ha administrado bienes ajenos está siempre en la obligación de rendir cuentas.

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

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón).

Guillermo Mejía, por medio de apoderado, demandó a Antonio J. Mejía, para que en juicio ordinario se hicieran estas dos declaraciones: 1ª Que Antonio Mejía M. está en la obligación de liquidar con Guillermo Mejía M. la sociedad comercial de hecho habida entre ambos y con residencia en el Municipio de Caicedonia; 2ª Que como consecuencia de la declaración anterior, Antonio J. Mejía está en la obligación de rendir las cuentas de administración como socio colectivo de la referida sociedad comercial.

En sentencia de treinta de noviembre de mil novecientos treinta y seis, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga decretó las dos peticiones.

El demandado interpuso recurso de casación, el cual pasa a decidirse.

Sobre la base del artículo 2083 del C. C., de acuerdo con la doctrina sentada en la Cor-

te al respecto, en sentencia de fecha 35 de noviembre de 1935, Gaceta Judicial Nº 1901, y considerando que de autos estaba plenamente establecida la asociación existente entre el demandante y el demandado, fue como decretó el Tribunal las súplicas de la demanda.

El recurrente acusa la sentencia por varios conceptos. De acuerdo con el artículo 537 del C. J., la Corte entra a examinar en primer término el capítulo 2º de la demanda de casación.

Dice el recurrente en dicho capítulo: "Incurrió, además, el Tribunal en error de hecho, el cual aparece de manifiesto en los autos por apreciación errónea, o mejor dicho, por falta de apreciación de las pruebas aducidas por el opositor".

Está acusación no está condicionada a lo establecido por el numeral 1º del artículo 520 del C. J., porque el recurrente no cita ninguna disposición sustantiva violada, ni ningún concepto preciso y claro que lleve al ánimo de la Corte a entender que se violaron determinadas disposiciones de carácter sustantivo. Mas sí cree oportuno la Corte observar de paso que, como lo expresa el Tribunal en la sentencia acusada, y como consta de autos, el demandado, en posiciones, confesó determinados hechos, de donde se deduce rectamente la existencia de la sociedad cuya liquidación se demanda.

Se rechaza el cargo.

Acusa el recurrente la sentencia, en el primer capítulo, por violación del artículo 2083 del C. C., por cuanto esta disposición no autoriza para que en el caso de la liquidación de una sociedad de hecho, uno de los socios debe rendir cuentas al otro.

La Corte considera:

La liquidación de una sociedad, como lo observan C. Houpin y H. Bosvieux (Traité Géneral des Sociétés), tiene por objeto poner fin a todos los negocios pendientes, al pago del pasivo y a la repartición del activo, si lo hubiere, entre los socios. Para todas esas operaciones es necesario tener como base y fundamento los libros de cuentas que hayan llevado los socios gerentes o administradores, así como los demás documentos en donde consten todas las operaciones sociales. Los administradores de una sociedad deben llevar los libros correspondientes, y a ellos incumbe esta obligación, porque de ello resulta la comprobación del activo y pasivo.

La liquidación de una sociedad lleva, pues, necesariamente a la rendición de cuentas por el socio o socios que la hayan administrado, pues de otra manera sería imposible muchas veces aquella operación.

No se puede proceder a la liquidación de las operaciones de una sociedad sin que se presenten las cuentas de administración de ella, y este principio es el que informa los artículos 475 y 540, numerales 1º, 2º y 3º del C. de Comercio.

Quien ha administrado bienes ajenos está siempre en la obligación de rendir cuentas, y en tratándose, como se trata en el presente caso, de la liquidación de una sociedad de hecho, en que ambos socios administraron, al procederse a la liquidación y como parte integrante de ésta, ambos deben rendir sus respectivas cuentas. Es cierto que el actor no fue contrademandado para que rindiera las cuentas de lo que ha administrado y por eso no puede dictarse ninguna resolución sobre el particular, pero esto no obsta para que quede vigente y viva esa necesidad cuando se proceda a la liquidación de la sociedad.

Consideradas así las cosas, la Corte no encuentra que se haya violado el artículo 2083 del C. C., porque, como se dijo ya y se repite ahora, en las operaciones de la liquidación de una sociedad va necesariamente envuelta la rendición de cuentas, por quienes están obligados a ello.

Pudiera considerarse como redundante la segunda súplica de la demanda, pero en ningún caso ella contraría ningún texto legal, ni tiene el alcance de eximir al socio demandante de rendir en oportunidad, es decir, dentro de la liquidación de la sociedad, las cuentas a que está obligado. Resulta de lo anterior que el cargo que se estudia no es fundado.

Acusa también el recurrente la sentencia por violación del artículo 475 del C. de Cº, al dar por estatuída, dice el recurrente, la existencia de una sociedad colectiva de comercio entre Guillermo y Antonio Mejía.

La Corte considera: En la sentencia acusada no se calificó como colectiva la sociedad habida entre demandante y demandado, sino que se declaró que éste estaba en la obligación de liquidar la sociedad comercial de hecho habida con el demandante. Se rechaza, pues, este cargo, lo mismo que el proveniente de la violación del artículo 465 del C. de Cº, que debe ser al que se refirió el recurrente, y no al 565, hoy derogado, porque el artículo 465 no tiene incidencia en este pleito, pues es claro que si se hubiera extendido escritura pública con las formalidades debidas,

llenado los demás requisitos que para la formación de las sociedades regulares de comercio exige la ley, este litigio no habría existido, habría carecido de razón, al menos tal como se ha planteado.

Finalmente, el artículo 2016, citado por el recurrente como interpretado de una manera errónea por el Tribunal, nada tiene que ver con este pleito; ese artículo trata de la expiración del contrato de arrendamiento, por causa independiente de la voluntad del arrendador. Respecto del concepto que condiciona esa acusación, ya se dijo que ambos socios, demandante y demandado, deben rendir cuentas, en la liquidación, de lo que cada uno de ellos administró.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

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

Juan Francisco Mújica—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

---

o

REIVINDICACION.—CALIDAD DE PARTE EN LOS JUICIOS.—COADYUVACION EN EL PLEITO

1. La calidad procesal de parte en el pleito no proviene ni debe deducirse exclusivamente de la determinada forma en que se conciba el libelo de la demanda judicial, sino que hay que buscarla y deducirla del litigio mismo, de la relación procesal sustancial que es objeto del debate (REM IN JUDICIUM DEDUCENS).—2. El interviniente adhesivo o coadyuvante interviene en el pleito para ayuda de una parte. Por esto, cuanto hace en el pleito es hecho por un derecho ajeno, pero no es representante de la parte, precisamente porque ésta es ya parte en el pleito. La intervención adhesiva puede presentar dos formas: LITISCONSORCIAL, cuando el interviniente se halla en relación con el adversario, de tal naturaleza o en forma que la decisión del proceso tenga influencia también sobre él (como el comprador en el pleito contra el vendedor), y entonces el interviniente tiene autonomía y capacidad de litisconsorte, y SIMPLE, cuando el interviniente se encuentra en relación jurídica con la parte adyuvada y no con el adversario, de tal manera que el resultado desfavorable del pleito haría más difícil la defensa de SU derecho (como si el comprador interviene en el pleito del vendedor). En este caso, el interviniente adhesivo no puede desarrollar en el litigio sino una actividad coordinada con la parte de la cual es propiamente accesorio, y en ningún caso asumir su sitio principal o aspirar a sobrevivirla procedimentalmente.

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

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca)

Para la claridad de esta decisión conviene transcribir, en sus apartes pertinentes, los libelos de demanda que dieron origen a los juicios que luégo fueron acumulados. En el de fecha 9 de junio de 1923, que correspondió en el repartimiento al Juzgado 1º del Circuito de Santa Marta, se dijo:

"Nosotros, Charles Gautier, ciudadano francés, mayor de edad, vecino de esta ciudad, en mi carácter de representante legal de la sociedad 'Ch. Gautier & Cía.', en liquidación, cuyo domicilio fue Santa Marta, e Isabel Gala Díaz Granados de Gautier, mujer, mayor de edad, vecina de Santa Marta, casada con el suscrito Charles Gautier, quien la autoriza para comparecer en juicio, y la seguirá representando, y ésta, a nombre de la sucesión del finado señor José Ramón Díaz Granados M., como heredera de éste y cesionaria de algunos derechos, demandamos, en juicio ordinario cuya cuantía estimamos para todos los efectos legales, en seis mil pesos ($ 6;000), al señor Francisco E. Dávila, varón, mayor de edad, vecino de esta ciudad de Santa Marta, en donde tiene establecido su domicilio civil y donde reside, para que se le condene por sentencia definitiva, previos los trámites del respectivo juicio ordinario, a lo siguiente: Primero. A restituír o a entregar a la sucesión o a los herederos o sucesores de los herederos del finado señor José

Ramón Díaz Granados M., vecino que fue de Santa Marta, dentro del término legal, el lote o globo de terreno, con todos sus accesorios y anexidades, que hace parte de la finca rural denominada 'Santa Cruz de Curinca', llamada también 'Curinca', o sea la acción de tierra de cincuenta fanegas,..... Segundo. A pagar a la misma sucesión de José Ramón Díaz Granados M., o a quienes la representen, los frutos civiles y naturales del referido inmueble, hasta cuando se verifique la restitución o entrega a la sucesión o a los representantes de ella; y Tercero. A pagar a los demandantes, en representación de la herencia o sucesión de don José Ramón Díaz Granados, las costas del juicio que se inicia con esta demanda, caso de contradicción".

De los siete hechos fundamentales de esta acción de dominio se copian los cinco que se consideran pertinentes: "1º El señor José Ramón Díaz Granados poseyó, como dueño que era, hasta que murió, en el año de mil ochocientos ochenta y nueve (1889), el terreno que se determina y alindera en el punto primero de la parte petitoria de esta demanda, y como parte de la hacienda denominada Santa Cruz de Curinca.—2. Los herederos del finado señor José Ramón Díaz Granados, entre quienes se cuenta la demandante Isabel Gala Díaz Granados de Gautier, aceptaron la herencia de éste, y siguieron poseyendo el terreno expresado en el hecho anterior, de un modo continuo y no interrumpido.—3. Por el error involuntario de los herederos o sucesores del señor José Ramón Díaz Granados, por olvido o por ignorancia, no fue incluído en los inventarios practicados, respecto de los bienes de aquella sucesión, ni, de consiguiente, comprendido en la partición respectiva, el terreno materia de esta acción de dominio; de modo que hoy aparece dicho inmueble como indiviso y todavía en cabeza de la sucesión, pero sin perjuicio de los efectos legales una vez que se termine la liquidación y la partición de bienes, que quedó sin terminar, según lo expresado.—4. La sucesión del finado señor José Ramón Díaz Granados conserva el dominio en el terreno determinado y alinderado en el punto primero petitorio de esta demanda y en sus accesorios y anexidades, porque no se considera haber pasado a sus herederos, por falta de adjudicación. La comunidad herencial continúa hasta que se haga la partición..... 7. La sociedad "Ch. Gautier & Cía." tiene interés en el pleito que se inicia con esta demanda, por haber adquirido derechos de los sucesores de don José Ramón Díaz Granados, en el terreno materia de la reivindicación, pudiendo, por consiguiente, coadyuvar esta acción, si no se le considera, directamente, como parte legítima, como debe considerársele".

Posteriormente, el 5 de abril de 1926, los mismos demandantes y en las mismas condiciones y calidades ya dichas, ante el mismo Juzgado del Circuito de Santa Marta, presentaron una nueva demanda contra el mismo demandado Francisco E. Dávila, "para que con su audiencia y previos los trámites del respectivo juicio ordinario, a virtud de la acción petitoria que promovemos, por sentencia definitiva, se declare que un lote de terreno, con una extensión de cincuenta fanegas antiguas españolas, que forma parte de la hacienda de Santa Cruz de Curinca, cuyos linderos se determinan adelante, pertenece en propiedad a la sucesión del señor José Ramón Díaz Granados Munive".

Los hechos fundamentales de esta nueva demanda se expresan en 51 apartes, y en la parte final del libelo se dice:

"La sociedad 'Ch. Gautier & Cía.' tiene interés en el pleito que se inicia con esta demanda, porque ella tiene comprado a los herederos de José Ramón Díaz Granados el lote de cincuenta fanegas, y como tal comprador necesita que 'se defina la propiedad de tal lote para los efectos de la liquidación que está pendiente y en la cual ha de influír el resultado de este pleito. Los herederos de José Ramón Díaz Granados tienen también interés, porque habiendo ellos vendido a 'Ch. Gautier & Cía.' ese lote de cincuenta fanegas, deben hacerle entrega de él y lo estorba la ocupación que ha hecho del lote el demandado. Obtenida por estos herederos una sentencia favorable a la sucesión, podrán ellos cumplir con su obligación de sanear toda evicción al comprador. Hacemos constar, como se hizo ya, en otra demanda intentada contra el mismo señor Dávila, que 'Ch. Gautier & Cía.' son coadyuvantes de los herederos de José Ramón Díaz Granados, por el interés que aquéllos tienen en el pleito".

El demandado se opuso, al dar contestación a estos libelos, a que se hicieran las declaraciones pedidas, negando el derecho y la mayor parte de los hechos, y oponiendo las excepciones perentorias de prescripción, carencia de acción e ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandantes.

A petición de la parte actora, el Juez ordenó la acumulación de las dos demandas el 2 de mayo de 1927. Adelantadas así bajo una misma cuerda, el Juez del Circuito de Santa Marta decidió la primera instancia del juicio en sentencia de fecha 6 de septiembre de

1934, en la cual fue absuelto el demandado de todos los cargos.

Recurrida esta sentencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta la confirmó en fallo de 23 de febrero de 1937, y declaró probadas las excepciones perentorias de prescripción extraordinaria y ordinaria, y las de carencia de acción e ilegitimidad de la personería del demandante, con fundamento estas últimas en que a la época de la demanda la actora Isabel Gala Díaz Granados como los herederos de José Ramón Díaz Granados habían vendido sus derechos en el inmueble a 'Ch. Gautier & Cía.", y, por tanto, no siendo ya dueña la sucesión, carecía de la acción de dominio, y Charles Gautier, liquidador entonces de la sociedad "Ch. Gautier & Cía.", siendo ya dueño, no tenía por qué coadyuvar a la demanda de Gala Díaz Granados, que le había transmitido sus derechos.

Contra esta sentencia definitiva de segundo grado interpusieron recurso de csación Charles Gautier, como representante legal de la sociedad en liquidación "Ch. Gautier & Cía.", e Isabel Gautier de Donado, en su calidad comprobada de heredera legítima de la actora Isabel Díaz Granados de Gautier, y a ambos recurrentes les fue concedido el recurso por el Tribuna Superior. La Corte lo admitió en auto de 10 de agosto de 1937, y no habiendo fundado el recurso sino el recurrente Charles Gautier, en su anotada condición de representante de la sociedad "Ch. Gautier & Cía", en liquidación, quien formuló su demanda de casación en libelo de 21 fojas, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 532 de C. J., la Corte, en providencia de 14 de diciembre último, declaró desierto el recurso en cuanto se refiere a la recurrente Isabel Gautier de Donado, representante de la demandante Isabel Gala Díaz Granados de Gautier, por omisión en fundamentar su recurso dentro del término legal. La ejecutoria de este proveído deja, pues, fuera de toda consideración el recurso en lo relacionado con la demandante señora Díaz Granados de Gautier, quien suplicó, en nombre y representación de la sucesión ilíquida de José Ramón Díaz Granados M., circunstancia ésta que constituye la cuestión central en el estudio de la casación. Punto de consideración previa debe ser el pretendido derecho de Charles Gautier, como representante de "Ch. Gautier & Cía.", en liquidación, para sustentar por sí solo el recurso,, puesto que si legalmente no le compete tal capacidad, la Corte no tiene para qué entrar en el análisis de los motivos alegados en la acusación del fallo del Tribunal.

Tiene indudable interés recordar que en los litigios judiciales no intervienen propiamente sino dos partes, que en concepto de los expositores de derecho procesal, corresponden, al que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de la ley, y a aquél frente al cual ésta es demandada. La calidad procesal de parte en el pleito no proviene ni debe deducirse exclusivamente de la determinada forma en que se conciba el libelo de la demanda judicial, sino que hay que buscarla y deducirla del litigio mismo, de la relación procesal sustancial que es objeto del debate (rem in judicium deducens). La parte actora en el pleito que se considera, dados el texto inequívoco de la demanda y los hechos fundamentales en que se apoyó, es la sucesión del señor José Ramón Díaz Granados Munive, en cuyo nombre y provecho ha sido incoada la acción de dominio de que se trata, representada por un heredero legítimo. La declaración judicial que se persigue a través de este peito es para dicha sucesión, ilíquida en esa parte, según se advierte en el libelo, y la relación procesal sustancial que es materia del debate, vincula a la entidad sucesoral mencionada con el demandado señor Dávila, de manera exclusiva. Ningún respaldo ni fundamento ofrecen los términos e intenciones de la demanda para suponer que el señor Charles Gautier, en representación de la sociedad "Ch. Gautier & Cía.", en liquidación, a pesar de figurar como codemandante, persiga la declaración o reconocimiento judicial de un interés exclusivo y directo de la sociedad que representa, de manera que, hecha abstracción del demandante que ha asumido la representación herencial de José Ramón Díaz Granados, pudiera continuar sosteniendo el pleito como parte.

"Ch. Gautier & Cía." no puede asumir la personería de la sucesión actora, y según los términos en que ha sido planteado el litigio, carece de interés jurídico directo e inmediato que le permita por sí solo el ejercicio legítimo de la acción para obtener la declaración de dominio y la consiguiente restitución en favor de quien no es personero ni representante. En estas condiciones, desaparecida del recurso la parte propiamente actora, resalta nítidamente la calidad de simplemente accesoria que corresponde a la acción de "Ch. Gautier & Cía", en liquidación, y como tál decae y desaparece con la acción principal para la decisión del recurso.

La intervención que Charles Gautier, representante legal de la sociedad "Ch. Gautier

& Cía." ha tenido en este pleito, según él mismo lo advierte en las demandas acumuladas y según se deduce de las observaciones hechas, realiza la figura procedimental denominada por los expositores intervención voluntaria adhesiva (ad adyuvandum, intervención accesoria) reconocida en nuestra ley de procedimiento civil en el art. 233 del C. J., que establece que todo aquel a quien conforme a la ley pueda aprovechar o perjudicar una sentencia, tiene derecho a intervenir en el juicio, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa. El interviniente adhesivo interviene en el pleito para ayuda de una parte. Por esto, cuanto hace en el pleito es hecho por un derecho ajeno, pero no es representante de la parte, precisamente porque ésta es ya parte en el pleito. La ley no pone otra condición a esta intervención que el interés en el pleito y la jurisprudencia estima que éste puede ser un interés de mero hecho, como es el del notario en la querella civil sobre falsedad de un acto suyo, o con más evidencia cuando media un interés de derecho, esto es, cuando la relación jurídica en la cual el interviniente se halla con la parte ayudada, tiene un nexo con el objeto del pleito. La intervención adhesiva puede presentar dos formas: litisconsorcial, cuando el interviniente se halla en relación con el adversario, de tal naturaleza o en forma que la decisión del proceso tengan influencia también sobre él (como el comprador en el pleito contra el vendedor), y entonces el interviniente tiene autonomía y capacidad de litisconsorte; y simple, cuando el interviniente se encuentra en relación jurídica con la parte adyuvada y no con el adversario, de tal manera que el resultado desfavorable del pleito haría más difícil la defensa de su derecho (como si el comprador interviene en el pleito del vendedor). En este caso, que es el contemplado en este recurso, el interviniente adhesivo no puede desarrollar en el litigio sino una actividad coordinada con la parte de la cual es propiamente accesorio, y en ningún caso asumir su sitio principal o aspirar a sobrevivirla procedimentalmente. Estos principios que Chiovenda expone en su tratado sobre derecho procesal civil, son los mismos que informan nuestras normas de procedimiento y los mismos adoptados por la jurisprudencia de la Corte, según puede verse en la compilación de sus doctrinas.

De lo expuesto resulta que, habiendo incurrido la parte demandante en la disposición del artículo 532 del C. J., su coadyuvante Gautier, representante de la sociedad en liquidación "Ch. Gautier & Cía.", carece de la personería indispensable para sostener este recurso en nombre de la sucesión de José Ramón Díaz Granados Munive, o, en otras palabras, no tiene derechos de actor o personería sustantiva.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve: No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, de fecha veintitrés de febrero de mil novecientos treinta y siete, que ha sido objeto del recurso.

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.

Juan Francisco Mújica—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

PERJUICIOS.—DESISTIMIENTO PARCIAL

En un desistimiento parcial lo que ocurre meditar es si su admisión merma el derecho o empeora la situación del demandado. En caso afirmativo, no se admite, porqu lo veda esa merma, ese empeoramiento; en caso negativo, se acepta, por la decisiva circunstancia de no haber valla para reconocer un derecho incuestionable.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En virtud de recurso de casación interpuesto por ambas partes litigantes y debidamente tramitado ya, por lo cual se ha llegado la oportunidad de decidirlo, se halla en esta superioridad la causa ordinaria incoada por los consortes Uldarico Rocha y María Casilda Mejía de Rocha contra The Santa Marta Railway Company, Limited, decidida en primera instancia en el Juzgado 1º del Circuito de Santa Marta en sentencia absolutoria de 10 de noviembre de 1934, revocada por el Tribunal de allí en la de 24 de mayo de 1937. Esta anula el acto jurídico de que se hablará adelante y condena a la Compañía a pagar a los actores como herederos de Juan B. Rocha los perjuicios causados a éste por el accidente de que se hablará también en seguida.

Antecedentes

En lista tan larga que llega al número de sesenta hace la demanda el relato de los hechos fundamentales, que pueden resumirse tomándolos del libelo en que quedó definitivamente formulada el 17 de agosto de 1933 (Cdno. 1º, fols. 14 a 28), así: Juan B. Rocha fue empleado de la compañía demandada del 1º de febrero de 1921 al 10 de mayo de 1932 en distintos cargos; en diciembre de 1922, cumpliendo órdenes de ella salió en un motor de la misma Santa Marta a encargarse de la jefatura de la estación de Aracataca; obtenida la vía y sin que entonces ni antes hubiera barreras en el cruce de la línea del ferrocarril con la calle de San Franciesco, chocó ese motor allí con un camión, de que resultó golpeado Rocha en el cráneo gravemente. Llevado al hospital de la United Fruit Company en esa ciudad, en donde se atendía a los empleados del ferrocarril por contrato con éste, para lo cual éste les descontaba cuota de sus sueldos, fue atendido y dado de alta, sin embargo de lo cual hubo de regresar al hospital por las mismas lesiones, y así sucedió catorce veces, hasta que los mismos médicos del hospital, declarándose incompetentes, le indicaron hacerse tratar de especialista, todo lo cual lo decidió a trasladarse a una clínica de Hamburgo. Con este fin solicitó de la compaña hoy demandada una justa indemnización, y habiéndole ofrecido ella sólo los pasajes de ida y regreso y $ 1,200, rechazó él la oferta y se dio a conseguir el dinero necesario para el viaje; pero como sus diligencias en este sentido y las de sus padres y otras personas de su familia resultasen infructuosas, como la compañía se denegese a pagarle los pasajes y los $ 5,000 que él le exigió en nueva solicitud y como él sintiese que su vida misma estaba en peligro, acabó por allanarse a aceptar la primitiva oferta antedicha para cuyo cumplimiento la compañía lo forzó a firmar el documento que tenía listo con fecha 30 de abril de 1932, lo que vino a suceder el 12 del subsiguiente mayo, no sin que al firmar Rocha dejase de hacerle presente que procedía así por no quedarle otro recurso para salvar su vida. Operado en Hamburgo en forma de extraerle astillas de hierro del frontal y parietal derechos y la pus que de tiempo atrás tenía sobre la dura mater, salió de esa clínica con certificado del cirujano en que se indica que probablemente podría volver a estar en condiciones de trabajar. Los errores de los médicos del hospital de la United, los consiguientes avances del mal y lo tardío de la operación hicieron que Rocha, que sólo esa enfermedad tuvo en su vida y que fue sano y extraordinariamente robusto, a poco de regresar de Hamburgo, de donde llegó el 21 de septiembre de aquel año a Santa Marta, falleciera en esta ciudad a los 34 años de edad el 20 de enero de 1933, en medio de intensos dolores de cabeza que lo privaban de conocimiento por largos ratos y dejando a sus padres en el dolor de esta desgracia y sin su apoyo material y a sus hermanos sin este apoyo y el de su ejemplo y consejos.

Al relato de hechos así resumidos agregan los demandantes que el Juzgado antedicho los declaró herederos de su prenom-

brado hijo legítimo en auto de 17 de mayo de 1933; que el acto de fundación y los estatutos de la compañía demandada se protocolaron en la Notaría de Santa Marta el 11 de abril de 1890 por instrumento número 11, y que esta compañía se legalizó en Colombia por resolución ejecutiva de 20 de junio del mismo año publicada el 27 del propio mes en los números 8136 y 8137 del Diario Oficial.

Invocan en apoyo de su derecho los arts. 2341, 2342, 2356 y 2357 del C. C., entre otros del mismo; el 5º de la ley 62 de 1887 y 1º, 8º, 26, ord. f) y 27 de la 76 de 1920.

Sobre tales bases formulan la intención o parte peitoria de su demanda en seis súplicas, de que claramente se forman dos grupos distintos, así: 1º Declaración de ser absolutamente nulo el acto jurídico citado de 12 de mayo de 1932; 2º declaración, subsidiariamente, de que ese acto es nulo relativamente; 3º consiguiente declaración, también en calidad de subsidiaria, de que el mismo acto queda rescindido. Estas súplicas forman el aludido primer grupo. El segundo grupo lo forman las restantes, a saber: 4º que se condene a la compañía demandada a pagar a los demandantes los $ 20,000 en que estiman los perjuicios materiales y morales causados por el referido accidente; 5º que en subsidio esa cifra sea la fijada mediante avalúo pericial, y 6º que la compañía sea condenada en costas.

Formulada la intención como acaba de resumirse, advierten en seguida los actores que esas peticiones las hacen en su "favor personal, pero con el carácter de herederos declarados del finado Juan B. Rocha; y subsidiriamente en favor de la sucesión" de este señor, la que representan en el carácter ya expresado.

La sentencia recurrida

El Tribunal declaró nulo el citado acto jurídico por vicio del consentimiento, en cuanto éste obedeció a fuerza, no material sino moral, suficiente para invalidarlo; rechaza por tanto las excepciones de pago, transacción y carencia de acción opuestas por la compañía, y después de analizar las acciones incoadas y la personería de los demandantes, la condena a pagarles como herederos de Juan B. Rocha los perjuicios sufridos por éste en virtud del accidente mencionado, considerándolo accidente de trabajo y remitiendo a actuación judicial distinta para la fijación de la cantidad respectiva.

El recurso

Como se dijo, ambas partes recurrieron en casación. Se resumen en seguida separadamente los cargos formulados por cada uno contra el fallo recurrido.

Los demandantes lo acusan como violatorio de las leyes sobre accidentes del trabajo, de ellas ante todo la 57 de 1915, por aplicación indebida, pues no demandaron la indemnización por accidente de esa clase; de suerte que bien habían podido prescindir de tener Rocha la calidad de empleado, pues si esto agravaba la responsabilidad de la compañía, era superfluo en este juicio, a que se agrega que el accidente no lo sufrió él por causa y con ocasión del trabajo, circunstancia requerida por la ley 57 al determinar los accidentes de esta clase, a que se contrae; y añaden que esta ley no es aplicable sino a los obreros con salario no mayor de $ 3,00 diarios, según la 32 de 1922, y que Rocha no era obrero sino empleado con sueldo de 90 dólares (subraya el abogado) mensuales. Y si la ley 133 de 1931 en su art. 9º extendió a todos los empleados y obreros las disposiciones pertinentes de la 57, no entró a regir sino años después del caso de que aquí se trata, y aunque hubiera estado rigiendo a la sazón, no se podría aplicar ésta por no tratarse de accidente de trabajo.

Los demandantes acusan también por violación de los arts. del Código Civil citados desde el libelo (2341, etc.) y de la ley 76 de 1920, en especial en su art. 27, por haberlos dejado de aplicar debiendo haberlos aplicado por tratarse de accidente ferroviario ocurrido a Rocha como pasajero.

Se complementan las dos acusaciones que acaban de resumirse con la de errónea interpretación de la demanda y su respuesta, en cuanto ellas dejaron establecido que el pleito versa sobre indemnización de esta última clase y no de la primera, que fue lo que el Tribunal decidió, sentenciando así una controversia no planteada.

Por las razones aquí resumidas, el abogado de los demandantes ante la Corte concreta su recurso a que la sentencia del Tribunal se case y sea reemplazada por otra que, reconociendo cuál es la verdadera clase y calidad de la indemnización litigada, sea sobre esta base como remite a las partes a la fijación judicial de su cuantía.

La compañía demandada aduce los motivos 1º y 2º del art. 520 del C. J. exponiéndolos separadamente y ordenando los car-

gos relativos a aquel en capítulos distintos, así:

Motivo 2º Incongruencia. El Tribunal falló sobre la nulidad del acto jurídico de 12 de mayo de 1932, no siendo ella materia de la demanda ni, por ende, de su jurisdicción, por haber desistido de esa súplica los demandantes.

Motivo 1º Dentro de éste, como se dijo, formula en sendos capítulos distintos cargos que se resumen así:

Violación del art. 462 del C. J., ante el cual con el alcance que da a un desistimiento, no podía el Tribunal decidir ni entrar a considerar siquiera lo tocante a la nulidad expresada.

Violación del art. 1743 del C. C., por cuanto éste exige petición de parte para que el juez pueda declarar, en su caso, una nulidad relativa, y el Tribunal, que estimó nulo relativamente el citado acto jurídico, procedió a ello sin tal petición, suprimida como quedó por virtud del desistimiento.

Violación del art. 1513 del C. C., porque aun en el supuesto de poder válidamente el Tribunal conocer de la nulidad a pesar del desistimiento, ello es que no hubo fuerza de la definida y regulada por esta disposición legal. En este capítulo detiene su estudio el abogado recurrente en forma que no se discrimina aquí por innecesario a la luz del art. 538 del C. J., según se verá adelante al considerar la causal de casación que la Corte estima fundada.

Violación del art. 91 de la ley 153 de 1887, por haberse admitido prueba de testigos en asunto mayor de $ 500 como demostración de algo que dijo Rocha al otorgar o suscribir el 12 de mayo de 1932 el referido documento preparado desde el 30 de abril precedente, a que se agrega que de ese dicho no obra en el proceso prueba distinta de las aludidas declaraciones, las que concurren eficazmente a fundamentar el concepto de fuerza por el cual se le reputó nulo.

Violación de los arts. 1625, 1626, 2469 y 2483 del C. C.

El primero de ellos dice cómo se extinguen las obligaciones, y el Tribunal al condenar a la compañía no hace salvedad alguna debiendo hacerla, aun en el concepto de condena, en atención a lo que la compañía cubrió a Rocha tanto durante su enfermedad en hospitalización, como después dándole los pasajes para el viaje a Hamburgo y $ 1,200. El segundo de ellos define el pago, y el Tribunal desconoció el que la compañía hizo con las prestaciones de que acaba de hablarse. Los otros dos artículos se refieren a la transacción, el uno para definirla y el otro, entre otras cosas, para decir que tiene fuerza de cosa juzgada. Y no otra cosa que una transacción, que es un medio de extinguir las obligaciones, contiene el citado acto jurídico. Tal dice el recurrente, quien de ahí deduce este cargo observando que el Tribunal desconoció estas excepciones de pago y transacción opuestas por su parte.

Violación del art. 6º de la ley 57 de 1915, porque la asistencia médica respectiva la prestó el demandado y además no puede entenderse, para dar por cumplida su obligación, que aquélla haya de llegar a curación precisamente. Agrega que Rocha no era obrero.

Durante los respectivos traslados de la demanda de casación de cada una de las partes a la otra como su opositora aconteció que el demandado no contestó la de los demandantes y que éstos al responder como opositores observaron que la compañía no puede reputarse recurrente sino en lo que la desfavorezca, por lo cual no puede ser oída en su reclamo contra la negativa dada por el Tribunal al desistimiento de la acción de nulidad hecho por los demandantes, los cuales se conformaron con la negativa.

Y no al fundar su propio recurso sino al contestar como opositores el de la compañía, arguyen los demandantes que el Tribunal no ha debido aceptar el citado documento privado de 30 de abril porque en lo tocante a estampillas no se ajustó a cabalidad a las pertinentes disposiciones del decreto ley Nº 92 de 1932, de donde dicen derivar razón para abstenerse de refutar las reflexiones del recurrente contra el concepto del Tribunal sobre nulidad del acto jurídico que ese documento contiene.

A este último respecto conviene desde luego observar que el Tribunal no pasó por alto lo aludido sobre estampillas y que tomó en consideración aquel documento en fuerza de motivos contra los cuales los demandantes no han formulado en casación reparo alguno. Los demandantes afirman desde su libelo la celebración de ese pacto, el demandado presentó el respectivo documento desde que contestó la demanda, ninguna de las partes lo objetó ni redarguyó en el curso del pleito. De otro lado, el Tribunal no se funda cardinalmente en el documento mismo, sino en el hecho del pacto y en el completo acuerdo de las partes sobre sus estipulaciones y fecha. Repítese que sobre este concepto del Tribunal y sobre los hechos que a él lo condujeron y a que acaba de aludirse, ningún reparo hacen los demandantes en su demanda de casación.

Además, si la ley no admite el dicho de testigos, en general, para probar obligacio-

nes de valor mayor de $ 500 ni modificaciones a la prueba escrita que sobre ellas se haya extendido, no por eso rechaza o excluye todo otro medio probatorio, y entre éstos se hallan la confesión y el acuerdo de los litigantes, en sus casos.

El desistimiento

Obliga a estudiarlo ante todo su trascendencia, la que llega al extremo de que sólo acogiendo el rechazo o negativa del Tribunal a admitirlo podrían estudiarse las súplicas de la demanda no incluídas en aquél y de que, del propio modo, si se le admite, no hay lugar siquiera a estudiar estas restantes súplicas.

Ese desistimiento tuvo lugar así: el abogado de los demandantes que, a más de haberlos asistido en el levantamiento preparatorio de pruebas, v. gr., las declaraciones de testigos de los fols. 16 y 17 del cuaderno principal, los representó en ambas instancias en ejercicio del poder que le confirieron apenas la demanda quedó formulada en forma definitiva (de manera que terminando ella en el folio 28 del mismo cuaderno, el memorial poder se halla al folio 29), en la audiencia pública desistió de las súplicas relativas a la nulidad, según se ve desde la primera foja (fol. 72 ibídem), del memorial presentado por él personalmente como resumen de su alegato oral de entonces. Se advierte que aquel poder contiene expresa facultad de desistir.

Según se vio ya aquí, dos grupos separados resaltan en la lista o elenco de la parte peitoria de la demanda: el primero versa sobre declaración de nulidad absoluta (punto primero), o en subsidio de nulidad relativa (punto segundo), con la consecuencial rescisión en este último caso (punto tercero); y el segundo versa sobre condena al pago de los perjuicios materiales e inmateriales antedichos por la suma de $ 20,000 en que los estiman los actores (punto cuarto), o en subsidio por la que fijen peritos (punto quinto) y las costas del juicio (punto sexto).

El desistimiento en referencia es incondicional y se formula en forma categórica y clarísima; de suerte que, a mayor abundamiento, el desistente agrega que por lo mismo el "Tribunal deberá fallar únicamente sobre las peticiones de los puntos 4º, 5º y 6º del libelo corregido, en cuanto son peticiones principales." Advierte que el pedimento 5º es subsidiario del 4º.

Aunque el desistimiento es incondicional y así lo anota el desistente, es de observarse que está causado o motivado por la independencia que él advierte entre los dos referidos grupos de peticiones, por entender él, según manifiesta allí (en el citado fol. 72 frente), que al pedir los demandantes para la sucesión de Juan B. Rocha formulan esta solicitud así en forma subsidiaria y porque los pedimentos 1º, 2º y 3º de que desisten "no son cimientos o bases de las peticiones contenidas en los puntos 4º, 5º y 6º..."

Habla de demenda corregida, porque primitivamente presentó una que enmendó sustituyendo así aquélla, en oportunidad tal que el demandado sólo tuvo que referirse a la que quedó como definitiva, que es la que aquí en los antecedentes se halla resumida y en parte trascrita.

El Tribunal en la sentencia hoy recurrida se denegó a admitir el desistimiento reputándolo reforma de la demanda, por lo cual lo tachó de extemporáneo ante el art. 208 del C. J.

Desistir es un derecho expresamente reconocido a cada cual por el art. 461 de dicho código. La autoridad está obligada por eso mismo a reconocérselo a quien quiera que desista, sin más limitaciones, en sus casos, que las expresadas en el art. 465 ibídem. Esto, por lo que respecta al desistimiento en tesis general. Una vez trabada la litis porque se formuló en definitiva la demanda y se la respondió —lo que solía llamarse cuasicontrato de litis contestatio— es claro que un desistimiento parcial puede no ser admisible, en cuanto tropiece con el derecho de la contraparte, porque le altere las acciones incoadas en sí mismas o en la faz con que queden las que deja en pie, por el retiro de aquéllas de que se pretende prescindir. Consideraciones de esta índole son las que llevaron al legislador a cerrar en la oportunidad del citado art. 208 la posibilidad de modificar la demanda. Pero, si la supresión de una o más de varias acciones incoadas o de varias peticiones formuladas en un libelo determinan indudablemente alteración en él, no por esta sola circunstancia puede negarse el desistimiento parcial, en cuanto no lesione el derecho referido. Si, por ejemplo, al demandar en reivindicación se ha pedido la restitución del respectivo bien y además se han demandado sus frutos, el juez no puede, más celoso por la causa del demandante que éste mismo, negarse a admitir el desistimiento de esta última petición y la consiguiente reducción de sus pretensiones a la entrega de la cosa, pues la prescindencia en nada menoscaba el derecho del demandado ni le desmejora la situación creada con el presupuesto procesal inicialmente trazado.

En suma, en un desistimiento parcial como el de que aquí se trata lo que ocurre meditar es si su admisión merma el derecho o empeora la situación del demandado. En caso afirmativo, no se admite, porque lo veda esa merma, ese empeoramiento; en caso negativo, se acepta, por la decisiva circunstancia de no haber valla para reconocer un derecho incuestionable.

Esto último es lo que aquí sucede, puesto que no se advierte alteración desfavorable para la compañía en la situación creada para ella con la demanda y su respuesta ni con la actuación de ambas instancias, porque se la relevara de la carga de defender el acto jurídico de 12 de mayo contra el ataque de nulo formulado en las súplicas de que la parte demandante desistió.

Vale esto como decir que no fue legal la negativa a admitir el desistimiento en el presente juicio y que por lo mismo, retiradas del conocimiento y jurisdicción del Tribunal las súplicas materia de aquél, el estudio y decisión debieron reducirse a las súplicas restantes.

El documento de 30 de abril tantas veces citado lo suscribieron el gerente de la compañía hoy demandada, que allí se llama "la empresa", y Juan B. Rocha. Su cláusula primera es de este tenor:

"1º La empresa reconoce y paga al señor Rocha la suma de mil doscientos ($ 1,200) pesos, oro legal, y Rocha los acepta y declara que ha recibido la suma de mil doscientos ($ 1,200) pesos, oro legal, a su entera satisfacción y por lo tanto renuncia a todo derecho, acción o pretensión que tuviera o que tenga por motivo de licencias, sueldos, accidentes de trabajo o indemnización de daños y perjuicios por delitos o cuasi-delitos de parte de la empresa o de sus empleados, en especial de lo ocurrido en 24 de diciembre de 1922, en la calle de San Francisco al chocar un motor de la empresa contra un camión de la fábrica de hielo, y en el cual sufrió un golpe en la frente, aunque declara que la empresa está eximida de dicho accidente por no tener culpa en él. Declara que exime a la empresa de toda responsabilidad y obligación que tuviera o que tenga por razón de servicios médicos durante su empleo en la empresa. Declara caducado el certificado de seguro colectivo obligatorio; quedando así definitivamente arreglados todos los asuntos que había o podía haber entre la empresa y el señor Rocha."

Otras tres cláusulas completan el convenio así: la 2ª contiene declaración de Rocha sobre que la empresa le prestó los servicios médicos de ley en todo el tiempo de su empleo; la 3ª hace constar él que se retira de la empresa expontáneamente y ella que Rocha hasta última hora ha sido empleado de buena conducta y consagración a su trabajo; y la 4ª, referente a los pasajes de ida y vuelta a Alemania, contiene manifestación de que se otorga a Rocha en gracia de su buen comportamiento y no implican vínculo jurídico ninguno entre él y la empresa.

Como se ve, es decisivo el alcance de estas estipulaciones sobre la indemnización aquí demandada, siendo así que ella tiene por causa y fuente el accidente sufrido y sus consecuencias antedichas, acerca de todo lo cual quedó formulada por Rocha inequívoca y terminante renuncia.

Si se tratara de demanda por accidente de trabajo incoada por el obrero o empleado contra la persona natural o jurídica en cuyo servicio lo sufrió, sería el caso de estudiar la renuncia a la luz del art. 15 del C. C. en relación con la prohibición de la renuncia establecida por las leyes sobre aquellas materias, a fin de conceptuar acerca de su validez. Pero a todo lo largo del litigio los demandantes consideran la indemnización como derivada de accidente ferroviario, comenzando por la cita de disposiciones legales hecha en la demanda, como los referidos arts. 2341 y concordantes del C. C., los de la ley 76 de 1920 y la ley 62 de 1887, en su art. 5º; siguiendo en sus alegaciones de instancia, y terminando en su actual demanda de casación encaminada cabalmente a corregir el error del Tribunal consistente en haber reputado el pleito como de indemnización por accidente de trabajo, en vez de reconocer que se ha demandado a una empresa ferroviaria por accidente de esta clase ocurrido a un pasajero.

De otro lado, si en segunda instancia el abogado de los demandantes insistentemente se esforzó porque a los demandantes no se les atribuyese que demandaban como continuadores de la persona de su hijo y porque se entendiese que demandaban en nombre propio principalmente, en fuerza de invocar como subsidiaria su demanda para la sucesión, ello es que adujeron su calidad de herederos de su hijo y trajeron las pruebas necesarias para acreditarlo y que, sobre todo, el Tribunal pronuncia condena en su favor como herederos y en razón del accidente y sus consecuencias sufridos por Rocha, y que contra esto los demandantes no formulan en casación cargo ni reparo algu-

no. Para comprender mejor el alcance de esta circunstancia decisiva al respecto, se trascribe de la parte resolutiva del fallo del Tribunal lo pertinente, a saber: "Condénase a The Santa Marta Railway Company, Limited, a indemnizar a los señores María C. de Rocha y Uldarico Rocha, herederos de Juan B. Rocha, los perjuicios que a éste le causó el mencionado accidente." (Subraya la Corte).

No podría, pues, en el estado actual del pleito, del presente recurso y del modo como las partes lo fundaron, entenderse que los demandantes piden indemnización del perjuicio sufrido por ellos con la muerte de su hijo, en vez de haber demandado que se les paguen los que sufrió él hasta su muerte a partir del accidente memorado. Y aun en el evento de poderse entender que la indemnización demandada no fue ésta sino aquélla, ocurriría pensar si tal acción de los demandantes, así considerada como personal de ellos, no estaría prevenida o atajada por la renuncia amplísima contenida en el documento que aquí en lo pertinente se ha trascrito, cuya claridad es inequívoca. Es tan evidente que la finalidad de ese pacto fue la de erigir una valla contra toda pretensión motivada en el referido accidente y sus consecuencias, que lo primero que se propusieron los demandantes fue anularlo, en la mira de allanar el obstáculo que oponía a la condenación buscada por ellos al incoar el pleito.

Suprimidas del debate a virtud del desistimiento las peticiones encaminadas a que con la anulación ese pacto cayese, las cosas se hallan en su estado anterior a la demanda, sin posibilidad ya de someterlas a controversia, según mandato del citado art. 462, lo que significa que se halla en pie el muro levantado por ese pacto contra toda acción de condena nacida de ese mismo accidente y sus consecuencias.

En suma: la Corte halla fundado el cargo de violación de los arts. 462 del C. J. y 1625, 1626, 2469 y 2483 del C. C., en fuerza de lo expuesto acerca del desistimiento de las peticiones de la demanda sobre nulidad del convenio de 12 de mayo, así como de la influencia decisiva que la vigencia de éste tiene contra las súplicas restantes del libelo inicial, esto es, las que el desistimiento dejó en pie como objetivo único del pleito y materia única del fallo.

Las consideraciones hechas en los capítulos precedentes, a la vez que conducen a casar la sentencia recurrida, son la motivación de la que ha de reemplazarla y que la Corte ha de pronunciar en obedecimiento de los arts. 538 y 539 del C. J.

A este último fin de motivar la sentencia de instancia, aunque como acaba de decirse son suficientes los conceptos expuestos ya aquí, para mayor claridad del relativo a la forma como se estima la personería de los demandantes o por mejor decir la calidad con que demandan en lo atañedero a su vinculación con Juan B. Rocha, se advierte que la demanda la encabezan en estos precisos términos:

"Nosotros, Uldarico Rocha y María Casilda Mejía de Rocha.... en nuestro carácter de herederos declarados de nuestro finado hijo Juan Bautista Rocha, quien era mayor y tuvo su último domicilio en este distrito, demandamos en vía ordinaria a The Santa Marta Railway Company, Limited,..... para que con su audiencia se falle:"

En seguida formula la demanda las seis peticiones varias veces aquí citadas, de las cuales la primera, que versa sobre la nulidad absoluta del citado acto jurídico de 12 de mayo, lo cita en estas palabras: "por medio del cual nuestro hijo Juan B. Rocha renunció a cualquier reclamación que pudiera tener contra la sociedad demandada, por razón del accidente sufrido por él..... de que hablaremos con detalles en los hechos de esta demanda."

Los puntos 2º y 3º de la parte petitoria versan, como tantas veces se ha dicho, sobre subsidiaria solicitud de nulidad relativa y sobre consiguiente rescisión de aquel acto. El punto 4º, que contiene la solicitud de pago, lo formularon así: "Que debe condenarse y se condena, a la sociedad demandada a pagarnos, por concepto de indemnización de perjuicios materiales y morales causados por el accidente de que trata el punto 1º de esta parte petitoria, la suma de veinte mil pesos ($ 20,000) oro legal, teniendo en cuenta el actual valor adquisitivo de la moneda."

El punto 5º pide en subsidio que la suma sea la que se fije por peritos, y vuelve a decir que se condene a dicha sociedad a pagar a los actores "por concepto de indemnización de perjuicios materiales y morales originados por el accidente de que trata el punto 1º...."

Apenas habrá para qué repetir que el punto 6º pide condenación en costas contra la compañía.

Estas trascripciones ponen en mayor evidencia los conceptos expuestos en los anteriores capítulos del presente fallo sobre estos puntos: la demanda arranca del accidente, de modo que la indemnización es la de los perjuicios causados por él; por tanto, aunque pudiera prosperarles a los deman-

dantes la pretensión de que demandan personalmente, no podría menos de reconocerse que en la vigencia del pacto de 12 de mayo, intocable por el desistimiento, hay un escollo que cierra la posibilidad a la condena. Estimar la demanda en esa forma personal a que acaba de aludirse sería algo reñido con las claras declaraciones que acaban de trascribirse hechas en ella por los mismos demandantes acerca del modo como se presentan a demandar y la calidad que para esto invocan. Ya se dijo, y ahora tal vez innecesariamente se repite, que sobre los conceptos del Tribunal y su forma expresa de la condenación respectiva nada reclaman los demandantes ahora en casación y que esa forma expresa condena a pagarles como herederos de Juan B. y por los perjuicios sufridos por éste en razón del accidente, tal como reza la sentencia en el numeral respectivo de su parte resolutiva trascrito aquí.

Atacado aquel pacto como nulo, ya absoluta, ya relativamente, en los pedimentos de la demanda sobre los cuales vino un desistimiento que no hay motivo legal para no admitir y hechos intocables por lo mismo los convenios en él acordados sobre indenización a cargo de la empresa ferroviaria hoy demandada y a favor del pasajero Juan B. Rocha, se impone la absolución aquí demandada a esa empresa por ese mismo accidente.

Así, pues, la Corte llega, aunque por sendero distinto, a la misma conclusión a que llegó el Juzgado de primera instancia, cuyo fallo, por ende, habrá de confirmarse al reemplazar la sentencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia dictada en este pleito por el Tribunal Superior del distrito judicial de Santa Marta el 24 de mayo de 1937, y en su lugar confirma la de primera instancia, pronunciada por el Juzgado 1º del Circuito de Santa Marta el 10 de noviembre de 1934.

Sin costas en las instancias ni en la casación.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION

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

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín concedió el recurso de casación interpuesto por Cipriano Antonio Jiménez contra la sentencia del mismo Tribunal, dictada el 30 de julio de 1937, confirmatoria en todas sus partes de la del Juzgado primero Civil del Circuito de Medellín, que desató en primer grado y en forma totalmente negativa la demanda incoada por Cipriano Antonio Jiménez como "cesionario y agregado de Valerio Bedoya" contra las herederas de don Juan Lalinde, señoras Julia Lalinde de Restrepo y Elena Lalinde de Vélez.

En tal virtud llegaron los autos a la Corte. Surtidos los trámites legales, fue admitido el recurso y se dio traslado a la parte recurrente, por auto de 28 de enero del año en curso, la que tuvo a su disposición el expediente desde el día 1º de febrero siguiente.

Habiéndose abstenido el recurrente de sustentar el recurso dentro de los treinta días que para el efecto concede la ley, según informe de la Secretaría, es el caso de dar aplicación al artículo 532 del Código Judicial, que dispone declarar desierto el recurso y condenar al actor en las costas.

En vista de las razones anteriores, 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 Cipriano Antonio Jiménez contra

la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha treinta de julio de mil novecientos treinta y siete.

Sin costas, por no aparecer que se hayan causado.

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

Juan Francisco Mújica—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS.—EXTENSION SUPERFICIARIA DE UN TERRENO. DICTAMEN PERICIAL.—INSPECCION OCULAR

1. Una rigurosa y matemática exactitud en los cálculos superficiarios de un terreno sólo es posible y necesaria en juicio, cuando por la naturaleza de la cuestión controvertida o por la voluntad manifiesta de las partes oportunamente expresada, se requiere, o se ha solicitado, el levantamiento de planos topográficos o de medidas científicas. En los demás casos le basta al Juez atenerse a los datos del expediente que hagan verosímil el hecho, siempre que esos datos no estén claramente en contradicción con la realidad de las cosas o con otras verdades procesales.—2. Los artículos 722 y 730 del Código Judicial son de carácter sustantivo—3. Cuando en el juicio hay elementos para fijar el importe líquido de los perjuicios, es ilegal que el juzgador se abstenga de hacerlo, o de indicar cuando menos las bases esenciales con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, pues de acuerdo con el artículo 480 del Código Judicial, "sólo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hace la condena, a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia".

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

(Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Francisco Barbés, vecino de Ciénaga, en libelo de fecha 1º de marzo de 1934, promovió juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios contra la United Fruit Company, sociedad anónima, domiciliada en Nueva Jersey, con negocios permanentes en Colombia y oficina en la ciudad de Santa Marta.

En la parte petitoria de la demanda dijo el actor:

1º Que se condene a la compañía demandada "a indemnizarme los perjuicios que me ha causado en mis potreros El Encanto y Los Ceibones, situados en la región de Tierra Nueva, de la comprensión del Municipio de Pueblo Viejo, perjuicios que estimo en la cantidad de doce mil pesos ($ 12.000.00) moneda corriente.

2º "A pagarme las costas del presente juicio.

3º "Subsidiariamente se le condenará a la indemnización de perjuicios por el valor que se determine por peritos o por otro medio de prueba, en el presente juicio.

4º "A falta de las anteriores condenaciones, se le condenará a la indemnización de perjuicios en abstracto, para determinar su valor en juicio separado".

El señor Barbés, al exponer los hechos fundamentales de su demanda, sostuvo que la United Fruit Company construyó un canal que, desviando el curso natural de las aguas de las quebradas Chingaleal y Tres Vueltas y del río Cataca, y haciéndolas desembocar en el caño Saco, se desbordaron de éste a los potreros El Encanto y Los Ceibones, de propiedad del demandante.

"Las aguas de las quebradas y río mencionados —agregó Barbés—, desviadas de su curso natural y conducidas por el canal referido, me han causado los siguientes daños: destrucción de trescientas (300) hectáreas de pastos, más o menos; destrucción de los corrales y cercas de alambre de púas; destrucción de una casa de habitación; destrucción de algunos árboles frutales; muerte de varias cabezas de ganado.

"Igualmente he sufrido los daños resultantes de la imposibilidad de restituír los cultivos destruídos por estar las tierras inun-

dadas; y los resulestantes de la disminución del valor comercial de mis mencionados potreros".

El representante de la United Fruit Company contestó la demanda negando el derecho alegado por el actor y los principales hechos en que lo funda, porque "no es cierto que obra alguna de la compañía demandada haya ocasionado inundaciones ni daños en cultivos del demandante". Y en vía de defensa propuso la excepción de prescripción anual consagrada por el artículo 1007 del Código Civil.

Agotada la tramitación de la primera instancia, el juzgado del conocimiento —2º del circuito de Santa Marta—, en sentencia del 22 de enero de 1936 desató la litis:

"Primero. Declárase no probada la excepción de prescripción alegada por el señor gerente de la compañía demandada. Segundo. Condénasele a pagar al señor Francisco Barbés la suma de doce mil trescientos catorce pesos ($ 12.314.00) moneda corriente, en que se avalúan los perjuicios que le ha ocasionado la United Fruit Company en los potreros El Encanto y Los Ceibones, en conformidad con las respectivas exposiciones periciales y demás pruebas pertinentes sobre el particular. Las costas de la parte favorecida en derecho se aprecian en quinientos pesos moneda corriente, y el Secretario tasará las que le corresponden de acuerdo con la ley".

En virtud de apelación interpuesta por el gerente de la United Fruit Company, el negocio subió al conocimiento del tribunal superior de Santa Marta. Una vez cumplidos los trámites de regla, el tribunal puso fin a la segunda instancia por medio de la sentencia de fecha 18 de diciembre de 1936, cuya parte resolutiva es de este tenor:

"Por lo que se deja expuesto, el Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el punto primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada. Reforma el punto segundo en el sentido de condenar a la United Fruit Company a indemnizar al señor Francisco Barbés de los perjuicios que le causaron las inundaciones de sus potreros por causa de las obras que llevó a cabo dicha compañía, perjuicios que se estimarán de acuerdo con la ley. Se revoca la parte que condena en costas, y en su lugar se declara que no hay lugar a costas en las dos instancias".

Uno de los magistrados de la sala falladora se apartó del concepto de la mayoría, y en el respectivo salvamento de voto dejó constancia —entre otras cosas— de que en su sentir existen las pruebas legalmente suficientes para pronunciar en este juicio una condenación en concreto contra la United Fruit Company.

A ninguna de las dos partes satisfizo el fallo del tribunal e interpusieron ambas el recurso de casación. Admitido en la Corte y corridos luégo los traslados respectivos, resultó que sólo el demandante recurrente formuló demanda de casación. La United Fruit Company no lo hizo y, en consecuencia, hubo de declararse desierto el recurso por ella interpuesto. Como opositora tampoco alegó la entidad demandada. Cumplida ya la tramitación que ordena la ley, ha llegado el momento de que la Corte proceda a decidir el recurso.

El tribunal no consideró suficiente el dictamen pericial de los peritos Rodolfo Viguié y M. Rovira Bolaño, en orden a fundar una condenación en concreto de los perjuicios causados al demandante Barbés. Con una ligerísima discrepancia en cuanto al cálculo de la extensión de terreno dañada por las aguas, estos dos peritos avaluaron los daños en la cantidad de doce mil trescientos catorce pesos moneda corriente ($ 12.314.00).

Es así la crítica que el tribunal formúlale al mencionado dictamen pericial:

"Para llegar a esa cifra, el perito Viguié hace el siguiente raciocinio: '..... los potreros El Encanto y Los Ceibones, de propiedad del señor Barbés, según las escrituras públicas de compra, tienen una extensión de trescientas sesenta y ocho hectáreas, de las cuales se inundó el ochenta por ciento (la mayor parte inundada actualmente y la otra inundada hasta época muy reciente). El ochenta por ciento de la extensión total de los potreros son doscientas noventa y cinco hectáreas'.

"El punto de las hectáreas de pasto dañadas fue uno de los hechos de la demanda (el 1º), y en él quedaron en desacuerdo ab-

soluto las dos partes. Fuera de la mención que sobre la cantidad total de los potreros hacen las escrituras de Barbés, no hay en el litigio ninguna prueba que determine ni el área de los aludidos terrenos ni la cantidad exacta que estaba bajo las aguas o más propiamente de cultivos dañados.

"Ante esta situación, los peritos apelaron al procedimiento deductivo tomando como base para el cómputo de las hectáreas de pasto dañadas el ochenta por ciento del área fijada en las escrituras.

"Conviene examinar estos documentos para saber si los peritos anduvieron ajustados a la realidad o posible realidad de las cosas, en este punto.

"La escritura que se refiere al predio denominado Los Ceibones contiene estos datos acerca de su área y sobre la cantidad de pastos: 'Que el exponente (Onofre Polo) transfiere al señor Francisco C. Barbés.... un lote de tierra denominado Los Ceibones, ubicado en el Corregimiento de Tierra Nueva.... constante de ciento cincuenta hectáreas más o menos... cultivado en parte de pastos artificiales y en parte inculto....'

"La cabida de este terreno tomada de una manera fija por los peritos, sin tener en cuenta la expresión "mas o menos" que acerca de ella emplea el propio vendedor, le resta exactitud al peritaje, desde luego que estimó como invariable en materia de cabida, lo que era cuestión dudosa conforme al documento tomado como base de información.

"Hay más: Lo transcrito del título correspondiente a Los Ceibones indica en una de sus partes, que no todo este predio está cultivado de pastos artificiales: hay también en él una porción inculta. Esta cuestión, de importancia decisiva en el peritaje, fue pasada por alto por los expertos, y ello ciertamente le resta valor de convicción al dictamen, porque habiendo en el terreno pastos y montes incultos, ¿cuál fue la cantidad exacta de aquéllos (pastos) dañada por las aguas? Si ni siquiera se estableció cuánto pasto artificial había y qué cantidad de monte existía en el terreno, ¿es posible hacer la deducción matemática de que se vale el peritaje para fijar como dañado un ochenta por ciento de los primeros?

"Ahora bien: hay testigos en el pleito, que dicen haber visto cultivados los terrenos con anterioridad al año de mil novecientos treinta, pero ello debe entenderse sin perjuicio de la afirmación del vendedor de Los Ceibones, que dijo en el título otorgado en mil novecientos veinte y nueve, que había 'parte cultivada y parte inculta'.

"Lo anterior dice relación al peritaje en cuanto a la cantidad de pastos que se dice dañada, y de ello resulta, como se ha visto, que hubo un manifiesto error de los expertos.

"El resto del avalúo ni siquiera es fundado; por consiguiente, mal puede serlo 'debidamente', como lo exige el artículo 721 del Código Judicial.

"Síguese de lo expuesto, que el avalúo de los peritos que estuvieron de acuerdo no forma plena prueba y debe desecharse, como al efecto se desecha".

El recurrente, entre otras acusaciones, sostiene que el tribunal, desechando el dictamen pericial, violó directamente, en primer lugar, el artículo 730 del código judicial, que determina el mérito de la prueba de inspección ocular, pues hizo caso omiso de ella, no obstante que allí están relatados los hechos constatados por el personal que la practicó; y en segundo lugar, infringió también el artículo 722 de la misma obra, al desechar la opinión de los peritos sobre la cabida del predio invadido por el agua y sobre la existencia de pastos, hechos que ellos percibieron directamente por sus sentidos, especialmente por el de la vista y analizaron a la luz de sus conocimientos, tanto teóricos, adquiridos en virtud de estudios, cuanto prácticos, por prolongado, directo y continuo conocimiento de las cosas que se les preguntaron.

Para la Corte, éstos son los dos cargos que prosperan, derrumbando, como va a verse, el motivo que tuvo en cuenta el tribunal para abstenerse de fulminar una condenación en concreto.

El día 19 de julio de 1934 el juez de circuito de San Juan de Córdoba, por comisión del que estaba conociendo en primera instancia del juicio, practicó una detenida inspección ocular sobre los terrenos de Barbés, con el fin de comprobar los hechos fundamentales de la demanda, tanto en lo referente a la existencia de perjuicios cuanto a la extensión de éstos. En la inspección intervinieron, en calidad de peritos, los señores Rodolfo Viguié, designado por el actor; Eduardo Little, designado por la compañía demandada, e ingeniero Manuel Rovira Bolaño, nombrado por el juez como tercero.

En la referida inspección ocular quedaron claramente establecidos los siguientes hechos, de todo lo cual los tres peritos dan fe, pues los cálculos son obra de ellos, según se expresa en el acta:

1º Los potreros de El Encanto y Los Ceibones se encontraron inundados en su mayor parte y en las otras partes había señales de haber sufrido inundaciones recientes;

2º Por los vestigios encontrados se comprobó que el nivel de las aguas había sido superior al que se encontró el día de la inspección;

3º En las partes inundadas se encontraron manchas de pasto sativo ya podrido y manchas de vijao y otras yerbas, que según el concepto de los peritos sólo nacen en tierras inundadas;

4º Quedó ahogada una platanera de hectárea y media de extensión, además de una casa destruída por la inundación y cerca de ella un corral;

5º Igualmente cercas de alambre destruídas por las inundaciones;

6º En el concepto unánime de los tres peritos el globo de tierra encerrado por los dos potreros se inundó en un ochenta por ciento (80%), permaneciendo seco el veinte por ciento (20%) restante;

7º Se verificó que mientras los potreros permanezcan inundados no es posible restituír los cultivos de pastos artificiales, cercas y casas que había allí.

Los peritos con estos datos procedieron al avalúo de los perjuicios; dos de ellos, los señores Viguié y Rovira Bolaño, estuvieron acordes en lo siguiente:

Los potreros El Encanto y Los Ceibones tienen, según las escrituras de compra exhibidas por Barbés, una extensión superficial de trescientas sesenta y ocho (368) hectáreas, de las cuales se inundó, según la inspección ocular, un ochenta por ciento. El ochenta por ciento de la extensión total del área inundada de doscientas noventa y cuatro hectáreas, según el perito Rovira Bolaño, y doscientas noventa y cinco hectáreas, según el perito Viguié. En esas regiones hacer una hectárea de pastos artificiales cuesta treinta y cinco pesos ($ 35), así: quince pesos ($ 15) moneda legal, la tumba de monte; semilla, diez pesos ($ 10); siembre de la misma y limpia de los potreros hasta que los pastos "se cierren", diez pesos ($ 10). De manera que las hectáreas de pasto que había en los potreros valen $ 10.325, según Viguié, y $ 10.304, según Rovira Bolaño, diferencia debida únicamente a que los peritos discrepan en una hectárea en el cálculo del terreno dañado. La casa de habitación destruída la avaluaron en $ 200; la platanera en $ 450; el alambre para reponer el oxidado y el roto en los potreros, calculándolo en veinte quintales, en $ 100; la restauración de las cercas, computando jornales, postes de madera y grapas, en $ 960; y la restauración del corral con postes de madera y alambre de púas en $ 300.

El perito de la compañía demandada, señor Little, se abstuvo de hacer avaluaciones, fundado en que la compañía no era responsable de los daños que se le imputaron.

Los peritos Viguié y Rovira Bolaño tomaron, pues, como base de sus cálculos acerca de la extensión superficial de los terrenos de Barbés, denominados "El Encanto" y "Los Ceibones", las escrituras públicas por medio de las cuales Barbés adquirió esos terrenos. Mediante escritura pública número 105, otorgada en Ciénaga el 26 de marzo de 1929, Onofre Polo vendióle a Barbés la finca ca de Los Ceibones, "constante de ciento cincuenta hectáreas, más o menos, con casas de habitación, corrales, cercas de alambre de púas, cultivado en parte de pastos artificiales y en parte inculto"; y mediante escritura número 196, otorgada también en Ciénaga, Gonzalo y Pablo Hernández le vendieron a Barbés una finca cultivada de paja, ubicada en el caserío de Tierra Nueva, municipio de Pueblo Viejo, con una área de doscientas diez y ocho hectáreas (218), finca que es la llamada en el juicio, El Encanto.

Según el dato de las escrituras, las dos fincas tienen de consiguiente una extensión próxima a trescientas sesenta y ocho hectáreas.

Este dato, como los demás en que se apoyan los peritos, no fue siquiera puesto en duda por la Compañía, la cual no opuso objeciones al dictamen, ni tampoco les pidió en tiempo oportuno explicaciones a los expertos.

De esta manera el dato es intachable. Y al tomarlo en cuenta los peritos, hiciéronlo correctamente, sin que valga alegar, conforme a la objeción del tribunal, que, como la cabida dada en la escritura para el potrero de Los Ceibones es apenas aproximada, al tomarla los peritos por cierta le restan exactitud a sus afirmaciones. Porque semejante objeción pierde de vista que cuando por aproximación se fija una cantidad, significa en la opinión corriente que ella es la más probable entre el grupo de unidades inmediatamente anteriores y posteriores a la escogida como medio; y que una rigurosa y matemática exactitud en los cálculos super-

ficiarios acerca de la extensión de un terreno sólo es posible y necesaria en juicio, cuando por la naturaleza de la cuestión controvertida o por la voluntad manifiesta de las partes voluntariamente expresada, se requiere, o se ha solicitado, el levantamiento de planos topográficos o de medidas científicas. En los demás casos le basta al juez atenerse a los datos del expediente que hagan verosímil el hecho, siempre que esos datos no estén claramente en contradicción con la realidad de las cosas o con otras verdades procesales. En estos eventos es legal admitir cálculos por simple aproximación, respaldados por otros medios.

En el caso contemplado, ni la naturaleza del hecho controvertido exigía de suyo medidas científicas, ni a los peritos se les requirió a que las levantaran, y antes por el contrario, las partes se atuvieron, nombrándolos, a sus conocimientos comunes de personas que, aunque capacitadas para dictaminar sobre los hechos del interrogatorio pericial, no son, sin embargo —por lo menos en el expediente no aparece que lo sean— verdaderos técnicos en topografía. El único ingeniero que intervino, el doctor Rovira Bolaño, fue nombrado por el juez.

De consiguiente, los peritos no le restan exactitud a sus afirmaciones acerca de la extensión de los terrenos El Encanto y Los Ceibones, apoyándose en la escritura de compra del último, que reza ciento cincuenta hectáreas aproximadas, a tiempo que, en cambio, la escritura de compra del otro terreno sí da una medida exacta, y a tiempo también que los peritos examinaron detenidamente el terreno durante la inspección ocupar pudiendo así darse cuenta de la verosimilitud de las cabidas consignadas en los títulos.

Igualmente equivocada es la apreciación del dictamen pericial en cuanto el tribunal observa que fuéra de la mención del área de los potreros, contenida en los títulos, no hay en el litigio ninguna prueba que contribuya a determinar la cantidad exacta de tierras que estaba bajo las aguas, o más propiamente de cultivos dañados.

Para hacer semejante afirmación, el sentenciador no paró mientes en la parte pertinente del contenido del acta de la inspección ocular, donde consta el concepto unánime de los tres peritos, inclusive el del señor Little, designado por la compañía, concepto emitido inmediatamente después de la observación personal del terreno, de que el ochenta por ciento de las tierras de Barbés había estado invadido por las inundaciones. Y en donde también constan cuáles fueron los daños causados por la inundación que destruyó los potreros de pasto sativo, las cercas de alambre, una platanera, una casa, un corral.

Por otra parte, carece de trascendencia el que la escritura de compra de Barbés del potrero de Los Ceibones expresa que éste contenía una porción inculta. Esa declaración hízose en el mes de marzo de 1929, época del otorgamiento del título, en tanto que las inundaciones empezaron a producirse a fines de 1933 y continuaron hasta 1934, según acéptalo el tribunal en la sentencia. De manera que Barbés, antes de las inundaciones, mantuvo la finca en su poder por cerca de cuatro años; por eso pierde toda oportunidad la cita del hecho de que en una época bastante anterior existían porciones de la finca sin cultivo.

Dicen los artículos 722 y 730 del código judicial: el primero, que hace plena prueba el dictamen uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a los sentidos, y lo que expongan según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda, como consecuencia de aquellos hechos; y el segundo, que el acta de la inspección ocular hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados en la diligencia.

Estas disposiciones, como muchas otras consagradas en el código judicial, encaminadas a determinar el valor legal de las pruebas, son de carácter sustantivo, de acuerdo con lo que ya en otras ocasiones ha tenido oportunidad de observarlo la Corte. "Las disposiciones sustantivas que son las que establecen los derechos u obligaciones de las personas están consagradas indistintamente en el código civil y en el judicial y pueden citarse muchas del último que tienen ese carácter, como, verbi gracia, las que tratan de la fuerza de las sentencias y del valor de las pruebas. Asímismo, en el código civil se registran disposiciones que son de puro procedimiento". (Jurisprudencia de la Corte, tomo 2º, Nº 1425). Por ende, el olvido o menosprecio de las dos disposiciones citadas, en la sentencia recurrida por parte del sentenciador, según ha quedado demostrado, lleváronlo a incidir en violación directa de ellas, a quebrantar sus mandatos. Lo que le da fundamento al recurso, obligando a la Corte a infimar el fallo acusado.

Para fundamentar el fallo de instancia, son útiles, además de las consideraciones hasta ahora expuestas, las siguientes:

1ª Los testigos José A. Garizábal, Samuel Restrepo Ferreira, Ignacio Villalba y Heliodoro Vásquez, conocedores de la región y en particular de los dos terrenos de Barbés, aseguran que, según los cálculos, estos terrenos en conjunto tienen una extensión superficiaria superior a trescientas cincuenta hectáreas. De suerte que estos testimonios refuerzan todavía más el cálculo de los peritos, basado principalmente en las medidas suministradas por los títulos.

2ª Los mismos testigos dan fe plena de que en el año de 1933, antes de iniciarse las inundaciones, la finca de Los Ceibones y El Encanto estaba cultivada de pasto sativo, atendida por su dueño señor Barbés, quien mantenía allí una cantidad de ganado vacuno bastante apreciable; también había corrales, una platanera, casa de habitación cómoda, de varias piezas; igualmente los potreros estaban totalmente cercados de alambre de púas con postes de madera y varias divisiones y corrales del mismo alambre. A los peritos, ante estos hechos incontrastables, les correspondía la labor sencilla de avaluar, como lo hicieron, todos los daños causados por la destrucción de los pastos, la casa, la platanera, cercas, etc.

3ª Obligar a las partes a que, mediante nuevas pruebas, liquiden los perjuicios cuya avaluación ya está practicada en este juicio, a más de inútil, conduce fácilmente, conforme lo sostuvo el magistrado disidente, al sacrificio de los derechos reconocidos por la sentencia al demandante, pues "será muy difícil y acaso imposible determinar el monto aproximado de los perjuicios porque para entonces no es probable que se descubran los límites que tuvo la inundación y no podrá fijarse la extensión de lo dañado por las aguas de mil novecientos treinta y tres en adelante".

4º Cuando en el juicio hay elementos para fijar el importe líquido de los perjuicios, es ilegal que el juzgador se abstenga de hacerlo, o de indicar cuando menos las bases esenciales con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, pues de acuerdo con el artículo 480 del código judicial, "sólo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hace la condena, a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia".

5ª Los peritos avaluaron los daños en la suma total de doce mil trescientos catorce pesos ($ 12.314.00), despreciando los veintún pesos ($ 21) en que el dictamen del perito Rodolfo Viguié excede al del otro perito. Esta cantidad fue la que reconoció el juez de primera instancia. Empero, como el demandante en la demanda estimó los daños en doce mil pesos ($ 12.000.00), el juzgador no puede sobrepasar la propia estimación del interesado. Por esta causa tampoco puede confirmarse la sentencia del juez. (C. J., art. 471 in fine).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida en cuanto el tribunal se abstuvo de fijar el monto de la indemnización reconocida por la misma sentencia al demandante y, reformando la del juez de primera instancia, resuelve:

Fíjase en la suma de doce mil pesos ($ 12.000.00) el monto total de los perjuicios que la United Fruit Company, demandada, debe pagar al demandante señor Francisco Barbés, en razón de las indemnizaciones que al segundo le reconoció el tribunal superior de Santa Marta, en la primera parte del fallo acusado.

Sin costas en el recurso ni en las instancias.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION DE RESCISION POR LESION ENORME DE UNA PARTICION.—AUTOS PARA MEJOR PROVEER.— TERMINO PROBATORIO.

1.—La facultad de dictar autos para mejor proveer es potestativa del fallador de segunda instancia y de ella hace uso, no a solicitud de parte, sino cuando su criterio de apreciación se lo indica, pero con el fin expresado en el art. 600 del C. J. Un auto para mejor proveer no es una creación de prueba, sino un medio de aclarar puntos que el juzgador estime oscuros, o dudosos. Esta norma tiene dos caracteres, potestativa y adjetiva, y teniendo en cuenta esta última especialmente no puede influir en casación en casos como el de autos. 2.—El término probatorio es una garantía que la ley da a las partes para la defensa de sus derechos, pero cuando por una u otra razón no lo aprovechan, esa omisión, que recae sobre ellas, no puede servir de base para infirmar una sentencia como tampoco para demorar un fallo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Antecedentes

1º Los comuneros del predio denominado "Peñas Blancas" o "Caballorucio", ubicado en la vereda de este nombre, en los términos del distrito municipal de Funes, practicaron la división material y judicial de dicho predio, que fue aprobada por el Juez 3º del Circuito de Pasto y por el Tribunal Superior de ese distrito judicial.

2º Varios de esos comuneros y adjudicatarios iniciaron la acción de rescisión por lesión enorme, emanada de esa partición, por cuanto afirmaron que habían sido perjudicados en más de la mitad de sus respectivas cuotas, pidieron en consecuencia que se rehiciera la partición, y señalaron como demandado a uno de los comuneros y adjudicatario, al señor Pedro Antonio Martínez.

3º En sentencia de 27 de abril de 1936, el Juez 2º del Circuito de Pasto negó lo pedido por los demandantes y absolvió por lo tanto al demandado.

4º Apelado este fallo, el Tribunal Superior, en sentencia de 7 de mayo de 1937 lo confirmó.

5º La parte demandante interpuso recurso de casación, el cual pasa a decidirse.

Sentencia acusada

Ante los textos de los arts. 1405 y 1947 del C. C. el Tribunal estudió, de acuerdo con las pruebas presentadas, si los adjudicatarios demandantes fueron lesionados por la partición en más de la mitad del justo precio de los bienes adjudicados, de acuerdo con el valor que tenían al tiempo de la partición. Llegó el Tribunal a la conclusión negativa por cuanto con la prueba pericial practicada durante este juicio se demostró que ninguno de los comuneros y adjudicatarios había sufrido la lesión enorme en los términos fijados por el art. 1947 citado. Al efecto hizo un estudio de lo adjudicado a cada comunero y confrontó el precio de la adjudicación con el fijado por los peritos, de donde llegó a la conclusión de que la diferencia es en cada hijuela casi mínima y que por lo tanto ninguno de los demandantes sufrió lesión enorme por el acto de partición.

Demanda de casación.

Acusa el recurrente, en primer término, la sentencia por violación del art. 1405 del C. C. y condiciona esa acusación, en definitiva, en que no se practicó en segunda instancia un nuevo dictamen pericial. Se expresa así sobre el particular: "Si, pues, se debe al Tribunal de Pasto el que, sin razón legal no se haya llevado o efecto la prueba solicitada para acreditar el grave perjuicio sufrido por los demandantes en la división practicada por Rufino Eraso G.; y si no se pierde de vista que quien quiere la causa, quiere el efecto, infiérese, con el rigor de la dialéctica, que se debe al Tribunal dicho el que, no habiéndose cumplido esa prueba, se haya dejado de ordenar la rescisión demandada por lesión enorme y por ende, inductiva y prosilogísticamente, el Tribunal violó manifiestamente el artículo 1405 del C. C."

La Corte considera:

El Tribunal tuvo en cuenta al dictar su fallo, la única prueba pertinente que al respecto se practicó en el juicio, en la primera instancia, o sea el dictamen pericial ya mencionado y del cual aparece que se está muy lejos de haber habido lesión enorme en la partición demandada, porque es muy pequeña, casi mínima, la diferencia entre el precio de lo adjudicado a cada comunero y el precio que a cada cuota adjudicada fijaron los peritos. El Tribunal en virtud de su facultad de apreciación de esa prueba y teniendo en cuenta las normas que la reglan, concluyó que la parte demandante no había demostrado su pretensión.

Para la Corte esa apreciación es intangible, por cuanto la sentencia no ha sido acusada por violación de la ley proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba y de paso observa que fuera de dicha prueba no hay otra pertinente en los autos.

En cambio se produce la prueba judicial, arts. 719 y 720 del C. J., cuando es el tiempo oportuno para tachar el dictamen pericial. Pasado ese término, cesa la oportunidad y no es en el recurso de casación donde puede hacerse tal cosa. Basta esto para concluír que el cargo hecho en la demanda en la parte marcada con la letra B es inoperante.

Se rechaza, pues, el cargo.

Acusa el recurrente la sentencia por trasgresión del precepto contenido en el art. 600 del C. Procedimental.

Este artículo faculta al juez o Tribunal que va a fallar definitivamente un asunto en segunda instancia para que dicte un auto para mejor proveer con el sólo objeto de que aclaren los puntos que juzgue oscuros o dudosos. Esa norma, simple facultad, es potestativa del fallador de segunda instancia y de que hace uso, no a solicitud de parte, sino cuando su criterio de apreciación se lo indica, pero con el fin expresado en el art. 600 del C. J. Un auto para mejor proveer no es una creación de prueba, sino un medio de aclarar puntos que el juzgador estime oscuros, o dudosos. Esa norma tiene dos caracteres, potestativa y de carácter adjetivo, y teniendo en cuenta este último especialmente no puede influír en casación en casos como el de autos.

Se rechaza el cargo.

El último cargo contra la sentencia es este: "Olvido del objeto de los procedimientos civiles conforme lo preconiza el art. 472 del C. J. vigente." Toda la acusación de este capítulo está condicionada a que no se practicó la prueba del dictamen pericial pedido en segunda instancia. Este cargo no incide en casación, y vale la pena anotar que el Tribunal dejó constancia en la sentencia de lo siguiente: "En segunda instancia, el demandante trató de verificar un nuevo avalúo de los lotes descritos por medio de peritos, pero no logró ese intento, a pesar de que lo decretó el Tribunal en auto de veintinueve de julio de mil novecientos treinta y seis, debido a que los demandantes se entretuvieron en otras alegaciones relacionadas con el pago de gastos ocasionados en el avalúo anterior hecho por Pedro Martínez, dejando correr así el término de prueba, por cuyo motivo ahora no ha habido prueba alguna al respecto qué examinar y por lo mismo ha de convenirse que en nada ha variado el aspecto jurídico de cuanto fue analizado en el juzgado del Circuito."

El término probatorio es una garantía que la ley da a las partes para la defensa de sus derechos, pero cuando por una u otra razón no lo aprovechan, esa omisión, que recae sobre ellas, no puede servir de base para infirmar una sentencia como tampoco para demorar un fallo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida. Sin costas, por no haberse causado.

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

Juan Francisco Mújica—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SE DECLARA EJECUTORIADA LA SENTENCIA RECURRIDA

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

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca)

El 24 de junio de 1937, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga dictó sentencia en el juicio ordinario adelantado por Ludwing Stünkel contra la sucesión de Carlos Balen, sobre mejor derecho a la adjudicación de la mina de oro y plata denominada El Arco, ubicada en el municipio de California. Contra dicha sentencia el Tribunal concedió el recurso de casación.

Según el anterior informe de la Secretaría, los autos llegaron a la Corte desde el 24 de noviembre de 1937, sin el correspondiente papel sellado para su repartimiento, habiendo transcurrido más de sesenta días hábiles, sin que la parte recurrente lo haya suministrado.

Es, pues, el caso de aplicar el artículo 353 del C. J., y por lo tanto la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara ejecutoriada la sentencia de fecha veinticuatro de junio de mil novecientos treinta y siete dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que ha sido objeto del recurso.

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

Juan Francisco Mújica—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

TESTAMENTO VERBAL

Para la validez del testamento verbal basta que el testador exprese claramente su intención de testar, sin que sea necesario que diga que su intención es la de testar VERBALMENTE, como erróneamente lo entendió al sentenciador.

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

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

En su doble calidad personal y de representante de Elisa Ordóñez de Campos, el 14 de noviembre de 1931 fue demandado por Miguel Ordóñez S. Alejandro Campos, mediante las siguientes súplicas: que son nulos el testamento verbal de Mardoqueo Ordóñez, protocolizado en la Notaría de Piedecuesta el 23 de junio de 1930, por medio de la escritura número 257 y el juicio de sucesión y la partición de bienes consiguientes; que el actor, como sobrino legítimo de Mardoqueo Ordóñez, es el heredero abintestato de éste y tiene mejor derecho que Alejandro Campos y Elisa Ordóñez de Campos a su herencia, y que los demandados deben restituír a Miguel Ordóñez Suárez los bienes relictos y pagar las costas del juicio.

Posteriormente se adicionó la demanda en el sentido de dirigirla también contra Manuel Cadena, Marco Mejía, Bernardo Velandia, Samuel Leiva, Elisa Sánchez, Emeterio Duarte, Anacleto Duarte y Leonidas Hernández para pedir la restitución por parte de ésos de algunos bienes de la sucesión enajenados por los herederos testamentarios y la nulidad de las cancelaciones de determinadas hipotecas.

En compendio son éstas las afirmaciones de la demanda: El 31 de mayo de 1930 murió Mardoqueo Ordóñez, luégo de haber otorgado un pretendido testamento verbal. Este no

alcanzó la categoría jurídica de tál, porque el Notario de Piedecuesta estaba en la localidad y residía a corta distancia de la habitación de Mardoqueo Ordóñez el día del otorgamiento. La enfermedad se inició mucho tiempo antes de su muerte, y en las diligencias del testamento verbal no consta la voluntad de testar, y, por último, desde cuándo comenzó el ataque que le produjo la muerte, Mardoqueo Ordóñez perdió el conocimiento y no pronunció palabra alguna.

Antonio Ordóñez Zúñiga, padre legítimo de Miguel Ordóñez Suárez, fue hijo natural de Dolores Zúñiga, madre natural del de cujus. La madre del actor era Dolores Suárez.

De los demandados últimamente citados, unos poseen las cosas de la sucesión singularizadas en la demanda por haber adquirido el dominio sobre ellas del heredero putativo, y los otros obtuvieron, como deudores hipotecarios del de cujus, la cancelación de sus títulos por parte de Alejandro Campos.

Sentencia acusada

El Juzgado falló decretando todo lo pedido, y el Tribunal Superior de Bucaramanga reformó esa sentencia en la del 27 de junio de 1936, negando de esas súplicas lo relativo a la nulidad de las cancelaciones de los créditos hipotecarios constituídos a favor de Mardoqueo Ordóñez por Emeterio Duarte y Anacleto Duarte, y la nulidad de las actuaciones judiciales.

Luégo de definir lo referente a la prueba sobre el estado civil del actor, el Tribunal entra a considerar el punto concerniente a la interpretación de la demanda, en el sentido de que es suficiente haber afirmado en ella que en las correspondientes "diligencias no consta que Mardoqueo Ordóñez manifestara su voluntad de testar", para abarcar "lo relativo a la manifestación de voluntad en sí misma y a las circunstancias y modalidades concurrentes" como una de las causales de la impugnación.

"De otro lado, nótase que en este punto el demandante alega una omisión, consistente en que no consta la voluntad del testador. Y si se apunta allí, como se hizo, que en las diligencias llevadas a cabo para poner por escrito el testamento verbal es precisamente en donde falta esa constancia, resulta indudable que la referida omisión comprende todas las circunstancias legalmente necesarias para que produjera efectos jurídicos la manifestación de voluntad cuya ausencia alega el demandante y cuya existencia afirma el demandado".

El Tribunal transcribe los siguientes pasajes de los testimonios rendidos durante la diligencia judicial llevada a cabo para poner por escrito el testamento verbal: "**Josefa de Esparza**: Conocí al señor Mardoqueo Ordóñez, anciano que residía en esta ciudad, en el Hotel Madrid, desde hacía algunos meses, y por tal conocimiento y por haber estado presente en la habitación que ocupaba en el dicho hotel el sábado próximo pasado, 31 de mayo del año en curso, que allí falleció en un término de tiempo aproximadamente de quince minutos, contados desde el momento en que fue llevado dicho señor Mardoqueo Ordóñez desde el taburete que ocupaba en el comedor, cerca a su habitación, hasta su cama, en la tarde del referido día sábado, cercana la hora de las cuatro de la tarde aproximadamente". "Es verdad que en tales momentos el enfermo señor Mardoqueo Ordóñez se encontraba sano de su juicio, es decir, que se veía que estaba en su juicio, porque no se le notaba extraviada la vista, ni demostraba desasosiego en el espíritu, como el desasosiego que es propio de los que están dementes; solamente pude observar que acesaba y escupía sangre; y precisamente en esos mismos momentos le dije al señor Mardoqueo Ordóñez que si quería que le llamaran al sacerdote, a lo cual contestó éste que sí, que se lo llamaran y que llamaran al médico". "Es verdad que yo le dirigí al enfermo señor Mardoqueo Ordóñez cuando se encontraba en su habitación en las circunstancias de tiempo, modo, lugar y personas de que se ha hablado en la pregunta anterior, la siguiente pregunta: Don Mardoqueo, ¿quiere que le lleman al cura? ¿Quiere que le llamen al Notario? A lo cual me contestó en voz clara, de modo que le oí y le entendí bien, al propio tiempo que yo miraba al enfermo: Sí, llámeme al cura, llámeme al médico. Yo quiero hacer testamento y le dejo todos mis bienes a mi hija Elisa". "Es verdad que una vez que el enfermo dijo las palabras que quedan referidas, la señorita Socorro Rey, que se hallaba presente, como se ha dicho, dirigiéndose al enfermo, de modo que se le pudo oír, ver y entender, le dijo: ¿Cuál Elisa, don Mardoqueo? A cuya pregunta contestó el señor Mardoqueo Ordóñez, de modo que pude oírlo, entenderlo y verlo claramente: Elisa, la señora de Alejandro Campos".

"**Domingo Flórez**: El señor Mardoqueo Ordóñez manifestó, ante los ya citados y yo, con palabras claras, que quería hacer testamento y dejar todos sus bienes a la referida Elisa, sin que nos dijera expresamente que quería testar ante nosotros". "El señor Mar-

doqueo Ordóñez —dice Josefa de Esparza— sólo manifestó en presencia de Socorro Rey, Domingo Flórez y yo, que quería hacer testamento y dejaba todos sus bienes a su hija Elisa, mujer de Alejandro Campos, como lo he dicho tántas veces, pero no dijo que quería testar ante mí y los otros testigos anotados. A mi modo de ver, el señor Ordóñez se quedó esperando la llegada del Notario cuando lo sorprendió la muerte, y nosotros no llamamos al Notario porque estábamos atribulados ayudándole a bien morir". Socorro Rey expone: "El señor Mardoqueo Ordóñez no nos manifestó que quisiera hacer su testamento ante nosotros, pero sí, al hacerle la pregunta la señora Josefa de Esparza, de que si quería que le llamaran al Notario, siendo los dos testigos ya citados y yo los únicos que nos encontrábamos junto a su lecho, nos miró con expresión de buena voluntad, y dijo: Quiero hacer testamento y le dejo todos mis bienes a mi hija Elisa".

Consideró el Tribunal que frente a un Notario no es necesario que el interesado le manifieste claramente la intención de testar ante él, porque en ese caso es suficiente decir quiero hacer testamento, pero cuando se trata de un testamento privilegiado, la simple "manifestación del propósito de testar ante determinados testigos" no se puede convertir "en la declaración expresa de la intención de testar de cierto modo".

Para el Tribunal, siendo como es el testamento verbal de excepción, y por ende de escasa ocurrencia, "desconocido para el común de las gentes", se hace indispensable que el testador manifieste o diga expresamente "su propósito de acogerse a esta permisión especialísima".

Esta doctrina fluye de los artículos 1091, 1089 y 1095 del código civil.

Desde el momento en que Ordóñez solicitó la presencia del Notario, "porque quería testar, su intención fue la de hacerlo ante dicho funcionario y no verbalmente".

El propósito de dejar todos sus bienes a su hija Elisa fue un mero deseo por parte de Mardoqueo Ordóñez, que no se tradujo en institución legal de heredero, debido a la falta de las solemnidades externas requeridas para ello.

La evidenciación de dos circunstancias se hace indispensable para colocarse dentro de la autorización legal que faculta testar verbalmente en forma privilegiada: "1ª Si estuvo en peligro inminente la vida del testador, y 2ª Si éste creyó que el peligro era inminente, en tal grado que no había tiempo o modo de otorgar testamento solemne". En este caso, para el Tribunal no hay duda de que Mardoqueo Ordóñez se dio cuenta de que su vida se extinguía por momentos, pero no hasta el punto de creer que no había tiempo y modo de testar en la forma ordinaria solemne, puesto que solicitó la presencia del Notario. No cambió, pues, el testador "su intención de testar ante el Notario —si en verdad la tuvo— por la de hacerlo verbalmente". "Le sorprendió la muerte cuando todavía esperaba la llegada de dicho funcionario".

Termina el Tribunal haciendo la diferencia entre la naturaleza de las sanciones por falta de registro de un instrumento público o por vicio del acto que éste contiene En el primer caso, la escritura no hace fe en juicio; en el segundo, el acto jurídico es nulo. Por este concepto niega la nulidad pedida del testamento, con tanto mayor razón cuanto que no se trata en el pleito sobre pretensiones emanadas de este testamento. También desestima el Tribunal la nulidad por causa de incompetencia de jurisdicción, fundándose en que el actor carece de la facultad de gestión procesal para impugnar la actuación judicial encaminada a poner por escrito el aludido testamento. El demandante es un tercero al respecto. Los conceptos de nulidad absoluta o relativa no son aplicables a las sentencias sino a los actos jurídicos; una cosa es el acto del testamento y otra el fallo judicial que le dio existencia.

Materia del recurso de casación

Contra la citada sentencia interpuso recurso de casación la parte demandada.

De las acusaciones hechas al fallo, se acogen éstas:

La sentencia incurrió en error de hecho y en error de apreciación de los testimonios de Domingo Flórez, Josefa de Esparza y Socorro Rey, "y del acto mismo testamentario, tal como fue declarado por el decreto del Juzgado del Circuito de Piedecuesta, de fecha 4 de julio de 1930".

Aparece de esos testimonios que con palabras inteligibles Ordóñez dijo esta frase, construída en presente de indicativo: "Yo quiero hacer testamento. Le dejo todos mis bienes a mi hija Elisa, la mujer de Alejandro Campos".

Tal manifestación de la voluntad de él demuestra que creyó en lo inmediato de su muerte y contradice el concepto de la testigo que afirma que falleció esperando al Notario.

Ninguno de los testigos manifiesta que Mardoqueo Ordóñez solicitara al Notario ni dijo que se lo llamaran. Pidió solamente al cura y al médico.

El Tribunal, pues, carece de base para expresar que Ordóñez pidió que le llamaran al Notario. Además, sólo existe al respecto el testifonio de Josefa de Esparza, que no constituye plena prueba, porque expresa simplemente un concepto, y esta clase de opiniones no son objeto del testimonio, y porque, para que exista la plena prueba, se necesitaría la concurrencia de dos declaraciones acordes en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar. De ahí la violación de los artículos 668 y 697 del C. J.

Infringió directamente el Tribunal el artículo 1089 del C. C., porque éste "señala categóricamente lo que constituye la esencia misma del testamento privilegiado, indica los requisitos de la sustancia, los componentes que integran el origen y nacimiento del derecho".

El Tribunal exigió un nuevo requisito, distinto del de la ley, al pretender que no basta la intención de testar, sino que en el testamento privilegiado o verbal se hace indispensable la expresión por el testador de su intención de testar verbalmente.

El Tribunal exige, contra lo dispuesto por la ley, que, además, el testador no se limite a hacer una manifestación particularmente inequívoca de testar, sino que debe expresar a las personas que lo oyen, su voluntad de que ellas sean testigos instrumentales de su testamento verbal.

De esa manera aplicó indebidamente el artículo 1095 del C. C., a la materia regulada por el 1089. Aquél contiene "la norma procesal solemne, pero de simple actuación, referente a la forma como deben deponer los testigos instrumentales.

Si el artículo 1095 contiene una disposición sustantiva complementaria de la norma del 1089, el Tribunal lo infringió directamente. A la exigencia legal de que el testigo deponga "sobre si el testador manifestó la intención de testar ante él, la sentencia agregó que debe expresar su propósito de efectuar un testamento verbal y de manifestar a los testigos que lo hará ante ellos".

El artículo 1064 permite la omisión de algunas de las solemnidades exigidas para el testamento privilegiado, sin enumerar cuáles, de donde se infiere que la interpretación dada por el Tribunal al acto jurídico testamentario de Ordóñez lo llevó a violar el artículo 6º del Código Civil.

La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Se afirmó en el libelo por la parte actora que en las diligencias judiciales no consta que Mardoqueo Ordóñez manifestara su voluntad de testar. El Tribunal cambió ese hecho, que es el motivo de la impugnación, por uno amplísimo que abarca todo lo relativo a la manifestación de voluntad en sí misma y a las circunstancias y modalidades concurrentes. El Tribunal, por lo demás, reconoce expresamente que el actor no alegó el hecho sobre el cual basa su decisión y que a ella llega interpretando el hecho afirmado en el libelo, "en armonía con el propósito cardinal de impugnación".

En resumen, el actor afirma este hecho: "No consta que Mardoqueo Ordóñez manifestara su voluntad de testar" y el Tribunal lo adicionó con estos otros dos: Mardoqueo Ordóñez no manifestó su propósito de testar ante determinadas personas"; y Mardoqueo Ordóñez no manifestó expresamente su propósito especialísimo de acogerse a la permisión excepcional del testamento verbal".

Motivos

El acto de voluntad unilateral que expresa una voluntad jurídica denominado testamento, está rodeado en su ejercicio de formalidades que no pueden justificarse en nombre de los principios como corolario de éstos, ni tampoco tienen su fundamento en necesidades de lógica jurídica, sino que dependen del derecho arbitrario y convencional.

La rigidez de las formas impuestas al testamento, se explica sólo como el único medio existente para asegurar la independencia del testador, la protección de su libertad y la autonomía de sus decisiones. Forzando a la voluntad a modelarse dentro de formas predeterminadas que vienen siendo por cierto aspecto como el sello de aquélla, se procura distinguir a la voluntad jurídica de la simple veleidad más o menos inconsistente. Se apela a ese medio en atención igualmente a que el testamento suele hacerse a las puertas de la muerte, cuando el hombre está más expuesto por el debilitamiento físico y moral a los asaltos de la concupiscencia.

En nuestro código civil no se siguió al respecto el sistema francés, donde no se admite ningún testamento verbal por explícita que haya sido la declaración de voluntad. Razones sociológicas indujeron al legislador a afrontar el peligro de permitir confiar las últimas voluntades a la incertidumbre y a la fragilidad de la prueba testimonial, a correr

el riesgo de dar fuerza a las palabras más ligeras, a simples proyectos y a abrir la puerta a muchos fraudes.

En cuanto a las formas del testamento, existe al respecto un derecho común y un derecho de excepción. El primero es aquel que por definición misma debe ser observado todas las veces que no haya sido derogado. El segundo regula los testamentos privilegiados, en el sentido de que rige cuando en su favor se han derogado algunas de las normas del derecho común referentes a la forma. Anótase que lo privilegiado no es el testamento sino las circunstancias en las cuales se hace. Como las formalidades ordinariamente requeridas sería muchas veces no sólo difícil sino imposible llenarlas, para esos casos se han previsto algunas atenuaciones al rigorismo del derecho común.

El testamento privilegiado verbal no puede ser, en cuanto a su oportunidad, ajustado a condiciones abstractas, sino que las exigencias del artículo 1092 del C. C. solamente se cumplen en cada caso mediante el análisis de las circunstancias que originaron y rodearon su otorgamiento.

En el caso de autos, esas circunstancias consisten en que Mardoqueo Ordóñez, quien venía padeciendo una seria enfermedad tratada por el médico, sufrió un ataque en momentos en que se hallaba sentado en un taburete, a la puerta del hotel en donde residía, ataque que un cuarto de hora después le produjo la muerte. Interrogado por alguna de las tres personas que en sus últimos momentos lo asistían, dijo: "Yo quiero hacer testamento y le dejo todos mis bienes a mi hija Elisa". Y como uno de los testigos le preguntara cuál Elisa, pregunta, por lo demás, explicable, por tratarse de un anciano soltero, contestó: "Elisa, la señora de Alejandro Campos". Esto último lo corrobora el indicio de figurar Elisa en la partida de bautismo sentada el 16 de mayo de 1896 como hija natural de Mardoqueo Ordóñez.

Por sí sola la circunstancia de haber un Notario en el mismo lugar del otorgamiento del testamento privilegiado verbal y la de hallarse aquél a la hora de éste en su despacho, no es óbice para la validez de ese testamento. A Mardoqueo Ordóñez nadie le llamó el Notario. El Tribunal yerra al considerar que integra la esencia del acto testamentario el modo de la solemnidad. Sin éste, carece de validez aquél, porque las formalidades constituyen las precauciones que rodean el ejercicio del acto testamentario, al cual sólo es inmanente la expresa intención de testar. Acentúa lo explicado el que el testamento no es únicamente, y, sobre todo, no es exclusivamente, un modo de disposición de bienes.

Junto a la declaración de voluntad del disponente existen como elementos esenciales del acto testamentario la capacidad y la causa. La designación del asignatario debe ser la obra personal e independiente del testador, en el sentido de que la última voluntad no puede ser expresada por representación, ni por procuración, ni con la asistencia de consejeros, y de que esa voluntad debe aparecer especialmente libre, esto es, que no exista ningún elemento que pueda limitar la independencia del pensamiento del testador.

Mardoqueo Ordóñez reunió esta primera condición.

La causa en la donación testamentaria no reside exclusivamente en la intención abstracta de gratificar, sino en los móviles impulsivos y determinantes que produjeron la liberalidad en el benefactor. Son esos móviles los que coloran el acto jurídico gratuito realizado bajo su imperio. Así, en este asunto, Mardoqueo Ordóñez se creía unido a la beneficiada por un lazo de filiación que no estaba legalmente establecido pero que, sin embargo, tenía una existencia de hecho, y es la creencia en ese lazo del parentesco lo que constituye la causa de su liberalidad.

El Tribunal no tuvo en cuenta, al analizar los testimonios que "el espíritu del testigo, como el de todo hombre, es una síntesis viva y profunda que absorbe la individualidad de las imágenes que se proyectan en él, las refracta y a menudo las desnaturaliza. Los datos suministrados por el testimonio constituyen un producto que ha sido en parte recreado por el testigo. El simple buen sentido no es, por lo tanto, suficiente: hay necesidad de aunarlo a la reflexión crítica, a fin de reconocer y, si es posible, corregir los pequeños errores inevitables, o, todavía mejor, detenerlos en su nacimiento".

De la parte de los testimonios transcrita en su sentencia por el Tribunal, no aparece que Mardoqueo Ordóñez dejara de expresar claramente su voluntad de testar en favor de su hija natural Elisa, mujer de Alejandro Campos, de manera expresa, independiente y libre. De lo relatado por los testigos aparece la causa del acto y la capacidad de su autor.

De ahí que el Tribunal interpretara erróneamente los artículos 1089 y 1092 e infringiera el 1095 del C. C.

Procede igualmente el recurso por quebrantamiento de forma. El Tribunal incurrió

en error de hecho en la apreciación de la demanda, porque admitió causas de impugnación no alegadas expresamente. La nulidad por deficiencias de las solemnidades del testamento proviene de hechos distintos de los que generan la invalidez del acto testamentario por ausencia en su autor de las condiciones de voluntad, capacidad y causa.

Analizada como queda la legalidad del testamento verbal que otorgó Mardoqueo Ordóñez, se hace inútil el examen en instancia de los otros puntos del libelo.

Resolución

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 pronunciada el 27 de junio de 1936 por el Tribunal Superior de Bucaramanga, y en su lugar resuelve:

1º Infírmase la sentencia de primera instancia que profirió el Juzgado 1º del Circuito de Bucaramanga el 3 de diciembre de 1932.

2º Absuélvese a los demandados de los cargos de la demanda.

3º Sin costas.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese en la Gaceta Judicial copia de esta providencia.

Juan Francisco Mújica—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

PARTICION.—CASACION DE SENTENCIAS APROBATORIAS DE PARTICIONES

1.—La continuidad que debe procurarse al tenor de las reglas 3.a y 4.a del art. 1394 del C. C. está subordinada, según ellas mismas lo advierten, a que de aquella "resulte mayor perjuicio a los demás interesados que de la separación al adjudicatario." Las reglas 7.a y 8.a están dictadas por el anhelo de equidad a que siempre debe ajustarse el partidor, entre otros fines con el de que el juzgador en lo de su resorte se ajuste al consabido SUUM CUIQUE TRIBUERE. No constituye violación de la regla 8.a el hecho de adjudicar en común un inmueble a dos o más copartícipes. 2.—Los frutos a que alude el art. 1395 del C. C. pertenecen de suyo a los herederos sin lugar a inventariarlos, a avaluarlos y adjudicarlos. Los interesados de suyo o por orden judicial pueden dejar establecida determinada base para la ulterior distribución de los frutos en cierto lapso, sin que para ello pueda estimarse que viola el art. 1395 la partición que así lo reconozca o que sobre tal base se funde y proceda. 3.—Al someter la ley a casación las sentencias aprobatorias de partición en juicios de sucesión la Corte puede entrar en el estudio no solamente de la partición rehecha sino de los anteriores trabajos de partición, así estén ejecutoriadas las respectivas providencias anteriores improbatorias de la partición, las cuales no son sentencias definitivas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En la causa mortuoria de los consortes Manuel Salvador Ayala y Pantaleona Ruiz, seguida en el Juzgado 2º del Circuito de Tunja, el Tribunal Superior de allí dictó el 24 de mayo de 1937 sentencia aprobatoria de la partición de los bienes, y contra este fallo varios de los interesados interpusieron recurso de casación que se concedió y admitió; pero que no se fundó sino por uno de ellos, de manera que el de los restantes se declaró desierto en providencia ejecutoriada en su día. Se habrá de estudiar, pues, tan sólo la demanda aludida, cual es la formulada por el abogado de la Comunidad de Padres Dominicos de Tunja.

Antecedentes

El prenombrado señor Ayala, casado en primeras nupcias con la señora Carlota Alvarez, tuvo en ella un hijo llamado Belisario; y en sus segundas nupcias, que fueron con la prenombrada señora Ruiz, tuvo seis hijos. Belisario cedió sus derechos herenciales a dicha Comunidad; Agripina, Lastenia y Petronila Ayala Ruiz transfirieron derechos a la misma Comunidad; ellas tres son hijas de dicho segundo matrimonio; los

otros tres aludidos son: Jacinta, que murió, Fortunato y Matilde que cedieron sus derechos al señor Jacinto Molano. Siguiendo el relato del recurrente al respecto, hoy la Comunidad es dueña de los derechos de Belisario, Agripina, Lastenia, Petronila y Jacinta, y el señor Molano lo es de los de Fortunato y Matilde.

Antes de pasar adelante se advierte que en la Corte durante el traslado a la parte opositora se presentó la señora Isolina Molano de Neira Martínez formulando el correspondiente alegato como hija y heredera de Jacinta Molano y aduciendo copia del auto del Juzgado 2º del Circuito de Tunja dictado el 15 de octubre de 1937 en la causa mortuoria de este señor, por el cual se le reconoce su calidad de interesada.

Con fecha 13 de agosto de 1919 se declaró abierta en dicho Juzgado la causa mortuoria de que aquí se trata, o sea la de los prenombrados señor Ayala y señora Ruiz de Ayala y así conjuntamente se inventariaron los bienes y, en general, bajo una misma tramitación se han liquidado ambas sucesiones.

Tras de actuación lenta y reñida quedaron aprobados los inventarios y pudo procederse a la partición. Demandada y decretada, se presentó el trabajo de 3 de mayo de 1933 que, por la acogida de algunas de las objeciones que se le hicieron, se rehizo de modo que lo reemplazó un segundo trabajo de 8 de julio de 1935, el cual, a su turno, por virtud de la providencia del Tribunal que se estudiará adelante, fue reemplazado por el de 27 de octubre de 1936, aprobado por la sentencia de 1937 que hoy estudia la Corte. Esas tres particiones se hallan en el cuaderno 5º del que respectivamente forman los fols. 7 a 22, 24 a 32 y 34 a 45.

Sentencia recurrida

El Tribunal rememora sucintamente lo ocurrido con motivo de las particiones primera y segunda y juzga la tercera, tanto a la luz de esos antecedentes como en sí misma, para concluír aprobándola, no obstante los reparos de que ésta también fue objeto y que se resumen, relacionándolos con la demanda de casación, así: haberse adjudicado como tiendas las que en un tiempo lo fueron y que hoy son parte integrante del edificio moderno de la Comunidad; no haberse adjudicado ese bien o grupo de bienes íntegramente a ésta y haberse reputado como un bien con qué atender a las varias hijuelas el valor de los frutos de los bienes herenciales que en cierto lapso fue materia de inventario y avalúo.

El Tribunal consideró que la continuidad de las tiendas al Convento de la Comunidad no determinaba por sí sola la adjudicación de todas ellas a ésta, porque implicaba menoscabo o sacrificio del derecho de los demás interesados; que el partidor tenía que atender también a los inventarios y avalúos tales como los encontraba hechos y aprobados, por lo cual no podía prescindir de las tiendas ni de los frutos referidos ni de la forma o cuantía con que quedaron en definitiva en el proceso. También estimó el Tribunal inevitable la adjudicación de varios bienes en común a los interesados como recurso necesario para evitar una irritante desigualdad real bajo la apariencia de la igualdad numérica, y para conceptuar así tuvo en cuenta las varias situaciones de los bienes, entre los cuales por ejemplo figura una casa inventariada en manos de tercer poseedor.

El recurso

Aduce el recurrente los motivos 1º y 6º del art. 520 del C. J., o sean violación de ley sustantiva y nulidad.

Las disposiciones violadas en su concepto son los arts. 1394 y 1395 del C. C., así: aquél, en sus reglas 4ª y 8ª y éste en su numeral 3º. Estos cargos se explican y fundan por el demandante así:

Esa regla 4ª ordena adjudicar a un interesado dueño de fundo contiguo a un fundo de la sucesión en forma que la porción que se le dé de éste sea la contigua a aquél; y afirma que para obedecer este precepto ha debido el partidor adjudicar a la Comunidad Dominicana la totalidad de las supradichas tiendas, por ser ella dueña del convento contiguo, con más veras habiendo ella incorporado a éste en su nueva edificación aquellas que fueron tiendas antes.

Respecto de la regla 8ª la violación la encuentra en que ésta ordena al partidor tener "cuidado de no dividir o separar los objetos que no admitan cómoda división o de cuya separación resulte perjuicio", y en que aquí adjudicó en común los varios bienes relictos estableciendo así varias comunidades, absteniéndose de una partición verdadera y no meramente teórica o nominal y dejando de adjudicar las dichas tiendas a la Comunidad Dominicana con independencia de los demás interesados, a quienes del propio modo debieron cubrirse sus respectivos haberes con bienes distintos.

La violación del art. 1395, numeral 3º, la hace consistir en que éste hace de los fru-

tos de los bienes herenciales durante la indivisión una masa común perteneciente a los herederos a prorrta de sus cuotas, sin necesidad de inventariar tales frutos ni de adjudicarlos o, por mejor decir, sin lugar siquiera a nada de esto; y en que la partición de que se trata tuvo en cuenta la partida en que se inventariaron esos frutos en lo correspondiente a cierto lapso y los adjudicó en las varias hijuelas.

La Corte considera:

La contiguidad que debe procurarse al tenor de las reglas 3ª y 4ª del citado art. 1394 está subordinada, según ellas mismas lo advierten, a que de aquéllas "resulte mayor perjuicio a los demás interesados que de la separación al adjudicatario." En el presente caso si se hubiera adjudicado a la parte recurrente la totalidad de las tiendas para evitarle los perjuicios de la separación, se habrían dejado para las demás hijuelas bienes de calidad inferior, así fuese tan sólo por figurar entre éstos con relativa importancia por su cuantía la casa inventariada en manos de tercer poseedor a virtud de la ahincada gestión de él en este sentido fundado en los hechos concomitantes y procedentes que el Juzgado halló.

Las reglas 7ª y 8ª del mismo art. 1394 obligan al partidor "a guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros..."; y a hacer los lotes en forma que procure "no sólo la equivalencia sino la semejanza de todos ellos." Así le da la ley una orientación caracterizada por el anhelo de equidad a que siempre debe ajustarse, entre otros fines con el de que el juzgador en lo de su resorte se ajuste al consabido **sum cuique tribuere.**

En el presente juicio la naturaleza, número y calidad de los bienes y sus precios respectivos de avalúo pericial obligaban al partidor a abstenerse de la distribución singular que el recurrente exige suponiéndose amparado por lo antedicho sobre continuidad, tal como él lo entiende y sostiene.

Es verdad que esa misma regla 8ª previene que no se separen ni dividan los objetos que no admitan cómoda división o de cuya separación resulte perjuicios", como ya se recordó aquí, con la salvedad del posible convenio unánime y legítimo de los interesados del que apenas habrá que advertir que no lo hay en el caso presente. Pero esta advertencia de la regla 8ª no puede entenderse ni afortunadamente se ha entendido como sostiene el demandante, quien ve en ella algo así como la prohobición de establecer comunidades singulares mediante la adjudicación de un mismo bien a varios interesados al formarse las hijuelas en la partición de la comunidad universal. Por el contrario, esto es lo que se ve de modo constante. Y no puede menos de acontecer así, por lo excepcional de una situación tan favorable que el número y avalúo de los bienes en cada una de las varias clases de ellos permita hacer las hijuelas de los varios interesados en forma de cubrirles uno a uno la totalidad de su haber separada e independientemente. Cuando el partidor recibe para su trabajo el expediente en ese pie tan venturoso, mal haría en cambiar la comunidad universal por comunidades singulares adjudicando los bienes en común, en vez de aprovechar aquellas circunstancias, las que, repítese, sólo excepcionalmente se presentan. De ahí que lo habitual o frecuente sea que el partidor se vea constreñido a adjudicar uno o más y a veces todos los bienes, especialmente, como es lo natural, los inmuebles, a dos o más interesados, sin que esto pueda reputarse en manera alguna violación de aquella regla 8ª. Por lo demás, cada una de esas comunidades singulares puede terminar extrajudicial- o judicialmente por gestión de sus respectivos comuneros, la que en lo que hace al último camino aludido es rápida y sencilla.

Es de observarse que en la hijuela formada a la Comunidad Dominicana se le asigna cuota en las tiendas, lo que hace ver que en lo posible buscó el partidor la referida continuidad, a que se agrega que otro tanto sucede con las hijuelas de las señoras Ayala Ruiz que cedieron derechos a aquélla. Así, pues, no es que tal adjudicación falte, sino tan sólo que no llega a la cuantía pretendida por el recurrente, cuyo representado aspira al total.

Para colmarla, según se ha visto, habrían tenido que sacrificarse o al menos lesionarse los demás interesados, contra lo cual forman valla la citada regla 7ª y también la 8ª de cuya violación se acusa a partidor y Tribunal y cuyo obedecimiento surge de las precedentes consideraciones y de los hechos a que éstas se refieren.

El citado numeral 3º del art. 1395 dice en verdad lo que ya se recordó; de manera que los frutos a que se hace referencia pertenecen de suyo a los herederos sin lugar a inventariarlos, a avaluarlos y adjudicarlos. Así sucede habitualmente. Pero el partidor encontró figurando esos frutos entre los bienes inventariados y avaluados, y no es potestativo de él prescindir de las respectivas diligencias y aprobación judiciales, ni deshacer lo así consumado. Además, los interesados de suyo o por orden judicial pueden dejar establecida determinada base pa-

ra la ulterior distribución de los frutos en cierto lapso, sin que por ello pueda estimarse que viola el art. 1395 la partición que así lo reconozca o que sobre tal base se funde y proceda.

Del propio modo las dichas diligencias y aprobación judiciales señalan al partidor de manera imperativa cuáles son los bienes por partir y cuál su precio; de suerte que no cabe reclamar contra su labor o contra el fallo que la aprueba porque haya partido los bienes que figuran inventariados tal como el expediente se los presenta. De ahí la improcedencia del reclamo hoy, dentro de la partición y en relación con la sentencia aprobatoria, contra el hecho de figurar como tiendas lo que ya dejó de serlo, reemplazadas ellas por una nueva edificación de que entraron a ser parte.

Lo dicho hasta aquí demuestra que no son fundados los cargos que la demanda de casación formula dentro del motivo 1º del citado art. 520 del C. J.

Conviene, sin embargo, agregar estas reflexiones:

La Corte ha estudiado en sí mismos aquellos cargos, porque encuentra que al tratarse de partición llegada tras de otra u otras particiones que se ha ordenado rehacer, lo decidido por las respectivas providencias judiciales, no obstante estar ejecutoriadas, no veda a esta superioridad el estudio de los temas que fueron materia de esas providencias como objeciones o en otra forma. Al someter la ley a casación las sentencias aprobatorias de partición en juicio de sucesión, da a los interesados este derecho e impone a la Corte Suprema el concomitante deber, que mal podría reputarse limitado a una confrontación, que las más de las veces parecería simplemente mecánica, entre lo realizado por la última partición y lo ordenado con ocasión de la anterior o anteriores. Si a esto se redujese la casación, quedarían sustraídas del estudio y fallo de la Corte y, por tanto, de la casación misma todas las objeciones rechazadas en las providencias relativas a la partición rehecha, así fuesen ellas trascendentales y así se hubiesen acogido tan sólo objeciones de ningún predicamento. No sobra advertir que esas providencias anteriores improbatorias de la respectiva partición que han ordenado rehacer no son sentencias definitivas.

Se llama la atención a estos respectos, por que si la Sala no conceptuara en la forma que acaba de resumir, para rechazar los cargos con que se acusa la sentencia del Tribunal en cuyo estudio está, le habría bastado tomar en cuenta las providencias en cuya virtud el Juzgado ordenó rehacer la primera partición acogiendo algunas objeciones y rechazando otras, tal como se ve en su providencia no reclamada de 25 de agosto de 1933 (Cdno. 10º, fols. 9 a 12). Las objeciones acogidas fueron: la relativa al heredero Belisario, sobre lo cual ordenó que se le formase la correspondiente hijuela a la comunidad cesionaria, y la relativa a la hijuela de deudas, sobre lo cual ordenó que el partidor, en vez de proceder por sí solo, contara con los interesados. Las objeciones rechazadas fueron la de haberse adjudicado las tiendas como tales, a pesar de no ser ya tiendas sino parte integrante del edificio de la Comunidad, y la de no haberse adjudicado a ésta la totalidad de las mismas, por asignarse este bien o grupo de bienes a los varios interesados en común.

Del propio modo, cuando se rehizo esa primera partición y se presentó la segunda, que el Juzgado aprobó, el Tribunal ordenó rehacerla en providencia de 18 de mayo de 1936 (Cdno. 16, fols. 9 a 14), en que detenidamente estudia estos mismos temas y llega a la misma conclusión negativa a que había llegado el Juzgado cuando falló el incidente de objeciones a la primera partición en su providencia ya citada de 25 de agosto de 1933. Con motivo de la segunda partición se discutió reñidamente a esos respectos, y la conclusión a que llegó el Tribunal fue la de improbar ese segundo trabajo tan sólo para que se conservase la adjudicación que en los mismos bienes en referencia se había hecho a los varios interesados, con la merma o rebaja determinada por el ingreso de Belisario a participar; pero no porque las tiendas se adjudicaran en común y no exclusivamente a la Comunidad, ni porque se adjudicaran como tiendas, ni porque contuviese el nuevo trabajo adjudicación de lo inventariado por frutos, que fueron reparos formulados en esa ocasión nuevamente.

Como se ve, ellos son los mismos que ahora se presentan bajo la forma de cargos en casación contra la sentencia aprobatoria de un trabajo que procedió en la forma ya indicada aquí.

El análisis que la Sala ha hecho de la tercera partición en sí misma, ante los cargos formulados contra la sentencia que la aprueba, llegan a las mismas conclusiones a que llegaron las providencias anteriores que acaban de citarse. Coinciden, pues, lo decidido en ellas y lo que ese análisis impone para el presente recurso.

El abogado recurrente aduce también el motivo 6º de los del citado art. 520 del C. J., que dice: "Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el art. 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley."

Ese art. 448 establece como causales de nulidad en todos los juicios: "...2º La ilegitimidad de la personería de cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante."

Esta es la nulidad que alega respecto de la Comunidad Dominicana su apoderado ante la Corte y que anunció su apoderado en las instancias, no durante la secuela del juicio en Juzgado o Tribunal, sino a última hora, después de dictada la sentencia de éste, al interponer el recurso de casación.

Dentro de éste explica y funda el cargo en suma así: esa Comunidad, como asociación religiosa que es, es persona jurídica y como tal incapaz que debe ser representada por la persona determinada por el prelado respectivo y conforme a sus constituciones y reglas; cita a estos respectos los arts. 24 a 26 de la ley 57 de 1887 y el 1504 del C. Civil y el 230 del Judicial, y sobre las bases establecidas por estas disposiciones, afirma que se han violado por no aparecer en el expediente certificación oficial sobre "el carácter de persona jurídica de dicha asociación autorizada por la respectiva superioridad eclesiástica, como de la persona que conforme a los estatutos de la Comunidad, debía representarla."

Por disposición de la citada ley 57 las asociaciones religiosas, autorizadas como queda dicho son personas jurídicas (art. 25) y son representadas como se acaba de ver también, (art. 26). El citado art. 24 dice: "Son personas jurídicas las iglesias y asociaciones religiosas de la religión católica."

A estos respectos ocurre en el presente juicio lo siguiente: cuando se demandó la partición no había figurado en autos la Comunidad; sólo hablaban de ella y su apoderado las diligencias sobre cobro de los derechos del lazareto, hoy impuesto de sucesiones. Esa demanda, sin embargo, comprendió a la Comunidad y se notificó a su apoderado a que acaba de aludirse, el cual contestó que no lo era para esta causa. De ahí y de no haberse hasta entonces presentado Belisario Ayala, ni la Comunidad por él, ni la escritura de cesión de él a ella, resultó que en la primera partición no se le incluyese. Pero apenas se dio traslado de ésta, vino el reclamo de que ya se habló, en cuya virtud la Comunidad obtuvo la declaración de heredero en favor de Belisario, el reconocimiento de la cesión que éste le había hecho y la orden de rehacer esa petición formándole la respectiva hijuela.

En el Cdno. 10º, fols. 5 y 6, obra original la constancia de ser el Padre Humberto Molano, síndico o procurador de dicho Convento. De él es el memorial a que esos documentos se acompañan, presentado personalmente por él el 18 de mayo de 1933, en que se objeta la partición por varios conceptos, de los cuales se acogió el que acaba de citarse.

El mismo Padre Fray Humberto Molano, en calidad de Superior de la Comunidad se había presentado en la diligencia de inventarios de 4 de junio de 1930 (Cdno. 4º, fols. 7 a 9), y así lo suscribió; y fue él quien, como síndico, confirió el poder contenido en su memorial que presentó personalmente el 5 de marzo de 1935 (Cdno. 1º, fols. 230). El apoderado constituído allí presentó la escritura otorgada en favor de la Comunidad por las prenombradas herederas Ayala Ruiz y fue quien objetó la segunda partición y gestionó en este sentido en Juzgado y Tribunal, como se ve, tanto en el Cdno. 12 como en el 16 a folios 4 y 5. El apeló de la sentencia del Juzgado aprobatoria de la primera partición (Cdno. 5º, fol. 46) y fue quien interpuso el recurso de casación que hoy se está estudiando (Cdno. 14, fol. 12).

Más todavía: el poder fechado y presentado personalmente el 11 de agosto de 1937 en Tunja, con que obra el abogado recurrente, conferido por quien a la sazón era síndico de la Comunidad, según el certificado del Superior de la misma y del señor Obispo de Tunja que originales forman los fols. 4 y 5 del cuaderno de casación, se otorga "para que represente los derechos de tal Comunidad en el doble juicio de sucesión de Manuel Salvador Ayala y Pantaleona Ruiz, en el recurso de casación intentado por nuestro apoderado en esta ciudad...."

El certificado ya citado del folio 5 del cuaderno 10 dice: "Por las presentes, por autoridad de nuestro oficio y según nuestra legislación nombramos al R. P. Humberto Molano síndico o procurador de este Convento de Santo Domingo de Tunja." Lo firma en Tunja el 16 de diciembre de 1933 Fray Mora Díaz, Prior. Y el mismo Prior es quien expide la declaración de que dicho síndico "ejerce el oficio de procurador del Convento de Santo Domingo de Tunja", el 18 de mayo de ese año (fol. 6, ibídem).

Las certificaciones ya citadas que se acompañaron al poder conferido al abogado en casación dice: "Certifico, como Superior de la Comunidad de Padres Dominicos de esta ciudad, que el M. R. P. Fideligno

García es el síndico de esta Comunidad y que en tal virtud tiene todas las facultades para gestionar ante las autoridades civiles todos los asuntos relacionados con los intereses de la misma.—Tomás M. Quijano E." "Certifico que el Rdo. P. Fr. Fidelígno García es el síndico de la Comunidad de Padres Dominicos de esta ciudad, y que actualmente está en ejercicio de dicho cargo. Tunja, octubre 1º de 1937. Crisanto, Obispo de Tunja." (Ha subrayado la Corte).

La transferencia de derechos de que se ha hablado hecha por las señoritas Ayala Ruiz a la Comunidad se solemnizó por la escritura Nº 1050 ante el Notario 1º de Tunja el 10 de diciembre de 1934 (Cdno. 1º, fols. 227 a 229). En ese instrumento se ve que compareció a aceptarla el Prior en su condición de procurador de la Comunidad y que se hicieron por todos los otorgantes, entre otras declaraciones, varias encaminadas a historiar en lo pertinente lo acaecido con las tiendas de que aquí se ha hablado y con el juicio mortuorio y su actuación. En la cláusula 3ª se advierte que la partición se había objetado y el incidente estaba decidido en la providencia de 25 de agosto de 1933, citada ya aquí, y que "ésta trazó norma fija al partidor para que la adjudicación de las especies señale a los herederos en común pro indiviso un lote de la sucesión inventariado como tienda; de tal suerte que a las vendedoras se les debe hacer adjudicación en esos bienes inventariados como tiendas."

Ante los hechos relatados aquí a propósito de la personería de la Comunidad y ante los comprobantes citados y trascritos, salta a la vista la carencia de fundamento del motivo de nulidad invocado por el recurrente (C. J., art. 450).

Otro tanto, como ya se vio en el respectivo capítulo de este fallo, acontece con los cargos restantes.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea la pronunciada por el Tribunal Superior del distrito judicial de Tunja el 24 de mayo de 1937, que aprueba la partición de los bienes de las sucesiones de los consortes Manuel Salvador Ayala y Pantaleona Ruiz.

Las costas del recurso son de cargo de la Comunidad recurrente.

Publíquese, cópies y notifíquese.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

NULIDAD DE UN CONTRATO, RESTITUCION DE BIENES, ETC.—CONTRATOS QUE CELEBRA LA ADMINISTRACION COMO DELEGATARIA DEL ESTADO.—CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.—DEFINICION Y CARACTERES JURIDICOS DE LA NOCION DE "PRIVILEGIO." NOCION DE "SERVICIO PUBLICO"—SERVICIO PUBLICO DE MERCADOS. — PROHIBICION CONSTITUCIONAL DE OTORGAR PRIVILEGIOS DISTINTOS DE LOS DE INVENCION Y VIAS DE COMUNICACION.—LA NACION, LOS DEPARTAMENTOS Y LOS MUNICIPIOS PODIAN INVOCAR LA DECLARACION DE NULIDAD, A PESAR DE LO DISPUESTO POR EL DEROGADO ARTICULO 15 DE LA LEY 95 DE 1890.—RESTITUCION DE BIENES COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACION DE NULIDAD.

1.—La administración, al actuar como delegataria del Estado, puede celebrar dos tipos muy diversos de contratos: uno de derecho civil y condición privada; y otro de carácter público o contratos administrativos propiamente dichos. 2.—El contrato administrativo se distingue por estas peculiaridades: a) Un acuerdo de voluntades entre la administración y un particular; b) Creación de una obligación jurídica —prestación de cosas materiales o de servicios personales— mediante una remuneración; c) La prestación del particular versará sobre un servicio público, y d) Se entiende que las partes se someten al régimen del derecho público y el contratista renuncia a servirse de las reglas del derecho privado para la determinación de su situación jurídica. 3.—Es de la esencia del privilegio constituír una gracia o beneficio exclusivo, que la administración posee y que tiene en sus manos otorgar. La idea de privilegio implica el goce de la gracia, con exclusión absoluta de los demás. Si se trata de un servicio público, es indudable que el concesionario viene a subrogarse en la posición, en los derechos y en las prerrogativas de la entidad de derecho público investida de la facultad de ejercerlos o de transmitirlos. 4.—La prestación del servicio público de mercados, en las cabeceras, constituye en su esencia un privilegio o gracia a favor de la administración municipal. El servicio de mercados es un servicio público. 5.—La prohibición constitucional para conceder privilegios distintos de los de invención y vías de comunicación, comprende y obliga también a los municipios. 6.—Tratándose de personas de derecho público, como la Nación, los Departamentos y los Municipios, no les es aplicable la prohibición que establecía el derogado artículo 15 de la ley 95 de 1890 porque esas entidades son incapaces de proceder con dolo. 7.—Ha sido doctrina constante de la Corte la de que declarada judicialmente la nulidad de un contrato, las partes deben ser restituídas DE JURE al estado anterior y por tanto, la prestación respectiva que conduce a que la restitución se verifique, se debe también DE JURE. 8.—Cuando se trata de inmuebles la acción de nulidad que ha prosperado lleva envuelta en sí la reivindicatoria y esto hace procedente aplicar a las restituciones de las partes las normas sentadas para las prestaciones mutuas en el caso de prosperar la acción reivindicatoria.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, abril veinte de mil novecientos treinta y ocho.

Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez.

Antecedentes

El concejo municipal de Tuluá expidió el acuerdo Nº 2 de 1910, mediante el cual declaró de utilidad pública la construcción de una plaza de mercado, ofreció un privilegio exclusivo por cincuenta años al empresario, prometió suministrar cierto inmueble denominado "La Planeta" para edificar la mencionada obra y reglamentó lo relativo al coso, impuestos por ese servicio, arrendamientos de tiendas y demás prestaciones.

Más tarde aprobó el acuerdo Nº 6, de 12 de mayo del mismo año, destinado a hacer algunas aclaraciones al negocio proyectado, en lo relacionado con la tasa de los impuestos que podría cobrar el futuro concesionario. También se aclaró el art. 10 del anterior acuerdo, en el sentido de preferir la propuesta que ofreciera devolver al municipio la mencionada plaza, una vez expirados los cincuenta años, sin indemnización alguna.

Posteriormente se aprobó el acuerdo Nº 2 de 1911, que modificaba los anteriores en el sentido de que el terreno que debía suministrar el municipio no sería el llamado "La Planeta", sino otro elegido por tres peritos.

El día 9 de octubre de 1911 expidió el concejo mencionado una resolución en virtud de la cual adjudicaba a la "Compañía del Mercado Cubierto de Tuluá", sociedad anónima asentada en el referido municipio, la concesión del privilegio para la construcción de la plaza de mercado y autorizó al personero para el otorgamiento de la respectiva escritura, previa aprobación de la minuta por el concejo.

El día 16 del mismo mes de octubre aprobó la corporación municipal la minuta redactada por el personero, por medio de la proposición Nº 62. El 18 del mes y año que vienen mencionados se otorgó la escritura Nº 221, de la Notaría de Tuluá, en la cual se determinó la naturaleza, forma, exten-

sión y demás circunstancias contractuales del referido privilegio.

Juicio ordinario

El 10 de septiembre de 1931 el personero municipal de Tuluá, debidamente autorizado, entabló demanda ordinaria contra la "Compañía del Mercado Cubierto de Tuluá", para que previos los trámites propios de ese proceso se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Es nulo el contrato que consta en la escritura Nº 221, otorgada ante el notario 1º de este circuito, el 18 de octubre de 1911, y por tanto, las partes contratantes, esto es, el municipio hoy demandante y la compañía hoy demandada, deben ser restituídos al estado en que se hallarían si no hubiera existido ese contrato.

"Segunda.—La compañía demandada debe entregar al municipio demandante, dentro de los tres días de notificada la sentencia, todo lo que de éste recibió en virtud del citado contrato, entre ello cardinalmente los inmuebles determinados en dicha escritura pública, con sus edificaciones y demás accesorios.

"Tales bienes se hallan en este municipio y los linderos de los raíces son los que reza ese instrumento público y que aquí se precisarán y copiarán.

"Tercera.—La compañía demandada debe pagar al municipio demandante el valor de los frutos de todos los bienes recibidos de éste y el de los tributos y derechos de todo género pagaderos por esta razón del mercado de esta ciudad y dejados de pagar por aquélla en virtud de dicho contrato y durante su vigencia.

"El monto de estas prestaciones será el que se fije en el presente juicio, o en su defecto, en otro distinto, y el pago debe hacerse dentro de los seis días de notificada la sentencia respectiva.

"Cuarta.—La compañía demandada, debe ser condenada al pago de las costas de este juicio, si afronta la litis.

"El municipio pagará el valor de las edificaciones y demás accesorios referidos. En lo tocante a frutos reconocerá los gastos en procudirlo (sic), y desde ahora acepta la compensación a que haya lugar en razón de lo que haya recibido por virtud del citado contrato, como 8 por 100 estipulado en el mismo; todo en forma legal, oportunidad y cuantía."

Al contestar la demanda la entidad opositora propuso las siguientes excepciones perentorias: petición antes de tiempo, carencia de derecho, cosa juzgada, prescripción de la acción. Dentro de tiempo oportuno instauró demanda de reconvención y en dicho libelo presentó cinco súplicas relativas a perjuicios que, a su decir, debía indemnizarle el municipio demandante.

El Juez primero del circuito de Tuluá desató la litis en primera instancia por medio de sentencia fechada el 17 de agosto de 1933. En ese proveído declaró absolutamente nulo el contrato sobre concesión del privilegio a favor de la compañía demandada y en consecuencia ordenó las restituciones, prestaciones, e indemnizaciones de rigor. También declaró infundadas las excepciones propuestas y absolvió a las partes de las otras peticiones de las demandas principal y de reconvención.

Contra ese fallo se alzaron las dos partes litigantes, para ante el Tribunal Superior de Buga. Tramitada la segunda instancia, el superior le puso término en sentencia de 4 de febrero de 1937. Ese proveído revocó el de primer grado y en su lugar dispuso:

"1º—Decláranse probadas las excepciones perentorais de carencia de acción y prescripción opuestas a la demanda principal. Se absuelve, en consecuencia, a la Compañía del Mercado Cubierto de Tuluá, sociedad anónima, domiciliada en esta ciudad, de los cargos de dicha demanda.

"2º—Condénase al municipio de Tuluá a pagar a la compañía expresada los perjuicios que ésta haya sufrido con el cobro del impuesto a los inquilinos de las tiendas del edificio destinado a mercado y por el establecimiento del mercado en el matadero público, por su cuenta, durante el tiempo que funcionó allí sin audiencia de la compañía, más los intereses legales correspondientes.

"El pago lo hará el municipio a la compañía, dentro del tercer día, una vez liquidados en firme los perjuicios y los intereses.

"3º—El municipio no podrá cobrar en lo sucesivo el gravamen que cobra a los inquilinos de la compañía.

"4º—Se absuelve al municipio de Tuluá de los demás cargos formulados en la contrademanda."

Recurso de casación

Contra las decisiones de ese fallo interpuso recurso de casación el apoderado del municipio de Tuluá. La sociedad opositora lo consintió en todas sus partes. Fundado el recurso en su debida oportunidad, se adujeron contra la sentencia acusada las siguientes causales reconocidas por el art. 520 del Código Judicial: ser el fallo impugnado violatorio de la ley sustantiva, por in-

fracción directa; ser violatorio de ley sustantiva por errónea interpretación o aplicación indebida y por errónea interpretación de una prueba, o sea el contrato de privilegio. En lo relacionado con la contrademanda, se impugnó también el fallo como violatorio de ley sustantiva por infracción directa y por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el contrademandante.

Se señalan como violados por infracción directa, entre otros, los arts. 1602, 1746 y 2186 del Código Civil; 471 y 593 del Código Judicial; 9º de la ley 153 de 1887 y 247 de la ley 149 de 1888. Por aplicación indebida e interpretación errónea los arts. 1741 y 1750 del Código Civil y el art. 15 de la ley 95 de 1890.

Motivos de casación

El primero y fundamental motivo de acusación del fallo de segundo grado, es el de que viola el art. 4º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, reformatorio de la Constitución, por cuanto dicho precepto fundamental prohibió de manera terminante la concesión de privilegios distintos de aquellos que se refieran a inventos útiles o a vías de comunicación; y el recurrente considera que el otorgado a la compañía cesionaria es efectivamente un privilegio distinto de aquéllos que autoriza nuestra carta constitucional.

A efecto de ordenar la exposición de tan importante materia, procede la Corte a fijar los puntos que deben ser dilucidados, en su orden, para fijar conclusiones definitivas sobre la cuestión controvertida. Para ello acepta en parte la ordenación del Tribunal en el fallo que se revisa y los determina así:

"1º—¿El contrato celebrado entre el municipio de Tuluá y la compañía opositora es efectivamente un privilegio o una simple concesión administrativa de un servicio público?

"2º—¿El Acto Legislativo de 1910 privó o no privó a los concejos municipales de la facultad de otorgar privilegios para obras de interés público distintas de las que expresa el art. 4º?

"3º—Si se acepta que la prohibición constitucional comprende a los concejos, siendo así que el de Tuluá hizo uso de una facultad legal anterior, ¿produce efectos en este caso concreto la citada disposición?

"4º—Resueltas afirmativamente las cuestiones precedentes, ¿podía el municipio ejercitar la acción de nulidad a pesar de lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 95 de 1890?".

Primera cuestión

Las doctrinas más recientes del derecho político rechazan la teoría predominante en el pasado siglo que concedía al Estado una doble personalidad y por ende aceptaba un doble concepto en cuanto a la naturaleza y estructura de los contratos que la administración celebra, ya como entidad de derecho público y potencia de mando, ora como persona jurídica privada. Tan sólo se admite que la administración, al actuar como delegataria del Estado, puede celebrar dos tipos muy diversos de contratos: uno de derecho civil y condición privada; y otro de carácter público o contratos administrativos propiamente dichos.

Según Jéze el contrato administrativo se distingue por estas peculiaridades aquí extractadas: a) Un acuerdo de voluntades entre la administración y un particular; b) Creación de una obligación jurídica —prestación de cosas materiales o de servicios personales— mediante una remuneración; c) La prestación del particular versará sobre un servicio público, y d) Se entiende que las partes se someten al régimen especial del derecho público y el contratista renuncia a servirse de las reglas del derecho privado para la determinación de su situación jurídica.

No cabe la menor duda de que el municipio de Tuluá celebró un contrato administrativo, de carácter público, sobre prestación de un servicio público, que se acomoda a las características científicas antes especificadas. Resta sólo determinar si esa convención constituye un privilegio.

Escriche define al privilegio como "la gracia o prerrogativa que se concede a uno libertándolo de alguna carga o gravamen o confiriéndole algún derecho de que no gozan otros."

Resalta de lo dicho que es de la esencia del privilegio constituír una gracia o beneficio exclusivo, que la administración posee y que tiene en sus manos otorgar. Viene a ser un atributo extraordinario o inherente a la existencia y a la misión del Estado, con miras predominantes al beneficio colectivo, y que el poder público puede ejercer directamente o por interpuesta persona, pero siempre en persecución del interés social y dentro de la órbita señalada por el derecho político de la nación.

Cuando el Estado no quiere o no puede ejercer directamente esa prerrogativa que le pertenece, la delega en manos extrañas por medio de un contrato, que debe permanecer ubicado dentro de las normas del derecho público y que se denomina concesión

administrativa de un privilegio. Esta idea se traduce, según Jéze, en la fórmula de que "siendo decisivo el interés general, a él deben subordinarse los intereses privados."

Es claro y evidente que la idea de privilegio implica el goce de la gracia, con exclusión absoluta de los demás. Si se trata de un servicio público, como en el caso de autos, es indudable que el concesionario viene a subrogarse en la posición, en los derechos y en las prerrogativas de la entidad de derecho público investida de la facultad de ejercerlos o de transmitirlos.

En la legislación colombiana la prestación del servicio público de mercado, en las cabeceras, constituye en su esencia un privilegio o gracia a favor de la administración municipal. No puede ser materia de la libre iniciativa industrial ni podría un particular acometer su prestación dentro de la libertad económica o de las facultades que le otorga el derecho privado.

Al efecto, según Rolland, la noción de servicio público "implica la idea de empresa que, bajo la suprema dirección de los gobernantes, está destinada a satisfacer necesidades colectivas de' público." Tres ideas comprende esta definición: la de empresa, la de satisfacción dada a las necesidades colectivas del público y la de dependencia en relación con los gobernantes. Nadie será osado a dudar que el servicio de mercado reúne estos caracteres y es por lo tanto un servicio público.

La ley 149 de 1888, antigua reguladora de nuestro régimen municipal, nada estatuyó sobre esta materia. Pero la ley 88 de 1910, expedida en desarrollo del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, señaló en su art. 54 una serie taxativa de prohibiciones a las corporaciones municipales, en la reglamentación de sus actividades y atribuciones. En el ordinal c) de dicho art. 54 dispuso que le estaba prohibido a las municipales "prohibir o impedir de cualquier modo el libre funcionamiento de los mercados que establezcan o ya existan, en propiedades particulares que estén situadas a más de tres kilómetros de la cabecera del distrito." Este precepto legal fue más tarde fielmente reproducido en el ordinal 12 del art. 171 de la ley 4ª de 1913, nuevo Código de Régimen Político y Municipal.

Se desprende de lo anterior que la autorización legal a los particulares para establecer mercados públicos quedaba limitada exclusivamente a los que funcionaran en propiedades privadas y a más de tres kilómetros de la cabecera municipal. Pero fuera de tales pautas, la administración municipal sí podía prohibir el establecimiento de mercados y con mayor razón en las cabeceras distritales. Luego es de rigor aceptar que tal negocio o actividad es un privilegio municipal en las cabeceras, por ser un servicio público, por estar vinculado a una necesidad social y colectiva y por estar implícitamente facultada la administración para prohibirlo. Lo que no está prohibido a los particulares está permitido y hemos visto que la prohibición se limitó a casos taxativamente señalados en la ley, fuera de las cabeceras.

Resulta lógico concluír que el municipio de Tuluá tenía el goce del privilegio sobre servicio de mercado público y que con los acuerdos mencionados no hizo otra cosa que expresar su voluntad de sacarlo a la licitación, para otorgar una concesión administrativa de tal privilegio.

Segunda cuestión

Antes de expedirse el Acto Legislativo Nº 3 de 1910, creador de un nuevo ordenamiento constitucional en el país, no existía precepto positivo que de manera precisa prohibiera a la nación, los departamentos y los municipios, otorgar privilegios. Antes bien, la ley 149 de 1888, sobre régimen jurídico estatal, facultaba a esas corporaciones para otorgarlos a nombre del Estado.

Pero es el caso que el citado acto constitucional de 1910, en su art. 4º, ordenó de manera taxativa que sólo podrían concederse privilegios que se refieran a inventos útiles o vías de comunicación. En forma tal que de manera general y sin distinción alguna quedaron claramente prohibidos los demás privilegios sobre obras o servicios públicos o sobre explotaciones comerciales inherentes al Estado.

A la Compañía del Mercado Cubierto de Tuluá se adjudicó el privilegio por resolución de 9 de octubre de 1911. El concejo aprobó la minuta de contrato de concesión en proposición Nº 62, del 16 del mismo octubre y se perfeccionó esa convención administrativa por escritura Nº 221, de fecha 18 del mismo octubre de 1911. Como el Acto Legislativo Nº 3 de 1910, que prohibía tales privilegios, en su art. 4º, entró a regir en el mes de diciembre de 1910, es claro y notorio que tal concesión privilegiada se expidió y otorgó con clara violación del precepto constitucional mencionado.

La compañía demandada no acepta esa conclusión jurídica y se funda en dos razones: que no se trata de un privilegio sino de una simple concesión de servicio público; que el art. 4º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 no se refiere a los municipios sino

a la nación, porque el inciso 16 del art. 169 de la ley 4ª de 1913, posterior en mucho tiempo a la reforma constitucional, reprodúse fielmente la autorización a los municipios para otorgar privilegios, que ya existía por virtud de la ley 149 de 1888.

En cuanto al primer argumento del opositor, ya se demostró anteriormente que en el caso de autos sí se está en presencia de un privilegio administrativo para un servicio público. En cuanto al segundo, la Corte hace estas consideraciones exegéticas:

El Acto Legislativo Nº 3 de 1910 se expidió por el poder constituyente y tendía a modificar sustancialmente las instituciones o a darle mayor amplitud, elasticidad y brillo a principios que habían ya calado hondamente en la conciencia pública. Su total ordenamiento aspiraba a darle nueva fisonomía al Estado, conjugando nuevas normas para la nación, el departamento y el municipio. De manera tal que cada uno de sus preceptos poseía intrínsecamente un concepto robusto de generalización para cada una de las entidades representativas del Estado.

Y si esto es así, ¿cómo puede aceptarse que el art. 4º, al limitar taxativamente la autorización para privilegios, pretendiera regular exclusivamente la actividad de la nación, con prescindencia del municipio? ¿Qué razón científica justificaría esa diferenciación entre las dos entidades, similares en su origen y sus fines sociales y colectivos? Antes bien, la limitación de los factores defensivos de la administración distrital y sus propias y congénitas deficiencias en nuestro país, parecen indicar que la tutela protectora que entraña la norma constitucional comentada se promulgó con miras más directas a la protección de las comunidades que a la salvaguardia de la nación.

Puede agregarse a lo dicho que es aforismo universal de hermenéutica que donde la ley no distingue a nadie le es lícito hacerlo: "ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus." Y si el acto legislativo mencionado no hizo distinciones sobre las entidades a quienes era aplicable su prohibición, resulta arbitrario y aventurado que el juzgador pretenda hacerlas.

Fundada en las razones incontrovertibles que acaban de exponerse, la Corte concluye que la prohibición constitucional para conceder privilegios distintos de los de invención y vías de comunicación, comprende y obliga también a los municipios. La vigencia del art. 169 de la ley 4ª de 1913, en nada modifica esta interpretación, porque a pesar de ser posterior no puede prevalecer sobre el texto fundamental, por ser incompatible con éste, de conformidad con el art. 40 del acto legislativo mencionado. Hay que aceptar que carece de fuerza imperativa, por la circunstancia de que se acaba de hacer mérito y por contradecir de manera manifiesta una norma superior y más excelente. A esa conclusión han llegado tratadistas autorizados de nuestro derecho político como el doctor Tulio Enrique Tascón y la Corte no puede apartarse de esa interpretación sin sentar una doctrina peligrosa en cuanto a la prelación de la carta suprema del país y a la solución jurídica que nuestro derecho positivo estatuye para casos como éste, de incompatibilidad entre una disposición constitucional y otra simplemente legal.

Tercera cuestión

Sentado el principio de que la prohibición para privilegios de servicios públicos comprende a los municipios, resta dilucidar si por haber usado el concejo de Tuluá una facultad legal anterior, produce efectos en este caso concreto la citada prohibición.

Si se estudian con toda atención los tres acuerdos dictados por el Concejo de Tuluá, puede apreciarse que en virtud de éstos no adquirió ni hizo nada a su favor ningún derecho especialmente vinculado a su patrimonio. Al efecto, en tales actos administrativos la entidad comunal se limitó a declarar de utilidad pública la construcción de una plaza de mercado, a ofrecer un privilegio por cincuenta años, a conceder el uso de un bien inmueble y a reglamentar el cobro por este servicio público municipal.

¿Puede aceptarse que esos actos constituyan el ejercicio de un derecho adquirido? ¿Puede concluírse que hicieron nacer ese derecho excelente y lo vincularon al patrimonio municipal?

La Corte rechaza ese extremo, porque la expedición de los acuerdos municipales sólo constituye en realidad una declaración de voluntad, un anhelo de la comuna de Tuluá en cuanto a la existencia futura de un servicio colectivo. Son actos preparatorios, que sólo una vez desarrollados, finalizados y perfeccionados al tenor de las normas del derecho público creaban el privilegio.

Cuarta cuestión

Resueltas afirmativamente las cuestiones anteriores, se pregunta si podía el municipio ejercitar la acción de nulidad absoluta a pesar de lo dispuesto en el art. 15 de la ley 95 de 1890?

Habiéndose adjudicado el contrato sobre concesión administrativa del privilegio con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 y estando igualmente demostrado que la minuta del susodicho contrato y el contrato mismo se celebraron y perfeccionaron también con evidente posterioridad a la ordenación constitucional prohibitiva, es de lógica rigurosa fallar que esa convención adolece del vicio de nulidad absoluta insubsanable, por las razones que pasan a esbozarse brevemente: a) Porque el art. 1519 del Código Civil dispone que hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación; b) Porque al tenor del art. 1521 de la misma obra, hay un objeto ilícito en la enajenación de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; c) Porque el art. 1525 del código tantas veces mencionado dispone que hay asímismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes, y d) Debido a que el art. 1741 ibídem declara en forma enfática que la nulidad producida por un objeto o causa ilícita es nulidad absoluta.

Pero como quiera que el citado art. 15 de la ley 95 de 1890 consagra que dicha causal puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, es procedente determinar si el municipio demandante está comprenlido en las circunstancias legales mencionadas y si, por ende, le está prohibido alegar en juicio la nulidad del privilegio.

Es indudable que la razón o motivo predominante que tuvo el legislador para expedir la disposición legal cuya aplicación se dilucida y que está ya derogada fue la de establecer y aplicar una pena civil, de carácter rigurosamente personal, por la violación de la ley y por la rebeldía en acompasar la actividad privada al orden jurídico nacional. Así lo interpretó la Corte cuando dijo que "la prohibición de alegar la nulidad absoluta impuesta a quien celebró el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, es una pena personal, la cual después de muerto el contratante no pasa a sus hijos." (Nº 2642. Casación, 25 de agosto de 1923. Tomo III).

De allí se origina que esa pena, por su índole, no se aplica a las personas que fueron extrañas a la nulidad, aun cuando deban suceder al contratante rebelde en el ejercicio de los derechos y acciones derivados de la convención afectada de nulidad. Tal sucedía con los herederos, sucesores legítimos y causahabientes en general y así lo consagró esta Corte en numerosas sentencias. (Nos. 2629, 2637, 2641. Casaciones. Tomo III).

Pero es claro e indudable que tratándose de personas de derecho público, como la nación, el departamento y el municipio, no le es aplicable a éstas la prohibición consagrada en esa norma, no sólo por lo ya dicho de que ella en realidad implica una sanción de carácter personal destinada a garantizar el fiel cumplimiento de las formalidades y requisitos legales en la espera de las relaciones privadas, sino porque tales entidades estatales son incapaces de proceder con dolo, es decir, toda especie de astucia, maquinación o artificio que se emplea para engañar a otro. El origen y el carácter del Estado, sus naturales funciones y sus fines lo colocan en un plano donde no es posible presumir que actúe con **animus nocendi.**

Por otra parte, teniendo que actuar necesariamente por intermedio de representantes, como son los funcionarios y organismos que llevan su personería, la aplicación del art. 15 a los actos y contratos celebrados en su nombre equivaldría a entregarlo inerme en manos de intermediarios inescrupulosos, en el ejercicio de sus relaciones múltiples con los particulares. Así lo consideró también esta Corte en caso similar cuando dijo: "Si la nación no pudiera alegar la nulidad absoluta de los contratos que le interesan por razón de que el gobierno que los celebra sabía o debía saber el vicio que los invalidara, el poder ejecutivo quedaría revestido de facultades dictatoriales para contratar sobre los bienes, derechos y acciones de la nación a quien representa. La responsabilidad problemática del presidente y del respectivo ministro por su proceder ilegal, no indemnizaría a la nación del perjuicio. Es por lo tanto inadmisible que la nación no pueda demandar la nulidad de tales contratos." (Nº 2680. Casación, 1º de diciembre de 1923. Tomo III).

Resultado de la casación

La Corte acepta que existe un vicio fundamental que afecta a la concesión del privilegio, consistente en la violación de la prohibición constitucional para otorgarlo. Ha prosperado, por ese motivo, la causal de acusación contra la sentencia sometida al recurso, ya que aparece evidente que hay violación de ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea. En el curso de la motivación se han señalado los preceptos violados, que son algunos de los indicados por el recu-

frente. Luego es forzoso fallar que la sentencia de segundo grado debe ser casada y en consecuencia infirmada, entrándose a dirimir la controversia como tribunal sentenciador.

Sentencia de instancia

Al asumir la Corte la función falladora que le compete en este caso, debe estudiar, ante todo, la razón y fundamento de cada una de las súplicas del libelo principal, lo mismo que los de las excepciones propuestas por el opositor. Otro tanto se hará respecto a las peticiones de la demanda de reconvención, por haber sido éstas también materia del proveído que se sustituye.

Ha sido doctrina constante de la Corte la de que declarada judicialmente la nulidad de un contrato, las partes deben ser restituídas de jure al estado anterior y por tanto, la prestación respectiva que conduce a que la restitución se verifique, se debe también de jure. Si, pues, se acepta que debe declararse la nulidad absoluta del contrato y prospera en consecuencia la primera súplica del libelo, que viene a ser la principal y básica, se presenta el problema de resolver cuáles han de ser las restituciones a que tengan derechos las partes.

Dentro del rigor de los principios que informan la teoría de las obligaciones y el régimen contractual, el acto o contrato afectado de nulidad absoluta no ha tenido en realidad de verdad existencia y vida en ningún momento. Es un fenómeno jurídico que no tuvo nacimiento y que jamás pudo producir efecto entre las partes, por carecer de uno o varios de los elementos fundamentales que la ley exige para la existencia real del acto o contrato. No podría aceptarse, que se estableció una relación de derecho siquiera defectuosa entre los contratantes y que esta relación de derecho hizo nacer recíprocas prestaciones. Pero ante la realidad del hecho consumado y ante la serie de conflictos y problemas legales que indefectiblemente crea la declaración de nulidad absoluta de un contrato, que tuvo aparente vida desde su celebración hasta el pronunciamiento judicial, es de imperiosa necesidad reconocerle una existencia provisional y efímera durante esa etapa.

En el caso de autos, se está en presencia de un contrato privilegiado sobre prestación de un servicio público y por su misma naturaleza y por los elementos que lo integran, las restituciones y prestaciones recíprocas deben quedar sometidas a las siguientes reglas:

a) El art. 1746 del Código Civil dispone que pronunciada la nulidad, las partes deben ser restituídas al estado anterior. En esa restitución mutua las partes serán responsables de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, del abono de mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes. Todo esto sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita, que es precisamente el caso que se revisa.

b) El art. 1525 del Código Civil establece como una sanción civil la prohibición de repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita, a sabiendas. Esta última circunstancia se presume por parte del demandado al tenor del principio que sienta el art. 9º del Código Civil, sobre ignorancia de las leyes.

c) De acuerdo con el contrato inexistente el municipio cedió a la compañía los impuestos por el servicio público de mercado y por el de coso; también le cedió el uso y goce de un lote de terreno de su propiedad. Con aplicación del art. 1525 antes mencionado, no podrá el municipio repetir lo recaudado por ese concepto, por la sociedad opositora, ni podrá reclamar el pago del canon o precio por el goce del inmueble facilitado para esos fines. En esa misma convención se obligó la compañía a pagar al municipio el ocho por ciento (8%) de las sumas recaudadas por los servicios cedidos y al tenor de la misma disposición legal tampoco podrá la sociedad opositora repetir lo pagado al municipio en cumplimiento de esa cláusula.

d) El municipio cedió a la compañía el uso o goce de un lote de terreno e hizo entrega de éste en su oportunidad. Como no hubo venta o traspaso del dominio ni se realizó la consiguiente tradición del inmueble, no es el caso de aplicar la sanción civil del art. 1525 del Código Civil, y de resolver que la compañía conserve en su poder dicho bien raíz, en su condición de dueña o poseedora. Antes bien, debe ordenarse su devolución a la parte actora, con aplicación de la regla consignada en el art. 1746 del Código Civil; sin perjuicio del derecho de retención que consagran a favor de la compañía los arts. 739 y 970 del Código Civil y sin perjuicio también de las otras prestaciones a que esté obligado el municipio. Es entendido que este derecho de retención, consagrado a favor del poseedor de buena fe o del que edificó, sembró o plantó a ciencia y paciencia del dueño del terreno —que viene a ser por analogía el caso que se fa-

lla— no puede ir más allá de los límites de la necesidad, esto es, de garantizar al propietario de tales mejoras el pago del justo valor de éstas, siempre que fueren necesarias o útiles. Pero no le será permitido en este caso a la compañía demandada, en ejercicio de tal garantía, continuar explotando comercialmente en ninguna forma, el negocio en referencia, por medio de las edificaciones y demás dependencias de la plaza de mercado.

e) En virtud del efecto retroactivo de la declaración de nulidad absoluta, deben las partes ser restituídas a su estado anterior mediante las respectivas restituciones y prestaciones. El terreno donde se edificó la plaza de mercado debe devolverse al municipio, pero se pregunta: ¿en qué situación jurídica quedan las edificaciones y dependencias levantadas por la entidad opositora?

Es indudable que el estricto rigor de los principios consagrados por nuestro derecho civil la compañía no puede ser considerada como poseedora del terreno, porque ya se ha visto que jamás lo poseyó con ánimo de señor o dueño, sino como simple tenedor, para aprovechar su uso y goce natural. Puede afirmarse que lo dicho viene a ser ya un presupuesto procesal.

También es de rigor concluír que dentro del concepto de la mera tenencia no caben consideraciones sobre posesión de buena o de mala fe, como lo expresa con buen juicio el juez de primer grado. Pero como para precisar las prestaciones recíprocas de las partes, en este caso, se necesita determinar esa circunstancia, es procedente estudiarla con ese exclusivo fin.

Define Escriche la buena fe como "el modo sincero y justo con que uno procede en sus contratos, sin tratar de engañar a la persona con quien lo celebra." Estudiados los antecedentes de la negociación, resulta que la empresa demandada, al celebrar el contrato procedió con ánimo recto, sincero y justo, deseosa de realizar un negocio lícito en su esencia y sin el más remoto propósito de engañar al municipio. Por esas razones, debe ser considerada como contratante de buena fe, para las restituciones ordenadas por el art. 1746 del Código Civil.

Es muy oportuna la observación del juez **a quo**, y por esa razón la acoge la Corte, de que por ser la compañía únicamente tenedora del lote ocupado por la plaza de mercado, se hace difícil la clasificación de buena o mala fe, para poder dar cumplimiento al mandato contenido en el art. 1746 del Código Civil, en lo relativo a la determinación de las restituciones derivadas de la declaratoria de nulidad. Pero es lo cierto que por no existir venta ni usufruto en la relación jurídica de las partes ni ser la compañía poseedora del inmueble, no son estrictamente aplicables los preceptos que regulan las prestaciones recíprocas entre personas investidas de esa categoría. Hay que aceptar el extremo de que al querer restituír las cosas al estado anterior, como si no hubiera existido el contrato declarado absolutamente nulo, las partes deben ser consideradas como desapercibidas de todo vínculo contractual o cuasicontractual que las hubiera atado en la época en que tuvo aparente vida la convención viciada. Derivada hacia esa solución la controversia, hay que decidir que, por analogía, están los litigantes en un caso parecido al de accesión contemplado en el art. 739 del Código Civil. Por tanto, al tenor de esa disposición legal, el municipio puede recobrar el terreno de su propiedad mediante el pago del edificio y anexidades de la plaza de mercado.

Si el municipio debe pagar el valor de esas edificaciones, a justa tasación, viene a cuentas fijar reglas sobre esta materia. Cuando se trata de inmuebles la acción de nulidad que ha prosperado lleva envuelta en sí la reivindicatoria y esto hace procedente aplicar a las restituciones de las partes las normas sentadas para las prestaciones mutuas en el caso de prosperar la acción reivindicatoria.

Con sujeción a tales reglas si el municipio quiere recobrar el inmueble debe pagar el justo valor de las mejoras útiles hechas antes de contestarse la demanda, entendiéndose por tales las que hayan aumentado el valor venal de la cosa. Ahora bien, respecto a las obras hechas después de contestada la demanda, el municipio no está obligado a pagarlas y la compañía tendrá solamente facultad para llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlas sin detrimento de la cosa y el propietario rehuse pagar el precio que tendrían dichos materiales después de separados. (Art. 966 del C. C.).

En cuanto a las obras llamadas voluntarias, es decir, las que no son indispensables para la debida explotación comercial del negocio, sino que consisten en objetos de lujo y recreo, el municipio no está obligado a pagar su valor; pero la compañía podrá llevarse los materiales en que éstas consisten dentro de las reglas ya sentadas. (Art. 967 del C. C.).

Otra cuestión que resta dilucidar en este punto de las mutuas prestaciones es el de los deterioros que haya podido sufrir la cosa entregada en virtud del contrato, mientras estuvo en poder de la otra parte. No

hay constancia en el expediente de que se hayan realizado deterioros, tales como el talamiento de bosques, destrucción de edificaciones, etc., que obligarían a la compañía concesionaria a reparar esos desperfectos, al tenor de lo dispuesto en el art. 963 del Código Civil.

Pero en obedecimiento a esa disposición legal, interesa hacer una distinción a este respecto: hasta la fecha de la contestación de la demanda sólo responderá de aquéllos que le hubieren producido algún provecho o beneficio; con posterioridad a esa fecha será responsable de toda clase de deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa. Será necesario, sin embargo, hacer la consiguiente declaratoria de este fallo, para dejar a salvo las acciones del municipio por este concepto.

Con aplicación de los mismos principios y en obedecimiento a lo dispuesto en el art. 965 del Código Civil, la compañía tendrá derecho, como parte vencida, a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa que debe restituír al municipio en vista de la declaratoria de nulidad. El valor de esas expensas, en caso de que existan, deberá fijarse a justa tasación y en juicio separado.

f) Coincide la Corte con las apreciaciones que hace el juez de primer grado cuando dice que por haberse aceptado que la compañía quedó en la misma situación del que edifica a ciencia y paciencia del dueño del terreno, y no pudiéndose repetir lo que se haya dado o pagado por razón de un contrato que tuvo objeto ilícito, las restituciones relativas a frutos naturales o civiles no pueden extenderse a los percibidos durante el tiempo comprendido entre la celebración del contrato y la contestación de la demanda.

Pero una vez trabada la litis ya no puede aceptarse esa misma ficción y considerarse que edificó a ciencia y paciencia del dueño del terreno, porque la notificación de la demanda equivale a un requerimiento judicial para que cesen los efectos jurídicos derivados del contrato viciado de nulidad y se suspendan, en consecuencia, los actos de ocupación del inmueble que perturban e impiden el ejercicio del derecho de dominio por parte del municipio. Desde esa fecha desaparece la presunción de buena fe reconocida a favor de la entidad demandada. De allí que tenga estricta aplicación al caso de autos lo preceptuado en el art. 964 del Código Civil y la sociedad opositora debe ser condenada a restituír los frutos naturales o civiles que la cosa produjo con posterioridad a la contestación de la demanda y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder.

EXCEPCIONES

1ª—Petición antes de tiempo.

El opositor la funda en esta consideración:

"Fundo esta excepción en el hecho de que lo que se pretende no es otra cosa que obtener la nulidad de un contrato que no es más que el cumplimiento de acuerdos y actos del concejo de Tuluá, cuya nulidad ha debido obtenerse previamente para que pudiera prosperar la acción contra el contrato mismo. Y tan cierto es esto, que si se declarase la nulidad pedida sin declarar la otra, surgiría un conflicto entre lo que decidiera el poder judicial y lo que disponen los acuerdos y actos sobre construcción y privilegio de la plaza de mercado."

Como quiera que la Corte, para rechazar este recurso defensivo del demandado acoge en su mayoría las argumentaciones expuestas por el juez de primera instancia, se pasa a trascribir la parte fundamental de éstas, a saber:

"Cuando los contratos se derivan de un acuerdo o de un acto se debe distinguir el acuerdo o acto en sí y el contrato. En otros términos, la validez o legalidad del acto o contrato y la eficacia de este último. Lo primero es del resorte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y lo segundo del poder judicial. Si el que pretende demandar a un municipio, departamento o a la nación por obligaciones contraídas por un acuerdo, ordenanza o ley no necesita demandar previamente la declaratoria de validez o exequibilidad de tal acuerdo, ordenanza, o ley, no se ve bien claro por qué se esté en la obligación de obtener la declaración de inexequibilidad de tales actos cuando se pretenda demandar la nulidad del contrato derivado de ellos.

"Se dirá que la ley establece una presunción de validez, mientras por el tribunal competente se declara lo contrario. Esto es verdad, pero si en ese interregno no se ha hecho la declaratoria, no podía la sentencia en que se hiciera, llevarse de calle lo dispuesto por la justicia ordinaria y desconocer los efectos de un contrato, que no son de su resorte. O en otros términos fallado un negocio por el poder judicial cuando se consideraba legal el acuerdo, la ordenanza o la ley, se promueve la acción respectiva sobre inexequibilidad de alguno de estos ac-

tos en que estaba basado el contrato, podrá desecharse la acción so pretexto de haber sido discutido el asunto por la justicia ordinaria? Considera el Juzgado que habiendo sido fallado por el poder judicial el asunto y ejecutoriándose la sentencia respectiva se puede demandar la inexequibilidad del acuerdo, la ordenanza o la ley, sin que sea obstáculo para la viabilidad de la acción la excepción de cosa juzgada que pueda promoverse, pues ante la justicia ordinaria sólo pudo demandarse el contrato en sí, por sus efectos y no la validez del acto del cual se deriva.

"Puede decirse que es de la esencia de las naciones de régimen democrático la existencia de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial y que la institución de lo contencioso administrativo es un poder intermedio entre ellos, como quiera que en el debate que se promueve sólo se discute si la ley, la ordenanza, el acuerdo o el acto se dictó válidamente.

"Cada uno de esos poderes tiene su órbita expresamente limitada, dentro de la cual sólo puede girar, sin poder salir de ella, so pena de extenderse a lo que no le corresponde. Siendo la zona de lo contencioso administrativo intermediaria entre la de los poderes mencionados, no puede llegar a extenderse hasta la de cualquiera de esos poderes, abrogándose facultades que no le corresponden.

"Por otra parte cada una de las cuestiones que se susciten dentro de la órbita señalada a esos poderes, cae sobre la misma zona dentro de la cual se debe actuar, con absoluta independencia de los otros.

"Cuando en 1913 se discutía el proyecto sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo, fue pasado el proyecto respectivo a los senadores Antonio José Cadavid y Rafael Uribe Uribe, quienes en parte de su informe favorable dijeron lo siguiente:

'Quiere esto decir que la jurisdicción a que nos referimos se funda en el principio elemental, no disputado hoy en los pueblos de régimen constitucional, de la separación de los poderes públicos. Más concretamente: la jurisdicción contencioso-administrativo tiene su fundamento esencial en la separación, en la independencia que debe haber entre la rama administrativa y la rama judicial del poder público. Y como la constitución que hoy rige en Colombia, de igual manera que todas las que han regido durante nuestra vida de nación independiente, consagra el principio de dicha separación de poderes, es claro que se impone el establecer la jurisdicción de que se trata, para asegurar y garantizar el derecho individual.'

"Y si las cuestiones son diferentes y si no es de rigor la declaración previa sobre inexequibilidad, no debe ser tenida una acción establecida ante el poder judicial, para la demarcación de los derechos de las partes, como promovida antes de tiempo, por no haberse obtenido previamente la declaración de inexequibilidad máxime cuando no existe disposición alguna por la cual se obligue a obtener la declaratoria de exequibilidad o inexequibilidad previas para poder demandarse la efectividad o nulidad de un contrato celebrado como consecuencia de un acto del concejo."

2ª—Carencia de derecho.

Para fundamentarla el opositor reflexiona en esta forma: "Esta excepción se funda en que la nulidad que se alega se deduce de la omisión de formalidades prescritas en consideración a la calidad de una de las partes y por consiguiente sería una nulidad realtiva que no puede alegarla quien intervino en el contrato, como enseña el art. 1743 del Código Civil. Y es que ni aun siendo una nulidad absoluta podría alegarse por ninguna de las partes que intervinieron en el contrato, por la sencilla razón de prohibirlo el art. 15 de la ley 95 de 1890, en acatamiento a muy claros preceptos de sana moral, aunque otra cosa piensa el actor para casos relacionados con entidades de derecho público."

Se ve la Corte en la necesidad de rectificar estos puntos de vista del demandado, porque en la primera súplica de la demanda se solicita que se declare la nulidad del contrato privilegiado y por consiguiente que se restituya a las partes al estado en que se hallarían si no hubiese existido ese contrato. Más tarde, al resumir el derecho, causa o razón de la demanda, expresa que hay nulidad abosluta por haberse concedido un privilegio contra prohibición constitucional, contraviniéndose el derecho público de la nación.

También se acogieron numerosas decisiones jurisprudenciales anteriores, al decidirse que al municipio de Tuluá no le era aplicable la prohibición que para alegar esta nulidad establece el art. 15 de la ley 95 de 1890 y ya se expusieron a espacio las razones jurídicas que les sirven de fundamento. Luego hay que llegar al extremo de que el municipio demandante, lejos de carecer de derecho para instaurar la acción principal en este proceso, podía hacerlo sin restricción alguna. Por lo cual hay que desestimar por falta de fundamento la acción defensiva que se estudia.

3ª—Cosa juzgada.

Así preséntase en autos esta excepción:

"Fundo esta excepción en que lo que se pretende en el fondo es que el poder judicial reconozca que el acuerdo concediendo el privilegio para la construcción de la plaza de mercado y la resolución por la cual se hizo la adjudicación de dicho privilegio son nulos por contravenir a lo mandado en la constitución del país. Y resulta que sobre este particular existe el fallo del Tribunal de Popayán, proferido en sala de acuerdo el 18 de diciembre de 1913, reformando el que sobre el asunto había dictado el Juez 2º del circuito de Tuluá."

Son antecedentes de esta excepción los siguientes: el señor personero de Tuluá presentó demanda ante el Juzgado 2º del circuito en que se pedía la nulidad e ilegalidad del acuerdo Nº 2 de 6 de febrero de 1911 y de la resolución Nº 1º, de fecha 9 de octubre del mismo año. El juez a quo resolvió que era exequible el acuerdo Nº 2 pero que eran inexequibles los puntos 1º y 3º de la resolución Nº 1º de 6 de octubre de 1911.

Apelada esa providencia, el Tribunal Superior de Popayán, por medio de acuerdo Nº 304, de 18 de diciembre de 1913, revocó la resolución consultada en cuanto declara inexequible los números 1º y 3º de la mencionada resolución.

En esta secuela funda el excepcionante el hecho fundamental propuesto. Pero la Corte no puede aceptarla como motivo suficiente para paralizar la acción, por las razones que pasan a exponerse:

Al conocer y fallar el poder judicial el proceso a que se alude actuaba no en ejercicio de la jurisdicción ordinaria, que compete por mandato constitutivo al órgano judicial, sino en ejercio de la jurisdicción contenciosa-administrativa que en aquella fecha correspondía a los mismos organismos de esta rama del poder público, por no haberse expedido y promulgado la ley 130 de 1913, que la separaba del poder judicial para reglamentarla y hacerla ejercer en forma especial y autónoma. De manera que el fallo proferido por el Tribunal Superior de Popayán no provenía del ejercicio de la jurisdicción ordinaria judicial, sino de la especial de carácter contencioso. Es bien sabido que esta última tiene por principal misión conocer de los litigios que se susciten sobre actos de autoridad de la administración, pues resultaría anómalo y contrario a los principios del derecho administrativo que la justicia ordinaria resuelva los conflictos derivados de actos o mandatos de la autoridad.

Si esto es así, no puede aceptarse identidad alguna entre decisiones emanadas de la rama contencioso-administrativa y del órgano judicial cuando ejerce sus funciones propias y ordinarias. No hay identidad del asunto, o sea de la cuestión controvertida; ni identidad de la naturaleza del derecho; ni en su objeto, ni en el título, ni en las partes litigantes.

Tratándose, por lo tanto, de litigios y cuestiones diversas como las planteadas y dirimidas en la sentencia del Tribunal de Popayán y las que esperan decisión en este juicio, hay que finalizar por el rechazo de este medio defensivo, al tenor de los arts. 473 y 474 del Código Judicial.

4ª—Prescripción de la acción.

Está apoyada en esta tesis:

"Apoyo esta excepción de la consideración de que si hubiera de reconocerse la nulidad, ésta sería relativa y entonces está vencido con exceso el plazo señalado por la ley para pedir la rescisión, como se ve lo dispuesto en el art. 1750 del Código Civil."

Basta la lectura del argumento aducido para desestimarla, porque viene dicho reiteradamente que no se está en presencia de una nulidad relativa, sino de una nulidad absoluta. Por lo tanto, no es el caso de aplicar el término prescriptivo limitado que señala el art. 1750 del Código Civil, sino el plazo de treinta años que determina para este caso el art. 15 de la ley 95 de 1890. Y como desde el perfeccionamiento del contrato declarado nulo hasta la notificación de la demanda no alcanzó a transcurrir el lapso de tiempo antes mencionado, es de rigor declarar que no se ha comprobado la existencia del hecho constitutivo de esta excepción.

No podría alegarse tampoco que se ha cumplido el término especial de veinte años que señala el art. 1º de la ley 50 de 1936, porque es bien sabido que este nuevo lapso sólo puede aplicarse a las prescripciones cumplidas con posterioridad a la vigencia de ese nuevo precepto, al tenor de lo estatuído en el art. 41 de la ley 153 de 1887; y salta a la vista que no se contempla esa circunstancia en el caso de autos.

Demanda de reconvención

Ya se dijo anteriormente que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, las partes debían ser restituídas de jure al estado anterior, de-

cretándose en esta providencia todas las prestaciones y restituciones recíprocas a que estaban obligados cada uno de los litigantes.

En esta extensa motivación se definieron y precisaron las obligaciones del municipio para con la entidad opositora. De allí que no sea necesario estudiar cada una de las súplicas contenidas en el libelo de contrademanda, porque ya se determinaron las prestaciones e indemnizaciones a que tenía derecho, y, por ende, quedó resuelto cuáles de tales peticiones deben acogerse y cuáles rechazarse.

Con lo dicho basta para considerar resuelto este punto del proceso.

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

falla:

1º—Cásase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga con fecha cuatro de febrero de mil novecientos treinta y siete.

2º—Confírmase la sentencia de primer grado dictada por el señor Juez 1º del circuito de Tuluá, el día 17 de agosto de 1937.

3º—Sin costas ni en las instancias ni en este recurso.

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

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca. — Arturo Tapias Pilonieta.—El conjuez, Ernesto Vasco Gutiérrez. — El secretario, Pedro León Rincón.

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS, PERJUICIOS, Etc.—COMPRAVENTA DE MERCADERIAS EXTRANJERAS. — "PACTUM RESERVATI DOMINII".—MANDATO COMERCIAL BAJO LA FORMA DE COMISION DE COBRO DE UNA LETRA DE CAMBIO—PERJUICIOS POR EXTRALIMITACION DE LAS FUNCIONES DEL MANDATARIO

1. El PACTUM RESERVATI DOMINII tiene que ser materia de acuerdo entre los contratantes y expresarse con toda claridad en una cláusula contractual, según se desprende de la Ley 45 de 1930, que alude claramente a las condiciones que el vendedor y el comprador tengan a bien estipular.—2. Cuando la voluntad del mandante está expresada en forma clara y precisa, a esas normas debe ajustarse el mandatario, si aspira a interpretar fielmente la voluntad de su representado y a vincular su responsabilidad civil para el cumplimiento de las prestaciones contraídas a su nombre. Si el mandatario ha excedido los límites del mandato, no puede considerarse como representante de su mandante sino como un tercero, porque la voluntad del mandante no actúa sido dentro de los límites de la representación; cuando hay extralimitación de funciones ya no se está en capacidad de obligar al mandante.—3. La reparación de un daño, o sea el perjuicio recibido, tiene que ser motivado por una culpa que ha dañado el patrimonio ajeno, lesionando derechos adquiridos. Para que una acción de perjuicios pueda prosperar se requiere: una culpa, una relación de causalidad, un daño ocasionado por el demandado. Para deducir que la culpa ha sido realmente la causa del perjuicio, se requiere que esa relación de causalidad sea necesaria, sin que un caso de fuerza mayor pueda hacerla desaparecer.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, abril veintidós de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes

1) El día 19 de diciembre de 1931 el señor Jorge Michonik, comerciante de esta ciudad, hizo un pedido de mercancías a la casa Aron & Jacob Lof Beer's Shone, de Brüm, Checoeslovaquia, por conducto del agente para ventas constituído por la sociedad vendedora en esta capital, señor Georg Dyrenfurth. Para mayor precisión de la negociación verificada se transcribe textualmente la nota comercial de pedido suscrita por las partes:

"Embalaje en fardos marítimos, bien zunchados de ca. 80 kg. bruto marca J. M. Puerto Colombia-Bogotá. Consignaciones C. Forero C. & Co., Barranquilla.—Seguro hasta Puerto Colombia incluído en el precio. Condiciones contra giro a vista documentos para enviar al Anglo South American Bank Ltd. Barranquilla.—Declaración: paños de lana para vestidos de hombre, numeral 268 b (sin responsabilidad para los vendedores). Plegado mercancía sobre sí mismo sin tablas ni cartones de ninguna clase. Observaciones mercancía cif Puerto Colombia.—Los precios indicados se entiende con un descuento de diez por ciento (10%). Precios y ejecución sin compromisos".

2. Por vapor "Santa Teresa", arribado a Puerto Colombia el 1º de julio de 1932, la entidad vendedora remitió el pedido, embalado en nueve fardos, con declaración consular indicada por el importador a la consignación de los señores C. Forero C. & Co., de Barranquilla.

3) Para realizar el cobro de esas mercaderías se comisionó a The Anglo South American Bank Ltd., sucursal de Barranquilla, a quien para ese fin se remitió la letra de cambio de 3 de junio de 1932, librada en Viena (Austria) por la sociedad vendedora contra Michonik, pagadera a la vista en la forma en ella estipulada y a favor del banco comisionado, por la cantidad de dólares U.S.A. dos mil ochocientos cinco, con sesenta y tres centavos (U.S.A. $ 2.805.63).

4) Ese instrumento negociable fue enviado al banco mencionado, para su cobro y efectividad, por cuenta y para la sociedad giradora, junto con otros documentos comprobatorios del embarque y con carta fechada el 3 de junio del mismo año, cuyos apartes pertinentes son de este tenor:

"Bajo este mismo sobre enviamos a ustedes: factura comercial original, copia de la factura consular (el original se envió a Forero), póliza de seguro, capia del conoci-

miento de embarque, nuestro giro a la vista por dos mil ochocientos cinco dólares de los Estados Unidos, con veintitrés centavos ($ 2.805.23), instrucciones acerca de nuestro giro, documentación y facultades de nuestro representante. Les rogamos el favor de presentar el giro anexo, para su cobro, al destinatario (o girado) inmediatamente que reciban esta carta.... Sírvanse remitir el importe del giro, deducidos esos gastos, a nuestra cuenta con los señores S. Japhet & Co., Ltd., 60 London Wall, Londres, E. C. 2.—Pagado que sea en debida forma nuestro giro, tengan ustedes la bondad de entregar todos los documentos al destinatario, don Jorge Michonik, Bogotá.... Para que ustedes puedan Salvaguardiar nuestros intereses sin perder tiempo en averiguaciones, les incluímos copia de las facultades conferidas a nuestro representante, don Georg Dyrenfurth, apartado 660, Bogotá, las cuales a la vez contienen instrucciones sobre el cobro".

5) Al hacerse en la aduana el aforo de las mercaderías para nacionalizarlas y cobrar los derechos arancelarios, resultó que el cargamento venía mal declarado, porque la declaración consular y el ordinal de la tarifa de aduanas señalados en la factura consular (Nº 268 b), no correspondían efectivamente con la calidad y naturaleza del artículo importado, según dictamen del técnico-mercicólogo de la aduana. Por ese motivo la aduana de Barranquilla, en uso de sus facultades legales, impuso a los contraventores una multa y los recargos correspondientes, sanciones que, sumadas a los derechos arancelarios legales, alcanzaron a la suma total de cuatro mil setecientos treinta y nueve pesos, con noventa centavos ($ 4.739.90).

6) Desde el día de la llegada del cargamento, la sucursal del banco en Barranquilla dirigió la siguiente carta a los señores C. Forero C. & Co.:

"Tiene por objeto la presente referirnos al cargamento arriba mencionado, llegado a la consignación de ustedes y suplicarles se sirvan retenerlo en su poder a nuestra disposición hasta nuevo aviso nuéstro".

Esperamos que la presente merezca su acostumbrada buena atención y nos suscribimos como sus Attos. Ss. Ss."

7) El importador Michonik no quiso reconocerse como responsable de la multa y recargos de aduana, y con tal fin hizo el reclamo pertinente al agente de ventas Dyrenfurth y al banco cobrador. El primero de los nombrados, en carta de 23 de septiembre, autorizó a Michonik para hacer el pago por cuenta de los mencionados despachadores, reembolsándose dicho valor al cubrir la letra correspondiente a la factura respectiva, que estaba en poder del Anglo South. Estas instrucciones las impartió Dyrenfurth sin intervención ni consentimiento del banco, según asevera el apoderado de éste en su demanda de casación. Tampoco se ha demostrado que fuera facultado para tomar esta decisión por los señores Aron & Jacob, según se verá más adelante.

La cantidad total por derechos de imputación, multa y recargos, se pagó el 27 de septiembre de 1932, según certificado de la aduana, derechos que fueron computados a cargo de los señores Forero C. & Co., como agentes del importador.

8) El Anglo South, como comisionista para el cobro de la letra, sabedor de la retención del cargamento por la aduana y deseoso de ejecutar el mandato que le fue conferido, hace a los comitentes vendedores la siguiente consulta cablegráfica, el día 28 de septiembre del año prenombrado: "Embarque Michonik ha causado multas aduana $ 2.000.-00, moneda corriente. Girado dispuesto pagar derechos y multas y retirar mercancía a fin hacer justificable reclamación en Bogotá sobre reintegro multas. Podemos entregar mercancías contra pago diferencia entre suma de cuenta y multas dejando saldo mientras arreglo definitivo con aduana?" Dos días después, el 30 de septiembre, la casa Aron & Jacob contesta: "Michonik. Entreguen mercancías únicamente contra la suma de la cuenta". También en cablegrama de 17 de octubre dicen los vendedores al banco cobrador: "Hacemos responsables a ustedes".

9) En vista de estas últimas instrucciones, el Anglo dirige a los señores C. Forero C. & Co., como consignatarios de la mercancía, dos cartas fechadas los días 6 y 28 de octubre de 1932, que contienen las siguientes órdenes: "Refiriéndonos al cargamento descrito al rubro mucho sabremos agradecerles se sirvan seguirlo reteniendo en su poder a la disposición de esta institución hasta nuevo aviso. Tenemos que manifestarles que les consideramos responsables por cualquier perjuicio que ocurra a consecuencia de la falta de cumplimiento a estas instrucciones". "Formulamos la presente para referirnos al cargamento arriba mencionado y pedirles se sirvan despacharlo a la mayor brevedad posible a la consignación de nuestra sucursal de Bogotá, por cuya cuenta corren los gastos. Les agradeceremos se srivan avisarnos oportunamente el despacho de dicha mercancía".

10) La casa consignataria, atendiendo esas instrucciones, remite los nueve bultos de pa-

ño a Bogotá, en el vapor "Ayacucho" que zarpó en Barranquilla el 1º de noviembre siguiente, por conducto del Expreso Colombiano y con orden expresa de ser entregados a The Anglo South American Bank, de esta ciudad.

11) Así las cosas, el banco cobrador celebra con el importador Michonik un contrato de transacción que lleva fecha 9 de noviembre y que se transcribe por ser la piedra angular de este proceso:

"Yo, Jorge Michonik, mayor y vecino de esta ciudad, hago las siguientes declaraciones: Primera. Que el Anglo South American Bank Ltd. (que en adelante se denominará el Banco), ha recibido para su cobro una letra a la vista, a mi cargo, girada por los señores Aron & Jacob Beer's Sohne de Brüm (Checoeslovaquia), el tres de junio pasado, por la suma de dos mil ochocientos cinco dólares veintitrés centavos ($ US. 2.805.23) oro amonedado de los Estados Unidos de América. Segunda. Que dicha letra vino acompañada de unos documentos de embarque, cubriendo nueve bultos de paños de lana y seda para ser entregados contra el pago total de la referida letra. Tercera. Que debido a un error por parte de la citada firma giradora, hubo necesidad de pagar a la aduana de Barranquilla una suma total de dos mil trescientos veintiséis pesos noventa y nueve centavos ($ 2.326.99) por concepto de multas y exceso de derechos aduaneros sobre las aludidas mercancías, y que por tanto el exponente no reconoce sino la diferencia entre el monto de dicha letra, reducido al 105.25%, o sea dos mil novecientos cincuenta y dos pesos cincuenta centavos ($ 2.952.-50) moneda legal, y la suma de dos mil trescientos veintiséis pesos noventa y nueve centavos ($ 2.326.99) ya mencionados, es decir, un saldo de seiscientos veinticinco pesos cincuenta y un centavos ($ 625.51) moneda legal. Cuarta. Que el Banco ha convenido en entregarme las referidas mercancías, contra el pago de dicha suma de seiscientos veinticinco pesos cincuenta y un centavos ($ 625.51) moneda legal y el exponente, en consideración de esta entrega, declara expresamente que desde ahora asume todas las responsabilidades en que pudiera incurrir el Banco por hacer tal entrega, comprometiéndome a defender, por cuenta del Banco y a mi costa, toda acción legal que pudieran tomar los giradores de la letra contra el Banco para recuperar la parte no pagada de la misma, y en caso de que se fallare en su contra, para pagar cualquier suma incluyendo todas las costas y gastos de cualquier naturaleza que pudieren resultar a cargo del Banco en caso de un fallo adverso. Quinta. En general, el exponente asume toda responsabilidad sin excepción alguna en la acción del Banco de entregarme las mercancías mencionadas en el punto cuarto de este documento, contra el solo pago de seiscientos veinticinco pesos cincuenta y un centavos ($ 625.51). Sexta. Se hace constar expresamente que el cumplimiento de lo estipulado en este documento está garantizado bajo el punto primero de la hipoteca abierta otorgada por el exponente a favor del Banco, según escritura número mil novecientos noventa y cuatro (1994), pasada en la Notaría cuarta de esta ciudad, el día siete de noviembre de mil novecientos treinta y dos. En constancia firmo el presente documento ante testigos, en Bogotá, a nueve de noviembre de mil novecientos treinta y dos. (Firmados) J. Michonik.—Testigo, Jorge (apellido ilegible).—Pedro Camacho Gutiérrez, testigo".

12) Como consecuencia del anterior arreglo, el Banco demandado dio por descargada y cancelada en su totalidad la letra girada al cobro a su favor, hizo entrega a Michonik del cargamento con sus respectivos documentos y remesó a los señores Aron & Jacob el saldo pagado por el girado, el que, reducido a dólares americanos, ascendió a la cantidad de $U.S.A. 460.64.

13) Los giradores y vendedores de la mercancía no aceptaron esta solución convenida entre el Banco y Michonik, por ser extraños a esa negociación y porque dejaba pendiente y por cobrar del valor total de la letra de cambio la cantidad de dos mil trescientos cuarenta y cuatro dólares con sesenta y tres centavos (U.S.A. $ 2.344.63). Esta protesta o falta de conformidad se desprende de la carta que dirigieron al Banco el 1º de diciembre, cuyos términos son de este tenor:

"Y si aún ahora sostienen ustedes que han hecho todo lo posible y han tomado todas las precauciones, tendrán que justificarse ante otro fuero en este punto ciertamente y probablemente en varios otros puntos. Les escribimos esto porque conviene a los intereses de todas las partes el que el asunto entre ustedes, el señor G. Dyrenfurth y el señor J. Michonik, y las autoridades competentes, se arregle sin perjuicio para nosotros".

"Bajo ningún pretexto nos allanaremos a arreglo alguno; o percibiremos debidamente la totalidad de la suma, o lo perderemos todo. Tampoco estamos dispuestos a pagar los gastos que ustedes indican. Ustedes mismos escriben que los telegramas fueron en-

viados por indicación del señor Michonik; así, pues, traten de cobrarle a él los gastos telegráficos".

Juicio ordinario

El 6 de septiembre de 1935, la firma Aron & Jacob Low Beer's Sohne presentó ante el juzgado 5º del circuito de Bogotá demanda ordinaria contra The Anglo South American Bank Ltd., solicitando que se condenara a la entidad demandada a pagar la cantidad de dólares U.S.A. $ 2.344.63, al cambio que rija el día de pago para giros a la vista sobre Nueva York, como saldo pendiente y por pagar de la letra de cambio girada al Banco para su cobro y efectividad, por cuenta y para la sociedad giradora; a pagar el interés legal comercial sobre el saldo pendiente y a las costas del proceso. En subsidio pidió que se le pagara a la sociedad demandante los daños y perjuicios causados por el Banco en la gestión del cobro de la mencionada letra por valor total de U.S.A. $ 2.805.27, enviada al Banco para su cobro y efectividad por cuenta y para la sociedad giradora.

El juez de primer grado desató la litis en sentencia de 31 de marzo de 1936, en la cual declaró no probadas las excepciones propuestas y dando acogida a las peticiones principales del libelo, condenó al Banco opositor a pagar a la sociedad actora la cantidad de dólares U.S.A. $ 2.344.63, como saldo pendiente y por pagar de la letra de cambio tántas veces mencionada; a pagar sobre la suma antes indicada el interés comercial del diez por ciento anual (10%) hasta el día del pago y a las costas de la instancia. Quedó desestimada la súplica subsidiaria sobre indemnización por daños y perjuicios.

Apelada esa providencia por el opositor, el tribunal superior de Bogotá, previos los trámites legales, falló la segunda instancia en sentencia del 21 de noviembre de 1936, en la que reformaba la del juez del conocimiento, en el sentido de rechazar las peticiones principales para acoger en cambio la súplica subsidiaria del libelo. Su parte resolutiva es de este tenor:

"1º No es el caso de hacer las declaraciones a que se refieren las peticiones principales del libelo".

"2º No están probadas las excepciones propuestas por el apoderado de la parte demandada".

"3º Condénase a The Anglo South American Bank Limited, entidad bancaria con domicilio en Bogotá, a pagar a la sociedad Aron & Jacob Low Beer's Sohne de Brüm, Checoeslovaquia, la suma de dos mil trescientos cuarenta y cuatro dólares sesenta y tres centavos (U.S. A. $ 2.344.63) en moneda de los Estados Unidos de Norte América, o su equivalente en moneda legal colombiana, al tipo de cambio que rija el día del pago para giros a la vista sobre Nueva York, más los intereses legales de esta suma desde el nueve de noviembre de mil novecientos treinta y dos hasta el día del pago, por concepto de los perjuicios demandados y probados en este juicio, y a que se refieren las peticiones subsidiarias de la demanda".

"4º Oportunamente y por el juzgado del conocimiento, sáquese copia de la carta que obra al folio 8 vto. del cuaderno número 2, a que se hace referencia en la parte motiva de esta providencia, y envíese junto con copia de los demás documentos que se estimen pertinentes, al honorable tribunal de aduanas, para que por dicha autoridad se disponga lo conveniente en relación con la investigación a que haya lugar por razón del fraude a la Nación que en dicha carta aparece denunciado".

"5º Condénase a la parte demandada en las costas de la primera instancia. No hay costas en el recurso".

Recurso de casación

Contra esta providencia de segundo grado se alzó el apoderado del Banco demandado en casación. Fundado el recurso y oída también la parte opositora, se pasa a resolverlo, por haberse declarado admisible en su oportunidad.

Motivos de casación

Hace el recurrente demandado una previa y larga exposición de hechos fundamentales de este proceso y un análisis jurídico del caso de autos, para luégo presentar como fundamento de su acusación el primero de los motivos consagrados en el artículo 520 del código judicial, o sea ser la sentencia violatoria de ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida. Considera igualmente que el tribunal incurrió en error de derecho y en error de hecho al apreciar las pruebas del juicio. Señala como violados, por cualquiera de los anteriores conceptos,

las siguientes disposiciones legales: artículos 234, 246, 282, 346, 352, 356, 360, 373 y 394 del código de comercio; 121, 750, 1568, 1613, 1614 y 1668 del código civil; artículos 12 y 89 de la Ley 46 de 1923; artículo 1º de la Ley 45 de 1930; artículos 6º, 409, 412 y 413 de la Ley 79 de 1931.

Estudio de los cargos

En el análisis jurídico que hace el recurrente en su demanda, sostiene la tesis básica de que "el negocio obedeció a una sola actividad mercantil y una sola causa liga a las partes. Esa actividad, esa relación de derecho, fuente a su vez de derechos y obligaciones entre las partes, es la comisión mercantil conferida por Aron & Jacob y aceptada por el Banco". Y agrega: ".... en el fondo sólo hay un negocio con una relación de derecho".

No comparte la sala ese criterio, porque no viene demostrado por las pruebas del proceso y porque no se acomoda a la documentada relación de hechos que acaba de hacerse anteriormente. No se está en presencia de una sola actividad, ni de una sola causa, ni de una sola negociación o acto de comercio. Tampoco puede aceptarse que el vínculo contractual que ata a los litigantes sea el de la comisión mercantil. Del conjunto de piezas que obran en el proceso se desprende, antes bien, que tales relaciones jurídicas fueron múltiples e independientes unas de otras, las que pueden reducirse a las siguientes:

1ª Una compraventa de mercaderías extranjeras entre Aron & Jacob y Jorge Michonik.

2ª Un acto cambiario, por medio de un instrumento negociable, entre Aron & Jacob, Jorge Michonik y The Anglo South American Bank Ltd.

3ª Un mandato mercantil, bajo la forma de comisión para cobrar, entre Aron & Jacob y el Banco demandado. Es procedente que la sala pase a estudiar cada uno de esos extremos para poder apreciar si efectivamente se han violado los preceptos legales invocados.

a—Compraventa de mercaderías extranjeras.

En el documento de pedido de esas mercaderías, hecho por conducto del señor Dyrenfutrh, agente para ventas, constan la forma y términos de este contrato. De tal pieza se desprende que Aron & Jacob vendían a Michonik un cargamento de paños que debían ser declarados como paños de lana para vestidos de hombre, y aforados en el numeral 268 b del arancel aduanero, sin responsabilidad para los vendedores. Las condiciones de pago se fijaron contra giro a vista documentos para enviar al Anglo South de Barranquilla. Los fardos se despacharon a la consignación de C. Forero C. & Co. de Barranquilla.

A juicio de la corte, se está en presencia de una compraventa entre comerciantes de diversos países, sometida a la condición ya frecuente en los usos internacionales de que no se entreguen los documentos de embarque y la mercancía misma hasta tanto que el comprador no pague el precio, mediante el descargue del instrumento negociable librado a la vista con ese fin, y a favor de la entidad bancaria comisionada para el cobro.

Sostiene el recurrente que las mercaderías se despacharon bajo reserva de dominio para los despachadores. Después de estudiarse la nota de pedido y la carta de 3 de junio, para el banco, no es posible aceptar este extremo, porque tal reserva, o sea el "pactum reservati dominii tiene que ser materia de acuerdo entre los contratantes y expresarse con toda claridad en una cláusula contractual, según se desprende de la Ley 45 de 1930, que alude claramente a las condiciones que el vendedor y el comprador tengan a bien estipular; y esa estipulación no aparece en los documentos enunciados, sino que en ellos se dispuso únicamente que la compraventa fuera hecha al contado, es decir, que se hiciera entrega de la cosa vendida mediante el pago del precio, formalidad que quedaba cumplida cuando se descargara la letra de cambio.

Pero aún dando por aceptada la existencia de ese pacto de reserva, con ello no quedaría desvirtuada la responsabilidad del Banco y la procedencia de la acción incoada, porque lo que se trata de dilucidar es si el Banco violó las condiciones y términos de su mandato y si tal extralimitación de facultades ocasionó perjuicios a los demandantes; y comoquiera que el Banco fue extraño en un todo a la negociación primaria sobre venta de las mercaderías, en nada aminoraría esa responsabilidad civil el hecho de que la negociación hubiera sido realizada en forma pura y simple o bajo la condición de reserva del dominio. En cualquiera de las dos formas la entidad bancaria debía ajustarse estrictamente a las instrucciones recibidas en lo relativo al cobro del instrumento negociable y a la entrega de los documentos que acompañaban al cargamento.

Otro argumento aducido por el recurrente se hace consistir en que el Banco recibió la

comisión de ejecutar un contrato viciado "ab-initio", porque se le enviaron documentos que contenían una falsa declaración y que no podían amparar las mercancías ni menos podían servir para cumplir la comisión.

El error del recurrente estriba en considerar que el Banco debía intervenir como mandante o comisionista en el contrato de compraventa de las mercaderías y representar a los despachadores para perfeccionar esa negociación. Ninguna comisión se confirió al Banco en tal sentido, ya que el cargamento venía dirigido al comprador Michonik y a la consignación de C. Forero C. & Co., quienes debían remitirlo al comprador, una vez cumplida la condición del pago del giro remitido al Banco. Si se hizo una declaración equivocada o fraudulenta, y esta circunstancia autorizaba a la aduana para retener el cargamento hasta tanto que se cubrieran los derechos arancelarios, la multa y los recargos, tal emergencia no modificaba en lo mínimo la comisión conferida al Banco, que se reducía exclusivamente a cobrar la letra de cambio y retener las mercaderías en manos del consignatario hasta que se cumpliera esa eventualidad. No tenía el Anglo South por qué entrar a apreciar las circunstancias creadas en la aduana, para proceder a modificar por ellas la esencia y fundamento de su comisión de cobro. Y esta conclusión se pone de resalto cuando se recuerda que el Banco dio a los vendedores aviso cablegráfico de las sanciones aduaneras y de la retención de las mercaderías, y la respuesta de su comitente fue la de que entregaran únicamente contra la suma de la cuenta, vale decir. mediante la cancelación total del giro.

Tampoco puede sostenerse, para aminorar la responsabilidad del Banco, que la equivocada declaración consular es imputable a los demandantes, porque éstos no hicieron otra cosa que obedecer las instrucciones precisas que les diera el comprador Michonik en la nota de pedido, y tanto la declaración como el numeral arancelario que señalaron en los documentos remisorios fueron exactamente los mismos que determinó el importador, "sin responsabilidad para los vendedores", como reza textualmente la nota de pedido. Si, pues, el examen merciológico indicó que las mercaderías, por su calidad, debían aforarse en otro numeral, tal contingencia debía correrla por entero Michonik, y el Banco no tenía por qué tomarla en consideración para el cobro total del giro ni menos por qué exonerarlo de tal responsabilidad, como lo hizo en la transacción del 9 de noviembre.

b—Acto cambiario.

Se realizó mediante el otorgamiento del giro librado por Aron & Jacob, a cargo de Jorge Michonik y a favor del Anglo South, para ser pagadero a la vista sobre Nueva York. En tal instrumento, el Banco no tenía realmente la condición de tomador o beneficiario, por no haber adquirido el instrumento mediante un valor prometido o entregado, sino el de mero tenedor por cuenta, que ha recibido la letra por orden y cuenta de otro, como un comisionado para su cobro.

Al tenor de tal acto cambiario, la actividad del Banco quedaba reducida o cobrar a la vista la referida letra y a remesar su valor en dólares bajo la forma de un giro sobre Nueva York, al combio comercial que rigiera el día del pago, deducidos gastos y comisión de cobro. En el cuerpo del mencionado instrumento se había excusado el protesto, la presentación y la noticia de rechazo, con vista de la autorización que otorga el artículo 113 de la Ley 46 de 1923.

De lo dicho se desprende la relación de causalidad que existe entre la primitiva negociación de venta, el acto cambiario y el posterior mandato comercial conferido al Banco por Aron & Jacob para el cobro del instrumento negociable. Pero tal vínculo de causalidad no puede conducir a aceptar que se está en presencia de una sola actividad mercantil y de que una sola causa contractual ligue a las partes. Antes bien, hay que concluír que nacieron a la vida jurídica diversas relaciones contractuales, cada una de las cuales tiene sus características y peculiaridades y está sujeta en sus efectos a distinta reglamentación normativa. En esa sucesiva vinculación, el acto cambiario viene a ser por su naturaleza accesorio y tuvo como principal efecto asegurar el pago de las mercaderías y hacer nacer el mandato comercial entre el Banco y Aron & Jacob, bajo la forma de comisión de cobro. Viene a ser esta última la relación jurídica que realmente existe entre las partes que litigan en este proceso, y por esa circunstancia se pasa a estudiarla, para poder apreciar el fundamento que tengan los cargos formulados en esta casación.

c—Comisión de cobro.

En los cuerpos de la letra de cambio y de la carta de 3 de junio constan las condiciones y términos de este mandato comercial, que ya se ha dicho que viene a constituír en realidad el vínculo jurídico contractual entre Aron & Jacob y el Banco demandado.

Era un deber indeclinable del Anglo South, una vez aceptada en forma pura y simple esa comisión, ajustarse estrictamente a sus términos y proceder a cobrar el giro hasta su descargo total, sin atender a circunstancias ajenas a su mandato y a cuyos resultados debía ser extraño. Pero lejos de proceder en esa forma, se apersona en los incidentes suscitados en la aduana y contraviniendo en forma manifiesta las instrucciones finales de su comitente, trasmitidas por cable, procede a celebrar con Michonik una transacción o arreglo el 9 de noviembre, en virtud del cual acepta el descargo total del instrumento mediante el pago de la suma de $ 625.57 moneda legal; reconoce como de cargo de Aron & Jacob el pago de la multa y recargos aduaneros y hace entrega de las mercaderías, contrariando así las órdenes impartidas a C. Forero C. & Co. en las dos cartas transcritas. De esa manera hizo desaparecer toda obligación de parte de Michonik para con sus comitentes, privando a éstos, a su vez, de toda acción para exigir y reclamar el pago del saldo del precio de las mercaderías.

El mismo Banco, en el documento mencionado, se encargó de dejar constancia de la extralimitación que realizaba en sus facultades de comisionista para el cobro, cuando exige a Michonik que se comprometa a defenderlo contra toda acción legal que pudieran instaurar los giradores de la letra para recuperar la parte no pagada, y le impone también que asuma toda responsabilidad en la acción del Banco de entregarle las mercancías contra el solo pago de una mínima parte del valor del giro.

Es la ocasión de observar que el Banco no hizo conocer en su oportunidad ni posteriormente, a sus comitentes, los términos y condiciones de tal arreglo, en forta tal que para traer a los autos ese documento, determinante de la manera como se había cumplido el mandato, fue necesario que Aron & Jacob interpusieran y sustanciaran una acción exhibitoria. Saltan a la vista las circunstancias extrañas e inusitadas que rodearon el cumplimiento de esa comisión, puesto que no sólo se violan las instrucciones precisas y se acepta el descargo total del instrumento por suma menor, sino que se priva al mandante del conocimiento de las cláusulas contractuales de la transacción y se le despoja de toda acción legal para salvaguardiar sus derechos.

Se argumenta por el recurrente, para justificar la conducta del Banco, que ya Dyrenfuth había facultado a Michonik para hacer el pago de los recargos aduaneros con imputación al valor de la letra. A este argumento se responde: a) Que Dyrenfuth era un simple agente de ventas, y no se ha exhibido en autos la autorización o mandato especial para obrar en esa forma; b) Que el Banco no intervino en esa determinación de Dyrenfurth, según propia confesión de su apoderado, y la mejor demostración de esta aseveración es la de que no se aludió para nada a dicha carta en el documento de transacción, y c) Que tal carta no se hizo valer jamás antes del proceso ni por Michonik, ni por Dyrenfurth ni por el Banco, para justificar el arreglo realizado, y sólo fue presentada durante la secuela del negocio; lo que hace dudosa cuando menos su autenticidad y existencia en la fecha en que aparece otorgada.

Cuando la voluntad del mandante está expresada en forma clara y precisa, a esas normas debe ajustarse el mandatario si aspira a interpretar fielmente la voluntad de su representado y a vincular su responsabilidad civil para el cumplimiento de las prestaciones contraídas a su nombre. Si el mandatario ha excedido los límites del mandato, no puede considerarse como representante de su mandante sino como un tercero, porque la voluntad del mandante no actúa sino dentro de los límites de la representación; cuando hay extralimitación de funciones, ya no se está en capacidad de obligar al mandante.

Determinado ya que el Banco comisionista, al extralimitar sus funciones naturales de mandatario, realizó una culpa, resta sólo resolver si ésta puede originar la respectiva indemnización de perjuicios.

La reparación de un daño, o sea el perjuicio recibido, tiene que ser motivado por una culpa que ha dañado el patrimonio ajeno, lesionando derechos adquiridos. Para que una acción de perjuicios pueda prosperar se requiere: una culpa —una relación de causalidad— un daño ocasionado por el demandado.

Para deducir que la culpa ha sido realmente la causa del perjuicio, se requiere que esa relación de causalidad sea necesaria, sin que un caso de fuerza mayor pueda hacerla desaparecer. Viene a cuentas transcribir la doctrina que sobre esta materia sentó esta corte en reciente sentencia:

"En este caso, como siempre que en cuestiones jurídicas se habla de causa, se requiere el elemento de necesidad en la relación. Si una culpa que parece relacionada con el perjuicio está plenamente demostrada, pero se establece que el perjuicio se habría causado aunque esa culpa no se hubiera cometido, no habrá relación de causalidad ni con-

siguiente derecho por parte del perjudicado a la reparción. Pero acontece que en la mayor parte de los casos un daño o perjuicio no es el resultado de una causa única sino de una serie de antecedentes; de suerte que si esto no se hubiera reunido, no habría habido daño. En tales casos, de acuerdo con la llamada teoría de causalidad ocasional, basta que, entre las diversas causas cuya concurrencia necesaria para que hubiera habido daño, exista una que pueda ser imputada a culpa de una persona determinada para que ésta sea responsable de la integridad del perjuicio. En estos casos, si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido, y por ello hay relación de causalidad. En otros términos: en el caso frecuente de la pluralidad de causas basta —para establecer la relación de causalidad— que aparezca que sin la culpa del demandado no se habría producido el daño". (Sentencia de 17 de septiembre de 1935. Gaceta Judicial números 1907 y 1908. Tomo XLIII).

De lo expuesto se desprende que no hubo por parte de los demandantes Aron & Jacob comisión de hecho alguno que entrañara culpa en la ejecución de sus obligaciones contractuales, ya que la errada declaración consular no alcanza a constituír culpa para éstos, ni aún como presuntos cómplices de un fraude a las rentas nacionales, porque la realidad de la mercancía no es sustancialmente distinta con lo declarado; que el Banco demandado sí es responsable de culpa al celebrar una transacción que perjudicaba gravemente los intereses de sus representados; y, como consecuencia de todo lo anterior, el Banco debe pagar los perjuicios ocasionados a sus mandantes, los que no hubieran sobrevenido si el Anglo South se ajusta a las instrucciones reiteradamente recibidas y se abstiene de extralimitar sus funciones.

Falta sólo agregar que el tribunal falló ajustado a derecho cuando consideró que el Banco había infringido los artículos 370, 371 y 372 del código de comercio, que determinan los deberes del comisionista. Por lo cual no incide la causal de casación propuesta ni son aplicables al caso que se ventila las normas señaladas como violadas por el recurrente.

Por lo expuesto, la corte suprema de justicia, en sala de casación en lo civil, administrando justicia, en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

f a l l a :

No infirma el fallo acusado, proferido por el tribunal superior de Bogotá el día 21 de noviembre de 1936.

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.

Juan Francisco Mújica—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón. Srio. en ppd.

SE DEMANDA EL PAGO DE UNA DEUDA QUE TUVO SU ORIGEN EN EL JUEGO

De acuerdo con el artículo 95 de la Ley 153 de 1887, el juego y la apuesta no producen ni acción ni excepción. La acción que para el pago de una deuda causada en el juego se intente, tiene una causa ilícita. Conviene recordar el aforismo romano: "EX LUDO ALEAE ACTIO REJICITUR".

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

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

Jorge E. Nieto demandó, con la acción procesal de condena, ante el Juzgado 3º del Circuito de Cali, a Beatriz Borrero v. de Caicedo, Irma Caicedo de Borrero Vergara, Francisco Caicedo Borrero, Eduardo Caicedo Borrero, Ruth Caicedo Borrero y José Caicedo Borrero para que, como herederos de Pedro P. Caicedo, a título de legitimarios, se les condene en la cuota que a cada uno de ellos corresponde, por tratarse de una obligación divisible, a pagar al actor la suma de cinco mil quinientos pesos ($ 5.500), los gastos de protesto del cheque fechado el 2 de junio de 1922, los intereses legales desde ese día en adelante y las costas del juicio.

El 2 de junio de 1922 Pedro Pablo Caicedo otorgó el cheque incoado número 2264 a la orden de Avelino Yusti y a cargo del Banco Hipotecario del Pacífico. Su beneficiario lo extendió por cinco mil quinientos pesos ($ 5.500) y lo endosó al día siguiente por valor recibido a la orden de Aparicio Molina R., quien entabló contra el girador la correspondiente acción ejecutiva, porque el Banco girado se negó a descargarlo.

El valor en consideración al cual se expidió el cheque, consistió en una deuda de juego. En la noche del 2 al 3 de junio de 1922, Pedro P. Caicedo, Avelino Yusti y otros, se dedicaron, en el establecimiento La Fama, de propiedad de éste último, a jugar poker. José María Olano, administrador de la tahona, presentó a Caicedo una chequera del Banco Hipotecario del Pacífico, con el objeto de que firmara en blanco uno de los cheques para ser llenado por la suma de las fichas que al terminar la sesión de juego hubieran sido suministradas por Olano a Caicedo. Y así fue como se determinó la suma de cinco mil quinientos pesos ($ 5.500).

En el referido juicio ejecutivo, el Tribunal Superior de Cali declaró probadas las excepciones propuestas de inexistencia y nulidad de la obligación, en sentencia de 15 de marzo de 1928.

Por medio de la escritura número 724, pasada el 26 de abril de 1929 ante el Notario 2º de Cali, Aparicio Molina R. cedió a Jorge E. Nieto el crédito que consta en el mencionado instrumento negociable. El girador murió durante la secuela del juicio ejecutivo.

Afirma el actor: a) Que la obligación todavía está insoluta; b) Que la sentencia de excepciones no funda la autoridad de cosa juzgada en el juicio ordinario; c) Que "las cuestiones que originaron el cheque, ocurridas sobre juego entre Pedro P. Caicedo y Avelino Yusti no han perjudicado ni han podido perjudicar al endosatario de Aparicio Molina como tercero", y d) Que el demandante es el "actual cesionario del cesionario anterior, Aparicio Molina".

Sentencia acusada

El Tribunal, con un voto disidente, falló en el sentido de absolver a los demandados de los cargos de la demanda, por hallarse demostrada la excepción perentoria "de inexistencia de la obligación por falta o ausencia de valor".

Consideró el Tribunal que de las pruebas traídas al juicio se deduce que la deuda tiene su origen en el juego. Como no se probó que Yusti hubiera pagado a los otros jugadores la cantidad que ellos ganaron a Caicedo, no es lógico deducir que La Fama prestó a Caicedo el dinero, entregándole fichas como medio representantivo de éste.

Para el Tribunal, lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 46 de 1923 no ampara a Nieto, porque éste no es endosatario del cheque sino cesionario del crédito que en él consta, debido a que no se usó de la forma prescrita en el artículo 34 ibídem. En la escritura de cesión "se hizo saber que el cheque había sido protestado y que en el juicio ejecutivo

seguido contra el girador para alcanzar su pago, el Tribunal declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y nulidad de la misma".

Nieto no reúne la primera y la segunda de las condiciones exigidas por el artículo 55 de la mencionada Ley para poder ser considerado como tenedor en debida forma.

Admitida la procedencia de deuda de juego que tiene el cheque que se cobra, se llega a la conclusión de que su primitivo beneficiario Avelino Yusti no lo tomó por un valor, motivo por el cual procede la aplicación del artículo 30 de la Ley 46 de 1923. Dado que el artículo 57 de la Ley 46 de 1923 excluye del título viciado o defectuoso, la falta de consideración de valor, no es aplicable el artículo 61 ibídem, aún en el supuesto de que Nieto aprovechara de la calidad de tenedor en debida forma del instrumento negociable que podía tener Aparicio Molina R.

El recurso de casación

La sentencia fue acusada en casación por los siguientes motivos:

1º "Violación por interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 30 de la Ley 46 de 1923". Este artículo no puede interpretarse sino en armonía con los artículos 59 y 60 ibídem. El último permite a cualquier tenedor, sea o no en debida forma, la prerrogativa de hallarse libre de las excepciones que puedan proponerse entre sí las partes anteriores a él, siempre que derive sus derechos de un tenedor en debida forma y no haya tomado parte en ningún fraude o ilegalidad que afecte el instrumento.

Para el Tribunal se halla demostrado que Aparicio Molina era un tenedor en debida forma, porque cuando recibió el cheque ya éste era completo y regular en su forma exterior. Lo adquirió por un valor y no podía tener noticia de su rechazo, puesto que todavía no había sido cobrado. Y en cuanto a las demás circunstancias previstas en el ordinal 4º del artículo 55 ibídem, por tratarse de hechos negativos, correspondía a la parte demandada y no a Nieto probar la existencia de los positivos contrarios, suficientes para desvirtuarlos. De ahí que el Tribunal ha debido declarar improcedente la excepción de falta de consideración de valor como cualquiera otra surgida de las relaciones de las partes anteriores a Molina.

2º "Violación por errónea interpretación del artículo 61 de la Ley 46 de 1923, por lo cual dejó de aplicarse".

La causa ilegal a que se refiere el artículo 57 ibídem es la misma que contempla el artículo 1524 del C. C. Y como el artículo 27 define la consideración de valor, se concluye que por causa insuficiente puede entenderse una ilícita o ilegal, de donde son equivalentes tanto la causa ilícita o ilegal como la de falta de consideración de valor.

En el supuesto de que el cheque, por ser resultado del juego, se halle viciado por falta de consideración de valor, no queda duda que el artículo 61 ibídem obliga a considerar a Nieto como tenedor privilegiado, exento de esa clase de excepciones, dado que Molina, causante de aquél, tenedor en debida forma del cheque, no tuvo parte en ningún fraude o ilegalidad que lo afectara.

El Tribunal juzgó que la falta de consideración de valor es distinta del título viciado o defectuoso.

3º "Violación por aplicación indebida del artículo 95 de la Ley 153 de 1887, proveniente de error de hecho en la apreciación de los testimonios". Los testigos no precisan la noche del acontecimiento del juego; tampoco que el cheque presentado por Olano a Caicedo tuviera por objeto pagar la cantidad que Caicedo perdiera al poker; ni, por último, que el instrumento negociable se otorgara "para respaldar el valor de las fichas de juego".

De las declaraciones no se puede deducir que la suma del cheque la hubiera ganado en el juego Avelino Yusti a Pedro P. Caicedo, con tanto mayor razón cuanto que Yusti se levantó de la mesa de juego como a las dos de la mañana y los demás jugadores continuaron hasta el amanecer del día tres de junio, y Olano siguió "suministrando a Caicedo las fichas que éste pedía".

Como es muy distinto obligarse por el valor de las fichas que se entregan para el juego a hacer lo mismo por las fichas jugadas y perdidas, lo ilícito se refiere a la ganancia del uno y la pérdida del otro en las relaciones mutuas de juego y no al préstamo de fichas para pagar luégo su valor.

"Error de derecho en la apreciación del valor probatorio de los testimonios que condujo a la violación del artículo 95 de la Ley 153 de 1887".

Como las deposiciones no reunieron las condiciones previstas en el artículo 697 del C. J., carecían de la fuerza de plena prueba en cuanto al origen de la deuda debatida para aplicar la norma sustantiva citada. En efecto, no existe sino una sola declaración referente a la causa de la obligación que motivó el cheque.

Motivos

Vistos los artículos 30, 59, 60 y 61 de la Ley 46 de 1923, y teniendo en cuenta: Que Nieto no es tenedor en debida forma a la luz del artículo 55 ibídem, puesto que adquirió el instrumento negociable después de rechazado y éste, además, adolece de falta de consideración de valor como proveniente que es de una deuda de juego; Que Nieto, a quien correspondía la carga de hacerlo, no probó que Molina, de quien deriva su derecho, era tenedor en debida forma; Que, en cambio, por no tratarse en este pleito de la impugnación de la sentencia de excepciones pronunciada en el juicio ejecutivo de Molina contra Caicedo, girador del cheque, tal sentencia acredita, por tener mérito en plena prueba, que Molina tampoco fue tenedor en debida forma.

Visto el artículo 95 de la Ley 153 de 1887, y considerando: Que aun en el supuesto de que la suma anotada en el cheque que giró Caicedo no proviniera en su totalidad de lo que a éste ganó Yusti en el juego, siempre subsistiría la nulidad de la obligación, o sea la ausencia de consideración de valor en el instrumento negociable, por ilicitud de la causa de aquélla, consistente ésta en que el dinero que por conducto de su empleado prestó Yusti a Caicedo fue para mantener el juego; Que, por lo tanto, no incurrió el Tribunal en error de hecho en el análisis de los testimonios que acreditan esas circunstancias; Que tampoco en la hipótesis de un posible error de derecho en la apreciación de esos testimonios se abriría la vía de la casación, desde luego que el Tribunal tuvo en cuenta igualmente el resto del material probatorio.

En virtud de lo dicho, se rechazan los cargos formulados a la sentencia.

Resolución

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 que en este juicio ordinario pronunció el Tribunal Superior de Cali el 30 de noviembre de 1936.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia de esta providencia en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

REIVINDICACION

1.—El juzgador, si entiende su misión en conciencia, no puede desoír un cargo por la circunstancia de no habérsele denominado bien o de no haberse ubicado, por decirlo así, en el preciso numeral que le corresponde, si, por otra parte, al considerarlo en sí mismo y en sus fundamentos, lo encuentra justificado.—2. Aunque la parte resolutiva de una sentencia es la que contiene la decisión que, en su caso, fundará la cosa juzgada, no por esto puede desligarse de la parte motiva al punto de prescindir de ésta, con más veras cuando la sentencia toda, como es lo natural y lógico, constituye el objeto del respectivo estudio y análisis, que es lo que sucede y ha de suceder en un recurso de casación.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Pedro T. Camacho demandó a Ramón Camacho para que en vía ordinaria se declarase a aquél dueño de los inmuebles La Mana y Toro y Los Pantanos y San Miguel, ubicados en Cité y deslindados como indica el libelo, y para que al demandado se le condene a entregarle esos fundos, a pagarle sus frutos y a pagarle también las sementeras y el valor de las bestias del servicio de esas fincas de que dispuso el reo, así como las costas del juicio.

Repartido éste al Juzgado 4º del Circuito de Vélez, ante él contestó el demandado opo-

niéndose a cuanto pide la demanda y advirtiendo que no habiendo salido del dominio del señor Luis Camacho, de quien es hijo y heredero, si alguien tiene derecho a manejar esos bienes es él en esta calidad, y agrega que su posesión se justifica por su condición de heredero y que no ha de entregar esas cosas a quien no es su dueño, "y menos considerándome yo, como me considero, con derecho a las fincas demandadas, por ser heredero legítimo del señor Luis Camacho y por hacer parte las tales fincas de los bienes dejados por éste".

Con copia del auto de 6 de junio de 1932 que declara abierto el juicio de sucesión del señor Luis Camacho y reconoce como heredero suyo en su carácter de cónyuge sobreviviente a la señora Camila Hernández, se presentó esta señora coadyuvando la oposición del demandado y sosteniendo lo mismo que éste respecto de no ser del demandante por no haber salido del dominio del señor Luis Camacho los bienes en referencia, a que ella agrega que por haberlos adquirido éste en compra durante el matrimonio con ella, pertenecen a esta sociedad conyugal.

No obstante la oposición de Pedro T. Camacho a la entrada de la señora Hernández al pleito, de lo cual se hablará adelante, ella quedó admitida como coadyuvante del demandado por providencia del Tribunal.

El título aducido por el demandante para fundar la declaración de dominio que pide en su favor y la orden de entrega y condena a los referidos pagos que solicita a cargo del demandado, es la escritura de venta de los referidos bienes que le otorgó a aquél el señor Luis Camacho C. en la Notaría 1ª de Vélez con el número 230 el 31 de diciembre, por valor recibido y reservándose el usufructo por el resto de sus días, los que a la verdad fueron cortos, pues murió el 18 de marzo siguiente.

El demandado y su coadyuvante han afirmado, aquél al responder la demanda como se vio y élla desde que pidió entrada al juicio a todo lo largo de éste hasta la casación inclusive, que esa compraventa es simulada, sin pago de precio y sin ánimo de transferir ni de adquirir quienes aparecen como vendedor y comprador.

El Juzgado sentenció el 24 de septiembre de 1936 declarando probada la excepción perentoria de nulidad de esa compraventa y absolviendo a la parte demandada.

El Tribunal en su fallo materia del presente recurso revocó esa sentencia, hizo la declaración de dominio pedida por el actor y condenó a Ramón Camacho a la entrega de los inmuebles referidos y pagos de frutos.

Ordenando los cargos a esa sentencia como manda el artículo 538 del C. J., se estudia ante todo y por lo mismo solamente el que pasa a considerarse, que se halla justificado.

El recurrente acusa ante todo porque el Tribunal para sentenciar como lo hizo partió del supuesto, indispensable a ese fin, de estar demandada la sucesión de Luis Camacho y la sociedad conyugal disuelta con su muerte, y la demanda no se dirige contra tales sucesión ni sociedad, sino exclusivamente contra la persona de Ramón Camacho. En realidad la sentencia se dictó así por partir de aquella base y toda su parte motiva lo manifiesta así claramente y la resolutiva lo persuade; y en realidad también la demanda se dirigió contra la persona de Ramón Camacho.

Aunque la demanda por sí es lo bastante clara al respecto, cabe añadir conceptos explícitos del actor en ese cabal sentido, como son los que expresó en el memorial en que se opuso a que la señora Hernández fuese admitida, en el cual (Fol. 23, Cdno. 1º) después de estudiar el caso a la luz del artículo 233 del C. J. invocado por élla, dice él que élla no se encuentra en ninguna de las circunstancias contempladas en esta disposición para coadyuvar, y al reconocércele intervención se va contra el artículo 474 del mismo Código por no producir contra ella cosa juzgada la sentencia que aquí se dicte. Cierra él ese escrito con este párrafo: "Si la demanda ordinaria la hubiera dirigido contra la sucesión del señor Luis Camacho en la cual es causahabiente la señora Camila, estaría muy (bien) su intervención; pero como la acción la he dirigido contra el actual poseedor de la finca cuyo dominio discuto y en esa situación no es ella causahabiente nuestro, ni de mí ni del demandado, está fuéra de lugar su intervención en el juicio".

Ya el mismo demandante se había expresado en iguales términos antes de admitirse a la señora, apenas se presentó, como se ve en su escrito del folio 12, en que él dice: ".... y la señora Camila nada tiene que ver con ninguno de los interesados, demandante y demandado, pues la sentencia que se dicte en manera alguna la afectaría, porque no ha sido la sucesión del señor Luis Camacho la demandada".

Varios alegatos de los apoderados del actor insisten en estos mismos conceptos. Puede citarse el de folios 36 y 37 ibídem.

El recurrente invoca como motivo de casación el primero de los del artículo 520 del C. J., o sea, violación de ley sustantiva e indica como violados los artículos 946 y 952 del C. Civil, por haberse acogido una demanda reivindicatoria dirigida contra persona distinta del poseedor. Pero al desarrollar y fundamentar el cargo, resulta formulando el de incongruencia, o sea el segundo de los motivos de dicho artículo 520, que dice: "No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Todos los argumentos, reparos y reclamos del recurrente encaminados a fundamentar el cargo cifran su esfuerzo en demostrar el error consistente en haber sentenciado el Tribunal sobre el pie de que la parte demandada la forman dichas sucesión y sociedad conyugal. Y este error, que a la verdad es evidente, determina el motivo segundo cuyo texto acaba de transcribirse.

Y no puede decirse que, no habiendo aducido esta causal sino el motivo primero antedicho, no puede admitírsele el cargo, porque el juzgador, si entiende su misión en conciencia, a que eficaz y expresamente concurre el artículo 472 del C. J., no puede desoír un cargo por la circunstancia de no habérsele denominado bien o de no haberse ubicado, por decirlo así, en el preciso numeral que le corresponde, si, por otra parte, al considerarlo en sí mismo y en sus fundamentos, lo encuentra justificado.

Esta manera de proceder tiene precedentes en su abono y respaldo. Por ejemplo la sentencia de la Corte de 29 de octubre de 1937, la cual, en párrafo alusivo al artículo 520 del C. J. y en situación del todo análoga a la presente, dijo: "Empero, aunque el recurrente no cita numeral distinto del 1º tantas veces aquí recordado, se halla que en verdad aduce el segundo de los varios motivos allí establecidos, o sea, el de "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes", como pasa a verse, sin que pueda echarse menos la cita precisa de ese numeral 2º o la expresión ritual de este motivo, porque, como es sabido, en nuestro derecho no existen fórmulas sacramentales y porque cuando un motivo dado se formula y aduce claramente, la Corte sacrificaría el derecho a la fórmula si se abstuviera de considerarlo en virtud de aquella omisión (C. J. Art. 481)".

Lo observado aquí sobre que el Tribunal sentenció sobre el pie de ser demandados la sucesión y sociedad conyugal antedichas, no sólo está impuesta por el contexto mismo de la parte motiva de su fallo sino también por una circunstancia singularmente significativa, que pasa a detallarse.

La providencia que decidió el aludido incidente sobre ingreso de la señora Hernández al litigio es de septiembre de 1933. El 7 de noviembre del mismo año presentaron personalmente Pedro T. y Ramón Camacho en el Juzgado de la causa un memorial en que de común acuerdo desisten de ésta y piden se la dé por terminada y se cancele la inscripción de la demanda en el libro de registro. Allí se lee (Cdno. 1º, Fol. 67): ".... manifestamos a usted: El primero, o sea Pedro T. Camacho, que el demandado ha reconocido el dominio de las fincas materia del juicio, entregándomelas de manera satisfactoria y restituyéndome en la posesión de ellas, lo que hace que el fin o motivo del juicio haya desaparecido. Y el segundo, o sea Ramón Camacho, ... que he reconocido al demandante el dominio de las fincas en mención, en virtud de la validez innegable del título otorgado por el vendedor de dichas fincas señor Luis Camacho a mi demandante, lo que me hace no continuar en la oposición del juicio". Acaban invocando el artículo 461 y los siguientes del C. J.

La solución final de este incidente la pronunció el Tribunal revocando la admisión del Juzgado a ese desistimiento, lo que determinó que el juicio siguiera su curso, por no haber concurrido a desistir la señora Hernández y estar ya admitida como parte en su calidad de coadyuvante del demandado.

De ahí que en vez de terminar el pleito por el desistimiento del demandante, quien para ello, dicho sea de paso, no necesita el concurso del demandado ni obrar conjuntamente con éste, según con meridiana claridad lo prevé o establece el citado artículo 461, y no se hallaba en ninguno de los casos de excepción del artículo 465 de esa obra, pues obraba en causa propia y es persona capaz, en vez de terminar el pleito, repítese, siguió su curso y fue sentenciado por Juzgado y Tribunal, así: en el Juzgado absolviendo por estimarse nula la compraventa referida, y en el Tribunal, por estimarla válida, haciendo la declaración de dominio pedida por el demandante y condenando a Ramón Camacho a entregar y pagar los frutos como poseedor de buena fe, concepto extensivo al abono de mejoras.

El Tribunal ha seguido lógicamente su empeño en reputar a la sucesión de Luis Camacho y a la sociedad conyugal disuelta con su muerte como interesadas en la presente causa o, más aún, como partes, cual si la demanda se hubiese dirigido contra ellas: de ahí su admisión en la coadyuvancia de la señora Hernández, de ahí su reparo de la ausencia de ella en el desistimiento, de ahí sus conceptos de la sentencia de segunda instancia en lo atañedero a ese punto. Y de ahí, consecuencialmente, el error de condenar a una entrega ya hecha y a pretensiones no demandadas porque quien las demandó desistió de su demanda.

Ramón Camacho fue demandado por sí mismo, en su propia persona. Si así lo hace ver el tenor de la demanda, a que concurre la respuesta, así también a mayor abundamiento lo persuaden las declaraciones del demandante al oponerse al ingreso de la señora y las de él y Ramón al desistir.

No que se requiriera en manera alguna el consentimiento de éste, pues la sola voluntad del actor bastaba, sin más diferencia que lo que, en su caso, ocurre respecto de costas, sino que el tenor mismo del desistimiento concurre a patentizar quién y cómo es el demandado, es decir, que lo era sólo Ramón y que lo era personalmente.

Al sentenciarse como lo hizo el Tribunal se ponen de presente dos hechos trascendentales para la casación y a la vez para la sentencia de instancia, a saber: que se falló un pleito no planteada como habría sido preciso se plantease para poderlo fallar así, y que se decretaron solicitudes no pedidas ya porque dejaron de serlo.

Así las cosas, a la vez que se acoge el cargo y por lo mismo se casa el fallo recurrido, se adelanta o expone la motivación del que ha de reemplazarlo.

No sobra indicar que la demanda no fue reformada en manera alguna, sino que quedó siendo tal como originariamente se formuló, y que no hubo contrademanda.

Si Ramón Camacho, único demandado, quedó libre de la demanda por lo que declaró el demandante al desistir del juicio y de la acción incoada, lo indicado e inevitables es reconocer en la sentencia que no hay lugar a hacer la declaración ni las condenaciones solicitadas en esa misma demanda.

Pudiera argüirse que la sentencia recurrida no se aparta en lo resolutivo de las aludidas súplicas del libelo, en cuanto aquellas condenaciones las hace sólo a cargo de Ramón Camacho, y que, por lo mismo, no adolece de la incongruencia que el presente fallo le ha encontrado; pero esa mera apariencia nacida de la redacción de la parte resolutiva no puede impedir el reconocimiento del hecho decisivo apuntado aquí, cual es el de que para llegar a esa resolución, el Tribunal se condujo en forma que implica una alteración de la demanda. Más claramente: sólo conceptuando que ésta se dirige contra dichas sucesión y sociedad fue como pudo sentenciarse en la forma en que el Tribunal lo hizo. De otro lado, aunque la parte resolutiva de una sentencia es la que contiene la decisión que, en su caso, fundará la cosa juzgada, no por esto puede desligarse de la parte motiva al punto de prescindir de ésta, con más veras cuando la sentencia toda, como es lo natural y lógico, constituye el objeto del respectivo estudio y análisis, que es lo que sucede y ha de suceder en un recurso de casación.

Cuando el Tribunal se negó a admitir el desistimiento por faltarle el concurso de la señora Hernández de Camacho, a pesar de que ni el de Ramón Camacho se necesitaba, puesto que habría bastado la libre voluntad del actor, la providencia respectiba obedeció al concepto de que el pleito, y con él su sentencia definitiva, abarca y compromete los intereses representados por dicha señora, es decir, la sociedad conyugal que existió entre ella y Luis Camacho y la sucesión de este señor. Y a igual concepto había obedecido la decisión del Tribunal sobre ingreso de ella al juicio como coadyuvante.

Claro es que esas providencias interlocutorias no son ni podrían haber sido materia del presente recurso; pero la Corte no ha podido menos de tomarlas en cuenta, porque en su obligado análisis del proceso las encuentra en él y encuentra además que arrojan luz, ayudando la que de suyo suministra la parte motiva del fallo recurrido, persuaden de cuál fue el pensamiento que sirvió de guía al Tribunal sostenidamente a lo largo del litigio.

En suma: el cargo analizado se acoge, lo que significa que la sentencia acusada ha de casarse y que debe reemplazarse por la que corresponda, tal como disponen los artículos 538 y 539 del C. J.; y que para pronunciar esta última se encuentran un desistimiento que no puede menos de producir el resultado de descartar el actor su demanda totalmente, por más que no se le admitiese y que quedase en firma el auto que negó la admisión, porque este auto lo que ordena es seguir teniendo a la señora Fernández como interesado y porque se dictó en el concepto de serlo en forma tal que la sentencia funde cosa juzgada contra las prenombradas sucesión y

sociedad conyugal, las que, como tántas veces se ha dicho y repetido en el presente fallo, no son el demandado ni como tal pueden considerarse. Así lo dijo netamente el actor desde que formuló su inmodificado libelo inicial y así lo reiteró en las oportunidades ya rememoradas en memoriales parcialmente aquí transcritos.

Así las cosas, encuentra el sentenciador que el demandante retiró del conocimiento y decisión de la justicia todo cuanto había puesto él en situación de que ella conociese y decidiese, y que, por tanto, como ya se observó, esa situación actual producida por el desistimiento impone la abstención consiguiente.

Si a esta conclusión se llega por las razones anotadas, entre las cuales culmina la de ser demandado exclusivamente Ramón Camacho en persona, es claro que el presente fallo no puede tener alcance contra la señora Hernández de Camacho en las calidades con que fue admitida a coadyuvar, que fueron la de cónyuge sobreviviente y heredero del señor Luis Camacho, y que, no pudiéndose reputar demandados ni la sucesión de este señor ni la sociedad conyugal disuelta con su muerte, tampoco tiene alcance este fallo contra tales sucesión y sociedad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil el trece de agosto de mil novecientos treinta y siete, y revocando la de primera instancia, resuelve: no es el caso de hacer ninguna de las declaraciones ni condenaciones pedidas en la demanda inicial de este juicio.

Quedan a salvo los derechos a cuyo ejercicio y defensa se encaminó la coadyuvancia de la señora Camila Hernández viuda de Luis Camacho, o sea los que asistan o puedan asistir a la sucesión de este señor y a la sociedad conyugal disuelta con su muerte.

No se hace condenación en costas en el recurso ni en las instancias.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Juan Francisco Mújica—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequérica Vélez—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION

1.—Cuando se interpone el recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición la misión de la Corte es la de estudiar y decidir todo lo que fue materia de las objeciones a la partición. En casación no pueden oírse ni menos prosperar objeciones que no fueron oportunamente propuestas en el respectivo Juzgado. 2.—En casación no se pueden objetar los inventarios que sirvieron de base al partidor para su trabajo de partición. Para las objeciones a los inventarios hay un término preciso y el partidor no puede separarse de la norma de los inventarios, a menos que los interesados, siendo capaces, así lo acuerden. (Art. 1393, C. C.) 3.—La regla 8.a del art. 1394 del C. C., si por una parte establece que en la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino la semejanza, por otra no preceptúa, ni podría hacerlo, que en toda partición de bienes a todos los herederos se les adjudique una cuota en todos y cada uno de los bienes, porque esto además de ser impracticable en muchas ocasiones podría redundar hasta contra la administración económica de los fundos. Esa regla está condicionada a la equivalencia y semejanza de los lotes, y salvado este principio el partidor no está obligado a adjudicar todos los bienes de una sucesión en común y pro-indiviso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Antecedentes

1º—En los juicios de sucesión acumulados de Custodio Ramírez y Luisa Portilla de Ramírez el patidor Luis Roberto García presentó el trabajo de partición el cual fue objetado por algunos interesados.

2º—El juez del conocimiento declaró infundadas las objeciones y el negocio subió, por apelación al Tribunal de Bogotá, el cual en sentencia de veinticinco de octubre de mil novecientos treinta y cinco encontró fundada una de las objeciones propuestas, la segunda, e infundadas las otras dos. En consecuencia dispuso el Tribunal que el partidor rehiciera la cuenta correspondiente en armonía con el fallo.

3º—El partidor presentó entonces su trabajo de acuerdo con lo dispuesto por el Tribunal y el juez del conocimiento lo aprobó.

4º—Algunos de los interesados apelaron a esa resolución y el Tribunal en sentencia de 17 de julio de 1936 la confirmó.

Contra ese fallo interpuso recurso de casación el apoderado de Custodio Ramírez y Julia González de Ramírez, el cual pasa a decidirse.

Fueron tres, como se ha expresado, las objeciones hechas al trabajo de partición, a saber: 1ª Error numérico en los cálculos y prescindencia de la liquidación de la sociedad conyugal Ramírez-Portilla; 2ª Haberse adjudicado la hijuela de gastos a sólo tres de los herederos, debiendo serlo en favor de todos cuatro herederos; y 3ª No haberse cumplido lo establecido por el art. 1394 del C. C. en su regla 8ª, puesto que la finca denominada "Pastrana", que es la más abonada, la de la mejor producción y la contigua a la casa, se adjudica sólo a tres herederos, excluyendo a los demás interesados a pesar de ser dueños éstos de una finca contigua a esa.

Las objeciones primera y tercera se declararon infundadas; se declaró fundada la seguda y entonces el partidor rehizo su trabajo adjudicando la hijuela de gastos a los cuatro herederos.

La parte recurrente acusa la sentencia como violatoria de la ley sustantiva y señala como disposiciones infringidas los artículos 1008, 1013, 1016, 1037, 1226, 1239, 1240, 1241, 1250, 1377, 1343, 1344, 1391, 1393, 1394 y 1398 del C. C. y desarrolla su demanda en cuatro capítulos.

Como cuestión fundamental en este pleito la Corte considera: Presentada una partición al juez, pueden tener lugar entre otros los siguientes casos: Primer caso: el trabajo no es objetado por ninguno de los interesados y éstos siendo capaces piden su aprobación; el juez entonces aprueba el trabajo de plano; art. 964 del C. J. Segundo caso: los interesados piden la aprobación de la partición, pero dejan correr sin objetarla el término del traslado; entonces el juez también la aprueba; art. 964. Tercer caso: alguno o algunos de los interesados

objetan el trabajo; entonces, previa la tramitación legal del caso, el juez decide sobre el particular; su decisión es apelable y cuando conoce en segunda instancia el Tribunal, el fallo que profiera éste al respecto aprobando el trapajo, es susceptible del recurso de casación cuando la cuantía de éste es por lo menos de cinco mil pesos. Cuarto caso: cuando un Tribunal halla, como en el presente juicio, infundadas dos objeciones y fundada una, entonces, en firme la sentencia del Tribunal, queda reducido el asunto a que el partidor rehaga la partición en los términos señalados por el sentenciador y reformada la partición en los términos señalados por el sentenciador y reformada la partición en ese sentido, la misión del juez se limita a aprobarla (arts. 964, inciso 4º y 965 del C. J.), por cuanto el asunto está ya estudiado y fallado. Quinto caso: cuando se interpone el recurso de casación, como sucede en el presente, respecto de una sentencia aprobatoria de una partición, la misión de la Corte es la de estudiar y decidir todo lo que fue materia de las objeciones. "En la casación de un juicio de sucesión, ha dicho la Corte, no puede alegarse ejecutoria de las decisiones del Tribunal que resuelvan las objeciones de la partición. De otra suerte, el recurso de casación carecería de objeto en la mayor parte de los casos." Sentencia de 10 de diciembre de 1915. Esta doctrina ha sido la sostenida constantemente por la Corte y acaba de ser ratificada en el fallo de 8 de abril de 1938. La única limitación que existe sobre el particular es la siguiente: En casación no pueden oírse ni menos prosperar objeciones que no fueron oportunamente propuestas en el respectivo Juzgado.

Sentado lo anterior, pasan a considerarse las dos objeciones propuestas y declaradas infundadas, a la luz de la impugnación que al respecto ha hecho el recurrente.

Este en definitiva lo que sostiene es que ha habido un error de cuenta al formar las hijuelas de Julia González de Ramírez y de Custodio Ramírez y examinando detenidamente su demanda de casación y la liquidación que hace, y el modo como deben liquidarse las sucesiones prenombradas, se ve que coinciden en lo esencial, con las bases numéricas que tuvo en cuenta el partidor. Se advierte esto: José C. Custodio Ramírez, heredero en su calidad de hijo legítimo de Custodio Ramírez M. y Luisa Portilla de Ramírez, vendió a Roberto Prieto V. todos los derechos que le pudieran corresponder en la sucesión de Custodio Ramírez. El señor Roberto Prieto V. vendió a Julia González de Ramírez esos mismos derechos; de modo que, siendo ésta cesionaria, el partidor tuvo que formarle una hijuela en la sucesión de Custodio Ramírez M. y formarle otra separada a José Secundino Custodio Ramírez. En esto no hay discusión; la discusión se limita al quantum del valor de esas hijuelas.

El partidor tomó como base el inventario, tanto en su activo como en su pasivo, y halló que en ambas sucesiones a cada heredero le correspondía la cantidad de cuatro mil quinientos dos pesos, diez centavos, lo cual acepta el recurrente, pero que como José S. Custodio Ramírez vendió los derechos en la sucesión de su padre a Julia González de Ramírez, le corresponde a ésta el valor de esos derechos y a Custodio Ramírez el valor de la cuarta parte de lo que dejó la madre de éste. Hecha la liquidación de lo que dejó la señora Luisa Portilla de Ramírez, a cada heredero por este concepto le corresponde la suma de mil doscientos cuarenta y dos pesos, sesenta y cinco centavos. El partidor entonces de la suma de cuatro mil quinientos dos pesos, un centavo que corresponden a cada heredero en la sucesión de sus padres restó la cantidad de mil doscientos cuarenta y dos pesos, sesenta y cinco centavos, lo que da un resultado de tres mil doscientos cincuenta y nueve pesos, treinta y seis centavos y sobre esta base formó la hijuela de Julia González de Ramírez.

El partidor hizo su trabajo de acuerdo con los inventarios y avalúos y examinado detenidamente el alegato de casación respecto de la objeción que se estudia, se ve que el recurrente objeta los inventarios, lo cual ya no es pertinente, porque esas objeciones tienen su término prefijado y preciso y el partidor no puede separarse de esa norma a menos que los interesados, siendo capaces, así lo acuerden. (Art. 1393 del C. C.). Consideradas así las cosas se concluye que los cargos hechos sobre el particular no inciden en casación porque se repite el partidor tenía que proceder sobre la base de unos inventarios y avalúos aprobados. El partidor en el fondo, sí hizo la distinción o discriminación de los patrimonios dejados por Custodio Ramírez M. y Luisa Portilla de Ramírez, como puede verse en su trabajo.

Por lo dicho no se acepta el cargo.

El lote de terreno a que se refiere la partida 33 de los inventarios, conocido con el nombre de llano de Pastrana, se adjudicó a tres de los herederos y sobre este punto versó la tercera objeción que fue declarada infundada. El recurrente sostiene que ese lote ha debido adjudicarse a todos los cua-

tro herederos y que por no haberlo hecho así se violó la regla octava del art. 1394 del C. C.

Los causantes dejaron otros lotes cercanos o contiguos al anterior, por ejemplo los que figuran en las partidas 34 y 44, y estos lotes les fueron adjudicados a los poderdantes del recurrente. Se ve claramente en los autos que todos estos lotes son semejantes y de la misma calidad y no hay prueba en contrario ni alegación al respecto. La regla octava del art. 1394 si por una parte establece que en la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino también la semejanza, por otra no preceptúa, ni podría hacerlo, que en toda partición de bienes a todos los herederos se les adjudique una cuota en todos y cada uno de los bienes, porque esto además de ser impracticable en muchas ocasiones podría redundar hasta contra la administración económica de los fundos. Esa regla está condicionada a la equivalencia y semejanza de los lotes, y salvado este principio el partidor no está obligado a adjudicar todos los bienes de una sucesión en común y proindiviso. De modo que, en concepto de la Corte, no ha sido violada la norma que se estudia y por lo tanto no se acepta el cargo.

En cuanto a los demás cargos a que se refiere el recurso ellos no inciden en casación porque no fueron materia de las objeciones.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley no casa la sentencia recurrida. Las costas son del recurrente.

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

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

VENTA POR CABIDA.—ACCION DE ENTREGA DEL COMPLEMENTO DE LA CABIDA.—PERJUICIOS POR LA NO ENTREGA DE LA CABIDA DECLARADA

1. El documento procedente de persona extraña a las partes contendoras en un juicio y llevado a él por el actor, no puede considerarse como documento privado tácitamente reconocido por el demandado en virtud de no haber hecho manifestación alguna acerca de él. 2.No es susceptible de estimación el dictamen pericial respecto del cual a las partes no se les ha brindado la oportunidad de impugnarlo por causales que, acreditadas en su caso, conducen a repetir la diligencia con otros peritos. Vendido un terreno por cabida, corresponde al vendedor comprobar que está libre de las obligaciones que le competen derivadas del contrato, entre las cuales figura en primer lugar la de entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él, que a todo vendedor imponen los artículos 1880 y 1882 del C. C.—3. En las acciones para la entrega del complemento de un terreno vendido por cabida, la prestación procede aun cuando se ignore la extensión exacta de la superficie dejada de entregar y retenida por el deudor. Basta saber que éste no entregó todo lo que debía, para que la justicia sancione el incumplimiento ordenándole en general la entrega conforme lo estipulado.—4. En equidad y justicia abstractas, tanto derecho tiene a la indemnización de perjuicios el comprador que opta por desistir del contrato de compraventa, en el caso del artículo 1888 del C. C., como el comprador que pide la entrega, el completo de la cabida; en uno y en otro caso al comprador se le causan perjuicios positivos. El que desiste, porque en razón de la culpa del vendedor se ve frustrado en el fin que persiguió celebrando la compraventa; y el que demanda la entrega de la cabida que le falta, a causa de la mora del obligado que le impide durante ella disfrutar y aprovecharse de los productos de esa porción, la cual, mientras tanto, continúa reteniendo y aprovechando indebidamente el comprador. Si no hubiese acción de perjuicios en el caso de la no entrega por parte del vendedor de la cabida declarada en el contrato, habría existido entonces un auténtico enriquecimiento sin causa.

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

(Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Por instrumento público número 324, otorgado en la notaría del círculo de Palmira el 25 de septiembre del año de 1934, el señor Pablo Antonio Orejuela transfirió, a título de venta, a la señora Dolores Calero de Páramo y por la suma de dos mil pesos ($ 2.000) pagados de contado, un lote de terreno que hace parte de otro de mayor extensión, de propiedad del vendedor, ubicado en el sitio de Buchitolo o Zaíno, en el municipio de Candelaria, Departamento del Valle del Cauca, lote compuesto de plantaciones de pasto guinea, platanal, cañaduzal, cafetal y otros cultivos, comprendido dicho lote dentro de los linderos especiales detallados en el título.

En el mes de marzo de 1935 los esposos Alfonso Páramo y Dolores Calero de Páramo, aduciendo como fundamento de su demanda la escritura mencionada, promovieron juicio ordinario contra Pablo Antonio Orejuela, para que se declare:

Primero. Que él y ella y la sociedad conyugal por ellos constituída, son dueños de la finca de campo relacionada en la escritura de venta, otorgada a Dolores Calero.

Segundo. Que Pablo Antonio Orejuela debe cumplir el contrato de compraventa, completando la cabida de veinticinco plazas del lote vendido y está obligado a entregar la porción de terreno que indebidamente retiene de ese lote.

Tercero. Que Orejuela debe pagar los perjuicios causados a los demandantes, derivados del incumplimiento en entregar la totalidad de lo vendido.

Como hechos destinados a sustentar la acción en el libelo, se afirma:

a) Que Orejuela no ha cumplido con la obligación de entregar a los compradores la cabida total del terreno vendido;

b) Que los compradores han hecho practicar la mensura de la pequeña porción de terreno que les entregó el vendedor, habiendo constatado, de manera fehaciente, que sólo consta dicha porción de doce plazas;

c) Que Orejuela retiene, por tanto, la porción restante de lo vendido;

d) Que lo que ha dejado de entregar el vendedor son trece (13) plazas, las cuales están a continuación de la porción que en-

tregó, pues lo vendido es desmembración de un lote de mayor extensión, de propiedad de Orejuela, el cual aún conserva;

e) Que los demandantes construyeron, dentro de la pequeña porción de terreno que les fue entregada, una casa de habitación que allí existe todavía.

El demandado Orejuela afirmó en la contestación de la demanda, y luégo en el curso del juicio, que él entregó la cosa vendida, de conformidad con los linderos señalados en la escritura de venta.

El juez de primera instancia, 1º del circuito de Palmira, resolvió el pleito decretando las prestaciones de la demanda. Y el tribunal superior de Cali, con ligeras modificaciones, prohijó la sentencia del juez.

A la Corte ha venido el negocio en recurso de casación contra la sentencia del tribunal, oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte demandada. Y como ya es tiempo de decidirlo, puesto que hállase debidamente sustanciado, a ello se procede, mediante las consideraciones de rigor.

El recurso

Entre las causales de casación alegadas por el recurrente, destácase principalmente la siguiente, que en sentir de la Corte es suficiente, como veráse luégo en el siguiente capítulo de este fallo, a producir la infirmación de la sentencia del tribunal.

El recurrente, invocando la causal primera del artículo 520 del código judicial, dice, bajo las letras B) y C) de la demanda de casación, fl. 13 vuelto, que la carta de F. González no tiene el valor de un documento privado, de modo que al darle el tribunal este valor, interpretó erróneamente el artículo 1761 del código civil, pues este artículo se refiere a documentos de los que resulten obligaciones o descargos para las partes, lo cual también apareja la violación del artículo 637 del código judicial; y si el tribunal consideró la carta únicamente como papel privado o doméstico de los comprendidos por el artículo 1763 del código civil, entonces violó este precepto por indebida aplicación.

Cometió también el tribunal error de hecho al darle valor al dictamen pericial considerando que estaba completo, a pesar de haber dicho en la parte motiva que no lo estaba y no haber sido consecuente en la resolutiva, pues en puridad de verdad no había dictamen pericial en firme en el juicio en el cual se hubiera podido apoyar el sentenciador. Por este error violó también, entre otros, los artículos indicados anteriormente.

Motivos

La Corte, para resolver, considera:

Como prueba principal de la afirmación contenida en la demanda, acerca de que el demandado Orejuela entregó solamente una porción de la finca vendida, equivalente a menos de la mitad del área de veinticinco plazas, reservándose el resto, que retiene indebidamente, la parte actora adujo los siguientes elementos de convicción, durante el término de prueba de la segunda instancia:

a) La carta particular, de fecha 15 de mayo de 1935, dirigida por el señor F. González al señor Alfonso Páramo, en la cual el primero le da cuenta al segundo de haber cumplido la comisión que le confió de medir el lote de tierra que a la señora de Páramo le vendió Orejuela; informando que hizo la medida por las cercas que demarcan la posesión actual de la compradora, habiendo dado solamente una superficie de doce plazas. Que como el lote debe tener una cabida no menor de veinticinco plazas, procedió a demarcar las trece que hacen falta, llevando al efecto el trabajo hasta cerca de la casa de habitación de Orejuela; pero allí hubo de suspenderse por haberlo impedido Orejuela en términos enérgicos. Para la mejor comprensión de lo hecho, González le remite a Páramo, con la carta, un plano que es copia del trabajo ejecutado. Este plano fue presentado al juicio con la carta;

b) El señor González reconoció en el juicio que tanto la carta como el plano son suyos;

c) El juez practicó una inspección ocular sobre el terreno de la controversia, acompañado de peritos agrimensores. En el acta respectiva el juez no tuvo el cuidado de dejar la constancia de los hechos y circunstancias que observara. Los peritos rindieron su dictamen, contestando así brevemente el cuestionario que se les sometió: "a) Que el lote de terreno entregado por Pablo Antonio Orejuela a Alfonso Páramo y Dolores Calero de Páramo no tiene la cabida de veinticinco plazas de que habla la escritura número 334 de 25 de septiembre de 1934, sino una cabida mucho menor; b) Medimos el lote de terreno que actualmente ocupa Páramo, o sea el mismo que midió el señor Fernando González, cuyo plano figura en el expediente; c) La cabida del terreno entregado por Orejuela a Páramo y a la señora Calero, y que éstos ocupan actualmente, es de trece (13) plazas dos mil trescientas veinte (2.320) varás cuadradas; d) Sobre el terreno quedó determinada con mojones la cabida de veinticinco plazas".

Ni el juez ni la parte demandante se preocuparon por perfeccionar esta prueba mediante el traslado ordenado en el artículo 719 del código judicial, y para los efectos del artículo 720 del mismo.

El tribunal, con estos elementos, llega a la conclusión de que "en realidad de verdad, el predio entregado a los compradores no tiene la capacidad que reza la escritura de compraventa".

Acepta que el dictamen pericial de los agrimensores carece de fuerza probatoria, por no haberse cumplido respecto de él con el requisito del artículo 719 citado; pero agrega que queda "como elemento de convicción para demostrar la aseveración de los actores, la otra prueba que sobre el particular exhibieron éstos".

"Trátase del plano levantado por el señor Fernando González y la carta que éste dirigió al señor Páramo dándole cuenta de la comisión que al respecto le confiara, documentos que fueron tenidos como prueba en el juicio, sin que la contraparte los hubiera objetado en forma alguna".

"De tales documentos dedúcese que, en efecto, el lote entregado a los compradores sólo alcanza a una cabida de d[illegible] plazas, faltando, por tanto, trece de las estipuladas en la escritura".

Luégo concluye el tribunal: "Mas como se ha descartado la exposición pericial como prueba para determinar la cabida del lote entregado a los compradores y por ende la porción que les resta por entregar, necesariamente habrá que acudir a la otra prueba de que se ha hablado, para precisar tal porción, que debe ser integrada a los actores, modificando así las declaraciones quinta y sexta de la sentencia".

Pero resulta que en la parte resolutiva de la sentencia no se acoge la cabida que González en su carta afirma le falta al lote vendido y que están poseyendo los esposos Páramo, sino la cabida afirmada por los peritos cuyo dictamen fue descartado, señores Aragón y Luna López, cabida que, según ellos, es de trece plazas con 2.320 varas; de manera que la sentencia ordena integrar once (11) plazas siete mil seiscientas ochenta (7.680) varas cuadradas.

De todas maneras el tribunal fue enfático en desechar el dictamen pericial, acogiendo, en cambio, la carta y el plano de F. González, atribuyéndoles a estas piezas el mérito de plena prueba, con el apoyo de que fueron tenidos como prueba en el juicio, "sin que la contraparte los hubiera objetado en forma alguna"

Indudablemente el tribunal, al formular semejante postulado, dióle aplicación, sin referirse a ellas expresamente, a estas dos disposiciones de carácter sustantivo: el artículo 1761 del código civil, según el cual, el instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos en la ley, tiene el valor de plena prueba respecto de quienes aparecen suscribiéndolo o se reputan haberlo suscrito; y el artículo 637 del código judicial, en cuya virtud los documentos privados que contengan obligaciones a cargo de los otorgantes, tienen la fuerza de confesión judicial acerca de sus estipulaciones cuando han sido extendidos y registrados o reconocidos en la forma legal por las personas que deben cumplirlas.

Mas, como es fácil observarlo con la lectura de esos preceptos, que son en los que se apoya el recurrente, el tribunal incidió en su flagrante violación. Ni la carta ni el plano son obra del demandado señor Orejuela, quien nada ha tenido que ver con tales piezas. Son escritos emanados de terceras personas, despojados de toda fuerza de convicción probatoria, ya que el señor González apenas fue un comisionado particular de los demandantes, cuyas informaciones, para que merecieran atención cuando menos, han debido recogerse como las de todo testigo, ya que tampoco actuó en el juicio con el cargo de perito.

Si el tribunal desechó, por defecto de una formalidad el dictamen pericial, prueba ésta aún así con más aspectos de autoridad que la simple información extrajudicial de un tercero, ha debido ser lógico y consecuente absteniéndose también de estimar este informe. Empero como lo estimó, asimilándolo a documento privado tácitamente reconocido por el deudor, resulta patente la violación de las disposiciones dichas y por ende fundado el ataque del recurrente contra la sentencia. Procede pues proferir por la Corte, ya en instancia, la resolución que corresponda.

Sentencia de instancia

Actuando en esta la Corte como tribunal de instancia, le corresponde tomar el problema en el conjunto de sus distintas fases a fin de darle la solución que sea más legal.

Descartadas del debate las informaciones particulares del señor González, suministradas a los demandantes, por parte de éstos queda obrando en calidad de prueba positiva de sus afirmaciones, acerca de que lo en-

tregado por Orejuela no corresponde a la extensión de terreno vendida, el dictamen de los peritos Aragón y Luna López, menospreciado por el tribunal. Empero, tal dictamen adolece, según advirtióse antes, del grave reparo consistente en que dejóse de correr en traslado a las partes, a efecto de que éstas pudiesen, dentro del respectivo término legal, solicitar explicaciones, o su ampliación, u objetarlo por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, conforme al derecho que otorga el artículo 720 del código judicial.

En estas circunstancias el dictamen no alcanzó su perfección jurídica. Constituye apenas una prueba incompleta, inconducente para llevar al ánimo del juzgador la plena convicción, fundamento necesario de toda condena. No es susceptible de estimación el dictamen pericial respecto del cual a las partes no se les ha brindado la oportunidad de impugnarlo por causales que acreditadas en su caso, conducen a repetir la diligencia con otros peritos.

Así las cosas pudiera creerse que la falta de suministro de una prueba positiva por parte del demandado debiera atraer inevitablemente el insuceso de la demanda sobre completo de la cabida vendida, si de otro lado no mediara el siguiente factor relacionado con la cuestión consistente en sobre cuál de los litigantes recaía en el presente litigio la obligación de acreditar la entrega total de lo enajenado.

Prescribe el artículo 1751 del código civil que "incumbe probar las obligaciones a su extinción al que alega aquéllas o éstas".

De este principio legal, trasunto de la equidad y de la justicia abstractas, resulta entonces que todo demandante que intente una acción debe acreditar el fundamento en que se apoya; y todo demandado que, sin negar el hecho mismo alegado contra él, invoque otro hecho que destruya el efecto del primero, debe aducir la prueba correspondiente.

De consiguiente al demandado corresponde probar los hechos en los que funda su acción. **Actori incumbit probatio.** Como el actor propónese con su demanda introducir un cambio en la situación jurídica presente, pretendiendo el reconocimiento de un vínculo de derecho obligatorio contra él y el demandado, en fuerza del cual el segundo tiene a su cargo una prestación, lo racional es que acredite ese vínculo, y mientras no lo haga, el demandado está libre por la presunción de que no es deudor. Por tal razón el demandado que se limita a negar los hechos alegados por el demandante, no tiene que presentar prueba alguna en apoyo de su negación. **Incumbit probatio qui dicit, non qui negat.**

Por el contrario, cuando el actor prueba la exactitud de los hechos en que se apoya, es decir prueba la obligación, la situación primera se invierte, debido a que la presunción originaria queda destruída. De esta manera si el demandado opone medios de defensa, pretendiendo que las consecuencias jurídicas de los hechos alegados se paralicen por otros hechos, por ejemplo, si sostiene que es propietario por prescripción adquisitiva, o que ha cumplido la obligación, etc., es a él a quien incumbe aducir las pruebas de estos medios de defensa. **Reus excipiendo fit actor.**

Estos principios de pruebas judiciales tan conocidos, pero igualmente con tanta frecuencia olvidados, determinan en el presente negocio lo siguiente:

Supuesto que el actor, con la escritura pública respectiva, acreditó haberle comprado a Pablo Antonio Orejuela, de contado, un lote de terreno por linderos especiales, dentro de los cuales no puede haber menos de veinticinco plazas, esto es, acreditó la obligación originaria, al demandado le corresponde probar a su turno que está libre de las obligaciones que le competen derivadas del contrato, entre las cuales figura en primer lugar la de entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él, que a todo vendedor imponen los artículos 1888 y 1882 del C. C., por el hecho mismo de la celebración del contrato de compraventa.

La compradora Dolores Calero de Páramo afirma en la demanda que el vendedor Orejuela tan sólo le entregó doce plazas de terreno; luego al vendedor corresponde establecer que nada debe, por haber entregado la totalidad de las veinticinco plazas de terreno a que se comprometió, según la extensión que le garantizó al lote enajenado.

Orejuela no acreditó el satisfactorio cumplimiento de su obligación de enajenante, como va a verse a continuación:

a) Desde la contestación de la demanda optó por negar que de acuerdo con los términos del contrato hubiera vendido por cabida determinada. A todo lo largo del juicio ha sostenido que vendió por linderos, sin consideración a la cabida, y que por esos linderos verificó la entrega a la compradora.

Defensa infundada, sin respaldo alguno en la realidad procesal, y además totalmen-

te contradicha por las voces claras de la escritura de venta.

En esa escritura el vendedor, luégo de expresar que por compras sucesivas a varias personas de varios lotes de terreno, es dueño de una finca que ha denominado La Elisa, en el sitio de Buchitolo o Zaíno, de unas noventa plazas de extensión, más o menos, finca delimitada por los linderos especiales que trae la escritura, dice que vende a Dolores Calero "un lote de terreno que hace parte de la mayor extensión que el otorgante posee, según la cláusula anterior" comprendido dicho lote dentro de los siguientes linderos especiales: "Por el norte, callejón al medio, con fincas de Diógenes Caicedo y Nacianceno Morcillo; por el oriente, callejón al medio, con propiedad denominada La Pedrera; por el sur, con fincas de Fernando Quiroz, Felisa Salgar y herederos de Alfonso Zamorano; y por el occidente, en parte con propiedad de Manuel Infante, que está incrustada dentro de la mayor extensión de que es poseedor el otorgante, y en la otra parte con propiedad del vendedor Orejuela" (subraya la Corte). Después, la cláusula tercera, dice: "Que como el lote de terreno o finca que vende y que tiene una extensión no menor de veinticinco (25) plazas, está ubicada, como se ha dicho, en los terrenos de Buchitolo o Zaíno, y el otorgante adquirió diez y nueve pesos (19) de derechos primitivos por compra hecha al señor Rafael Reyes, el otorgante da en venta real y enajenación perpetua a la misma señora Calero de Páramo, los derechos necesarios para amparar su posesión en caso de que los terrenos de Buchitolo resulten indivisos y llegue el evento de una división material, aclarando el otorgante que él considera que su finca está fundada sobre terreno propio y deslindado; y que con tal calidad hace la venta del lote que enajena a la señora Calero de Páramo".

Esta última parte de la cláusula copiada no puede ser más clara en el sentido de fijar el pensamiento de las partes, a saber: que el vendedor consideraba que toda la extensión de terreno de la finca de "La Elisa" era de su propiedad exclusiva, de manera que él la poseía como un cuerpo cierto, sin consideración a ninguna comunidad; no obstante, para mayor abundamiento, había adquirido de Rafael Reyes "diez y nueve (19) pesos de derecho primitivo en los terrenos de Buchitolo o Zaíno", de los cuales cedió a Dolores Calero diez y nueve, para el evento de que los terrenos de Buchitolo resultaran comuneros; y sobre la primera base tuvo la intención de desprenderse, encerrándolas en linderos, de veinticinco plazas, traspasándolas a Dolores Calero, quien a su vez pretendió adquirir un lote determinado por linderos y por cabida no menor de veinticinco plazas.

De esta manera la postura adoptada por Orejuela y su apoderado para defenderse de la acción, es a todas luces injustificada. Lo que tocábale era desvirtuar con actos positivos la negación de la compradora de que él le hubiera dado cumplimiento totalmente a su obligación de entregar lo vendido por los lideros y la cabida garantizados en el título.

b) Con los elementos aportados al debate tampoco consiguió acreditar Orejuela que la interpretación que deba darse a la escritura de venta no es la que rezan sus términos, sino la que él asegura.

Esos elementos consisten principalmente en las posiciones que absolvió Dolores Calero tanto en la primera como en la segunda instancia.

El apoderado del recurrente en casación subraya, asignándoles el alcance de confesiones, las contestaciones a las preguntas segunda y tercera del primer pliego (cuad. número 3, fl. 4); y, tercera, cuarta, sexta octava y décima tercera del segundo pliego (cuad. número 6 fl. 16 a 17).

En tales contestaciones dice Dolores Calero, en síntesis, que en el lote descrito en la escritura se halla determinado el objeto de la compraventa; que ella y su esposo conocieron previamente, antes de perfeccionarse el contrato de compraventa, por los linderos que Orejuela les mostró, la parte de la finca de "La Elisa" que iba a ser objeto de la enajenación; y que avenidos a ella, su esposo señor Alfonso Páramo y el vendedor Orejuela en cuanto a los linderos particulares de la porción de la finca de "La Elisa", materia de la venta, lo mismo que en cuanto al precio, se procedió a otorgar la correspondiente escritura, entendiendo bien los compradores que lo que les vendía el señor Orejuela era la porción de la finca de "La Elisa" determinada por los lideros particulares que aparecen en el título.

De iguales términos son las declaraciones de Alfonso Páramo, quien también fue interrogado en posiciones.

Estas pretendidas confesiones son inocuas en pro de la causa del demandado. Nada agregan al contexto y alcance de la escritura. Serían de eficacia decisiva suponiendo el lote deslindado en la escritura aislado de otras propiedades del vendedor. En-

tonces podría afirmarse con certidumbre que dicho lote no puede tener más extensión que la que le demarcan sus linderos, precisos y determinados en cada uno de sus lados, cuyas líneas extremas conoció la compradora. Pero dada la circunstancia de que uno de esos linderos está formado por tierras del mismo vendedor, por lo que respecta a ese lado que es el importante la confesión de la actora tórnase en imprecisa al igual que la respectiva demarcación de la escritura. Consignar en el título que el inmueble enajenado colinda con tierras del vendedor es reconocer apenas en abstracto tal hecho, que ya sobre el terreno requiere ser concretado, localizando la raya divisoria entre las dos propiedades colindantes, operación posterior al contrato y perteneciente al plano de su ejecución en lo atañedero a la entrega material; operación que además debía tener por base y por finalidad el deslinde del área y cabida trasmitida y su desmembración del globo mayor; y operación que era precisamente la que le correspondía acreditar al demandado Orejuela y que él olvidó comprobar.

c) Con el fin de comprobar la entrega de la porción vendida al comprador el demandado Orejuela adujo las declaraciones de Judas Tadeo Zamorano, Patrocinio Vargas, Joaquín Tovar Escobar, Juan María Rodríguez y Joaquín González, fls. 9 a 14 del cuad. número 5.

Afirman en general estos declarantes que los cónyuges Calero-Páramo una vez que entraron en posesión de la parte de la finca de "La Elisa" manifestaron que quedaban en posesión de la porción comprada a Orejuela, que entraron en quieta y pacífica posesión de su lote y con pleno conocimienao y aceptación de la mencionada porción de terreno y por los linderos especiales fijados en la escritura procedieron a cercar.

Aparte de la forma poco satisfactoria como declaran los mencionados testigos, haciendo afirmaciones terminantes sin expresar y detallar el origen y las fuentes de información de los hechos que dicen conocer, descartando este reparo, y sobre la hipótesis de que haga fe la mencionada prueba testimonial, acreditaría únicamente este hecho, reconocido aún por el mismo actor en la demanda: que Orejuela puso en posesión material a la compradora de una parte de lo vendido; mas no prueba que entregara todo lo vendido. Que la compradora cercara nada significa, porque ese acto admite diferentes interpretaciones, distintas de la de una renuncia expresa a reclamar el complemento o integración del área comprada; entre otras la más obvia que en un principio pudo ella creer que había recibido todo lo que se le debía. Mas de que el acreedor en un momento dado conjeture que el deudor le ha cumplido satisfatoriamente la prestación a que está obligado, de ahí no surge la extinción de esa perstación, si de otro lado la realidad hace resaltar la equivocación de la conjetura.

La Calero pudo en principio pensar que lo que le entregó Orejuela alcanzaba la medida estipulada en el contrato; y el que luégo al contacto de la realidad rectificase, son circunstancias que en manera alguna aminoran el derecho de aquélla a obtener la propiedad y el goce de la cosa comprada en la integridad con que se le prometió.

La acción ejercitada autorízala el artículo 1888 del código civil, segundo inciso.

Dispone tal disposición que si la cabida real es menor que la cabida declarada vendida, deberá el vendedor completarla; y si esto no fuere posible o no se le exigiere, deberá sufrir una disminución proporcional del precio; pero si el precio de la cabida que falte alcanza a más de una décima parte del precio de la cabida completa, podrá el comprador, a su arbitrio, o aceptar la disminución del precio, o desistir del contrato resarciéndosele los perjuicios con arreglo a las reglas generales.

Como se ha reconocido siempre, el artículo 1888 a la vez que constituye una aplicación de las reglas generales sobre resolución del contrato en caso de incumplimiento, limita allí esa acción al evento del desistimiento contemplado por la disposición. En las ventas por cabida la resolución, que para tal eventualidad llámala la ley desistimiento, no siempre es oportuna cuando el vendedor incumple el contrato absteniéndose de entregar todo lo que prometió.

Aquí la compradora ejercita la acción de entrega del complemento de la cabida que reconoce la primera parte del segundo inciso mencionado. Eso es posible además, porque al demandado pertenece otra mayor porción de terrenos aledaños al vendido.

Por otra parte la prestación procede aun cuando se ignore la extensión exacta de la superficie dejada de entregar y retenida por el deudor. Basta saber que éste no entregó todo lo que debía, para que la justicia sancione el incumplimiento ordenándole en general la entrega conforme lo estipulado. Ore-

juela trasmitió veinticinco plazas, luego a veinticinco plazas debe extenderse la condena. El área que ya esté en poder del acreedor servirá para hacer el cómputo de lo que le resta por recibir y cumplir así la sentencia. Pero estando esa área indeterminada, no es posible deducirla de la condena. Por esto, la deducción es más bien materia de la ejecución de la sentencia.

A la vez que la integración de la cabida, demándase el pago de perjuicios provenientes de la falta de entrega.

El recurrente en casación impugna el derecho a esos perjuicios con base en el texto literal del artículo 1888; dice que el artículo los reconoce únicamente en el caso de que la acción sea la de desistimiento. En los demás casos no los reconoce el artículo, el cual tiene un carácter especial. Si para todos los casos de los artículos 1888 y 1889 del C. C. rigieran los principios generales sobre incumplimiento de los contratos y perjuicios, qué necesidad tenía el legislador de hablar de perjuicios en uno solo de los casos de dichos artículos?, se pregunta el recurrente. Esto explica por qué la acción de perjuicios que concede el artículo 1888 es sólo en el caso de que se adopte por el comprador el camino de desistir del contrato.

Para la Corte la observación es inadmisible.

En equidad y justicia abstractas tanto derecho tiene a la indemnización de perjuicios el comprador que opta por desistir del contrato de compraventa, en el caso de la disposición citada, como el comprador que pide la entrega, el completo de la cabida; en uno y en otro caso al comprador se le causan perjuicios positivos. El que desiste, porque en razón de la culpa del vendedor se ve frustrado en el fin que persiguió celebrando la compraventa; y el que demanda la entrega de la cabida que le falta, a causa de la mora del obligado que le impide durante la mora disfrutar y aprovecharse de los productos de esa porción, la cual mientras tanto continúa reteniendo y aprovechando indebidamente el comprador.

Luego no se ve por qué razón extraña, el artículo 1888, en presencia de dos fuentes ambas igualmente fecundas como generadoras de perjuicios, le reconozca virtud legal de producirlos a una con desapercibimiento y exclusión de la otra, autorizando además en el caso de la exclusión un auténtico enriquecimiento sin causa en favor del vendedor en mora.

Este contrasentido legal es posible a la luz de la estrecha interpretación de los textos.

Hay principios generales que sancionan con el pago de perjuicios la mora de una de las partes contratantes en el cumplimiento de sus obligaciones: artículos 1546, 1603 y 1610 del C. C.

En el contrato de compraventa estos principios repítense en los artículos 1882, 1930, etc., de la misma obra, entre otros.

Empero, el legislador hace esta repetición, más con el ánimo de acentuar en cada caso la necesidad del pago de perjuicios que con el de derogar la regla general, dándole carácter especial en las regulaciones en que a ella se aluda. Devolviéndole el argumento al recurrente, podría afirmarse que si el hecho de que la ley en situaciones particulares hace aplicación expresa de un principio general por ella misma consagrado para situaciones semejantes a la contemplada, debiera interpretarse como la derogatoria de la regla general y la limitación de su alcance normativo apenas a aquellas regulaciones especiales que de manera expresa la apliquen y consagren, ¿qué objeto tendrían entonces las reglas generales?

La regla general tiene precisamente por objeto suplir los vacíos en que el legislador incurre generalmente por la imposibilidad para comprenderlo y abarcarlo todo con mandatos especiales. Es la luz que directa e indirectamente proyecta sus rayos sobre determinado orden de cosas y con la cual el juzgador debe iluminarse al intentar la solución de los conflictos emanados de la colisión de los intereses de terceros; luz que destinada a aclarar el criterio del juez sirve para proteger todos aquellos derechos merecedores por su respetabilidad e importancia, de amparo.

En presencia pues de la regla general contenida en las disposiciones ya citadas sancionadoras de la mora o del incumplimiento de las obligaciones contractuales, no es posible dejar de sancionar con el pago de perjuicios el retardo injustificado del vendedor en completar la cabida total del predio vendido, frente a la acción judicial del comprador encaminada a compelerlo a entregar todo lo que fue materia de la venta y que en todo o en parte retiene. Esa falta de sanción conduciría prácticamente a fomentar la renuencia del vendedor a darle ejecución al contrato, autorizándose de esta manera, como ya tuvo ocasión de apuntarse, un clásico enriquecimiento sin

causa, vedado y perseguido en toda sana legislación.

Por último. La petición primera del libelo tiene por objeto que se declare que Alfonso Páramo, Dolores Calero de Páramo y la sociedad conyugal por ellos constituída, son dueños legítimos de la finca de campo aludida en la escritura de compraventa.

La declaración de propiedad en sí misma es viable, ya que se va a reconocer expresamente el derecho al rededor del cual ha girado la contienda.

Pero la declaración de propiedad no puede comprender a Alfonso Páramo ni a la sociedad conyugal, por lo siguiente:

Quien aparece adquiriendo en el título es la señora Dolores Calero de Páramo. Ella adquirió bajo la vigencia de la ley 28 de 1932 orgánica entre cónyuges de un nuevo régimen patrimonial en el matrimonio. Aun cuando, como lo dijo la Corte en ocasión reciente, esa ley no acabó con el régimen de la sociedad conyugal, en cambio sí modificó sustancialmente el régimen de administración y de disposición sobre los bienes que la constituyen, porque ahora cada cónyuge dispone y administra con entera libertad e independencia del otro los bienes que a cualquier título aparezca adquiriendo. Esto exige que la sociedad permanezca oculta ante terceros y que el carácter de sociales de los respectivos bienes no se revelen sino cuando sobrevenga alguna de las causales de disolución de la sociedad; mientras tanto, para que la potestad de libre administración y disposición sea efectiva, aquel carácter debe permanecer velado por las apariencias de la propiedad exclusiva del cónyuge adquirente.

Estos principios que participan de la calidad de orden público del mandato legislativo que los contiene, no se pueden derogar o modificar por la sola voluntad de los cónyuges. Ellos regulan invariablemente toda sociedad conyugal.

Fallo:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, o sea la proferida por el Tribunal Superior del distrito judicial de Cali el 21 de noviembre de 1936 y en su lugar reforma tanto dicha sentencia como la que pronunció el juez de primera instancia con fecha 3 de octubre de 1935, las cuales, en consecuencia, quedan reducidas a los siguientes términos:

1º La señora Dolores Calero de Páramo es dueña legítima de una finca de campo, ubicada en el sitio de Buchitolo o Zaíno, en el municipio de Candelaria, compuesta de veinticinco (25) plazas de terreno propio, cultivada de pasto guinea, plantaciones de plátano, cacao, caña dulce, café y otros y comprendida dentro de los linderos especiales detallados en la escritura pública número 324, otorgada en la Notaría del circuito de Palmira el 25 de septiembre de 1934.

2º El señor Pablo Antonio Orejuela debe cumplir el contrato de compraventa consignado en la escritura pública ya dicha y, en consecuencia, está obligado a completar o integrar, una vez ejecutoriada esta sentencia, la cabida de veinticinco (25) plazas del lote o finca vendido por él a la señora Dolores Calero de Páramo, y a entregar también a ésta la porción de terreno que indebidamente retiene el demandado en su poder, porción que hace parte de la aludida finca.

3º El demndado señor Pablo Antonio Orejuela debe pagar a la señora Dolores Calero de Páramo, una vez ejecutoriada esta sentencia, el valor de todos los perjuicios, por lucro cesante y daño emergente, sufridos por dicha señora Calero de Páramo a causa de la falta de cumplimiento del demandado en su obligación de entregar toda la cosa vendida según la escritura pública citada, perjuicios cuyo monto se apreciará en el incidente prevenido por el art. 553 del Código Judicial.

4º Decláranse improcedentes las excepciones propuestas por el demandado.

5º Condénase al demandado al pago de las costas de este juicio en la primera instancia, únicamente.

No hay costas en el recurso de casación.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

ACCION SOBRE EXTINCION DE UN CONTRATO DE HIPOTECA.—PRUEBA DEL CONTRATO SOLEMNE DE HIPOTECA

1.—Siempre que se trate de la nulidad, resolución, extinción o simulación de un contrato debe probarse como cuestión fundamental su existencia, por el medio legal adecuado; y esta prueba no es otra sino la exhibición del contrato, cuando ha debido constar por escrito y no es solemne, o la copia de él expedida por el respectivo notario cuando se ha otorgado por medio de escritura pública. 2.—La prueba de la constitución o existencia de un contrato de hipoteca no puede ser el certificado del registrador de I. P. sobre la constitución de ese gravamen, sino la correspondiente escritura pública debidamente registrada, al tenor de los arts. 2434 y 1730 del Código Civil.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

María Antonia Serrano de Gómez demandó a Alfonso Salcedo Salgar para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se hicieran estas declaraciones: 1ª Que está extinguida la hipoteca constituída por la demandante a favor del demandado que consta en la escritura pública 1287 de 28 de agosto de 1930 ante el notario 5º, hipoteca otorgada para garantizar la obligación personal del doctor Pablo Emilio Salazar, por veinte mil pesos, a favor del demandado Salcedo Salgar. 2ª Que en consecuencia de lo anterior se ordene la cancelación del registro de la mencionada hipoteca y 3ª Que el demandado debe pagar las costas del juicio si se opone a las peticiones de la demanda.

El Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 24 de septiembre de 1936 negó las declaraciones pedidas en la demanda.

El apoderado de la actora, una vez pronunciada la sentencia, desistió del juicio, pero el Tribunal no admitió el desistimiento, por cuyo motivo dicho apoderado interpuso recurso de casación contra el citado fallo, recurso que pasa a decidirse.

Los hechos básicos de la demanda son: El doctor Pablo Emilio Salazar se constituyó deudor del señor Alfonso Salcedo Salgar por la suma de veinte mil pesos, según se hizo constar en la escritura 1289 de 28 de agosto de 1930; al otorgamiento de esa escritura compareció la demandante, señora María Antonia Serrano de Gómez con el fin de asegurar la obligación de Salazar, para cuyo efecto dicha señora le hipotecó a Salcedo Salgar una casa. El plazo de la obligación fue por un año y una vez vencido éste el acreedor no procedió a cobrar al deudor Salazar el capital prestado, sino que se entendió con él para la rebaja de la tasa de los intereses o para prorrogarle el plazo señalado en la escritura, sin contar para nada con la señora demandante. En definitiva, sostiene la actora, que aparece con toda claridad que el acreedor y el deudor convinieron en varias ampliaciones del plazo primitivamente estipulado, sin contar para nada con la demandante.

El Tribunal basó su sentencia en que no habiéndose presentado la prueba del contrato de hipoteca cuya extinción se pide, no pueden prosperar las peticiones de la demandante y que si bien es cierto que ésta adujo un certificado notarial, que se refiere a la constitución del contrato de hipoteca, tal prueba no es la adecuada en este caso al tenor de lo dispuesto por los arts. 2604 del C. C. y 630 del C. J.

El recurrente acusa la sentencia por el motivo expresado en el numeral 1º del art. 520 del C. C. y hace cuatro cargos que pasan a examinarse.

En el primero señala como infringidas, por aplicación indebida los arts. 1760 y 2434 del C. C.

La Corte observa: La presente acción versa sobre la extinción del contrato de hipoteca constituído por escritura número 1287 de fecha 28 de agosto de 1930 ante el notario 5º de Bogotá y ese contrato no ha sido traído a los autos.

La Corte tiene establecida como doctrina, que siempre que se trate de la nulidad, resolución, extinción o simulación de un contrato debe probarse como cuestión fundamental su existencia, por el medio legal adecuado; y esta prueba no es otra sino la exhibición del contrato, cuando ha debido constar por escrito y no es solemne, o la copia de él expedida por el respectivo notario cuando se ha otorgado por medio de escritura pública.

El primer inciso del art. 1760 del C. C. no incide en casación sino que él sirve para apoyar la sentencia recurrida, puesto que establece que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad y es sabido que la hipoteca debe constituírse por escritura pública, artículo 2434 del C. C., el cual por lo mismo, tampoco ha podido ser violado por la sentencia.

La segunda parte del art. 1760 mencionado le da el carácter de instrumentos privados a los instrumentos públicos defectuosos por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma; pero en este juicio no se trata de esa cuestión porque ni se ha alegado deficiencia ninguna en el instrumento ni incompetencia del funcionario ante quien se otorgó. Además, no habiéndose presentado el instrumento público en que consta la constitución de la deuda, no puede saberse si adolece de alguna de las deficiencias a que se refiere el inciso 2º ya citado.

Se rechaza, pues, el cargo.

Por ordenación lógica pasa a estudiarse el tercer cargo que consiste en la violación directa, por falta de aplicación del art. 2637 del C. C. por cuanto el Tribunal no tomó en consideración el certificado del registrador de instrumentos públicos y privados de Bogotá que se halla al folio 3º del cuaderno número 1º.

De ese certificado se viene en conocimiento de que por medio de la escritura 1287 de 28 de agosto de 1930, ante el Notario 5º de Bogotá, Paulo Emilio Salazar se constituyó deudor de Alfonso Salcedo Salgar por la suma de veinte mil pesos y para seguridad se hipotecó la casa alta y baja, junto con el terreno en que está edificada, situada en esta ciudad en la calle 20. "El inmueble en referencia, dice el certificado, aparece en dicha escritura como de propiedad de María Antonia Serrano de Gómez, la cual intervino en su otorgamiento y constituyó la hipoteca sobre el inmueble que se ha deslindado."

El Tribunal, como se ha dicho, partiendo de la base de que no fue presentada la escritura 1218, encontró que faltando este factor fundamental se imponía la absolución del demandado, por cuanto no encontró presentada la prueba del contrato de mutuo e hipoteca. El solo certificado que acaba de mencionarse no es para el Tribunal prueba del contrato. No puede sostenerse que por no haber estimado tal certificado como prueba del contrato se haya violado el art. 2637 del C. C., por lo siguiente: a) Porque el registro o incripción tiene entre otras la finalidad de dar publicidad a los actos y contratos que trasladen, muden o graven el dominio de los bienes inmuebles, numeral 2º de dicho artículo, de donde se ve claramente que si el registro de publicidad a esos actos y contratos, no es por sí mismo la prueba del contrato, sino el modo adecuado para que los terceros conozcan la situación jurídica de un inmueble y para que el gravamen o mutación o traslado de la propiedad quede hecho en la forma legal. Por eso cuando se declara la nulidad de un contrato como consecuencia se dispone la cancelación del registro, cuando el contrato consta por escritura pública; b) Porque los numerales 1º y 3º de dicho artículo no inciden en este recurso, lo cual se concluye con sólo leerlos. Por otra parte cree la Corte oportuno hacer las siguientes observaciones: La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública, y podrá ser una misma la escritura pública de hipoteca y la del contrato a que accede, art. 2434 del C. C. y el contrato de hipoteca está sujeto al registro, art. 2435. La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos o contratos en que la ley requiere esa solemnidad, art. 1760 ibídem. Luego la prueba de la constitución o existencia de un contrato de hipoteca no puede ser sino la escritura pública debidamente registrada, prueba que la actora ha podido producir de acuerdo con el art. 636 del C. J. y que no adujo. Esa prueba, se repite, ha debido ser la escritura pública registrada, lo que corrobora el art. 2577 del C. C. Vale la pena observar que en este pleito no se ha alegado el hecho de haber desaparecido, por cualquier causa el protocolo de la notaría donde se halla la escritura 1287 ya citada, de modo que la cuestión no puede enfocarse a la luz de ese hecho; lo que resulta en definitiva es que no se adujo a los autos tal instrumento.

El cargo que se estudia no es pues fundado.

El segundo cargo consiste en la violación del art. 1708 del C. C. por cuanto el Tribunal no consideró las pruebas de donde resulta la ampliación del plazo.

Mas el Tribunal no podía hacer ese estudio desde luego que no estando comprobado el contrato cuya extinción se solicita, no tenía cabida el estudio de una cuestión de hecho y de derecho que depende de otra fundamental, a saber, la prueba de la existencia del contrato cuya extinción se solicita.

Esto resulta en caso como el presente en que se trata de un contrato doblemente so-

lemne y en que se discute el contrato mismo, al punto de que lo demandado es su cancelación.

Se rechaza pues el cargo.

El último cargo es el consistente en la violación del art. 472 del C. J. Esta disposición contiene una norma de equidad; pero en su aplicación está subordinada a las pruebas que aduzcan las partes en cada proceso. Si en este juicio lo fundamental era la demostración o prueba del contrato cuya extinción se solicita y no se hizo tal demostración, es claro entonces que a la luz de nuestro derecho probatorio el art. 472 no pudo ser violado.

Se rechaza pues el cargo.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley no casa la sentencia recurrida. Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

NULIDAD POR IRREGULARIDADES EN EL PROCEDIMIENTO.

En la presente causa prospera la causal 2a. de casación sobre nulidad en el procedimiento, toda vez que la apelación interpuesta contra el auto de proceder fue resuelta por uno solo de los magistrados del Tribunal y no en Sala de Decisión al tenor de lo dispuesto por el art. 35 de la ley 104 de 1922, disposición que no dejó de existir al expedirse la ley 105 de 1931 sobre organización judicial y procedimiento civil sino que por el contrario le da más vigor en su art. 204, que estatuye expresamente que "las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia." Desde el punto de vista procesal, el auto que llama a juicio y el de sobreseimiento tienen la misma significación jurídica, ya que mediante uno u otro se decide en el fondo sobre el mérito del sumario; y si de conformidad con el art. 33 de la ley 104 de 1922, el sobreseimiento definitivo pone término al juicio y pasa en autoridad de cosa juzgada, es decir, equivale a una sentencia, no es posible aceptar que el auto de proceder, tan grave para el sindicado y que cumple igual fenómeno de decisión, represente apenas una providencia de carácter meramente incidental, por consiguiente dicha providencia debe ser dictada en Sala de Decisión, doctrina ésta sostenida en numerosos fallos de la Corte.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, once de marzo de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Luis Felipe Pinzón recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que le impuso la pena de veinte años de presidio por el delito de asesinato en la persona de Milcíades Forero.

Aun cuando el reo no fundó el recurso, lo hace el señor Procurador delegado en lo penal sustentando la causal 2ª sobre nulidad en el procedimiento, con base en el argumento de que la apelación contra el auto de proceder fue resuelto por uno solo de los señores magistrados del Tribunal y no en Sala de Decisión.

La Corte acoge los puntos de vista del señor Procurador, que están de acuerdo con la siguiente teoría de ella expuesta en numerosos fallos:

No se diga que el art. 35 de la ley 104 de 1922 dejó de regir al expedirse la ley 105 de 1931 sobre organización judicial y procedimiento civil, en cuyos arts. 82 y 84 se determina que los Tribunales conocen en Sala de Decisión de las apelaciones contra las sentencias de los Jueces Superiores y de Circuito, y a él toca proferir los autos interlocutorios y de sustanciación y presentar el proyecto de sentencia.

En segundo lugar, la ley 105 de 1931 no derogó expresamente el artículo 35 de la 104 de 1922; y como esta ley versa sobre procedimiento penal, si alguna relación fuera necesaria establecer entre los dos estatutos, se hallaría en el art. 204 de la ley de 1931, a cuyo tenor "las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia."

Desde el punto de vista procesal, el auto que llama a juicio y el de sobreseimiento tienen la misma significación jurídica, ya que mediante uno u otro se decide en el fondo sobre el mérito del sumario; y si de conformidad con el art. 33 de la ley 104 de 1922, el sobreseimiento definitivo pone término al juicio y pasa en autoridad de cosa juzgada, es decir, equivale a una sentencia, no es posible aceptar que el auto de proceder, tan grave para el sindicado y que cumple igual fenómeno de decisión, represente apenas una providencia de carácter meramente incidental.

Ahora bien: si práctica constante de los Tribunales ha sido la de resolver en Sala de Decisión acerca de las consultas de los sobreseimientos defitnivos, con igual o mayor razón deben aquellos fallar también en

Sala Plural las apelaciones de los autos de proceder.

Por lo demás, confrontando al acaso expedientes en curso ante la Corte, se observa que los Tribunales de Bucaramanga, Buga, Ibagué, Manizales, Medellín, Pasto, Popayán, San Gil y Tunja, revisan en Sala Plural los autos de enjuiciamiento de que conocen por apelación.

Resta examinar si la irregularidad de que el auto de proceder no se haya revisado o proferido por el Tribunal en Sala de Decisión es motivo de nulidad que imponga la reposición del proceso, o sea, si debe prosperar la causal 2ª de casación invocada.

Para resolver el punto afirmativamente, basta considerar que no hallándose ejecutoriado el auto de proceder, carecía el Tribunal de facultad para pronunciar sentencia definitiva; y la carencia de esta facultad implica incompetencia de jurisdicción, que es la causal de nulidad prevista en el numeral 1º del art. 264, ley 57 de 1887.

En otras palabras, falta en este juicio el auto de proceder, puesto que el dictado por el juez a quo fue apelado y la apelación no se resolvió en la forma legal arriba explicada.

Al infirmar, pues, el fallo por la causal 2ª de casación como es pertinente para este negocio, lo hace la Corte en guarda de las formalidades propias del juicio (art. 26 de la Constitución), siendo así que una de las sustanciales en el proceso penal es la existencia legal y jurídica del auto de proceder.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el 22 de julio de 1937 que impuso a Luis Felipe Pinzón la pena principal de veinte años de presidio por el delito de asesinato; en su lugar anula lo actuado desde el auto de 11 de mayo de 1935 inclusive (folios 214 y siguientes) y ordena que se reponga el procedimiento de ahí en adelante.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños, Srio. en pdad.

LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA

Tratándose de homicidio cumplido en legítima aun cuando excesiva defensa, la sanción imponible es la del art. 608 del Código Penal y no la del 600.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veintidós de marzo de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Ramón Herrera D. condenado por el Tribunal Superior de Cartagena a la pena principal de seis años de presidio como responsable de la muerte de Julio M. Matos, interpuso casación invocando las causales 1ª y 4ª.

El doctor Otto Barrios Guzmán, apoderado del recurrente, presentó ante la Corte un razonado alegato, del cual se trascribe el siguiente pasaje por estar nítidamente planteada la tesis del desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado sobre la cual se apoya todo el recurso:

"En mi concepto, el veredicto del Jurado cataloga o coloca el homicidio de autos entre los contemplados en los casos 1º y 4º del art. 591, agravado con las circunstancias previstas en el art. 608 del C. P., y sancionado por esta última disposición. Es decir, se trata de un homicidio inculpable, por haberse hallado el homicida en la precisa situación de ejercitar su legítima defensa contra ataques a su integridad y libertad personal, si bien fue cierto que al usar ese derecho obró con el exceso y ligereza que se contemplan en el art. 608 de la obra citada y que se le imputan en el veredicto."

Por su parte el señor Procurador delegado en lo penal coadyuva las pretensiones del recurrente.

La Corte para resolver, considera:

A la pregunta formulada por el juez sobre homicidio simplemente voluntario, contestó el Jurado así:

"Sí es responsable. El Jurado estima que las largas libaciones de Herrera crearon en él un estado de nerviosidad que le hizo ver de parte del agente Matos grave peligro para su libertad e integridad personal procediendo a defenderse con evidente precipitación y exceso."

Tratándose de juicio por jurados, sabido es que el veredicto, cuando no sea notoriamente injusto, constituye la base para la sentencia del juez de derecho; y en el caso que se contempla el texto mismo del veredicto indica claramente que los jueces de conciencia situaron el asunto en el campo de una legítima defensa subjetiva, si bien estimaron que ella se ejercitó con exceso.

Sobre el punto científico de la defensa subjetiva hace en su vista el señor Procurador delegado en lo penal un erudito estudio que dispensa a la Corte de entrar en nuevas disquisiciones en el terreno meramente especulativo.

Prospera, pues, el recurso por la causal 4ª con su repercusión a la causal 1ª en cuanto a la aplicación de la pena; ya que tratándose de un homicidio cumplido en legítima aun cuando excesiva defensa, la sanción imponible es la del art. 608 del Código Penal y no la del 600 que aplicó el Tribunal de Cartagena apreciando el hecho como homicidio simplemente voluntario, a pesar de los términos en que está concebido el veredicto del Jurado.

Toca a la Corte (inciso 1º, art. 4º de la ley 118 de 1931), al invalidar el fallo recurrido dictar el que debe reemplazarlo. Para hacerlo se califica la delincuencia en tercer grado en vista de las varias circunstancias atenuantes que militan a favor del reo, enunciadas en los fallos de instancia; pero la Corte resuelve usar de la atribución que le confiere el inciso 3º del art. 124 del Código Penal para aumentar la pena imponible por el delito en la sexta parte diferencial entre el máximo y el mínimo, aumento que equivale a seis meses de reclusión.

Se impone este aumento en atención a que el hecho, dentro de sus características de exceso en la defensa, reviste algo más que una ínfima gravedad, precisamente por no ser objetiva la legitimidad de la defensa sino apenas subjetiva.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **invalida** la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, fechada el 3 de agosto de 1937, que impuso a Ramón Herrera D. la pena principal de seis años de presidio como responsable de la muerte de Julio M. Matos; y en su lugar condena al mismo Ramón Herrera D. a la pena de un año y seis meses de reclusión que sufrirá en el lugar de castigo que el Gobierno designe, computándosele como parte cumplida el tiempo que el procesado haya permanecido en prisión preventiva.

Condénase, además, a Ramón Herrera D. a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión, a quedar privado por tiempo indefinido del ejercicio de los derechos políticos, al pago de las costas procesales, y a la pérdida en favor del Estado del arma con que cometió el delito.

El Juzgado de origen dará cumplimiento al art. 16 del Decrto Nº 944 de 1934 para los fines de anotación de la sentencia, en lo relativo a la suspensión de los derechos políticos en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños, Srio. en pdad.

LA CAUSAL 3.a DE CASACION —ERROR SOBRE LA PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO—NO PUEDE FUNDARSE EN QUE ADEMAS DEL REO OTRA PERSONA PARTICIPO EN LA EJECUCION DEL DELITO.

No es pertinente para fundar la causal 3.a de casación —error en cuanto a la prueba del cuerpo del delito— el argumento de que además del reo otra persona participó en al ejecución del delito, porque aun aceptando que ello ocurrió así, no por eso dejaría de tener responsabilidad el procesado recurrente, ni tal cuestión afectaría la prueba del cuerpo del delito.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veintiocho de marzo de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El curador-defensor de José María Colorado Orobio invoca la causal 3ª para fundar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto que lo condenó por los delitos de robo y asesinato de Marco Aurelio Angulo, a la pena principal de veinte años de presidio y dieciocho meses de reclusión.

Considera el recurrente que hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, por cuanto Colorado Orobio al confesar su intervención en la muerte de Angulo afirma que él le dio tan sólo un machetazo en el cuello, y que como el cadáver resultó además con otra herida, ésta debió causarla persona distinta, con la circnstancia de que al aposento donde se desarrolló el suceso entró también José Antonio Cadena, a cuyo favor sobreseyeron temporalmente los jueces de instancia.

El señor Procurador delegado en lo penal conceptúa que no debe infirmarse el fallo recurrido, tanto porque el argumento de que acaba de hablarse, único que se alega, se refiere a la responsabilidad y, de consiguiente, está mal enfocado a la causal 3ª, como porque la Procuraduría no halla fundamento alguno para ejercitar la facultad conferida por el art. 6º de la ley 118 de 1931.

La Corte está de acuerdo con el señor Procurador; y a lo dicho por él podría agregarse que la confesión del reo es terminante, y que aun aceptando la participación de otra persona en el crimen, no por eso dejaría de tenerla Colorado Orobio, v. gr., en concurso de delincuentes, cuestión que en nada toca con la prueba del cuerpo del delito.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, acorde con el parecer del señor Procurador General de la Nación y 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 Pasto, fechada el 13 de julio de 1937, que impuso a José María Colorado Orobio la pena principal de veinte años de presidio y dieciocho meses de reclusión por los delitos de asesinato y robo.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños, Srio. en pdad.

RECURSO DE REVISION DE UNA SENTENCIA EN MATERIA CRIMINAL

Para que este recurso prospere es necesario que las pruebas en que se funda la demanda no tiendan a revivir problemas que han debido debatirse en las instancias, sino que tengan el carácter de hechos nuevos capaces, por su valor probatorio, de hacer viable el recurso.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintinueve de marzo de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

La Corte ha examinado cuidadosamente la demanda de revisión que presenta Justiniano Motta contra las sentencias del Juzgado Superior de Cali y el Tribunal del mismo distrito (esta última fechada el trece de abril de mil novecientos treinta y cuatro), que le impusieron la pena de veinte años de presidio como responsable de la muerte de su esposa Ana Francisca Méndez.

De dicho examen se deduce que a pesar de la copiosa documentación que aparejó el reo no puede prosperar el recurso, porque las alegaciones que aquél propone y las pruebas que aduce son inconducentes a la revisión y tienden más bien a revivir problemas que debieron debatirse en las instancias.

El único punto que podría considerarse como hecho nuevo capaz de esaablecer la irresponsabilidad del condenado, sería el referente a su estado mental; pero la prueba que quiso levantar al efecto, o sea el dictamen de los señores médico-legistas de Popayán, resultó adverso a sus pretenciones.

Y como las diferentes cuestiones tocadas en la demanda las analiza con muy buen criterio el señor Procurador delegado en lo penal, la Corte acoge los conceptos de la vista, reproduciéndolos a continuación.

"No expresa el recurrente de modo claro cuáles son las causales de revisión y se limita a citar la Ley 33 de 1909.

El mismo recurrente inicia sus solicitudes pidiendo que se invaliden las sentencias proferidas contra él, por estar el proceso viciado de nulidad a causa de haber dictado el auto de proceder un Magistrado y no la Sala de Decisión.

"Como se comprende fácilmente, la solicitud es extemporánea.

"Afirma también Motta que algunos de los testigos que declararon contra él son familiares de la víctima.

"Esta razón ha debido alegarse en las instancias. En la actualidad no sirve para fundamentar la revisión.

"Por último, y este es el argumento de mayor trascendencia que ha pretendido alegar el recurrente, se sostiene en la demanda de revisión que Justiniano Motta es una persona anormal.

"La pretensión del recurrente a este respecto, le falló de manera absoluta, pues los señores médicos-legistas de Popayán por fin rindieron su dictamen en el que sostienen que Justiniano Motta no exhibe características de anormalidad y tiene sobre sus actos el control volitivo, el dominio, que puede tener en alálogas circunstancias una persona de mente sana.

"En cuanto a las demás pruebas allegadas al expediente tenemos lo que sigue:

"La declarante Felisa Engarse no trae ningún hecho sustancial que no haya sido contemplado en las instancias y su testimonio en nada favorece al recurrente.

"La carta de los doctores Rosales y Garrido contiene tan sólo un concepto que termina con la conclusión de que al reo le faltó en el debate judicial una defensa de más preocupación por su suerte.

"El certificado del doctor Nieto se refiere a la señora Elena Motta de Molano, pero no al recurrente.

"Las declaraciones de Críspulo Cuéllar, José Prada Ortiz y Diego Caballero, se refieren a la epilepsia de que están afectados, según los declarantes, Isidro Motta y Elena Motta.

"El declarante Bernardo Caicedo relata un encuentro personal entre Justiniano Motta y José D. Delgado, testimonio que ha debido llevarse a las instancias pero que al presente no sirve para fundamentar la revisión.

"El certificado del doctor Mosquera, a lo más, podrá servir para demostrar que Justiniano Motta está imposibilitado para realizar trabajos físicos por sufrir de una hernia.

"El testimonio de Elvia Ramírez, referente a las infidelidades de Ana Francisca Méndez, pudo tener algún interés en las instan-

cias pero no sirve para fundamentar la revisión.

"Los declarantes Lisandro Urriago, Antonio Gutiérrez, Lázaro Meyano, Milcíades Molano y Pedro Molano atestiguan un hecho que debería comprobarse con prueba pericial; pero aun suponiendo que pudiera comprobarse con la prueba testimonial, resultaría inconducente para efectos de la revisión. En efecto, con esas declaraciones a lo más se probaría que Elena Motta e Isidro Motta sufrían ataques de epilepsia.

"Sobre las declaraciones de Roberto García y de Pedro Benavides puede hacerse la misma observación que se hizo al tratar de la declaración de Elvia Ramírez.

"Bastan estas breves consideraciones para concluír que el recurso interpuesto carece de fundamento legal."

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega a Justiniano Motta la revisión solicitada.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños, Srio. en pdad.

HOMICIDIO.—CUERPO DEL DELITO.—INJUSTICIA NOTORIA.

1.—La reforma del art. 24 de la Ley 104 de 1922, da a la noción de cuerpo del delito la nota complementaria necesaria para considerar el elemento intencional en cada caso, elemento que no está separado del acto delictuoso como una abstracción, sino que debe perfilarse según la ley citada, elemento cuya modalidad aprecia el Jurado dentro de su autonomía, ya que en el veredicto puede expresar matices. 2.—El predicado de injusticia notoria sólo puede darse a un veredicto cuando no hay en el proceso elementos de prueba que hayan permitido anclar una decisión.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veintinueve de marzo de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado sustanciador: Dr. Salvador Iglesias)

A veinte años de presidio como pena fija condenó el Tribunal Superior de San Gil a José Torres.

La sentencia de primera instancia del Juzgado 2º Superior del mismo distrito, radicado en el Socorro, había impuesto esa misma pena; el fallo definitivo del Tribunal la confirmó.

Vulnerable consideró la sentencia el defensor de José Torres. En tal virtud interpuso recurso de casación.

Invocó las siguientes causales: 1ª, 3ª, 5ª y 6ª del art. 3º de la Ley 118 de 1931.

En el Tribunal hizo la puntualización de las causales aludidas en alegato presentado oportunamente.

Ante la Corte no hay alegación alguna.

El Procurador pide que se mantenga el falo recurrido.

Analiza los motivos de la demanda de casación, siguiendo un orden de precedencia dependiente de los efectos que pueda tener cada motivo.

La Sala considera:

Causal 3ª. Error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

El hecho material, la muerte de la víctima, está acreditado. Además de la prueba material de la defunción de Miguel Ovalle consistente en el reconocimiento del cadáver, existe la propia confesión del sindicado.

El hecho criminoso y punible, que es lo que nuestra ley denomina cuerpo de delito, está evidenciado, pues, en este caso.

Sin embargo, argúyese por el recurrente que no están establecidas las circunstancias de premeditación, por lo cual se ha violado el art. 24 de la Ley 104 de 1922, el 157 de la Ley 40 de 1907 y el 586 del Código Penal. De aquí concluye que hubo error en la apreciación del cuerpo del delito.

En síntesis, el fundamento de la causal 3ª depende del alcance que deba dársele al art. 24 de la Ley 104 de 1922.

Este estatuye: "los elementos constitutivos del delito, señalados en la respectiva

disposición penal son la base de la comprobación del cuerpo del delito.

Estima la Corte que en la parte motiva del auto de proceder se discrimina, en la relación de los hechos puntualizadores del cargo o cargos, la modalidad, dependiente de las circunstancias que rodean el hecho imputado, y que entonces el enjuiciamiento presenta para el debate, la individualización necesaria del cuerpo del delito, atendiendo a la disposición de la ley penal en que pueda cuadrar el caso, todo con amplio respaldo en las pruebas del informativo.

En este proceso la parte resolutiva no sólo cumple con lo dispuesto en el procedimiento por el art. 1627 del Código Judicial y 345 de la Ley 105 de 1890, el último de los cuales explica que en el enjuiciamiento el cargo se menciona con la denominación genérica que le da el Código Penal en el capítulo y título correspondientes, sino que atendiendo a lo preceptuado por el art. 24 de la Ley 104 de 1922, abre, para la apreciación que deben hacer los jurados, la perspectiva de la modalidad del cargo imputado al reo Torres. Y es de notarse que esa perspectiva sitúa el mismo cargo dentro de los elementos materiales y sus efectos, y en relación con el ánimo que tuvo el autor, lo cual significa que el debate y el concepto definitivo que el Jurado o el Juez deban dar en el veredicto y en su resultante, la sentencia. abarca. comprende y engloba no sólo lo material, sino los elementos anímicos que explican el cargo como un acto imputable.

La reforma del art. 24 de la Ley 104 de 1922, da a la noción de cuerpo de delito la nota complementaria necesaria para considerar el elemento intencional en cada caso, elemento que no está separado del acto delictuoso como una abstracción, sino que debe perfilarse según la ley citada, elemento cuya modalidad aprecia el Jurado dentro de su autonomía, ya que en el veredicto puede expresar matices. Atendiendo a esa resultante, el art. 48 de la Ley 169 de 1896 dice:

"El Jurado resolverá por unanimidad la cuestión con las palabras **sí** o **nó**; pero si juzgare que se ha ejecutado por el acusado un hecho criminoso con circunstancias diversas, deberá expresarlo brevemente en la contestación."

Sentado lo anterior, y viniendo al caso en estudio, tiénese:

a) que la muerte de Miguel Ovalle la causó José Torres;

b) Que esa muerte fue violenta, producida con tiros de escopeta;

c) que el hecho ocurrió cuando venía Ovalle de su huerta de coger maíz y que lo ejecutó Torres, quien lo estaba aguardando allí;

d) que estas circunstancias las confesó el reo Torres; y

e) que estas mismas circunstnacias fueron puntualizadas en la parte motiva del auto de proceder.

No cabe error entonces en la manera como resulta el cuerpo del delito en este caso, en su doble aspecto de huella, rastro o señal que cambió una situación material: la supresión de una vida; y en el de la trayectoria anímica del agente que ejecutó esos hechos.

Así fijado en su integridad el cuerpo del delito, no cabe error en cuanto a la prueba de su naturaleza jurídica, en cuanto a la figura misma del delito. El Jurado pudo entonces tener un objetivo concreto y formular juicio, apreciando con esos elementos la responsabilidad emanada de ellos.

La sentencia basada en el veredicto, a su turno resultante de esos datos, no es violatoria entonces de la Ley 104 de 1922, puesto que no hubo error en la individualización del acto delictuoso, o sea en el hecho criminoso y punible.

No prospera, pues, la casación por el motivo contemplado en la causal 3ª.

Causal 1ª. Mala interpretación de la ley penal o indebida aplicación de la misma.

Como lo dice el señor Procurador refiriéndose a esta causal. en el auto de proceder se cargó la premeditación y las circunstancias de asesinato.

El veredicto, dictaminador de ese elemento, fue afirmativo.

La sentencia se conformó a él. La disposición aplicable entonces no podía ser otra que la del art. B del Acto Legislativo número 3 de 1910. Se aplicó al caso lo que resultó del veredicto.

Infundada es por lo tanto esta causal.

Causal 5ª. Veredicto viciado de injusticia notoria.

Para analizar esta causal menester es que la cuestión de la injusticia notoria haya sido debatida previamente en las instancias. Esta condición previa está cumplida.

En este proceso ocurrió que fueron llamados a juicio, por la muerte de Miguel Ovalle, José Torres y Medardo Velandia; que para ambos el Juzgado sometió cuestionarios, referentes: el primero, al hecho de la muerte de Ovalle, y el segundo, a las circunstancias de asesinato.

El contenido de esos veredictos es el siguiente:

a) El de José Torres sobre la muerte voluntaria y premeditada de Miguel Ovalle,

afirmativo, y con la adición de que obró sin que mediara soborno o precio ofrecido.

b) El del mismo José Torres sobre circunstancias de asesinato en la muerte de Miguel Ovalle, afirmativo también y simplemente afirmativo.

c) El de Medardo Velandia sobre la muerte de Miguel Ovalle, con la especificación de haber sobornado para el hecho delictuoso a José Torres, negativo.

d) Y el referente a asesinato del mismo Miguel Ovalle, por parte de Medardo Velandia como sobornador para la ejecución del hecho, con acechanza y alevosía, negativo igualmente.

Sobre estas respuestas no descubre la Sala la injusticia notoria del veredicto. Este predicado sólo puede darse a un veredicto, cuando no hay en el proceso elementos de prueba que hayan permitido anclar una decisión.

En este proceso existe la confesión de Torres, y si es cierto que en un principio afirmó que la muerte de Ovalle la había ejecutado por paga de Velandia, es también cierto que luégo negó el cargo hecho a éste. En las actas de la audiencia consta que se interrogó al reo Torres sobre el particular y que dijo entonces que la contradicción que existía entre su primera y segunda aseveración la hizo porque lo presionaron para ello en Puente Nacional. Los jueces de hecho tuvieron pues en cuenta esta circunstancia y las otras pruebas, y si resolvieron negativamente respecto de la responsabilidad de Velandia y afirmativamente respecto de la de Torres, hiciéronlo en conciencia es verdad, pero sobre la base de estos hechos, que constan en el proceso, que ellos apreciaron y que como existentes para determinar un veredicto no permiten tacharlo de notoriamente injusto, porque arranca ese veredicto precisamente de la valuación que hicieron de una y de otra situación sometida a su juicio libre.

La causal de injusticia notoria no da entonces asidero en este caso para que prospere la casación.

Causal 6ª. Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto contradictorio.

Al respecto lo pertinente depende de los veredictos.

El Procurador delegado en lo penal analizó lo esencial de ellos en su vista y su resultado en la sentencia.

La argumentación del señor Procurador delegado es, en concepto de la Sala, sintética y acertada. La acoge por ello como fundamento para decidir que la causal 6ª no tiene valimiento contra la sentencia recurrida.

Dice así:

"Se observa: el Jurado no condenó a Torres como si hubiera habido soborno, como lo dice el memorialista. Al contrario, manifestó al absolver a Velandia que la afirmación hecha por Torres de que aquél lo había concitado al homicidio mediante la promesa de remunerarle su crimen con una suma de dinero y con el obsequio de una escopeta, era una patraña y que por lo mismo el único responsable del asesinato era Torres."

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de invalidar, y no invalida la sentencia del Tribunal Superior del distrito judicial de San Gil, de fecha 13 de junio de 1936, que condenó a José Torres como responsable de la muerte de Miguel Ovalle a la pena fija de veinte (20) años de presidio y a las accesorias correspondientes.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños, Srio en pdad

HERIDAS.—LA LESION QUE PRIVA POR COMPLETO DE UNA MANO A UN LABRIEGO DEBE CALIFICARSE DE "GRAVE" DENTRO DE LA TERMINOLOGIA EMPLEADA POR EL CODIGO PENAL

Heridas: La herida que causa pérdida de un ojo, grave de suyo, ha solido calificarse de LEVE para efectos de la penalidad y con el objeto de reservar la categoría de GRAVE a la herida que prive de la vista de ambos ojos. Pero no puede aceptarse como constante y general la teoría de que la pérdida de un solo órgano o miembro, cualquiera que sea, deba reputarse siempre como lesión leve, pues para los trabajadores manuales, y en particular un labriego, la herida que cause amputación completa de la mano sí afecta todo el miembro de que ella forma parte, inhibe para trabajar como antes y deja "notable deformidad física gravemente perjudicial" (inciso 1.o del art. 645 del Código Penal).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veinticinco de abril de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga que condenó a Lisandro Galeano a la pena principal de seis años de presidio por el delito de heridas, el defensor del procesado interpuso casación invocando la causal 1ª y alegando, para sustentarla, que la herida causada por Galeano a Alfonso Castaño y que le produjo a éste la pérdida de la mano izquierda, es un hecho que no debe sancionarse con la pena señalada en el inciso 1º de ese mismo artículo.

El señor Procurador delegado en lo penal coadyuva al recurso alegando, como principal razón para ello, la que expresa en el pasaje de su vista que dice así:

"No puede negarse que dentro de un criterio realista la pérdida de una mano constituye una lesión grave; pero, dentro de la deficiente clasificación hecha por el código, aquella lesión, para la aplicación de la ley penal, debe estimarse como leve, pues de otra manera resultarían equiparadas la pérdida de los dos brazos o la pérdida total de la visión por lesión de ambos ojos, con la pérdida de un solo ojo o con la pérdida de un solo brazo, lo que repugna a la razón y a la justicia."

Para resolver, la Corte considera:

En el interesante salvamento de voto del doctor Cayetano Rengifo Illera, magistrado del Tribunal sentenciador, que el recurrente copia en su alegato, se reproduce el concepto del doctor Guillermo Uribe Cualla, miembro de la Oficina Médico-Legal de Bogotá y profesor de la materia, según el cual, atendida la deficiente y empírica clasificación hecha por el código, los peritos reconocedores de un herido suelen verse en el caso de calificar apenas como leve la lesión que causa pérdida de un ojo, para reservar la calificación de grave al caso de la pérdida de ambos ojos, y lo mismo cuando se trata de uno solo de los miembros superiores o inferiores.

Alude también el recurrente a una sentencia dictada por la Corte, con fecha 3 de agosto de 1936, en la cual se sienta la doctrina de que la herida que causa pérdida de un ojo, debe calificarse legalmente como leve.

Pero entre el caso del precitado fallo de la Corte y el que hoy se presenta al estudio de ella ocurren notables diferencias.

En primer lugar si es cierto, como en aquella providencia se expresó (Gaceta Judicial, números 1909 y 1910, página 673), "que la pérdida de la vista de un ojo no afecta todo el órgano de la visión y tampoco inhibe para trabajar en forma ordinaria.... caso que sí ocurre cuando hay privación total del órgano, la pérdida de ambos ojos", también es verdad que para los trabajadores manuales, un labrador del campo, v. gr. como Alfonso Castaño, la pérdida completa de una mano sí afecta todo el miembro de que ella forma parte e inhibe para trabajar en forma ordinaria.

De otro lado, la sentencia de 1936 se profirió sobre un juicio en que el dictamen o reconocimiento médico legal afirmaba que la herida dejó "deformidad y defecto físico leve"; en tanto que la sentencia materia del presente recurso se funda en reconocimientos y dictámenes médicos, el último de los cuales concluye así:

"A consecuencia de la herida le queda al señor Castaño una notable deformidad física gravemente perjudicial y pierde además la mano izquierda a consecuencia de amputación que hubo de practicarse que-

dándole únicamente el antebrazo de la mano en mención" (fl. 27 v.).

Este caso de "notable deformidad física gravemente perjudicial", es uno de los que al tenor del inciso 1º, art. 645 del Código Penal, implican la pena que la sentencia recurrida impuso, máxime cuando se trata de un labriego que necesita de sus dos manos "para trabajar como antes."

Además: si se aceptara como constante y general la teoría de que la pérdida de un solo órgano o miembro (cualquiera que sea) debe reputarse lesión leve con el objeto de reservar la calificación de grave para el evento de que con las heridas se cause la pérdida no sólo de un órgano o miembro sino de los dos o de dos miembros alternos, cabría preguntar cómo se denominaría la lesión o lesiones que causen la pérdida de los dos miembros superiores y los dos inferiores.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, apartándose del concepto emitido por el señor Procurador General de la Nación y 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 Buga fechada el 31 de julio de 1937, que impuso a Lisandro Galeano la pena principal de seis años de presidio por el delito de heridas en la persona de Alfonso Castaño.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños, Srio. en pdad.

RESPONSABILIDAD DE UN JUEZ EN LA FUGA DE UN PRESO

De acuerdo con lo que disponen los artículos 289 y 290 del Código Penal, para que pueda exigírsele responsabilidad penal a un juez por la fuga de un preso o detenido que lo esté por cuenta u orden de su despacho, se requiere la prueba del dolo específico, intención de facilitar la fuga, o la del elemento A SABIENDAS respecto del suministro de medios o facilidades para ella se lleve a cabo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veinticinco de abril de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

El Tribunal Superior de Medellín consulta con la Corte el auto en que sobreseyó temporalmente a favor del señor Delfino Díaz R., ex-juez 1º del circuito de Quibdó.

Conceptúa el señor Procurador delegado en lo penal que dicho providencia debe confirmarse.

Para resolver, la Corte considera:

El hecho imputado al ex-juez Díaz consiste en la fuga de Ricardo Escobar, sumariado, fuga que ocurrió en momentos en que dicho sujeto era puesto por su conductor, señor Miguel Holguín, a órdenes del Juzgado ante el cual había sido remitido por la Alcaldía de El Carmen de Atrato.

Parece que el preso se valió de alguna estratagema para obtener que el juez, en aquellos precisos instantes, le permitiera pasar a un sitio cercano al Juzgado y que aprovechó la oportunidad para evadirse.

No hay el menor dato en el expediente indicativo de que el juez se hallara en connivencia con Escobar, ni siquiera de que hubiese tenido sospecha acerca de la posibilidad de una fuga por parte de aquél: bien al contrario, la forma en que Escobar llegó acompañado por Miguel Holguín, es decir, sin la apariencia de andar custodiado por guardianes oficiales, sustenta la explicación que da el sindicado de haber sido sorprendida por el preso la buena fe del juez.

Por otra parte, es necesario tomar en cuenta que las disposiciones del Código Penal referentes a fuga de presos no enfocan un caso como el de que tratan estos autos, sino en los arts. 289 y 290, que implican el elemento a sabiendas, lo que hace necesaria la prueba de un dolo específico para que pueda exigirse responsabilidad penal.

Anduvo, pues, acertado el juzgador de primera instancia al decidir que no hay mérito para llamar a juicio al juez acusado; y también acertó al darle al sobreseimiento carácter de provisional, así como al disponer que la investigación debe proseguirse y calificarse su mérito respecto de los demás sindicados.

En vista de los consirandos que preceden la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el auto del Tribunal Superior de Medellín, fechado el 30 de noviembre de 1937 y que ha sido materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños, Srio. en pdad.

SOBRESEIMIENTO

Cuando los cargos hechos a un juez de circuito hacen referencia a violación de la ley en autos y sentencias en juicios civiles, no hay lugar a considerarlos mientras no medie acusación de parte, requisito éste indispensable para abrir el sumario, al tenor de lo estatuído en el art. 63 de la Ley 100 de 1892.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veintiséis de abril de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

En consulta del auto de sobreseimiento definitivo que lleva fecha 3 de noviembre de 1937, ha remitido estas diligencias a la Corte el Tribunal Superior de Cartagena. Dicho sobreseimiento lo profirió aquel Tribunal en favor del doctor Rafael Martínez Pereira, juez del circuito del Carmen.

Conceptúa el señor Procurador delegado en lo penal que no hay imputación alguna demostrada a cargo del doctor Martínez Pereira y que, por consiguiente, el sobreseimiento es justo y debe confirmarse.

Para resolver, la Corte considera:

El doctor Joaquín F. Camargo Martelo presentó denuncia contra aquel juez por hechos que, en concepto del denunciante, constituían prevaricación y falta de cumplimiento de los deberes que al denunciado incumbían como funcionario público.

Por considerar indeterminados los cargos, el Tribunal de Cartagena dispuso que el denunciado los concretara; "pero, como lo advierte el señor Procurador, se abstuvo de hacerlo en consideración a que en la actualidad ya no está desempeñando el cargo de juez el doctor Martínez Pereira", circunstancia que expresa el propio denunciante para justificar su renuencia a concretar aquellos cargos.

Descartado el prevaricato quedaría por resolver otra imputación sobre la cual opinó el señor Fiscal del Tribunal que debía hacerse llamamiento a juicio (fls. 69—71). Sobre este cargo concreto se expresa la Procuraduría así:

"Otro cargo que se le hizo al doctor Martínez Pereira fue el de no haber cumplido un auto del H. Tribunal, en que ordenaba adelantar investigación criminal contra el Alcalde Mayor del Carmen.

"El auto del Tribunal reza, en lo pertinente:

'Sáquese copia de lo conducente, a efecto de averiguar la responsabilidad en que haya podido incurrir el investigador especial y Alcalde Mayor del Carmen, señor Rafael Pardo Lleras, con motivo de la detención de los expresados sindicados y de la denegación de justicia de que se ha hecho mérito en esta providencia.'

"Tal auto lo dictó el Tribunal en un incidente de excarcelación promovido por Joaquín Camargo Lengua, Rafael Salcedo y otros, sindicados de delitos electorales.

"El sindicado explica la omisión en esta forma:

'Que el declarante en su carácter de juez de este circuito, no tenía nada qué cumplir, por cuanto ese auto se cumplió o debió cumplirse íntegramente por el mismo Tribunal, y además, porque si aquella entidad hubiera querido ordenar que esa investigación se abriera por determinada autoridad, lo natural y lógico hubiera sido ordenarlo así expresamente.'

"Esta explicación es aceptable dado el contenido del auto del Tribunal, que parece haber dejado a cargo de la Secretaría de esa corporación la compulsa de las copias pertinentes. En todo caso, el Tribunal no

impuso al juez del circuito del Carmen el cumplimiento de ese auto, máxime cuando las diligencias relativas al incidente de excarcelación en que ese auto se dictó fueron devueltas al funcionario instructor, que lo era el Alcalde del Carmen.

"No aparece, pues, demostrado dolo ni negligencia del juez sindicado al abstenerse de ordenar investigación contra el Alcalde del Carmen."

La Corte prohija los anteriores conceptos y estima inútil agregar otros considerandos sobre la materia.

Y por último dice el señor Procurador:

"En cuanto a otros cargos hechos al mismo juez, observa el Tribunal que como ellos hacen referencia a pura violación de la ley en autos y sentencias en juicios civiles, se abstiene de considerarlos porque no hubo acusación de parte, que es requisito indispensable para abrir el sumario. (Art. 63 de la Ley 100 de 1891)."

Por tanto la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el auto de sobreseimiento materia de la consulta.

Cópiese, notitifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños, Srio. en pdad

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCIONES

El hecho de no haberse notificado como lo ordena el art. 322 del C. J. las providencias que dieron lugar al recaudo ejecutivo, y como lo ordena también la resolución número 86 de 1928, proferida por la Contraloría, hace que esas providencias no sean definitivas y no tengan por tanto entidad bastante para servir de fundamento legal a una ejecución.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, enero veintinueve de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Se persigue en la presente ejecución, adelantada por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, el pago de la cantidad de mil quinientos cuarenta y seis pesos noventa y nueve centavos ($ 1,546.99), más los intereses legales y los gastos de cobranza judicial, proveniente tal suma de un alcance liquidado a cargo del señor Roberto Llaña, en su calidad de contador del Regimiento de Infantería "Nariño" Nº 4, en el fenecimiento definitivo que de sus cuentas correspondientes a los meses de junio a diciembre de 1919 hizo la Contraloría General de la República.

Obra como recaudo ejecutivo la providencia Nº 1012 de 19 de agosto de 1936, de la misma Contraloría, por la cual se reformaron el auto de fenecimiento número 238 de 1º de agosto de 1921, de la extinguida Corte de Cuentas, y la providencia número 599 de 5 de junio de 1934, del propio Departamento de Contraloría, relacionados con el referido alcance.

Previa la notificación legal de los títulos ejecutivos mencionados a los causahabientes del señor Llaña (art. 1434 del C. C.), el Juzgado Nacional de Ejecuciones libró orden de pago, por la vía ejecutiva, contra los mismos, el día 21 de agosto del año pasado. Dicha providencia fue intimada debidamente a los ejecutados.

Dentro del término legal, el apoderado de éstos propuso como excepciones las que pudieran deducirse de los hechos que señaló en memorial que obra al folio 1º del Cno. Nº 2. Posteriormente manifestó el mismo apoderado que en su ánimo había estado el alegar y proponer estas: **a) prescripción de la acción ejecutiva; b) carencia de causa para pedir, por no haber nacido aún la obligación; y c) nulidad del instrumento ejecutivo.**

Esta Sala de la Corte avocó el conocimiento del incidente, y lo ha rituado legalmente. Y teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 344 del C. J., limita su examen a una sola de las excepciones propuestas, excepción que tiene el carácter de perentoria, y que, por ello, si resulta probada, haría innecesario el análisis de las demás. Es la que se ha denominado impropiamente "nulidad del instrumento ejecutivo", comprendida en la otra denominada **carencia de causa para pedir, por no haber nacido aún la obligación.**

Alega el excepcionante que las providencias 599 y 1690, de la Contraloría, que son la base del mandamiento ejecutivo, no fueron debidamente notificadas al responsable, pues habiendo estado el juicio de cuentas en suspenso por más de seis meses, tal notificación no se hizo en la forma prevenida por el art. 322 del C. J., sino por medio de un edicto fijado por 24 horas, y cree que ello induce nulidad del título ejecutivo.

Se considera:

En el Departamento de Contraloría se pretermitieron expresas normas procedimentales: la providencia número 599, de 5 de junio de 1934, que por fenecer definitivamente las cuentas cuestionadas es en realidad el verdadero fundamento de la ejecución, y la número 1690, de 22 de noviembre del mismo año, que declaró ejecutoriada la anterior, fueron notificadas al responsable, después de haber permanecido paralizado el juicio durante más de cuatro años, por edictos que duraron fijados 24 ho-

ras en la Secretaría de la Contraloría. Tales providencias, al tenor del art. 322 del C. J., debían notificarse personalmente al interesado o, en caso de no hallarse éste, por medio de un edicto que permaneciera fijado quince días en la secretaría del despacho y se publicara una vez en un periódico del lugar, o en el oficial del Departamento, o, en último caso, en el Diario Oficial.

La Contraloría no sólo no dio cumplimiento a este precepto legal sino que procedió sin observar lo dispuesto por la resolución 86 de 1928, de ese mismo departamento administrativo, sobre la forma de notificación de las providencias que él mismo dicte.

Anomalía que no entraña simplemente una deficiencia procedimental sino que lesiona en su derecho de defensa al particular interesado, pues siendo tales providencias apelables ante el Consejo de Estado, según el art. 7º de la Ley 42 de 1923, al ejecutoriarse sin que el responsable se enterara de ellas, se le cerraría de manera ilegal la garantía de la segunda instancia.

Sin que pueda argüirse que posteriormente a dicha ejecutoria el apoderado de los ejecutados intervino ante la Contraloría y se apersonó en el juicio, pues tal intervención no tuvo otro objeto que el de promover el incidente que determina el art. 6º de la resolución citada, incidente que solamente puede suscitarse cuando el auto de fenecimiento se ha ejecutoriado con alcance a cargo del responsable y posiblemente obre ya, como en el caso presente, en el Juzgado de Ejecuciones.

Como consecuencia de no estar notificadas en debida forma las providencias que constituyen el recaudo, el cobro coactivo se adelanta sin que la obligación que establecen aquéllas haya nacido legalmente para el responsable, porque al faltarles el requisito esencial de la notificación correspondiente carecen de firmeza, no son definitivas y no tienen, por tanto, entidad bastante para servir de fundamento legal a una ejecución.

El señor Procurador General de la Nación conceptúa que si la Sala declara probadas las dos últimas excepciones alegadas (carencia de causa para pedir y nulidad del instrumento ejecutivo), invadiría una órbita jurisdiccional que no le corresponde. A ello se observa que la Corte no revisa al encontrar probado uno de estos medios de defensa providencias y decisiones de otra jurisdicción, la administrativa; la Sala con ella no estudia en el fondo la existencia del alcance o si la suma que en él se fijó es la que en realidad corresponde a erogaciones no autorizadas, indebidamente gastadas o no comprobadas satisfactoriamente. La Sala, simplemente, se limita a manifestar que por no haberse llenado en la producción de los títulos ejecutivos las formalidades que la ley establece como condición indispensable para su exigibilidad, la obligación que de ellos debiera desprenderse no ha surgido legalmente para los demandados.

En virtud de los razonamientos que preceden, la Corte Suprema, por medio de su Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara **probada** en este juicio la excepción de **carencia de causa para pedir, por no haber nacido aún la obligación**, y ordena, en consecuencia, la cesación de aquél y el desembargo del bien sujeto a dicha traba.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R. — Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

APELACION DE AUTO EJECUTIVO

Para la viabilidad de la acción ejecutiva establece la ley dos requisitos, el uno de fondo y el otro de procedimiento, contenidos respectivamente en los arts. 982 y 997 del Código Judicial. En el primero se determina qué clase de documentos pueden ser cobrados por el trámite de la ejecución, y en el segundo se enumeran taxativamente los elementos esenciales que el decreto judicial de pago debe reunir.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero veintiuno de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El día 13 de octubre del año próximo pasado, el Tribunal Superior del distrito judicial de Pasto libró orden ejecutiva de pago a favor del doctor Gonzalo Benavides Guerrero y en contra del Departaento de Nariño, representado por el Fiscal del propio Tribunal, por la suma de ocho mil pesos de ley plata, o su equivalente en moneda legal, y los intereses de esa cantidad hasta el día en que fuese cubierta.

En el acto de la intimación correspondiente, el señor Agente del Ministerio Público apeló del mandamiento de pago. Es esta la causa por la cual, después de haberle dado al negocio la respectiva tramitación, corresponde a esta Sala decidir de la legalidad del auto ejecutivo.

Es base del presente juicio la sentencia dictada por esta superioridad en 30 de noviembre de 1927, providencia debidamente ejecutoriada y por la cual se condena al Departamento de Nariño a pagar al ejecutante, dentro de los seis días siguientes a la notificación del fallo, la cantidad de ocho mil pesos de ley en monedas de plata de corriente circulación en el Departamento de Nariño, o su equivalente en moneda legal colombiana, como valor de los aparatos, útiles, enseres, fermentos, licores y demás objetos que le fueron tomados por el Gobierno departamental en el año de 1913, como consecuencia de la declaración administrativa sobre resolución del contrato de arrendamiento de la renta de licores de los Municipios de Ipiales, Aldana, Cuaspud, Contadero, Cumbal, Guachucal, Gualmatán, Potosí, Puerres y Córdoba, declaración hecha por la resolución número 68 de 19 de junio de 1913, proferida por el Gobernador del expresado Departamento.

Para la viabilidad de la acción ejecutiva establece la ley dos requisitos, el uno de fondo y el otro de procedimiento, contenidos respectivamente en los arts. 982 y 997 del Código Judicial. En el primero se determina qué clase de documentos pueden ser cobrados por el trámite de la ejecución, y en el segundo, se enumeran taxativamente los elementos esenciales que el decreto judicial de pago debe reunir.

Los textos citados son del siguiente tenor:

"982.—Puede exigirse ejecutivamente toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse.

Se requiere, además, que del documento o la decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer, o de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género, o de pagar una cantidad líquida de dinero."

"997.—El decreto o mandamiento ejecutivo debe contener:

1º La orden de satisfacer la deuda que conste en el título ejecutivo, en los términos establecidos en el capítulo anterior.

2º La designación, por su nombre completo, del acreedor ejecutante, del deudor ejecutado, o del poseedor de la cosa indicada bajo juramento, si se trata de acción real; y

3º La intimación al deudor de nombrar oportunamente secuestre y un avaluador de los bienes que haya lugar a embargarle, con advertencia de que si no los nombra en el acto de la notificación, o nombra individuos ausentes, o que no quieran, o que no puedan aceptar, los nombra el juez de la causa, o el comisionado en su caso."

En el presente negocio se observa: respecto de la primera exigencia legal, que el título ejecutivo está constituído por una decisión judicial que debe cumplirse; y en lo tocante a la segunda, que el mandamiento de pago contiene precisamente los ele-

mentos señalados por la última disposición transcrita.

Por lo cual, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma el auto fechado en octubre 13 del año pasado, proferido en este juicio por el Tribunal Superior del distrito judicial de Pasto.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

SUSTANCIACION DE LA SOLICITUD SOBRE REDUCCION DEL SECUESTRO

La solicitud sobre reducción del secuestro a los bienes que se consideren suficientes para el pago debe sustanciarse por medio de una articulación, como lo ordena la ley. (Art. 283, C. J.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero veintiséis de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por $ 760.54, cantidad en que fueron liquidados los derechos de Lazareto, y los recargos legales, la Recaudación de Hacienda Nacional de Facatativá libró orden de pago por la vía ejecutiva contra los herederos de Arturo Aldana.

Esta providencia fue debidamente intimada a los apoderados de los ejecutados.

El personero judicial de algunos de éstos solicitó al Recaudador la reducción del embargo hecho a los bienes de la sucesión y señaló unos determinados para que a ellos sólo se limitase dicha traba. El funcionario ejecutor negó de plano el pedimento. Insistió nuevamente el apoderado y sus pretensiones fueron otra vez rechazadas. Contra el proveído en que así se dispuso apeló aquél.

Tal es el asunto objeto del actual recurso:

Se considera:

El apoderado de los ejecutados pidió al Recaudador la limitación del embargo, y esta solicitud, al tenor del art. 283 del Código de Procedimiento Civil, ha debido sustanciarse como una articulación. No lo hizo así el funcionario ejecutor, quien, de plano, rechazó la petición. Contra el auto en que así se determinó interpuso el apoderado los recursos de reposición y, subsidiariamente, apelación, los que no le fueron otorgados por haber ya corrido el término que la ley señala para formularlos.

El propio apoderado en posterior memorial solicitó que su pedimento de reducción se tratamitase como articulación. La Recaudación de Hacienda, sin considerarlo, dispuso se estuviese a lo resuelto en sus anteriores providencias, y luégo concedió la apelación que se estudia.

No puede estimarse que la ejecutoria del auto que rechazó de plano la primitiva solicitud no dé lugar a que se considere la segunda, a la que se acompañaron certificados sobre el avalúo de los predios a los cuales desean los interesados se reduzca el embargo. Esta última petición tiene por objeto el que se ordene sustanciar el correspondiente incidente.

Al respecto no puede ser más terminante la disposición del citado art. 283, que consagra dentro de la legislación positiva la concepción jurídica del abuso del derecho para litigar:

"En cualquier estado del juicio en que el demandado compruebe que hay exceso en el secuestro, debe reducirse éste a aquellos bienes cuyo valor se estime suficiente para garantizar los derechos del demandante. Esta solicitud se sustancia como una articulación."

La sola lectura de este texto es consideración suficiente para que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia revoque la providencia objeto del recurso y disponga se dé a la petición del apoderado de los ejecutados la sustanciación que ordena la ley.

Notifíquese y cópiese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PENSION

Estando reglamentadas las pensiones de los miembros del Poder Judicial por el art. 5.o de la Ley 116 de 1928, no hay necesidad de las cinco declaraciones de que trata el art. 3.o de la Ley 29 de 1905, sino que puede admitirse la plena prueba de dos testigos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo nueve de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Joaquín Rojas R., vecino de Bogotá, en demanda dirigida a la Corte, solicita una pensión de jubilación por servicios en el Poder Judicial y en el Ministerio Público, como Juez de Circuito y Fiscal del Tribunal de Bogotá, en un período mayor de veinte años.

Solicitado el concepto del señor Procurador delegado en lo civil, encontró en la documentación algunas deficiencias que fueron llenadas por el demandante satisfactoriamente a juicio de la Sala. Completado el expediente se pasa a fallar la solicitud, previas las siguientes consideraciones:

Conforme al art. 8º de la Ley 102 de 1927, la Sala de Negocios Generales es competente para decretar las pensiones de jubilación por tiempo de servicios en el Poder Judicial. La Sala ha fallado las solicitudes presentadas, previo concepto del Procurador, sobre la documentación presentada con la demanda, sin necesidad de término especial de prueba. Por eso no se ha exigido la ratificación de las declaraciones tomadas extrajuicio con intervención del Agente del Ministerio Público.

El art. 5º de la Ley 116 de 1928, establece que para gozar de la jubilación de que trata el art. 3º de la Ley 12 de 1907, sólo se requiere: Carecer de medios para la congrua subsistencia; haber observado buena conducta el solicitante; haber llegado el magistrado o juez a la edad de sesenta años, aunque en ese momento no ejerza cargo judicial alguno; haber prestado el servicio de magistrado o juez durante veinte años por lo menos. Agrega la citada disposición que para los efectos del cómputo de los servicios se tendrá también en cuenta el tiempo que el interesado haya servido como Fiscal de Juzgado Superior, de Tribunal de distrito judicial o como Procurador General de la Nación.

Comprobó el doctor Joaquín Rojas R. que tiene más de sesenta años, con la partida de bautismo, copia de la cual figura en autos expedida por el señor cura párroco de Cáqueza. En ella consta que nació en el año de 1873.

Comprobó también su pobreza y buena conducta, con las declaraciones de los señores doctor Ruperto Melo y Obdulio Rey R., recibidas por el señor Juez 1º Civil del circuito de Bogotá, con intervención del Personero Municipal. La Sala ha establecido que para acreditar estos hechos se puede admitir la prueba plena, sin necesidad de las cinco declaraciones de que trata el art. 3º de la Ley 29 de 1905, porque las pensiones de los miembros del Poder Judicial están reglamentadas de manera especial por el art. 5º de la Ley 116 de 1928, que no exige el número de declaraciones de que se ha hecho mención.

Conforme a lo anterior, están probados los tres primeros requisitos exigidos por la disposición últimamente citada. Con relación al tiempo de servicios, está acreditado el desempeño de los siguientes cargos:

Juez del circuito de La Mesa. En 1897, 5 meses, 27 días; del 19 de octubre de 1936 al 19 de enero de 1937; del 1º de febrero al 17 de julio de 1937. Total, un año, 4 meses, 14 días.

Juez del circuito del Guamo. Años de 1898, 1899 y 1900. 2 años y 6 meses.

Juez del circuito de Cáqueza. De 1903 a julio de 1911. 8 años y 6 meses.

Juez 4º Civil de Bogotá. Del 11 de julio de 1911 hasta el 20 de abril de 1914. 2 años, 9 meses y 9 días.

Fiscal 2º del Tribunal de Bogotá. Del 1º de julio de 1927 hasta el 30 de junio de 1931. 4 años.

Juez 3º del circuito en lo penal de Bogotá. De 1º de julio de 1931 a 30 de junio de 1933. 2 años.

Total de los servicios: 21 años, un mes y 23 días. Para comprobarlos se presentaron copias de los decretos de nombramiento y actas de posesión, certificaciones sobre el ejercicio de los cargos y algunas declaraciones de testigos en un caso de pérdida de los archivos, pruebas todas que la Sala en-

cuentra satisfactorias. Está, por consiguiente, comprobado el cuarto requisito que exige el art. 5º de la Ley 116 de 1928.

No es ni ha sido pensionado el demandante ni ha recibido recompensa del Tesoro nacional. Así lo certifica el jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se han llenado las exigencias legales para obtener pensión de jubilación. La cuantía de la pensión debe ser la de $ 50 mensuales, que señala para los jueces de circuito el art. 3º de la Ley 12 de 1907. El demandante pide que se señale la pensión en $ 80 mensuales, pero a esta solicitud no puede accederse porque la Ley 102 de 1927 aumentó la asignación correspondiente a los Magistrados de la Corte y de los Tribunales, pero no la de los jueces de circuito, y el art. 5º de la Ley 116 de 1928 no se refiere al monto de la cuantía.

En mérito de lo expuesto. la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor del doctor Joaquín Rojas R., vecino de Bogotá, una pensión vitalicia de jubilación de cincuenta pesos ($ 50) mensuales, que le será pagada del Tesoro nacional desde el día 17 de diciembre pasado, fecha en que fue presentada la demanda.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida señaladas por las leyes.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público y al señor Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

SOLICITUD DE PENSION

Las pensiones para los individuos que han desempeñado puestos en el magisterio como profesores en establecimientos públicos o privados, se reglamentan por la Ley 42 de 1933 y de ellas conoce el Consejo de Estado. Conforme al art. 1.º de la Ley 114 de 1913, la pensión de jubilación se otorga a los maestros de escuelas primarias oficiales y no a los directores de escuelas o colegios privados.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo diez de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La señorita Mercedes Arciniegas, vecina del Guamo, Departamento del Tolima, solicita una pensión vitalicia de jubilación por sus servicios en la instrucción primaria oficial. La documentación fue enviada a la Corte, acompañada de un concepto adverso del señor Ministro de Educación Nacional. Para resolverla se considera:

El Director de Educación Pública del Tolima certifica que la señorita Mercedes Arciniegas sirvió escuelas primarias oficiales en distintos lugares de aquel Departamento, por espacio de trece años, desde 1878, en que regentó la escuela urbana de niñas del Guamo, y que estuvo como directora de un colegio privado de enseñanza primaria en el Guamo, durante diez años.

Estima el Ministerio que el servicio prestado en un plantel privado queda excluído de la gracia que concede la ley sobre el particular, y en consecuencia, conceptúa que la peticionaria no tiene derecho a la pensión que solicita.

La Sala comparte la opinión del Ministerio, porque conforme al art. 1º de la ley 114 de 1913, la pensión de jubilación se otorga a los maestros de escuelas primarias oficiales y no a los directores de escuelas o colegios privados.

Las pensiones para los individuos que han desempeñado puestos en el magisterio como profesores en establecimientos públicos o privados, se reglamentan por la Ley 42 de 1933 y de ellas conoce el Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad

de la ley, niega la pensión solicitada por la señorita Mercedes Arciniegas.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo diez y siete de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Obdulio Robayo propuso excepciones en los juicios acumulados que contra él adelanta el señor Juez de Rentas de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca. Tramitado el incidente en la Corte, se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

Con fecha 6 de febrero de 1931, la Recaudación de Hacienda Nacional de Bogotá libró mandamiento ejecutivo a favor de la Nación y en contra del señor Obdulio Robayo, por la cantidad de $ 664.13, más los intereses y las costas, provenientes del impuesto sobre la renta en los años de 1928 y 1929. Este auto fue notificado al doctor Elías Abad Mesa, apoderado del señor Robayo. Anulado lo actuado se notificó posteriormente la providencia al ejecutado, con fecha 5 de septiembre de 1937.

La Recaudación del impuesto sobre la renta de Bogotá con fecha 8 de octubre de 1936, libró mandamiento ejecutivo contra el mismo señor Robayo, por la cantidad de $ 134.40, los intereses y las costas, a favor de la Nación, por causa del impuesto sobre la renta en los años de 1930, 1931 y 1934.

El Juzgado Nacional de Rentas de Bogotá, con fecha 22 de septiembre de 1937, decretó la acumulación de los juicios y ordenó enviarlos a la Corte para el conocimiento de las excepciones. El señor Robayo funda la excepción de inexistencia de la obligación en los siguientes hechos:

"La renta con que figuró gravado en el año de 1928, fue determinada por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, en vista de que no conoció oportunamente mi declaración de renta en ese año. Pero sucede que el aforo hecho, es desde todo punto de vista exagerado y se hizo, no sobre datos siquiera aproximados, sino caprichosamente, como puede verse haciendo un estudio comparativo con la renta que se me fijó en los años de 1930, 1931 y 1934, que también se me cobra ejecutivamente. Vale esto decir que no debo la suma por que se me ejecuta, pues en el año de 1928, mi renta no dio margen a gravamen alguno, como sucedió en los años de 1929, 1932 y 1933, en que se me declaró sin renta gravable.

"No habiéndose modificado mi capital en el año de 1928, y, por el contrario, habiendo adquirido cuantiosas deudas en ese año, no se ve razón para que se me cobre una tan crecida suma como por la que se ha librado orden de pago.

"Respecto a los años de 1930, 1931 y 1934, debo hacer las mismas observaciones, o sea que en esos años mi renta no dio lugar a gravamen alguno de acuerdo con las leyes y decretos que en esa fecha regían esa materia. Tan cierto es esto, que en los años de 1932 y 1933 se me declaró exento del pago del impuesto sobre la renta, y en cambio en los años de 1930, 1931 y 1934 se me gravó con la suma de $ 137.40, sin que haya existido razón alguna, pues repito que mi renta, lejos de aumentar en estos años, disminuyó notablemente por el mal estado en que algunos decretos del Gobierno pusieron mis negocios."

El incidente se abrió a prueba y durante el término correspondiente, las partes no hicieron uso del derecho de pedir la práctica de ninguna diligencia. Tampoco alegaron durante el término concedido por la Sala, ni el ejecutado ni el señor Procurador delegado en lo civil.

Correspondía al ejecutado la carga de la prueba de las excepciones que propuso para librarse de la ejecución adelantada contra él por la Nación. Pero esa prueba no se presentó en el juicio ni se intentó siquiera por el excepcionante acreditar los hechos fundamentales de su solicitud, no obstante haber manifestado en la notificación del auto ejecutivo que oportunamente comprobaría la inexistencia de la obligación. Por

tanto, se debe declarar que no está probada dicha excepción.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no está probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el señor Obdulio Robayo.

Cúmplase el art. 351 del C. J.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

DOCUMENTO AUTENTICO

Los documentos públicos son documentos auténticos; en ellos la autenticidad se presume "ab initio" (probatio probata) dicen los tratadistas. Esta noción de autenticidad de los instrumentos o documentos públicos la consagra respecto de algunos de ellos el art. 632 del C. J. Tal es el sentido de esa disposición; evidentemente los documentos públicos allí señalados son auténticos y, como lo dice dicho texto, hacen plena prueba. Pero esos documentos deben llev. se al juicio de la manera indicada en el art. 636 del mismo Código.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veintiuno de mil novecientos treinta y ocho.

Solicita el memorialista reposición del auto que no admite como prueba la copia de la sentencia presentada anteriormente.

La Corte para disponerlo así, dio aplicación a lo establecido por el art. 636 del C. J.

La petición de revocatoria se funda en las siguientes afirmaciones:

La copia de una sentencia proferida por el Organo Judicial no es instrumento público, sino documento auténtico. Por tanto, el art. 636 no es pertinente al caso cuestionado y sí lo es el 632 ibídem.

La mera enunciación de esta tesis sería motivo suficiente para poner de manifiesto la sinrazón de la anterior solicitud; sin embargo, la Sala no tiene inconveniente en explicar algunas nociones elementales de derecho.

Instrumento, en su acepción técnica, es todo acto que consta por escrito, o el mismo escrito en que se perpetúa la memoria de un hecho. Existen dos clases de instrumentos: los públicos y los privados. Los primeros son los autorizados o formados por funcionarios públicos. Los privados no tienen tal carácter; son los formados por particulares. Los instrumentos públicos otorgados ante Notario e incorporados en el respectivo protocolo reciben el nombre de escrituras públicas. Hay también instrumentos públicos formados por los funcionarios, como los reconocimientos de los recaudadores y los autos y sentencias que dicte un juez en un proceso.

Los documentos públicos son documentos auténticos; en ellos la autenticidad se presume ab-initio (probatio probata, dicen los tratadistas). Esta noción de autenticidad de los instrumentos o documentos públicos la consagra respecto de algunos de ellos el art. 632 del C. J. Tal es el sentido de esa disposición; evidentemente los documentos públicos allí señalados son auténticos y, como lo dice dicho texto, hacen plena prueba.

El art. 636 establece la manera como los instrumentos públicos (inclusive aquellos cuya autenticidad y valor probatorio señala el art. 632), deben allegarse o traerse al juicio.

Por modo que la Sala al no aceptar la forma como pretende el memorialista se incorporen al proceso las copias de la sentencia aludida, no discute su autenticidad ni estima su valor probatorio, simplemente observa que ellas no se han traído de la manera que previene la ley.

La solicitud fue formulada en tiempo; pero mientras la prueba pedida no se traiga por el medio que indica el art. 636, no puede la Corte disponer que ella se tenga como tal en los autos.

Y como tal no se ha hecho, no es el caso de que la Sala modifique su anterior decisión, la que mantiene.

Notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veintiuno de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Régulo D. Bernal, vecino de Facatativá, solicita se le conceda una pensión vitalicia de jubilación por sus servicios en la instrucción primaria oficial. La documentación ha sido enviada a la Corte acompañada de un concepto favorable del señor Ministro de Educación Nacional. Para resolver la solicitud se considera:

El señor Régulo D. Bernal es mayor de cincuenta años, pues nació en el año de 1875, según se desprende de la partida de bautismo, copia de la cual figura en autos expedida por el señor cura párroco de Chitaraque. Comprobó además que sufre una afección ocular que lo imposibilita para trabajar.

El Director de Educación Pública de Cundinamarca certifica que el señor Bernal ha servido escuelas primarias oficiales en diversos lugares del Departamento, por espacio de 21 años, 9 meses y 22 días, habiendo desempeñado los cargos que se le confiaron con honradez, consagración y buena conducta. Los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicio fueron de $ 70 y $ 65 mensuales.

Los testigos Francisco Rosas y Luis A. Franco M., en declaraciones rendidas ante el Juez 1° del circuito en lo criminal de Bogotá, con intervención del Agente del Ministerio Público, dicen que el peticionario es persona honorable bajo todo concepto y que como persona pobre no tiene bienes de fortuna, que tan sólo cuenta para su subsistencia con el sueldo que devenga como maestro y que carece de renta que alcance a $ 50. El auditor de impuestos nacionales de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, certifica que el señor Bernal no figura como contribuyente a los impuestos sobre la renta y patrimonio, y que no hay constancia de que sea propietario de finca raíz alguna.

No es ni ha sido pensionado ni ha recibido recompensa del Tesoro nacional. Así lo certifica el jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se han llenado los requisitos exigidos por la Ley 114 de 1913 y demás concordantes para tener derecho a pensión. La cuantía debe ser la de $ 33.75, o sea, la mitad del promedio de los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor del señor Régulo D. Bernal, vecino de Facatativá, una pensión vitalicia de jubilación de treinta y tres pesos con setenta y cinco centavos ($33.75) mensuales, que le serán pagados del Tesoro nacional desde el día primero de febrero pasado, fecha en que fue presentada la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PENSION.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veintiuno de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La señora María Cifuentes de Fernández, vecina de Bogotá, solicita se le conceda una pensión de jubilación por sus servicios en la instrucción primaria oficial. La documentación fue enviada a la Corte acompañada de un concepto favorable del señor Ministro de Educación Nacional. Para resolver la solicitud se considera:

Conforme a la partida de bautismo, copia de la cual figura en autos expedida por el señor cura párroco de Tena, la señora María Cifuentes de Fernández no tiene cincuenta años. Pero con las declaraciones de los facultativos doctores Luis F. Neira Chacón y Pedro Ospina Herrera, rendidas ante el Juez 1º civil del ciuito de Bogotá, con intervención del Agente del Ministerio Público, se comprobó que por motivo de las enfermedades de que padece, se halla incapacitada de una manera absoluta para continuar en el magisterio y para dedicarse a cualquiera otra profesión u oficio de donde derive su sustento.

El señor Director de Educación Pública del Departamento de Cundinamarca certifica que la peticionaria sirvió escuelas primarias oficiales por espacio de veinte años, en diversos lugares del Departamento, con honradez y consagración. Los sueldos devengados en los dos últimos años de servicio fueron de $ 90 y 100.

Los testigos señorita Anita Osorio y doctor Federico Carrillo, en declaraciones rendidas ante el Juez 1º civil del circuito de Bogotá, con intervención del Agente del Ministerio Público, dicen que la demandante ha observado conducta intachable y que carece de rentas superiores a $ 50 para atender a los gastos de su subsistencia. El Auditor de impuestos de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, certifica que no figura como contribuyente al impuesto de registro y de patrimonio y que no hay constancia de que sea propietaria de finca alguna.

No es ni ha sido pensionada ni ha recibido recompensa del Tesoro público. Así lo certifica el jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se han llenado los requisitos exigidos por la Ley 114 de 1913 para obtener pensión de jubilación. La cuantía debe ser la de $ 47.50 mensuales, o sea, la mitad del promedio de los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor de la señora María Cifuentes de Fernández, vecina de Bogotá, una pensión vitalicia de jubilación de cuarenta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 47.50) mensuales, que le será pagada del Tesoro nacional desde el día doce de febrero pasado, fecha en que fue presentada la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y al señor Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veintiuno de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La señorita Ana Francisca Osorio G., vecina de Bogotá, solicita se le conceda una pensión vitalicia de jubilación por sus servicios en la instrucción primaria oficial. La documentación fue enviada a la Corte acompañada de un concepto favorable del señor Ministro de Educación Nacional. Para resolver la solicitud se considera:

Los testigos señores Rafael Escobar Roa y Rafeal M. Mesa Ortiz, en declaraciones rendidas ante el Juez 1º civil del circuito de Bogotá, con intervención del Agente del Ministerio Público, dicen que la peticionaria carece de bienes de fortuna, que con lo único que cuenta es con lo que gana como maestra de escuela y que ha observado siempre conducta intachable. El señor Auditor de impuestos nacionales de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, certifica que la señorita Osorio no figura como contribuyente a los impuestos sobre la renta y patrimonio y que tampoco hay constancia de que sea propietaria de finca alguna.

El Diretor de Educación Pública de Cundinamarca, certifica que la señorita Ana Francisca Osorio G. ha regentado escuelas primarias oficiales en diversos lugares del Departamento, por espacio de 20 años y 11 días, habiéndose portado con honradez, consagración, competencia y absoluta honorabilidad.

Los facultativos doctores Abraham Salgar y Gabriel Vergara Rey, quienes examinaron a la demandante, declararon ante el Juez 1º civil del circuito de Bogotá, con intervención del Agente del Ministerio Público, que se halla imposibilitada de por vida para seguir en su ocupación de maestra, por motivos de enfermedad.

No es ni ha sido pensionada ni ha recibido recompensa del erario nacional. Así lo certifica el jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se han llenado los requisitos exigidos por la Ley 114 de 1913 para tener derecho a pensión. La cuantía debe ser la de $ 47.50, o sea, la mitad del promedio de los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor de la señorita Ana Francisca Osorio G., vecina de Bogotá, una pensión vitalicia de jubilación de cuarenta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 47.50) mensuales, que le será pagada del Tesoro nacional desde el día veinticuatro de febrero pasado, fecha en que fue presentada la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida señaladas por las leyes.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y al Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

APELACION DE AUTO EJECUTIVO.— RECONOCIMIENTO DE LOS RECAUDADORES

Los reconocimientos formados por los recaudadores tienen en su favor una presunción de verdad, por lo que no puede el juzgador inquirir, al librar la ejecución, si ellos están bien o mal hechos, pues basta que se haya practicado por quien puede y debe hacerlos y que expresen cantidad determinada a favor del Fisco, y además, que hayan sido "hechos por los recaudadores a cargo de los deudores por rentas o contribuciones, porque la obligación de los particulares en tal caso no se contrae por voluntad de ellos, sino por ministerio de la ley", como lo ha expresado la Corte en otras ocasiones.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veintidós de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La Recaudación de Hacienda Nacional de Honda reconoció a favor de la Nación y a cargo de The Dorada Railway Company Limited, la cantidad de $ 358,716.85, por el impuesto sobre la renta en los años de 1935 y 1936. Por esta suma, más los intereses y las costas, la misma oficina libró orden de pago por la vía ejecutiva contra la mencionada Compañía, con fecha 19 de noviembre de 1937.

El negocio ha subido a la Corte por apelación de este auto y de otro de fecha siete de diciembre pasado, que declaró que no hay causal de nulidad en el juicio. Se pasa a resolver la alzada, por estar agotada la tramitación que ordena la ley.

Corrido al señor Procurador delegado en lo civil el traslado legal, dicho funcionario manifestó con fecha veintiocho de febrero pasado que la Sala no tenía jurisdicción para conocer del asunto, porque la actuación se ha seguido en papel común y no en papel sellado como era del caso, sin que se haya revalidado en la forma prevenida en el art. 351 del C. J. Estima el señor Procurador que el auto en que se concedió la apelación por estar extendido en papel común, no tiene valor y no le dio por tanto jurisdicción a la Corte para conocer. Agrega que en el caso de que la Sala decida que puede entrar a conocer del recurso, el auto ejecutivo es legal y debe confirmarse.

Se observa:

The Dorada Railway Company Limited, está exenta de pagar impuesto de timbre y papel sellado conforme al contrato celebrado con la Nación. Así lo reconoció el Gobierno en resolución del año de 1903 y en la de fecha 17 de junio de 1937, marcada con el Nº 742, copia de la cual figura en autos, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En ella se determinó lo siguiente:

"Refórmase la resolución Nº 374 de 24 de marzo del año en curso, solamente en el sentido de declarar que The Dorada Railway Company Limited, está exenta de pagar impuesto de timbre y papel sellado en virtud de la estipulación décima del art. 10º del contrato de 27 de noviembre de 1905. En lo demás se ratifica."

Por consiguiente, no es fundada la observación del señor Procurador y la Sala tiene jurisdicción para entrar a decidir la alzada.

Las copias de los reconocimientos hechos por los recaudadores a cargo de los deudores de impuestos, prestan mérito ejecutivo en los juicios que se adelantan por jurisdicción coactiva. El mandamiento de pago apoyado en un documento de esta clase, es, por consiguiente, legal.

Estima el señor apoderado de la Compañía, doctor Miguel S. Uribe Holguín, que el recaudador no era competente para dictar el auto ejecutivo, porque entre el Gobierno y el concesionario del Ferrocarril de La Dorada hay una controversia sobre el alcance de la exención de impuestos que pactaron, y que sólo la Corte Suprema puede resolver cuál de los dos contratantes tiene la razón.

Los motivos expuestos por el señor apoderado son materia de un incidente de excepciones —en el cual tienen las partes términos para presentar las pruebas que juzguen convenientes para la decisión de la controversia— pero no de la apealción del juicio ejecutivo. Así lo ha resuelto la Sala en varios negocios.

En auto de fecha 13 de agosto de 1936, la Sala dijo lo siguiente:

"Siendo que las personas administrativas, como entidades morales, no pueden obrar por sí mismas en la gestión de sus negocios propios, se ven en la necesidad de ocurrir a funcionarios que las representen y administren los bienes de que deben sub-

sistir, por lo que las leyes que emanan de esas personas administrativas o que las crean, han establecido a su favor ciertos privilegios que se han reputado en todo tiempo como necesarios. Uno de esos privilegios es la jurisdicción o facultad coactiva, en virtud de la cual el Estado, el Departamento o el Municipio cobran por medio de sus representantes o recaudadores ciertas cantidades que se les adeudan, haciendo confundir aparentemente en el empleado que ejerce la jurisdicción los caracteres de juez y de parte.

"Esta facultad es uno de los privilegios exorbitantes de las personas administrativas, según lo expresa el notable publicista M. Hauriou. Este privilegio, el de que las personas administrativas no litigan con los individuos sobre un pie de perfecta igualdad, ha dado nacimiento a la jurisdicción coactiva, sin la cual seguramente la comunidad social no obtendría en tiempo oportuno los recursos que le son necesarios para atender a las exigencias de la administración pública. Por esta razón, dice el citado autor que "las acreencias públicas están amparadas por un privilegio general de cobranza, que es una de las manifestaciones del procedimiento de acción directa; la Administración, confeccionando un simple documento de cobranza, se crea un título ejecutivo. Este privilegio existe, por lo menos en provecho del Estado, de los Departamentos..."

"En virtud de este privilegio, los reconocimientos formados por los recaudadores tienen en su favor una presunción de verdad, por lo que no puede el juzgador inquirir, al libra la ejecución, si ellos están bien o mal hechos, pues basta que se hayan practicado por quien puede y debe hacerlo, y que hayan sido 'hechos por los recaudadores a cargo de los deudores por rentas o contribuciones, porque la obligación de los particulares en tal caso no se contrae por voluntad de ellos, sino por ministerio de la ley', como lo ha expresado la Corte en otras ocasiones.

"Por manera que debiendo aceptarse el reconocimiento como un documento guarentigio, que da poder a la justicia para que ejecute al obligado como si se tratase de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, las demás razones que expresa el ejecutado doctor Atuesta no pueden tenerse en cuenta ahora, porque ellas se relacionan con una cuestión de hecho que debe ser probada por la parte que la alega con el fin de destruír la presunción de verdad de que el reconocimiento está investido, todo lo cual no puede verificarse en esta ocasión, sino en otra en que se debata el asunto con mayor amplitud."

El antecedente del juicio de la Andian National Corporation a que se refiere el doctor Uribe Holguín, fue decidido en el incidente de excepciones, como consta en el fallo de fecha 12 de abril de 1935.

Con relación al auto en que se negó la nulidad, se observa que las razones anteriores son suficientes para demostrar que es jurídico y debe confirmarse, ya que el recaudador tenía facultad para iniciar la ejecución con base en el reconocimiento por causa del impuesto sobre la renta en los años de 1935 y 1936.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma los autos apelados.

Ejecutoriado este auto, tramítese el incidente de excepciones propuesto por el representante de la Compañía demandada.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veintitrés de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor José María Díez D., vecino de Medellín, por medio de su apoderado doctor César Botero Medina, solicita se le conceda una pensión vitalicia de jubilación por sus servicios en la instrucción. La documenta-

ción fue enviada a la Corte acompañada de un concepto favorable del señor Ministro de Educación Nacional. Para resolver la solicitud se considera:

Según la certificación del señor Director de Educación Pública del Departamento de Antioquia, el peticionario ha servido escuelas primarias oficiales y planteles de instrucción secundaria, de la misma índole, en Santa Rosa, Yolombó, Ríonegro, La Estrella, Santa Bárbara, Santo Domingo y Sonsón, de aquel Departamento, por espacio de 20 años y 5 meses, con consagración, honradez y buena conducta. Por los certificados parciales que obran en el expediente se confirman los servicios del interesado en los planteles de instrucción secundaria. Y de la certificación del señor Director de Educación Pública de la Intendencia del Chocó, aparece que el mismo peticionario prestó servicios en la instrucción pública de la Intendencia por espacio de 5 años más; lo cual da un total de servicios de 25 años y 5 meses; aun cuando en este certificado aperece el petente con el nombre de José María Díaz, el Ministerio de Educación conceptúa que es el mismo José María Díez D. de que trata el expediente. Los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios, fueron de $ 120 y $ 80, así: como Rector del Colegio de Sonsón en varios meses de 1936, $ 120; como Director de la escuela urbana de Bolívar en junio y julio de 1936 y en Medellín en 1937, $ 80.

Los testigos Roberto Velásquez, Andrés Ramírez y Alfonso Lopera, en declaraciones rendidas ante el señor Juez 1º civil del circuito de Medellín, con intervención del Agente del Ministerio Público, dicen que el señor Díez ha observado conducta intachable y que es pobre y carece de recursos para su subsistencia, fuera del sueldo que ha devengado como maestro oficial. El Auditor de rentas nacionales de la Administración de Hacienda de Antioquia, certifica que el demandante no ha sido gravado por concepto de impuestos sobre la renta.

El señor José María Díez D. es mayor de cincuenta años. Esto se desprende de la partida de bautismo, copia de la cual expidió el señor cura párroco de Itagüí. Como la partida dice que el interesado es hijo de Nemecio Díaz y Florinda Díez, se presentaron las declaraciones de Jorge Fernández, Antonio Jiménez C., Andrés Ramírez y Antonio Arenas para la identificación, prueba que la Sala estima satisfactoria.

No es ni ha sido pensionado ni ha recibido recompensa del Tesoro nacional. Así lo certifica el jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se han llenado los requisitos necesarios para obtener pensión, de conformidad con la Ley 114 de 1913 y demás concordantes. La cuantía debe ser la de $ 50 mensuales, o sea, la mitad del promedio de los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor del señor José María Díez D., vecino de Medellín, una pensión vitalicia de jubilación de cincuenta pesos ($ 50) mensuales, que le será pagada del Tesoro nacional desde el día diez y seis de febrero pasado, fecha en que fue presentada la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Téngase al doctor César Botero Medina como apoderado del señor José María Díez D. en los términos del poder que figura en autos.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y al señor Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

APELACION DE UN AUTO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veinticuatro de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La Administración de Hacienda Nacional de Cartagena reconoció a favor de la Nación y en contra de The Colombia Railways & Navigation Co. Ltd., la cantidad de $ 1,860, por concepto de impuesto sobre la renta en los años de 1921 y 1922. Con apoyo en ese reconocimiento, el Juzgado de Rentas Nacionales libró orden de pago contra la expresada Compañía por la cantidad mencionada, los intereses y las costas. El auto ejecutivo tiene fecha 17 de noviembre del año pasado.

Notificado el señor Manuel Verhelts, gerente de la Compañía ejecutada, apeló del mandamiento ejecutivo y el recurso se le concedió para ante esta superioridad, donde se ha tramitado legalmenté. Se procede a resolverlo, previas las siguientes consideraciones:

El representante de la Compañía no alegó ante la Corte razones de ninguna clase para sustentar la apelación. El señor Procurador delegado en lo civil pidió la confirmación del mandamiento de pago, por encontrarlo ajustado a las prescripciones legales.

Se observa:

Conforme al art. 1059 del C. J., en los juicios por jurisdicción coactiva prestan mérito ejecutivo las copias de los reconocimientos hechos por los recaudadores a cargo de los deudores de impuestos. En reconocimiento Nº 57 de la Administración de Hacienda Nacional de Cartagena, que sirvió de base a la ejecución, está confeccionado de acuerdo con los mandatos legales. El auto ejecutivo fue dictado por el funcionario competente y se notificó con las formalidades procedimentales de rigor. Por tanto, se debe confirmar por ser jurídico, ya que la parte apelante ni siquiera expuso los motivos que tuvo para interponer el recurso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma el auto apelado.

Se condena en costas al apelante.

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

APELACION DE UN AUTO EJECUTIVO.—FENECIMIENTOS

El fenecimiento, ejecutoriado, contiene suficiente entidad para servir de título ejecutivo. Ese fallo se asimila a una sentencia que finaliza el juicio de cuentas y presta mérito ejecutivo aun cuando contra él pueda intentarse el recurso de revisión.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veinticuatro de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, en auto de fecha 8 de julio de 1937, libró orden de pago por la vía ejecutiva contra los señores Francisco Clement, Tulia Giraldo, Belisario Correa, Amelia Correa y Rosa Correa, por la suma de $ 43,834.24, a favor de la Nación, procedentes del alcance que dedujo la Contraloría contra el señor Clement, al estudiar las cuentas de la Contaduría Pagadora del 2º Grupo de la Flotilla de Guerra del Caquetá, Putumayo y Amazonas (Base fluvial de la Enea), correspondientes al tiempo comprendido entre el 18 de marzo y el 31 de agosto de 1935, alcance que consta en el fenecimiento Nº 2476 de 19 de junio de 1936.

Notificado el señor Clement apeló del auto y nombró como su apoderado al doctor

Ignacio Mariño Ariza, quien pidió reposición y apeló en subsidio. El Juzgado ejecutor negó la reposición pedida y concedió la apelación en el efecto devolutivo, razón por la cual ha subido el negocio a esta superioridad. Se pasa a decidir el recurso, previas las siguientes consideraciones:

Estima el doctor Mariño Ariza que el título que sirvió de recaudo ejecutivo no presta mérito suficiente, porque el alcance no es definitivo, ya que contra él hay varios recursos que se pueden hacer valer, entre otros los que consagra la resolución Nº 86 de 17 de agosto de 1928 en sus artículos 6º y 7º.

Se observa:

En autos figura copia de la providencia Nº 1087 de 3 de septiembre de 1936, de la Contraloría General de la República, por medio de la cual se declaró ejecutoriado el auto Nº 2476, que feneció la cuenta del señor Clement con un alcance de $ 43,834.24. Se trata, por consiguiente, de un alcance líquido y definitivo que dedujo la Contraloría contra un responsable del erario, que presta mérito ejecutivo de conformidad con el art. 1059, numeral 1º, del C. J.

La Sala encuentra jurídicas las siguientes observaciones que hace el señor Procurador delegado en lo civil en relación con este negocio:

"Pero el ejecutado alega que el título ejecutivo es deficiente por cuanto no contiene la calidad de definitivo, conforme al numeral 1º del art. 1059 del Código Judicial, ya que contra él existen todavía recursos, entre otros, los consagrados en los arts. 6º y 7º de la resolución Nº 86 de 1928 de la Contraloría General de la Nación.

"Parece que el ejecutado sufriera una confusión. El fenecimiento, ejecutoriado, contiene suficiente entidad para servir de título a un juicio ejecutivo. Ese fallo se asimila a una sentencia, o mejor dicho, es una verdadera y real sentencia, que finaliza el juicio de cuentas. Y como toda sentencia ejecutoriada que reconoce una obligación expresa, clara y actualmente exigible de pagar una cantidad líquida de dinero, merece el calificativo de título ejecutivo (art. 981 del C. J.).

"Pero cosa perfectamente distinta es que la Contraloría, por medio de sus reglamentos, concede a los funcionarios alcanzados, después de concluído el juicio de cuentas, modos de justificar descargos legítimos que no pudieron hacer a tiempo, como en el caso en que se ha deducido el alcance por falta de un recibo o documento comprobatorio de un pago hecho (art. 6º, resolución Nº 86 de 1928). Nada más justo y equitativo. Lo que consagra aquí la Contraloría es el recurso de revisión, que no le quita a la sentencia ejecutoriada del juicio de cuentas, la fuerza de título ejecutivo.

"Lo mismo sucede en la jurisdicción civil. El Código Judicial consagra el recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas, por motivos taxativamente enumerados, pudiéndose interponer durante los dos años siguientes a la publicación de la sentencia (arts. 542 y 543).

"¿Pero quiere acaso esto decir que mientras no transcurran los dos años de la revisión, no es posible hacer efectiva ejecutivamente la obligación contenida en la sentencia ejecutoriada del juicio civil? Sostenerlo, sería incurrir en lamentable absurdo. Pues bien: esta misma es la situación en los juicios de cuentas. Se ha reglamentado, en forma apropiada, la revisión de estos juicios en casos determinados. Mientras tanto, la sentencia ejecutoriada, como base de la ejecución respectiva, merece tanta entidad como las sentencias de los juicios por jurisdicción civil que aún no han sufrido la revisión. La analogía es perfecta. Por tanto, donde hay una misma razón debe existir exacta disposición.

"Absurdo sería sostener la tesis contraria, si se piensa en que para la revisión en los juicios de cuentas no se señala término alguno, como una medida más benévola para el funcionario responsable. Entonces se llegaría a la lamentable realidad de que un alcance deducido en juicio de cuentas que ha finalizado con sentencia ejecutoriada, nunca podría cobrarse coactivamente, por la sencillísima razón, como se pretende ahora, de que la sentencia no es definitiva por haber recursos contra ella. La ley, en su afán de beneficiar a los funcionarios responsables, no es posible que llegue a consagrar una anomalía de tan protuberante injusticia."

Por las razones anteriores se llega a la conclusión de que el auto ejecutivo es legal y debe confirmarse. Se anota que durante el término correspondiente de la segunda instancia el interesado no expuso ante la Corte razón alguna para sustentar los motivos de la apelación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma el auto apelado.

Se condena en costas al apelante.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La Hermana María Josefa Arboleda, de la Comunidad de las Hermanas de la Caridad, vecina de Palmira, Departamento del Valle, solicita por medio de su apoderado doctor Roberto Delgado A., se le conceda una pensión vitalicia de jubilación por sus servicios en la instrucción primaria oficial. La documentación fue enviada a la Corte acompañada de un concepto favorable del señor Ministro de Educación Nacional. Se pasa a resolverla, previas las siguientes consideraciones:

De autos aparecen comprobados los siguientes hechos:

Que según la partida de bautismo expedida por el señor cura párroco de la Catedral de Popayán, la peticionaria es mayor de cincuenta años de edad. En este documento aparece bautizada Marta del Carmen Estefana, hija del doctor Sergio Arboleda y de la señora Marta Valencia, y para identificarlo obran en el expediente las declaraciones de los señores Gonzalo Mª Ayerbe y Telésforo Arroyo, rendidas ante el Juez 2º civil del circuito de Popayán, con intervención del Agente del Ministerio Público, en que aparece que dicha señorita Marta del Carmen Estefana al ingresar a la Comunidad de Hermanas de la Caridad tomó el nombre de María Josefa;

Que según la certificación del señor Director de Educación Pública del Departamento del Valle, de fecha 19 de noviembre de 1937, la peticionaria regentó la escuela Nº 2 de niñas, de Palmira, desde 1910 a 1934, o sea por espacio de 24 años, habiéndose distinguido por su competencia, conducta intachable y suma honradez. Estos servicios fueron prestados parte por contrato celebrado entre el Departamento y la respectiva Comunidad y parte por nombramientos;

Que según las declaraciones de los señores Rafael Ramos B. y Alejandro Durán, rendidas ante el Juez del circuito penal de Palmira, con intervención del Agente del Ministerio Público, la peticionaria ha observado buena conducta y que carece de bienes de fortuna y de renta que alcance a $ 50.00 mensuales. El señor Recaudador de Hacienda Nacional de Palmira, certifica con fecha 24 de noviembre de 1937, que la misma peticionaria no es contribuyente al impuesto sobre la renta, patrimonio, etc.; y

Que según la certificación del señor Jefe de la Sección de Presupuesto y Contabilidad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de fecha 9 de los corrientes, la peticionaria no ha recibido pensión ni recompensa del Tesoro nacional.

Se han llenado los requisitos exigidos por la Ley 114 de 1913 para tener derecho a pensión de jubilación. El sueldo devengado durante los dos últimos años de servicios fue de $ 40 mensuales; por tanto, la cuantía de la pensión debe ser de $ 20 mensuales, o sea, la mitad del referido sueldo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley decreta a favor de la Hermana María Josefa Arboleda, de la Comunidad de las Hermanas de la Caridad, vecina de Palmira, Departamento del Valle, una pensión vitalicia de jubilación de veinte pesos ($ 20) mensuales, que le será pagada del Tesoro nacional desde el día diez y ocho de los corrientes, fecha en que fue presentada la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Téngase al doctor Roberto Delgado A. como apoderado de la Hermana María Josefa Arboleda en estas diligencias, de conformidad con el poder que figura en autos.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández. Srio. en pdad.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La señorita Mercedes Rangel, vecina de Concepción, Departamento de Santander, por medio de su apoderado doctor Roberto Delgado A., solicita se le conceda una pensión vitalicia de jubilación por sus servicios en la instrucción primaria oficial. La documentación fue enviada a la Corte acompañada de un concepto favorable del señor Ministro de Educación Nacional. Para resolver la solicitud se considera:

La señorita Mercedes Rangel es mayor de cincuenta años, pues nació en el año de 1866, según se desprende de la partida de bautismo, copia de la cual figura en autos.

Según lo certifica el señor Director de Educación Pública del Departamento de Santander, la peticionaria sirvió escuelas primarias oficiales en los Municipios de Cerrito y Concepción, por más de veinte años, con honradez y consagración. El sueldo devengado durante los dos últimos años de servicios fue de treinta pesos ($ 30) mensuales.

Los testigos Trinidad Calderón y Francisco García Carvajal, en declaraciones rendidas ante el Juez 2º civil del circuito de Bucaramanga, con intervención del Agente del Ministerio Público, dicen que la señorita Mercedes Rangel ha observado buena conducta y no tiene bienes de fortuna ni renta mayor de $ 20 mensuales, proveniente de capital, profesión u oficio. El Recaudador de Hacienda Nacional de Concepción certifica que la peticionaria no aparece como contribuyente al impuesto sobre la renta, cuota militar ni exceso de utilidades.

Se han llenado los requisitos exigidos por la Ley 114 de 1913 para tener derecho a pensión de jubilación. La cuantía de la pensión debe ser de $ 15 mensuales, o sea, la mitad del sueldo devengado durante los dos últimos años de servicios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley decreta a favor de la señorita Mercedes Rangel, vecina de Concepción, Departamento de Santander, una pensión vitalicia de jubilación de quince pesos ($ 15) mensuales, que le será pagada del Tesoro nacional desed el día veintidós de los corrientes, fecha en que fue presentada la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Téngase al doctor Roberto Delgado A. como apoderado de la señorita Mercedes Rangel en estas diligencias, de conformidad con el poder que figura en autos.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veintinueve de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Miguel A. Arias Y., vecino de Granada, Departamento de Antioquia, por medio de su apoderado doctor Jesús M. Arias, solicita se le conceda una pensión vitalicia de jubilación por sus servicios en

la instrucción primaria oficial. La documentación fue enviada a la Corte acompañada de un concepto favorable del señor Ministro de Educación Nacional. Para resolver la solicitud se considera:

Según la partida de bautismo, copia de la cual figura en autos expedida por el señor cura párroco de Granada, el señor Miguel A. Arias Y. es menor de cincuenta años. Pero los facultativos doctores Mauro Giraldo y Mario Betancourt Toro, quienes lo examinaron, declararon ante el Juez 2º del circuito en lo civil de Medellín, que el señor Arias está sufriendo una hemiplejía derecha, enfermedad ésta que lo tiene incapacitado en absoluto para trabajar en el magisterio.

El Director de Educación Pública del Departamento de Antioquia certifica que el peticionario ha regentado escuelas primarias oficiales en dicho Departamento, con honradez, consagración y buena conducta, por espacio de veinte años y seis meses. Los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios fueron de $ 65, $ 60 y $ 48 mensuales.

Los testigos Pedro N. Posada, Luis Escobar y Antonio Jesús Arenas, en declaraciones rendidas ante el señor Juez 4º del circuito en lo civil de Medellín, con intervención del Agente del Ministerio Público, dicen que el peticionario ha observado conducta ejemplar y que es pobre y carece de renta mensual mayor de $ 50, proveniente de capital, oficio o profesión. El Recaudador respectivo certifica que el peticionario no tiene rentas gravables por concepto de impuestos sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades.

No es ni ha sido pensionado ni ha recibido recompensa del Tesoro nacional. Así lo certifica el jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se han llenado los requisitos necesarios para obtener pensión de jubilación. La cuantía debe ser la de $ 28.83, o sea, la mitad del promedio de los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor del señor Miguel A. Arias Yepes, vecino de Granada, Departamento de Antioquia, una pensión vitalicia de jubilación de veintiocho pesos con ochenta y tres centavos ($ 28.83) mensuales, que le será pagada del Tesoro nacional desde el día diez y ocho de los corrientes, fecha en que fue presentada la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Téngase al doctor Jesús M. Arias como apoderado del señor Miguel A. Arias Yepes en estas diligencias, en los términos del poder que figura en autos.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veintinueve de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La señorita Sara Uricoechea Clavijo, vecina de Bucaramanga, por medio de su apoderado doctor Roberto Delgado A., solicita se le conceda una pensión vitalicia de jubilación por sus servicios en la instrucción primaria oficial. La documentación fue enviada a la Corte acompañada de un concepto favorable del señor Ministro de Educación Nacional. Para resolver la solicitud se considera:

El señor Director de Educación Pública del Departamento de Santander certifica que la señorita Sara Uricoechea Clavijo ha regentado escuelas primarias oficiales en dicho Departamento, por espacio de veinticinco años, con honradez y consagración. En

el año de 1936 prestó sus servicios como celadora de la Escuela Normal de Señoritas de Bucaramanga. Los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios fueron de $ 35 en 1933 y de $ 50 en 1936.

Los facultativos doctores Martín Carvajal, Víctor J. Suárez y Rafael Ordóñez O., quienes examinaron a la peticionaria, declaran que contrajo un desgaste natural del organismo, a causa de su oficio, con la consiguiente esclorosis arterial, lo cual la ha imposibilitado para servir en el magisterio y para ganarse la vida en otros trabajos competibles con su posición social y costumbres.

Los testigos Lorenzo Uribe y Joaquín Montero Castro, en declaraciones rendidas ante el señor Juez 2º civil del circuito de Bucaramanga, con intervención del Agente del Ministerio Público, dicen que la demandante ha observado buena conducta y que es persona absolutamente pobre, que carece de bienes de fortuna y de renta mayor de $ 20 mensuales, proveniente de capital, profesión u oficio. El señor Administrador de Hacienda Nacional de Santander certifica que la señorita Uricoechea no aparece como contribuyente a los impuestos sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades, por carecer de renta y patrimonio gravables.

No es ni ha sido pensionada ni ha recibido recompensa del Tesoro nacional. Así lo certifica el jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se han llenado los requisitos necesarios para obtener pensión, de acuerdo con la Ley 114 de 1913. La cuantía debe ser de $ 21.25 mensuales, o sea, la mitad del promedio de los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor de la señorita Sara Uricoechea Clavijo, vecina de Bucaramanga, una pensión vitalicia de jubilación de veintiún pesos con veinticinco centavos ($ 21.25) mensuales, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el día veintidós de los corrientes, fecha en que fue presentada la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Téngase al doctor Roberto Delgado A. como apoderado de la señorita Sara Uricoechea Clavijo en estas diligencias, en los términos del poder que figura en autos.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

EXCEPCIONES.—RENTA GRAVABLE.—COMPETENCIA DE LA CORTE EN LOS INCIDENTES DE EXCEPCIONES

La renta gravable no se puede ser determinada sino sobre la base de la declaración, y sobre la "de toda otra información que pueda obtener (el Administrador de Hacienda) y que haya sido plenamente comprobada, según lo reza el artículo 12 de la Ley 81 de 1931, incorporada en la Ley 78 de 1935. Plenamente comprobada no puede resultar una información por la mera afirmación hecha por el Administrador: eso está reñido abiertamente con el régimen probatorio.—2. La declaración del contribuyente reviste la calidad de una presunción que debe ser destruída por prueba en contrario.—3. El artículo 1060 del C. J. autoriza al poder judicial para penetrar en el campo de las cuestiones de origen fiscal, especialmente cuando la defensa del derecho es la resultante de las exigencias ilegales del fisco. Mientras estén vigentes los artículos 36 ordinal 5º) y 1060 del Código Judicial, la justicia ordinaria tendrá campo para conocer de las excepciones en juicios seguidos con jurisdicción coactiva, principalmente cuando el reconocimiento que ha dado lugar al mandamiento ejecutivo ha sido formado con violación clara de la ley.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo treinta de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

Excepciones de Ana Lucía Palacios de Ruiz, vecina de Bogotá, en el ejecutivo que le adelanta la Nación.

Por reconocimiento de once de febrero de mil novecientos treinta y siete, la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca dedujo, por concepto de impuestos en el año de 1935, a favor de la Nación y a cargo de Ana Lucía Palacios de Ruiz, la suma de siete mil setecientos doce pesos ochenta y ocho centavos ($ 7.712.88). El mismo día once de febrero, el Juzgado de Rentas libró orden de pago contra la deudora por la expresada suma, y por los recargos, intereses y costas.

En tiempo oportuno, el apoderado de la ejecutada, doctor José Antonio Archila, propuso las excepciones de "error de cuenta", y "cobro de lo debido, en parte." Estando ya el asunto en estado de decisión, se procede a dictar ésta, previo el análisis de los siguientes puntos:

Formación del reconocimiento

La señora Palacios de Ruiz declaró en tiempo oportuno su renta de 1935, manifestando que su negocio de fabricación de chicha le había producido una entrada bruta de ciento setenta y un mil setecientos diez y seis pesos ($ 171.716.00) como valor de las ventas de igual número de barriles de aquel licor, a razón de un peso ($ 1.00) cada uno, en promedio.

El Administrador de Hacienda, al verificar la liquidación, dijo que el precio medio discrepaba con el de otras declaraciones similares hechas por los competidores de la Palacios, "precio que —manifestó aquel funcionario— estaba más cercano al que por informes de carácter oficial, emanados de la recaudación departamental del impuesto de fermentadas, conocía este despacho".

Con estas bases, elevó a un peso treinta centavos ($ 1.30) el precio del barril de chicha, por lo que la renta bruta quedó en doscientos veintitrés mil doscientos treinta pesos ochenta centavos ($ 223,230.80).

Dijo que se admitían todas las deducciones porque se hallaban comprobadas.

Así fue como la renta líquida gravable se estimó en la suma de cincuenta y cinco mil novecientos veintisiete pesos setenta y tres centavos ($ 55.927.73), agregada la del patrimonio; y se dedujo un impuesto de tres mil ochocientos cincuenta y tres pesos trece centavos ($ 3.853.13), el cual fue duplicado por haber entendido el Administrador que había habido deficiencia en la declaración, viniendo así a quedar el impuesto total en la suma de siete mil setecientos nueve pesos cincuenta y siete centavos ($ 7.709.57).

La interesada reclamó verbalmente, en atención al error aritmético, ante el mencionado Administrador; y este funcionario dio

que ella, "para mayor fuerza de su reclamación, aportó los libros registrados que sirven para el asiento de la contabilidad de la fábrica de fermentadas de "El Aerolito".

El auditor del impuesto sobre la renta eligió un recomendado para el estudio del asunto; y tal recomendado, en su informe al auditor, dio como precio un promedio de un peso diez y siete centavos ($ 1.17) por barril de chicha. Fundado en este informe dijo el Administrador de Hacienda: "Se observa, pues, que en la liquidación contra la cual se presentó oportuno reclamo se cargaron trece centavos de más por barril" (subraya la Sala). A pesar de este error aritmético, manifestó aquel funcionario que no lo corregía porque el artículo 110 del Decreto 818 de 1936 limita al Administrador el tiempo dentro del cual puede resolver las reclamaciones al del plazo fijado para el pago del impuesto, y que vencido este término, el asunto era de competencia de la Jefatura de Rentas.

Esta entidad, según se afirma, no hizo reducción alguna porque la reclamante no presentó la resolución del Administrador de Hacienda.

Prueba de las excepciones

Para comprobar las excepciones, el apoderado de la ejecutada adujo, en primer término, una certificación del Auditor de Rentas, en que se expresa:

"a) Que la renta líquida deducida a la Sra. Ana Lucía Palacios de Ruiz durante el año de 1934 fue la suma de $ 44,003.00. La contribuyente reclamó de dicho aforo y la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales resolvió que la renta líquida de la señora Palacios de Ruiz debía estimarse en $ 17,601.00.

"b) Que la renta líquida de la citada contribuyente para el año de 1936 se computó en $ 8,158.38.

"c) Que para el año de 1934, como la señora Palacios de Ruiz no cumplió con la obligación legal de declarar, esta Administración liquidó el impuesto correspondiente de acuerdo con las informaciones oficiales, en las cuales constaba que la señora Palacios de Ruiz había pagado a las rentas del Departamento, por concepto de impuesto sobre bebidas, la suma de $ 89,206.97 durante el año de 1934; pero que la Jefatura de Rentas Nacionales, oyendo el reclamo de la contribuyente, estimó que había producido 223,015 toneles de 20 litros cada uno. Es de advertir que este producido fue confirmado por la contribuyente en su reclamo a la Jefatura de Rentas.

"d) Que para el año de 1936 se tomó como base para liquidar el impuesto de renta la cantidad de 186,570.11 toneles de 20 litros cada uno, que fue la suma declarada por la señora Palacios como producido líquido durante ese año.

"e) La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales reconoció en el año de 1934 la cantidad de $ 0,90 para gastos de cada tonel, o sea, que en la elaboración de los 223,015 toneles dedujo $ 199,714.00, suma en la cual quedaron comprendidos todos los gastos por concepto de comisiones, sueldos, salarios, arrendamientos, etc. Es de tener en cuenta que la Jefatura de Rentas computó en $ 1,00 el valor de cada tonel de 20 litros.

"f) Que para 1935 se concedió como deducción la suma de $ 167,303.07 por los mismos gastos, y la suma de $ 229,353.48 para 1936.

"g) Que la Administración de Hacienda Nacional abona y reconoce al efectuar las deducciones de la renta bruta de los contribuyentes dedicados al negocio de bebidas fermentadas, una botella por cada tonel de 20 litros, por razón de derrames, desperdicios, etc., cantidad esta que los mismos productores solicitan como promedio que reconocen a su vez a los compradores de bebida.

"h) Que la Administración de Hacienda Nacional no reconoció suma alguna por concepto de deducciones de que habla el punto anterior, es decir, por desperdicios, derrames, mermas, etc., porque la contribuyente Palacios no solicitó deducción alguna por esta razón.

"i) Esta oficina se abstiene de dar los datos solicitados en este punto, en virtud de lo dispuesto por el art. 131 del Decreto 818 de 1936.

"j) Que la señora Ana Lucía Palacios de Ruiz pagó impuesto sobre la renta en el año de 1935 sobre un producido de 171,716 toneles de 20 litros cada uno. Esta cantidad fue consignada por la contribuyente en su declaración presentada para ese año.

"k) Por la misma razón anotada en el punto i), no se puede dar la información requerida en éste. Pero sí se puede informar que el promedio de precio por galón deducido de las diferentes fábricas productoras de bebidas fermentadas y de acuerdo con sus declaraciones, fluctúa entre $ 1,20 y $ 1,30 en el año de 1935."

De esta certificación resulta, como hecho muy diciente, la circunstancia de que el Administrador de Hacienda afirma, al formar el reconocimiento, que hay una discrepan-

cia en el precio medio de lo que dijo la declarante con el de otras declaraciones similares; y cuando se le pide esa prueba, la rehuye diciendo que se lo veda el art. 131 del Decreto 818 de 1936. (Aparte "i"). Si esas declaraciones son confidenciales, no hay razón para que sobre ellas se haga una argumentación inaceptable, por carecer de toda prueba directa. Las consideraciones absolutamente subjetivas que en estas materias se realicen tienen que ser ineficaces, pues la renta gravable no puede ser determinada sino sobre la base de la declaración, y sobre la "de toda otra información que pueda obtener (el Administrador de Hacienda) y que haya sido plenamente comprobada", según lo reza el art. 12 de la Ley 81 de 1931, incorporada en la Ley 78 de 1935. Plenamente comprobada no puede resultar una información por la mera afirmación hecha por el Administrador: eso está reñido abiertamente con el régimen probatorio.

Según lo informa el señor Administrador de Hacienda, por cada tonel de chicha de veinte litros se abona un litro por derrames, desperdicios, etc. (letra "g"); y que no se hizo esa deducción en la liquidación del impuesto (letra "h"), porque no lo pidió así la contribuyente, por lo que se dejó de deducir la cantidad de $ 17,171.60. Pero es natural que si esa cantidad de un litro por tonel de 20 litros es costumbre abonarla, ella, como toda exención, debe abonarse oficiosamente.

El precio del tonel de chicha no se aceptó en un peso ($ 1,00), como lo declaró la contribuyente, sino que se elevó a un peso treinta centavos ($ 1,30), sin que de la redacción del reconocimiento se pueda ver una razón para este aumento; y el recomendado del Auditor fijó el precio en un peso diez y siete centavos ($ 1,17), sin que tampoco diese razón alguna sobre el aumento de diez y siete centavos ($ 0,17). Estos aumentos han debido comprobarse plenamente, pues el denuncio o declaración del contribuyente lleva en sí una presunción de verdad que debe ser destruída por prueba fehaciente, de la cual habrá de aparecer el dolo del denunciante y hasta la consiguiente sanción por el perjurio. De otro modo, por la simple suposición del funcionario, se deduciría siempre ese dolo y habría en todo caso lugar para establecer la sanción consistente en la duplicación del impuesto.

Pero no solamente no aparece prueba alguna que justifique el aumento del precio del tonel de chicha a $ 1,30, sino que, al contrario, hay elementos suficientes que demuestran que la suma en que estimó la contribuyente ese precio es cierta.

En efecto, así lo demuestra el dictamen pericial realizado sobre los libros de la empresa, donde día a día fueron anotados los toneles de chicha producidos, que fueron 171,716, y el precio de venta de los mismos, que fue la suma de ciento ochenta y siete mil ciento sesenta y ocho pesos ($ 187,168), de la cual se dedujo la cantidad de diez y ocho mil doscientos ochenta y cinco pesos setenta y cinco centavos ($ 18,285.75) por nóminas que se pagaron por "concepto de comisiones o sueldos eventuales."

Dicho dictamen fue puesto en conocimiento de las partes, y en nada se objetó. En su alegato de conclusión, el señor Procurador delegado en lo civil, después de transcribir la aseveración de los peritos de que los libros de la empresa no están llevados conforme a la ley, afirma que el dictamen no puede tener valor probatorio, porque él no es más que un concepto técnico trasladado de unos libros informales.

Pero siendo que los peritos no estaban dictaminando sobre la regularidad de los libros, cosa que a ellos no se les encomendó, ni estaban instituídos para rendir ese dictamen, y constando en la resolución Nº 313, emanada de la Administración de Hacienda, que la interesada presentó los libros registrados (fs. 2 del cuaderno de pruebas), es claro que a esta última apreciación, y no a la de los peritos, debe dársele el mérito que le corresponde. Por lo demás, no puede ser este juicio de excepciones el regular para emitir opinión sobre el valor probatorio de esos libros, los cuales no conoce la Sala sentenciadora. Rechazar el dictamen fundado en ellos por la información de los peritos, sería hacer un traslado injusto de ese concepto a un artículo de excepciones sin que el punto hubiera sido cuestionado.

Se dijo antes que la declaración de la contribuyente reviste la calidad de una presunción que debe ser destruída por prueba en contrario, la cual no aparece en el expediente. Conviene, sin embargo, ver si esa declaración está ajustada a la verdad.

Basta para demostrarlo, lo siguiente:

1º El dictamen pericial de que se ha hecho mención.

2º Que en el año de 1934 la contribuyente vendió 223,015 toneles de chicha a un peso ($ 1,00) cada uno, y el impuesto, con los recargos, ascendió a la suma de $ 726.06, habiendo sido la renta líquida gravable la cantidad de $ 17,601.00.

3º Que en el año de 1936 vendió la contribuyente la cantidad de 186.570 toneles

de chicha, a un peso ($ 1,00) cada uno, lo que dio una renta líquida gravable de $ 8,158.38.

De estos factores se deduce ser cierto que la renta denunciada en el año de 1935 es verdadera, pues no hay ningún elemento que indique que en dicho año el tónel de chicha hubiera dado un producido mayor suficiente para obtener la renta líquida de $ 55,927.73, que marca una enorme desproporción con la del año anterior y la del año posterior, con la circunstancia de que en 1935 se produjo menor cantidad de toneles de chicha.

Por lo demás, aparece demostrado con prueba evidente, emanada del certificado del Auditor de la Renta, que en 1935 no se hicieron las deducciones que son de rigor.

Así las cosas, es injustificado el impuesto deducido, y lo es mucho más la duplicación de él, por carecer de mucha más base legal, pues las suposiciones carentes de prueba invocadas por el Administrador de Hacienda nunca pueden justificar ese recargo, ya que esas suposiciones no pueden demostrar el dolo de la contribuyente para perjudicar al fisco.

Competencia de la Corte

El señor Procurador insiste en este negocio en la tesis sostenida por él en varios asuntos de la misma naturaleza, de que la Corte carece de jurisdicción para conocer de las excepciones, muy en especial porque al contribuyente le concede la ley sobre impuestos el recurso de reclamar ante lo Contencioso-administrativo de los actos de la Administración en que se le deducen los impuestos.

La Corte sostiene la doctrina ya sustentada por ella en varias decisiones, de que sí es competente para avocar el conocimiento de excepciones basadas en errores de cuenta de carácter sustantivo, o sea, cuando el reconocimiento que sirve de recaudo ejecutivo se ha formado con claras violaciones de la ley, por la razón de que los actos administrativos de esa clase vulneran los derechos de los particulares y arrojan sobre una persona un mayor gravamen que el que corresponde a la mayoría de los ciudadanos.

El reconocimiento que ha de servir de título ejecutivo, como todos los de su clase, es un acto administrativo que debe estar de acuerdo con la ley, puesto que toda orden administrativa debe basarse en las leyes y en los reglamentos de la Administración; o sea: todo acto administrativo tiene que ejecutarse de la manera dispuesta en las normas legales, tanto cuando el procedimiento señalado se encamina a proteger los derechos del Estado como cuando van a amparar los de los particulares. En el caso de un reconocimiento, emanado de la evaluación de la riqueza imponible, el procedimiento que se siga para su formación debe estar puntualizado con los mayores pormenores, y basado en pruebas ciertas y eficaces, para que al servir de título ejecutivo lleve expresadas en sí las condiciones de claridad (en el concepto de relación jurídica, esto es, de vínculo entre el sujeto titular del derecho y el sujeto obligado) y exigibilidad, como lo determina nuestra ley procesal.

En primer lugar, si esas condiciones no existen, por extralimitación de parte del órgano de la Administración, se establece lo que los autores llaman la intervención judicial, que la ejercen entre nosotros los Tribunales de lo Contencioso-administrativo, primeramente en interés del individuo para la protección de sus derechos; pero que subsidiariamente puede utilizarse también para la protección del servicio. Gracias a ella, los particulares pueden impedir que la Administración viole sus derechos y aplique torcidamente el Derecho Administrativo.

Pero, en segundo lugar, dentro de nuestro derecho positivo, las leyes de impuestos señalan a los contribuyentes otro camino, no ya directo para atacar el acto administrativo irregular, sino uno indirecto, consistente en excepcionar en el juicio ejecutivo que se les adelante por medio de la jurisdicción coactiva. En estos artículos de excepciones, cuyo conocimiento corresponde a la justicia ordinaria, se establece un medio para asegurarse de que la Administración ha obrado en los casos y del modo que prescribe la ley, a fin de impedir excesos de celo de ella con detrimento de los derechos privados.

Esta Sala, en fallo de 9 de diciembre de 1937, de que fue ponente el magistrado doctor Cardoso Gaitán (Gaceta Judicial número 1930, pág. 912), dijo:

"En esta clase de actuaciones, la ley establece dos vías jurisdiccionales para que el particular interesado pueda hacer valer sus derechos que estime conculcados: El trámite contencioso-administrativo y la jurisdicción ordinaria. Con frecuencia este hecho genera situaciones un tanto confusas en lo tocante a la competencia que para conocer en un determinado caso tengan las dos jurisdicciones y surge el problema de saber hasta qué punto puede actuar la justicia ordinaria sobre negocios ya decididos por los tribunales administrativos.

"Obedecen estos fenómenos posiblemente a que la innovación establecida en la costumbre jurídica del país por la creación de estos últimos no ha sido suficientemente estudiada por la doctrina y la jurisprudencia. Y algunas disposiciones sobre procedimiento, basadas no en un criterio ceintífico sino en mero casuismo legal, contribuyen a hacer más complejo el problema. En tratándose de los juicios ejecutivos, si bien es cierto que algunos preceptos establecen que los tribunales administrativos son competentes para determinar la legalidad de las resoluciones de las autoridades fiscales sobre multas, impuestos y alcances, el Código de procedimiento civil atribuye a la justicia ordinaria el conocimiento de los incidentes de excepciones y de las apelaciones que en estos juicios especiales se presenten, y comprendiendo la noción legal de excepción un contenido general tan lato como el de 'todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió', se ve cómo es difícil la solución de estos conflictos dentro del terreno de la legalidad.

"Para la interpretación de estos textos conviene adoptar un criterio jurídico y práctico a la vez. Es indudable que dentro del actual sistema legal se presentan para el particular interesado dos vías de defensa para la revisión o declaratoria de inexistencia de los recaudos fiscales que él considere se le exigen indebidamente. Con anterioridad al cobro ejecutivo, el particular puede acudir a los tribunales administrativos, a fin de obtener la revisión de la respectiva providencia de las autoridades fiscales. Sobre los mismos puntos materia de la decisión de aquéllos no puede el particular proponer excepciones en el juicio que como consecuencia de la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se le siga por los funcionarios recaudadores, pues ello implicaría una manifiesta violación del art. 93 de la ley orgánica de lo contencioso-administrativo (130 de 1913), ya que esta disposición establece que las sentencias definitivas proferidas por tales tribunales no están sujetas a revisión por parte de la justicia ordinaria. Pero si el particular interesado no hizo uso del trámite administrativo, bien puede, en cuanto ello no choque con las atribuciones privativas de las oficinas fiscales, ejercitar ante la jurisdicción común, con posterioridad a la iniciación del juicio ejecutivo, los medios de defensa que sean conducentes."

Dentro de estos conceptos, no puede haber un conflicto de competencias, porque la justicia ordinaria no invade así la esfera de la competencia de la Administración o de los Tribunales de lo contencioso-administrativo. Comprende la Corte fácilmente que el sistema de estos Tribunales se basa capitalmente en el principio de la independencia de la Administración respecto de la acción de los Tribunales ordinarios; pero no puede olvidar por eso que la ley le ha atribuído una competencia para apreciar los actos de la Administración de Hacienda o de los Recaudadores de Impuestos cuando estas entidades se hayan extralimitado en el ejercicio de la evaluación del patrimonio imponible, para reformar esos actos si la extralimitación envuelve una clara violación de la ley.

Evidente es que de conformidad con nuestras leyes de impuestos, los particulares pueden reclamar de los actos de la Administración de Hacienda ante los Tribunales Administrativos. En este caso, desde el punto de vista administrativo, no habría remedio legal para reparar el error e injusticia de la Administración, porque, si se ha llevado a efecto el juicio administrativo, el fallo proferido en él constituye cosa juzgada, que sería, por tanto, intocable.

Pero desde el punto de vista judicial, la solución es otra, y no sería posible sustraer el caso en cuestión a la competencia del Poder Judicial cuya función específica es exactamente la de restablecer las relaciones de derecho violadas por la Administración y aseguradas por la Constitución, por las leyes o por las convenciones perfectas y acabadas.

El art. 1060 del Código Judicial autoriza a los tribunales ordinarios para conocer de las excepciones en el juicio ejecutivo que se adelante por jurisdicción coactiva; esto es, autoriza al Poder Judicial para penetrar en el campo de las cuestiones de origen fiscal, especialmente cuando la defensa del derecho es la resultante de las exigencias ilegales del fisco.

Mientras estén vigentes los arts. 36 (ordinal 5º) y 1060 del Código Judicial, la justicia ordinaria tendrá campo para conocer de las excepciones mencionadas, principalmente (como en el caso de la especie contemplada en este fallo), cuando el reconocimiento ha sido formado con violación clara de la ley.

El mismo señor Procurador General de la Nación, que niega a la Corte competencia para conocer de las excepciones en los juicios ejecutivos en que se cobran impuestos, se expresa así en nota dirigida al Jefe del ramo:

"Para evitar, pues, que por espíritu de equidad entre la Corte a conocer de tales excepciones, es indispensable, en mi sentir, que las autoridades administrativas aplique las disposiciones pertinentes con criterio absolutamente jurídico, atendiendo únicamente los intereses de la justicia estricta."

Si los recaudadores o administradores de Hacienda Nacional cumplieran la ley "atendiendo únicamente los intereses de la justicia estricta", la Corte no entraría a conocer de excepciones fundadas en errores de cuenta. Pero mientras ello no se verifique, las ilegalidades manifiestas son bastantes para dar facultad a la justicia ordinaria para conocer de dichas excepciones. No puede aquí tratarse de un conflicto de competencias, el cual no está evidentemente planteado, pues la ley claramente ha dado a la justicia ordinaria competencia para que conozca de excepciones basadas en errores de cuenta de carácter sustantivo, cuando el trámite de lo contencioso-administrativo no se ha realizado.

El fallo

Como el estudio hecho sobre las bases del reconocimiento demuestra que hubo un grave error de cuenta, proveniente de mala aplicación de la ley, la excepción de error de cuenta prospera; pero la declaración no implica que no exista el derecho de la Nación para cobrar lo que se le debe realmente, previa la formación de un título correcto que verificará el Recaudador y no la Corte, por no ser ésta competente. En la formación del título se tendrán en cuenta especialmente las circunstancias de que el denuncio de la contribuyente fue bien dado y en tiempo oportuno, por lo que no hay lugar a aumentar el impuesto en el ciento por ciento. Como principal elemento para fijar el impuesto debe servir el dictamen pericial; y, además de las deducciones que determina la ley, así como también la de la rebaja de una botella de chicha por cada tonel de veinte litros, que la costumbre aceptada y corriente ha determinado que es la merma común que se sucede por derrames, desperdicios, etc.

Por lo estudiado, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Decide:

Declárase probada la excepción de error de cuenta, consistente en las ilegalidades con que el título fue formado. Esta declaración no implica que la Nación no tiene derecho a cobrar lo que realmente se le adeuda; por tanto, la cantidad que debe pagar Ana Lucía Palacios de Ruiz a la Nación como impuesto a la renta en el año de 1935 es la que provenga de una liquidación que se haga de conformidad con lo anotado en este fallo.

Como consecuencia de lo resuelto, se ordena desembargar los bienes que se encuentren sometidos a la traba ejecutiva.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase a la oficina de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Mario Cajiao, Of. Mr.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

INCIDENTE DE NULIDAD

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, marzo doce de mil novecientos treinta y ocho.

El señor Procurador delegado en lo civil solicitó la nulidad de lo actuado en este juicio, a partir del auto que admitió la demanda, por incompetencia de jurisdicción. El doctor Esteban Jaramillo, apoderado de la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta, se opuso a la declaratoria pedida. Sustanciado legalmente el incidente, se pasa a resolverlo, previas las siguientes consideraciones:

Este juicio fue iniciado por la citada Compañía contra la Nación, para que se hagan varias aclaraciones en relación con el contrato celebrado con el Gobierno en abril de 1893, en el cual se eximió a la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta de toda contribución nacional.

El señor Procurador considera que es nulo lo actuado porque la Sala Civil de Unica Instancia carece de jurisdicción para conocer de las controversias que se susciten con motivo de los contratos celebrados por los Departamentos.

Se observa:

El contrato de 1893 fue celebrado conjuntamente por el Departamento de Santander y el Gobierno nacional con la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta. En efecto, fue suscrito por el Secretario de Hacienda del Departamento citado, quien manifestó que procedía "con autorización del señor Gobernador, quien a la vez la había recibido del Supremo Gobierno." El contrato fue aprobado por el Presidente de la República y el Ministro de Fomento el 31 de mayo de 1893.

El art. 29 de la Ley 104 de 1892, establecía que los contratos que los Gobernadores de los Departamentos, autorizados por las Asambleas, celebraran para la construcción de ferrocarriles con subvenciones o garantías pagadas por aquéllos, necesitaban la aprobación del Gobierno nacional si sus cláusulas principales contenían estipulaciones de las previstas en la ley.

El contrato mencionado contiene numerosas estipulaciones que obligan a la Nación y que fueron aceptadas por ésta por medio de sus representantes legales que aprobaron la negociación. La cláusula que constituye la materia principal del pleito, es precisamente la obligación adquirida por el Estado de eximir a la Compañía de contribuciones de carácter nacional. Es, pues, indudable que la Corte tiene jurisdicción para conocer de este negocio, al tenor del art. 40 del C. J., cualquiera que sea la forma empleada para consignar las obligaciones contractuales de la Nación. Así lo resolvió la Corte en ocasión anterior en que se adelantó un juicio sobre interpretación de alguna cláusula del mismo contrato.

En la cláusula séptima del contrato se hacen a la Compañía las siguientes concesiones: cesión de los terrenos de propiedad nacional que se requieran para la vía; subvención de cinco mil pesos por cada kilómetro de ferrocarril, en determinado caso, pagadera del Tesoro nacional a opción de la Compañía; exención de derechos de importación durante la construcción; exención de toda contribución nacional; exención de todo servicio personal oneroso, civil o militar para todos los empleados del ferrocarril; derecho de construír líneas telegráficas y telefónicas; concesión gratuita de doscientas hectáreas de tierras baldías por cada kilómetro de ferrocarril. Estas estipulaciones y otras muchas cláusulas del contrato, indican la forma en que el Gobierno nacional intervino en su celebración. La Nación quedó obligada contractualmente con la Compañía y es obvio que la Corte tiene competencia para conocer de las controversias que surjan de la interpretación del mencionado contrato.

En autos figura el número 22433 del **Diario Oficial** en el cual aparece publicado el contrato celebrado el 25 de agosto de 1933, sobre cesión del Departamento Norte de Santander al Gobierno nacional de los derechos derivados del contrato celebrado con la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta en el año de 1893. Todo el interés en el referido contrato radica hoy en la Nación, circunstancia que contribuye a esclarecer la cuestión relativa a la competencia para conocer de este juicio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, niega la declaratoria de nulidad de lo actuado pedida por el señor Procurador delegado en lo civil y ordena correrle traslado para alegar de conclusión.

Cópiese y notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

ACCION DE RESOLUCION DE UNOS CONTRATOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala Civil de Unica Instancia. — Bogotá, marzo catorce de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Alberto Zorrilla, Personero municipal de Bogotá, propuso demanda en juicio ordinario contra la Nación, a nombre de la entidad que representa, para que se declaren resueltos, por incumplimiento de la Nación, los contratos celebrados entre ésta y el Municipio de Bogotá, de que tratan las escrituras números 2133 de 19 de diciembre de 1919, de la Notaría 3ª de esta ciudad, y 2197 de 21 de junio de 1929, de la Notaría 2ª, por los cuales el Municipio cedió a la Nación la propiedad de un lote de terreno para la construcción de un edificio destinado al Instituto Nacional Pedagógico de Varones.

En el segundo de tales contratos se permutó por otro el lote de terreno a que se refirió la cesión, y según dicho convenio, el lote cedido, que se halla legalmente en poder de la Nación, pero de cuya tenencia goza el Municipio, tiene una extensión superficiaria de 22,136 metros cuadrados y está ubicado en Bogotá, barrio de Chapinero, dentro de la siguiente alinderación: "por el Norte, con la prolongación de la calle 58, en una extensión de 108 metros 20 centímetros; por el Oriente, con la prolongación de la carrera 17, en una extensión de 204 metros 50 centímetros; por el Sur, con la calle 56, en una extensión de 109 metros 25 centímetros; y por el Occidente, con la carrera diez y ocho (18) en una extensión de 205 metros 55 centímetros."

En el contrato de 1919 la Nación se obligó "a construír dentro del término señalado en el parágrafo único del artículo tercero de la ley veinte de mil novecientos diez y ocho, el edificio destinado al Instituto Pedagógico de Hombres, en el lote materia de la presente."

El parágrafo mencionado dice: "En caso de que por dificultades del Tesoro no se pueda disponer oportunamente de las sumas decretadas en este artículo, en el lapso de cuatro años, contados desde la fecha en que se sancione esta ley, el Gobierno dispondrá de dos años más de plazo para la terminación de la obra, y así se hará constar en la escritura de contrato que se celebre con el Municipio de Bogotá, de conformidad con el art. 1º de esta ley."

En el pacto de 1929 se estipuló que desde su fecha nacían las obligaciones de la Nación consecuenciales del primer contrato. De suerte que el plazo de seis años corrió desde la fecha del respectivo instrumento, o sea del 21 de junio de 1929 al 20 de junio de 1935.

La Nación dejó transcurrir el término de seis años señalado para construír el edificio, sin llevar a cabo dicha obra, ni posteriormente la ejecutó, lo que resulta comprobado en la diligencia de inspección ocular que practicó el magistrado sustanciador en el terreno cedido, el 5 de octubre de 1937.

La demanda se apoya legalmente en la disposición de la ley sustantiva que previene la resolución del contrato en el caso de incumplimiento del mismo.

Probado el incumplimiento por parte de la Nación de las obligaciones que contrajo en los contratos mencionados, debe fallarse en consonancia con las pretensiones del actor.

El Procurador delegado en lo civil estima que son de estricta justicia las declaraciones solicitadas en el libelo.

Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, la Corte Suprema, por medio de su Sala Civil de Unica Instancia, falla:

1º Decláranse resueltos los contratos celebrados entre la Nación y el Municipio de Bogotá, escrituras números 2133 de 1919, Notaría 3ª, y 2197 Notaría 2ª de esta ciudad.

2º Ordénase cancelar la inscripción de tales escrituras en la Oficina de Instrumentos Públicos correspondiente.

Publíquese, notifíquese y cópiese esta sentencia.

Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

RECURSO DE SUPLICA.—ADMINISTRADOR DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

El Administrador de los Ferrocarriles Nacionales tiene facultad para representar a la Nación en juicio, en forma activa o pasiva, cuando se trate de asuntos meramente administrativos y lo considere necesario y conveniente "para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado." En los demás casos la representación les corresponde, al Procurador ante la Corte y a los Fiscales ante los Tribunales Superiores de distrito judicial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Sala de Decisión.—Bogotá, marzo diez y seis de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Miguel S. Uribe Holguín, como apoderado de The Barranquilla Railway and Pier Company, Limited, antes de contestar la demanda del doctor Jorge Lobo Guerrero, como Administrador de los Ferrocarriles Nacionales, propuso las excepciones de declinatoria de jurisdicción e ilegitimidad de la personería.

En auto de fecha 30 de septiembre de 1937, el H. magistrado sustanciador doctor Cardoso Gaitán, declaró no probadas las excepciones. El auto subió a la Sala de Decisión mediante el recurso de súplica interpuesto por el doctor Uribe Holguín. Se pasa a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

Lógicamente debe estudiarse primero la excepción de ilegitimidad de la personería, para determinar si el Administrador de los Ferrocarriles Nacionales tiene capacidad para iniciar ante la Sala Civil de Unica Instancia el presente juicio, en representación de la Nación. Los fundamentos de la excepción referida son los siguientes:

"Es fundamento de hecho de la segunda excpción que, suponiendo que la controversia versa sobre contratos celebrados por el Estado, dicho Consejo no lo representaría, ni sería cesionario de él.

"En derecho invoco los arts. 330 y 332 del Código Judicial.

"Un contrato celebrado por el Estado, no por el Consejo, es para éste res inter alios acta. En relación con un contrato celebrado por el Estado, el Consejo no podría demandar sino en representación del Estado, y no es su representante, o como cesionario, y tampoco es cesionario.

"Es singular, por decir lo menos, que un establecimiento público demande contra resoluciones del Ministerio de Industrias sobre la materia del debate, lo que no parece compadecerse con el art. 12 de la Ley 153 de 1887. Y no se arguya que hay en alguna de esas resoluciones concepto de que sería equitativo que el demandado contribuyera al pago de las pensiones, porque este concepto pugna con las razones, claramente expuestas, que sirven de fundamento a lo resuelto."

El señor magistrado sustanciador negó la excepción, por considerar que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales no representa directamente al Estado; pero gestiona con personería suficiente en relación con los bienes que maneja. Se apoya el auto en lo que dispone la Ley 29 de 1931 en su art. 2º.

En sentencia de fecha diez del corriente, la Sala de Negocios Generales de la Corte dijo lo siguiente que determina con claridad cuáles son las atribuciones del Administrador de los Ferrocarriles Nacionales para representar en juicio a la Nación:

"El art. 139 de la Constitución establece que corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación, lo mismo que promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas. En desarrollo de este principio, la ley le ha dado al Procurador la facultad de llevar en la Corte la voz de la Nación y promover y sostener los juicios para la defensa de los bienes e intereses del Estado (art. 175 del C. J.), y a los Fiscales de los Tribunales Superiores la personería para representar a la Nación ante los Tribunales y para promover y sostener ante ellos las acciones necesarias para la defensa de los bienes e intereses del Estado (art. 176 del C. J.).

"Conforme al precepto constitucional referido y a las disposiciones legales que se han mencionado, la representación de la Nación en juicio corresponde en los Tribunales Superiores a los Fiscales respectivos y ante la Corte al Procurador, o a sus apoderados, en los casos del art. 173 del C. J. (art. 252 del mismo texto).

"La Ley 29 de 1931 creó el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales, 'destinado a admi-

nistrar los ferrocarriles de propiedad de la Nación sobre una base comercial y con la debida consideración a los intereses económicos del país.' El art. 2º de la ley citada dice que el Consejo disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el Administrador General; ejercerá todas sus funciones con una completa independencia y podrá presentarse ante los Tribunales y autoridades de cualquier orden, y ejercitar cualquier acción o excepción que considere conveniente o necesaria para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado.

"La facultad concedida al Administrador de los Ferrocarriles Nacionales para presentarse ante los Tribunales a demandar en nombre de la Nación, o a proponer excepciones, se refiere a asuntos meramente administrativos, relacionados con la gestión que tiene a su cuidado conforme a la ley. Esta atribución es facultativa, desde que la ley dice que 'podrá presentarse.'

"Sintetizando lo anterior, se tiene: generalmente la representación de la Nación en juicio corresponde a los Fiscales de los Tribunales Superiores y al Procurador; pero eso no obsta para que si el Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales lo considera conveniente y necesario pueda ejercitar también acciones o excepciones en beneficio de los intereses confiados a su cuidado."

De conformidad con la doctrina anterior, el Administrador de los Ferrocarriles Nacionales tiene facultad para representar a la Nación en juicio, en forma activa o pasiva, cuando se trata de asuntos meramente administrativos y lo considere necesario y conveniente "para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado." En los demás casos, la representación les corresponde, al Procurador ante la Corte y a los Fiscales ante los Tribunales Superiores de distrito judicial.

Con la acción intentada en este juicio, se busca una declaración de la Corte en el sentido de decidir qué entidad debe pagar unas pensiones de conformidad con la Ley 1ª de 1932, si ese pago le corresponde a la Nación o a The Barranquilla Railway and Pier Company Ltd., entidad esta última que celebró con el Gobierno nacional el contrato sobre retroventa o retracto del ferrocarril de Barranquilla, que consta en la escritura pública número 1035 otorgada el 29 de abril de 1933 ante el Notario 2º de Bogotá. A la vez persigue la demanda que se declaren sin valor las resoluciones dictadas por el Ministerio de Industrias, en las cuales se resolvió que a la Nación le corresponde pagar las pensiones de los empleados Oswaldo Rovira y Guillermo A. Franco.

No puede sostenerse que la determinación de los efectos jurídicos que puede tener un contrato celebrado por la Nación con una entidad determinada, sea cuestión de carácter administrativo inherente a las facultades del Administrador de los Ferrocarriles Nacionales. Sin avanzar concepto alguno sobre si se trata de interpretar un contrato o la Ley 1ª de 1932, porque esa es la materia discutida en la excepción de declinatoria de jurisdicción, se ve que en ninguno de los dos casos tendría el funcionario mencionado facultad para representar en juicio a la Nación, porque son cuestiones ajenas a las atribuciones meramente administrativas de que goza conforme a las leyes.

El Administrador de los Ferrocarriles Nacionales demandó al Consejo de Estado la nulidad de las resoluciones del Ministerio de Industrias a que se contraen los puntos cuarto y quinto de las peticiones del libelo presentado a la Corte, y aquella entidad declaró inadmisibles las demandas por apreciar sin personería al actor para iniciarlas y en consideración a que lo solicitado entrañaba un litigio de la Nación contra la Nación misma, lo cual estimó inaceptable. De manera que por este aspecto la personería del Administrador de los Ferrocarriles Nacionales ya está juzgada.

Está, pues, comprobada la excepción de ilegitimidad de la personería y así debe declararse. No hay necesidad de entrar a estudiar lo relativo a la otra excepción propuesta por el apoderado de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, reunida en Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca el auto de fecha 30 de septiembre pasado y en su lugar declara probada la excepción de ilegitimidad de la personería del demandante, propuesta por el doctor Miguel S. Uribe Holguín, apoderado de la compañía demandada.

Cópiese y notifíquese.

Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

INDICE

Págs.

EDITORIAL. De la juventud eterna del Derecho, por Francisco Schiegelberger 184

SALA PLENA

LEY ACUSADA (Artículo 6° de la Ley 83 de 1935), SOBRE EXPROPIACION. Se declara exequible. Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mujica 192

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor José Antonio Montalvo 196

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Eleuterio Serna R. 198

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Arturo Tapias Poilnieta 202

SALA DE CASACION CIVIL

DEMANDA SOBRE DECLARACION DE FALSEDAD DE UNOS DOCUMENTOS. DISPOSICIONES SUSTANTIVAS Y ADJETIVAS. CASACION POR VIOLACION DE LEY SUSTANTIVA. ACUSACION POR ERROR. Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en el ordinario de Jesús Antonio Cardona S. contra Pedro Pablo Rodríguez. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 203

CUANTIA DE LA ACCION PARA EL RECURSO DE HECHO. Se admite el interpuesto por el señor César Calero Mercado contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán en el ordinario de la señora Suárez de Pardo contra el señor Pedro León Bermeo. Magistado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 208

PERJUICIOS. DELITO Y CULPA CIVIL. ACCION CRIMINAL Y ACCION CIVIL. RESPONSABILIDAD PENAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL. CONCEPTO DE VON TUHR. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. TEORIA DEL RIESGO. RESPONSABILIDAD POR EL MANEJO DE MAQUINAS. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en el ordinario del señor Rosendo Echeverri y socia contra el señor Pablo Villegas. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza. 210

SALVAMENTO DE VOTO de los Magistrados doctores Hernán Salamanca y Arturo Tapias Pilonieta 217

RECURSO DE REVISION EN MATERIA CIVIL. Se niega el intentado por Petronila Mejía contra la sentencia de la Sala de Casación Civil en el juicio de nulidad del testamento verbal de Félix A. Garcés. Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica 223

NULIDAD DE UNA DIVISION Y RESTITUCION DE BIENES. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario de Federico Rivas y otros contra Juan Bautista Blanco y otros. Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica 225

RESOLUCION DE CONTRATO. PERJUICIOS. RELACION JURIDICO PROCESAL. CASACION. PROMESA DE CONTRATO. PRINCIPIO DE DERECHO PROCESAL DENOMINADO DISPOSITIVO O DE CONTRADICCION. IMPUESTO DE TIMBRE. Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de José Miguel Cortés contra Roberto París Gaitán. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 228

SALVAMENTO DE VOTO de los Magistrados doctores Hernán Salamanca y Arturo Tapias Pilonieta 234

OPOSICION AL DENUNCIO Y POSESION DE UNA MINA. ILIGITIMIDAD DE LA PERSONERIA. TERMINO HABIL PARA HACER OPOSICION DE MINAS. No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Pasto en el ordinario sobre oposición a la posesión de una mina seguido por Nemesio Rincón como presidente de la Sociedad Minera de El Canadá y la Sonrisa, contra Max Chaves. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 240

SE NIEGA LA REPOSICION del auto de 4 de febrero de 1937, en el recurso del doctor Víctor Cock sobre la marca de fábrica "Pomada Peña". Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 249

REIVINDICACION. SENTENCIA DEFINITIVA Y SU REGISTRO. Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el ordinario de Cornelio Neira contra Justo P. Blanco y Argemiro Blanco. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 251

COBRO DE PERJUICIOS. CAUSALES DE CASACION. MANDATO. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario del señor Arturo Londoño Peláez contra la señora Deyanira Angel de Uribe. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 255

DEMANDA DE LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD Y DE RENDICION DE CUENTAS. TECNICA DE CASACION EN CUANTO A LA ACUSACION POR ERROR

Págs.

DE HECHO. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga en el ordinario de Guillermo Mejía contra Antonio J. Mejía. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 262

REIVINDICACION. CALIDAD DE PARTE EN LOS JUICIOS. No se casa la sentencia del Tribunal Sueprior de Santa Marta en el ordinario de Charles Gautier contra Fracisco E. Dávila. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 264

PERJUICIOS. DESISTIMIENTO PARCIAL. Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario de Uldarico Rocha y María C. Mejía de Rocha contra The Santa Marta Railway Company Limited. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 268

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION interpuesto por Cipriano Antonio Jiménez contra la sentencia del Triunal Superior de Medellín en el ordinario del recurrente contra Juan Lalinde y otros. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 274

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS. EXTENSION SUPERFICIARIA DE UN TERRENO. DICTAMEN PERICIAL. INSPECCION OCULAR. Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario de Francisco Barbés contra la United Fruit Company. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 275

ACCION POR LESION ENORME DE UNA PARTICION. AUTOS PARA MEJOR PROVEER. TERMINO PROBATORIO. No se casa la sentencia del Tribnal de Pasto en el ordinario por lesión enorme iniciado por algunos comuneros sobre rescisión de la partición del predio denominado "Peñas Blancas" o "Caballorrucio". Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 281

SE DECLARA EJECUTORIADA LA SENTENCIA RECURRIDA del Tribunal Superior de Bucaramanga en el ordinario de Ludwin Skükel contra la sucesión de Carlos Balén. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 283

TESTAMENTO VERBAL. Se casa la sentencia del Tribunal de Bucaramanga en el ordinario de Miguel Ordóñez contra Alejandro Campos. Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica 283

PARTICION. CASACION DE SENTENCIAS APROBATORIAS DE PARTICIONES. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en la mortuoria de Manuel Salvador Ayala y Petronila Ruiz. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 288

NULIDAD DE UN CONTRATO. RESTICION DE BIENES. CONTRATOS QUE CELEBRA LA ADMINISTRACION COMO DELEGATARIA DEL ESTADO. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga en el ordinario del municipio de Tuluá contra la "Compañía del Mercado Cubierto de Tuluá". Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 294

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS, PERJUICIOS, ETC. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Aaron & Jacob Low Beer's Sohne contra The Anglo South American Bank. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 306

SE DEMANDA EL PAGO DE UNA DEUDA QUE TUVO SU ORIGEN EN EL JUEGO. No se casa la sentencia del Tirbunal Superior de Cali en el ordinario de Jorge E. Nieto contra los herederos de Pedro P. Caicedo. Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica 314

REIVINDICACION. Se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil en el ordinario de Pedro T. Camacho contra Ramón Camacho. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 316

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en la partición de los bienes relictos de las sucesiones acumuladas de Custodio Ramírez y Luisa Portilla de Ramírez. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 321

VENTA POR CABIDA. ACCION DE ENTREGA DEL COMPLEMENTO DE LA CABIDA. PERJUICIOS POR LA NO ENTREGA DE LA CABIDA DECLARADA. Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Cali en el ordinario de la señora Dolores Calero de Páramo contra Pablo Antonio Orejuela. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 324

ACCION SOBRE EXTINCION DE UN CONTRATO DE HIPOTECA. PRUEBA DEL CONTRATO SOLEMNE DE HIPOTECA. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de la señora María Antonia Serrano de Gómez contra el doctor Alfonso Salcedo Salgar. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 332

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

NULIDAD POR IRREGULARIDADES EN EL PROCEDIMIENTO. Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en la causa por asesinato contra Luis Felipe

Págs.

Pinzón y se anula lo actuado desde el auto de 11 de mayo de 1935. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 335

LEGITIMA DEFENSA SUBJETIVA. Se invalida la sentencia del Tribunal Superior, de fechada el 3 de agosto de 1937, que impuso a Ramón Herrera D. la pena principal de seis años de presidio; y en su lugar se impone al mismo, la pena de un año y seis meses de reclusión por el delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 336

LA CAUSAL 3a. DE CASACION. ERROR SOBRE LA PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO. NO PUEDE FUNDARSE EN QUE ADEMAS DEL REO OTRA PERSONA PARTICIPO EN LA EJECUCION DEL DELITO. No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Pasto que condenó a José María Colorado Orobio a la pena de veinte años de presidio y diez y ocho meses de reclusión por los delitos de asesinato y robo. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 338

RECURSO DE REVISION DE UNA SENTENCIA EN MATERIA CRIMINAL. Se niega a Justiniano Motta el recurso de revisión intentado contra la sentencia del Juzgado Superior de Cali y la del Tribunal del mismo distrito, que le impusieron la pena de veinte años de presidio como responsable de la muerte de su esposa Ana Francisca Méndez. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 339

HOMICIDIO. CUERPO DEL DELITO. INJUSTICIA NOTORIA. No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de San Gil en la causa contra José Torres, por homicidio. Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias 340

HERIDAS. La lesión que priva por completo de una mano a un labriego debe calificarse de grave dentro de la terminología empleada por el Código Penal. No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Buga que condenó a Lisandro Galeano a la pena principal de seis años de presidio por el delito de heridas. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 343

RESPONSABILIDAD DE UN JUEZ EN LA FUGA DE UN PRESO. Se confirma el auto de sobreseimiento temporal proferido por el Tribunal Superior de Medellín en favor del ex-juez de Circuito de Quibdó, señor Delfino Díaz R. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 344

SOBRESEIMIENTO. Se confirma el sobreseimiento definitivo del Tribunal Superior de Cartagena a favor del doctor Rafael Martínez Pereira por los cargos qeu se le formularon en su calidad de juez del circuito del Carmen. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 345

Págs.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCIONES. Se declara probada la excepción de "carencia de causa para pedir, por no haber nacido aún la obligación" en el ejecutivo del Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales contra el señor Roberto Llaña en su calidad de contador del Regimiento de Infantería "Nariño" Nº 4. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 347

APELACION DE AUTO EJECUTIVO. Se confirma el auto del Tribunal Superior de Pasto en el ejecutivo seguido por el doctor Gonzalo Benavides Guerrero contra el Departamento de Nariño. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 349

SUSTANCIACION DE LA SOLICITUD SOBRE REDUCCION DEL SECUESTRO. Se revoca la negativa dada por el Recaudador de Hacienda Nacional de Facatativá sobre reducción la limitación del secuestro en el ejecutivo seguido por ese funcionario contra los herederos del señor Arturo Aldana sobre pago de los derechos de Lazareto. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 350

PENSION. Se declara a favor del doctor Joaquín Rojas R. y a cargo del Tesoro Nacional por servicios en el Poder Judicial y en el Ministerio Público. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 351

SOLICITUD DE PENSION. No se accede a la pensión solicitada por servicios en la instrucción por la señorita Mercedes Arciniegas por no reunir ésta los requisitos legales sobre el particular. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 352

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO. Se declara no probada la excepción de inexistencia de la obligación en los juicios ejecutivos acumulados de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca contra el señor Obdulio Robayo. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 353

DOCUMENTO AUTENTICO. No se accede a la reposición del auto que no admite como prueba una copia de sentencia presentada en el ejecutivo del Departamento de Cundinamarca contra Aníbal Arenas y otros. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 354

PENSION. Se decreta a favor del señor Régulo Bernal y a cargo del Tesoro Nacional, por servicios en la instrucción primaria oficial. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 355

Págs.

PENSION. Se decreta a favor de la señora María Cifuentes de Fernández y a cargo del Tesoro Nacional, por servicios en la instrucción primaria oficial. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo ... 356

PENSION. Se decreta a favor de la señorita Ana Francisca Osorio G. y a cargo del Tesoro Nacional, por servicios en la instrucción primaria oficial. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 357

APELACION DE AUTO EJECUTIVO. RECONOCIMIENTO DE LOS RECAUDADORES. Se confirman el auto ejecutivo y otro que declara que no ha causal de nulidad en el juicio ejecutivo seguido por la Recaudación de Hacienda Nacional de Honda contra The Dorada Railway Company Limited. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 358

PENSION. Se reconoce a favor del señor José María Díez D. y a cargo del Tesoro Nacional, por servicios en la instrucción. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 359

APELACION DE UN AUTO EJECUTIVO. Se confirma el auto ejecutivo apelado en la ejecución adelantada por la Administración de Hacienda Nacional de Cartagena contra The Colombia Railway & Navigation Co. Ltd. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo..... 361

APELACION DE UN AUTO EJECUTIVO. FENECIMIENTOS. Se confirma el auto ejecutivo dictado por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá contra los señores Francisco Clement, Tulio Giraldo, Belisario Correa, Amelia Correa y Rosa Correa. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 363

PENSION. Se decreta a favor de la Hermana María Josefa Arboleda por servicios en la instrucción primaria oficial, y a cargo del Tesoro nacional. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo..... 363

PENSION. Se decreta a favor de la señorita Mercedes Rangel y a cargo del Tesoro Nacional, por servicios en la instrucción primaria oficial. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 364

PENSION. Se decreta a favor del señor Miguel A. Arias Yepes y a cargo del Tesoro Nacional, por servicios en la instrucción primaria oficial. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 364

PENSION. Se decreta a favor de la señorita Sara Uricoechea Clavijo y a cargo del Tesoro Nacional, por servicios en al instrucción primaria oficial. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 365

EXCEPCIONES. RENTA GRAVABLE. COMPETENCIA DE LA CORTE EN LOS INCIDENTES DE EXCEPCIONES. Se declara probada la excepción de error de cuenta en el ejecutivo de la Nación contra Ana Lucía Palacios de Ruiz. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 367

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

INCIDENTE DE NULIDAD. Se niega la solicitud del señor Procurador General de la Nación sobre declaratoria de nulidad de lo actuado en el juicio entre la Nación y la Compañía del Ferrocarril de Cúcuta. Magistrado ponente, doctor Pedo A. Gómez Naranjo 373

ACCION DE RESOLUCION DE UNOS CONTRATOS. Se declaran resueltos los contratos celebrados entre la Nación y el Municipio de Bogotá consignados en la escrituras números 2,133 de 1919, Notaría 3a., y 2,197 de 1929 de la Notaría 2a. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 374

RECURSO DE SUPLICA. ADMINISTRADOR DE LOS FERROCARRILES NACIONALES. Se revoca el auto de la Sala Unitaria y se declara probada la excepción de ilegitimidad de la personería del demandante, en el juicio seguido por el Administrador de los Ferrocarriles Nacionales contra The Barranquilla Railway and Pier Compony, Limited. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo. 375

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR, JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas.—Ley XIII).
"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVI BOGOTA—MAYO DE 1938 NUMERO 1935

DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

por

Lorenzo de la Maza Rivaueneira

INTRODUCCION

Sumario.—1. La Gran Guerra y el Derecho.—2. Necesidad de no estudiar el Derecho solamente desde un punto de vista abstracto.—3. Nuevas ideas cuya influencia se hace sentir en el Derecho.— 4. La Moral y el Derecho.—5. Materia de este trabajo. Imposibilidad de tratarla a fondo

1. La Gran Guerra —de 1914 a 1918—, que con mucha propiedad ha sido denominada mundial, ha influído poderosamente en el desenvolvimiento del derecho durante los últimos años.

El cambio brusco de circunstancias a que dio origen, el desorden que produjo en todas las actividades, tuvo necesariamente que repercutir en la vida jurídica, especialmente en el campo de las relaciones contractuales entrabadas por mil causas que no es del caso precisar.

Modificó la geografía política de la tierra creando nuevos Estados; trastornó fundamentalmente el orden económico de los pueblos, orientando la actividad de los individuos en un sentido diverso del que tenía; dio origen a instituciones y normas jurídicas; puso de actualidad teoría y principios de derecho que hasta entonces estaban en cierto modo olvidados.

La actividad de los individuos y de las empresas fue desviada, en general, de los objetivos que tenían y empleada en el manejo y producción de materiales bélicos; el individuo perdió su personalidad y pasó a ser un número; la empresa, en muchos casos, un servicio público dependiente del Ministerio de Defensa Nacional.

Trastornada en esta forma la marcha regular de las actividades humanas, fácilmente se comprende la modificación sustancial que debió sufrir la aptitud de los individuos para cumplir los vínculos de derecho que los ligaban pasivamente a otros, y fácilmente, también, la actitud que tomó la teoría de la imprevisión que, precisamente, trataba de armonizar el rigor de la ley y de los vínculos contractuales con la profunda modificación de las circunstancias producida por la guerra.

No debe, entonces, parecernos extraño el calor con que se discutió y se sigue discutiendo esta teoría, ni los esfuerzos que se han hecho para darle un fundamento sólido en doctrina y ante la ley.

2. Nos demuestra también lo anterior lo mucho que influyen los derechos reales de la vida social en las concepciones y normas de Derecho y la necesidad que existe de no apartarse al estudiar éstas de la realidad psicológica y social del pueblo en que se vive y de la humanidad misma.

"El Derecho es mucho menos la obra del legislador que el producto constante y espontáneo de los hechos. Las leyes positivas, los códigos, pueden permanecer intactos en sus textos rígidos: poco importa; por la fuerza de las cosas, bajo la impresión de los hechos, de las necesidades prácticas, se forman constantemente instituciones jurídicas nuevas. El texto está siempre allí; pero ha quedado sin fuerza y sin vida; o bien por una exégesis sabia y sutil se le da un sentido y un alcance en los cuales no habría soñado el legislador cuando los redactaba" (1).

El derecho, en sus principios secundarios, refleja y exterioriza la vida social y económica de los pueblos y junto a ésta debe evolucionar. Pretender fijarlo para siempre, es hacer de él algo sin sentido, algo abstracto, inútil y muchas veces perjudicial.

Desgraciadamente, no todos los jurisconsultos y hombres de derecho lo han comprendido así, y por eso no es raro encontrar leyes inadaptadas a la necesidad de la nación en que se dictan, poco apropiadas al nivel de la cultura de sus miembros, dictadas sin la debida oportunidad, casuísticas hasta la exageración o incoherentes con la realidad.

Es que, como decía con mucha razón un maestro eminente —M. H. Rolin— "la mayoría de los jurisconsultos son discípulos, ignorándolo ellos mismos, de Scotto Erigena y de Alberto Magno; los seres que forman el objeto de sus estudios son los derechos, las reglas de derecho..., es decir, cosas que no tienen existencia real. Es preciso romper esta armadura medioeval; no ver más que en esas naciones y en las expresioses que las designan sino fórmulas cómodas y no conservarlas más que como tales; es preciso volver a los hechos, encontrar bajo la técnica jurídica la realidad psicológica y social, mostrar la relación entre ellas y hacer ver cómo la primera es consecuencia de la segunda". (2)

Este sentido realista en que se orienta hoy día el estudio del derecho y la interpretación de los textos legislativos, es uno de los aspectos de la reacción que viene notándose y pronunciándose con más vigor en contra de los

(1) León Duguit: Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón, pág. 19.

(2) M. H. Rolin: "Prolegomenes á la science du droit". pág. 2.

principios subjetivistas y abstractos que inspiraron la redacción del Código de Napoleón y la generalidad de los dictados durante el siglo pasado.

Este es, precisamente, el interés de la teoría de la imprevisión: el corresponder, como doctrina jurídica, a una necesidad producida por los hechos y las circunstancias, el constituír una de las muchas manifestaciones de los cambios o evolución que viene experimentando el derecho en sus principios secundarios a impulsos de diversos factores, entre los cuales hemos citado los trastornos de la gran guerra y el nuevo sentido en que se viene orientando su estudio.

3. Debemos también mencionar aquí las tendencias sociales en su moderno aspecto y la evolución del derecho hacia la moral.

Ciertas ideas, antiguas desde el punto de vista de su existencia, nuevas en cuanto a la noticia que de ellas se tiene, se han abierto campo con extraordinaria fuerza y rapidéz a contar desde la última mitad del siglo 19.

Son las ideas sociales en general, las ideas de cooperación y de solidaridad que, a nuestro juicio, no se pueden calificar de nuevas, por cuanto no son otra cosa que manifestaciones más o menos imperfectas de la caridad que desde hace veinte siglos viene predicando el Cristianismo.

Estas ideas, que hoy informan el derecho contemporáneo, constituyen el aspecto principal de la reacción en contra de otra de las características sobresalientes de la legislación del siglo pasado: nos referimos al individualismo que la inspiró; individualismo proclamado solemnemente en 1789 y reacción, a su vez, contraria al estatismo que durante siglos dominó la organización de las naciones europeas.

No es extraño, entonces, que aludamos a estas ideas en un trabajo extrictamente jurídico como el que nos hemos propuesto. La influencia que ellas han tenido en la aparición de ciertas concepciones jurídicas modernas y en el desenvolvimiento del derecho en general, es un hecho que nadie puede desconocer y que nos autorizan para mencionarlas.

Don Arturo Alessandri Rodríguez, con alguna exageración es cierto, expresa lo anterior en algún artículo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, diciendo que "los principios indivualistas que inspiraron los Códigos del siglo pasado van siendo reemplazados hoy, merced a las nuevas ideas de cooperación y de solidaridad social, por principios que respondan mejor a esas modernas convenciones".

"El concepto, continúa, de que el derecho es una facultad del individuo cuyo ejercicio queda a su arbitrio siempre que no menoscabe el ajeno o exceda del límite legal, ha desaparecido de los códigos modernos, que ven en el derecho una mera facultad destinada a realizar una finalidad social y económica determinadas por la ley".

"Dentro del concepto moderno, los derechos le son reconocidos al individuo para realizar esa finalidad, para asegurar el buen funcionamiento de la vida colectiva. Debe, pues, ejercerlos en forma de obtener esa finalidad. Ejercerlos en otro sentido, es hacerlos servir a un fin contrario a su destino social, es abusar de ellos; y la ley que no los ha sancionado con ese objeto, no puede amparar este ejercicio". (1)

Y hemos dicho que las ideas a que se refiere el señor Alessandri son un tanto exageradas, porque si bien es viciosa la concepción individualista que reconoce en el hombre derechos absolutos, casi ilimitados, también lo es la concepción solidarista que solamente le reconoce derechos conferidos por la colectividad para permitirle participar y colaborar en la vida social. Entre la idea de los derechos absolutos y la idea de derecho-función, hay un justo tér-

(1) Revista de Derecho y Jurisprudencia: tomo 26, págs. 67 y siguientes.

mino medio que reconoce al individuo ciertos derechos dados por la naturaleza, inherentes a su personalidad, pero limitados por la función social que estos mismos derechos tienen. Así se armonizan los derechos del individuo con los que pertenecen a la sociedad y no se suprime a éste por endiosar aquélla. Es preciso recordar que no es la sociedad quien confiere todos sus derechos al individuo. Recordaremos que el individuo de la especie humana está dotado de personalidad, que ésta supone un fin que requiere medios para ser alcanzado y que entre estos medios se encuentrtan los derechos individuales.

Corresponde también a la moderna divulgación de estas tendencias, la aparición, o mejor dicho, el verdadero renacimiento de la teoría de la imprevisión. Ella coincide con estas nuevas tendencias, como se ha dado en denominarlas; se funda, a lo menos, remotamente en ellas, y paralelamente a ellas va siendo poco a poco aceptada por buena parte de la doctrina y aún de la jurisprudencia.

4. Pero no solamente los factores indicados han influído en las modificaciones experimentadas por el derecho y las doctrinas jurídicas durante los años corridos de este siglo y los últimos del pasado.

La tendencia espiritualista, opuesta al materialismo de los siglos 18 y 19, se ha abierto no sin dificultades su camino en la filosofía, en las concepciones científicas, en la literatura, en las artes... y fruto de ella es la evolución del derecho en el sentido de acercarse, si se nos permite hablar así, a la moral; de adaptar mejor a ésta sus normas y principios, de contemplar como ilegales situaciones que sólo eran deshonestas.

No es necesario demostrar, ni sería propio hacerlo aquí, que el derecho, siendo parte de la moral, encuentra en ésta su fuerza, su fundamento, su límite y no pocas veces su eficacia.

"No se trata de explicar el derecho por la Filosofía, como dice Ripert, pero sí de ver que puede haber filosofía en en el derecho". (1). Y está demostrado, como dice, formulando una pregunta que se encarga de contestar en su obra, que el mundo moderno no ha llegado a crear un derecho que se baste a sí mismo, sino que sigue dominado por la gran ley moral que después de siglos de cristianismo rige las almas de los pueblos europeos.

Prueban la afirmación el hecho de aparecer las tendencias emanadas de la caridad cristiana a que antes nos referíamos y, a impulsos de éstas, el renacimiento de concepciones jurídicas, tales como la del abuso de los derechos y la teoría de la imprevisión, cuyos fundamentos encuentran sólida raíz en los principios de la ley moral, en el reinado permanente de la noción moral en el seno del derecho positivo.

A nuestro modo de ver, estas teorías y otras tienden precisamente a ligar, más aún de lo que están, el derecho y la moral; a hacer que no escapen a la prohibición o a la imposición de la ley ciertos actos reñidos con la moral que aquella permitía o sancionaba.

Y se desprende de aquí, también, cuál es la importancia que tiene el estudio de la teoría en cuestión y de las demás doctrinas jurídicas que se le asemejan o que tienen análogos fundamentos o finalidad.

5. Con lo dicho basta para comprender cuáles son las razones que hemos tenido para emprender el estudio sobre la teoría de la imprevisión en relación con nuestro Derecho Civil.

Lo comenzaremos refiriéndonos someramente al concepto de caso fortuito o fuerza mayor, por la necesidad que existe de determinarlo precisamente a fin de que, dada su vecindad con el concepto de imprevisión, no sin incurrrir en confusiones lamentables.

---

(1) Ripert: La regle moral dans les obligations civiles, pág. 1.

Expondremos en seguida, cuál es el concepto propio de imprevisión en el Derecho Civil, dando las diferentes fórmulas que emplean los autores que hemos tenido a nuestra vista y determinando las diferencias fundamentales entre éste y la noción de caso fortuito. Precisaremos el verdadero dominio de aplicación de la teoría en estudio y estudiaremos sus orígenes.

Haremos ver cuál ha sido el criterio de la doctrina y de la jurisprudencia extranjera frente a esta teoría. Nos referimos a los fundamentos que se le han dado, a sus efectos jurídicos y a la necesidad de consignar su aceptación por un texto legal expreso.

El penúltimo capítulo lo dedicaremos a estudiar la imprevisión en relación directa con nuestro derecho positivo.

6. Desgraciadamente, el hecho de no haber ninguna publicación nacional que a esta teoría se refiera, de no existir sino en muy escaso número en nuestro país obras de derecho que la estudien y la imposibilidad de encargarlas al exterior, no nos han permitido profundizarla como era nuestro deseo, tocar todos los puntos de interés jurídico que presenta, ni estudiar debidamente las numerosas cuestiones que con ella se relacionan.

(Continuará)

De la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales de Santiago de Chile.



SALA PLENA

LEY 78 DE 1935. ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL EN SU ARTICULO 1º, ORDINAL 4º

Derogado como está el ordinal 4º del artículo 1º de la ley acusada, por la Ley 48 de 1937, no hay sujeta materia para la declaración de inexequibilidad demandada.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, cuatro (4) de mayo de mil novecientos treinta y ocho.

Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias).

El señor don Julio E. Lleras, en su carácter de Gerente del Banco Central Hipotecario, establecimiento bancario, domiciliado en esta ciudad, en ejercicio del derecho consagrado por el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, hoy 149 de la Constitución, pide se declare inexequible el numeral 4º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, Ley que reforma las disposiciones vigentes del impuesto sobre la renta, aumenta su tarifa, establece unos impuestos adicionales y suprime otros.

Considera el demandante que el inciso 4º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, pugna con el artículo 31, original de la Constitución de 1886, hoy sustituído por el artículo 26 del Estatuto.

Y hace consistir la violación que infiere el inciso 4º del artículo 1º de la mencionada Ley, en que por el primer inciso de la disposición constitucional citada, se amparan los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

Esta garantía la conserva en lo esencial, y por lo que hace al aspecto de los llamados derechos adquiridos, la reforma del año de 1936, en su artículo 26, sustitutivo, como ya se dijo, del 31 original de la Constitución.

Dice así la disposición vigente:

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

".....".

Tal es la parte pertinente de la disposición vigente, que viene a ser la invocada, pues una y otra, la anterior y la actual, estatuyen la misma garantía para esa modalidad de derechos civiles.

El inciso 4º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, que el acusador considera vulnerante de la garantía constitucional, reza:

"Artículo 1º El artículo 1º de la Ley 81 de 1931, quedará así:

".....".

"4º Los intereses sobre las cédulas que emita el Banco Central Hipotecario, de una tasa no mayor del 6 por 100 anual, quedarán exentos de todos los impuestos a que esta ley se refiere".

La razón o fundamento del demandante, su alegación para señalar el numeral 4º del artículo 1º de la Ley acusada como violatorio de la garantía constitucional, consiste en que el Banco Central Hipotecario tenía ya un derecho perfecto adquirido, dimanado de un contrato celebrado con la República, conforme al cual todas las cédulas que emita no pueden ser gravadas con impuesto sobre la renta, distinto del que regía en 1932, al tiempo de la expedición del Decreto aprobatorio de sus estatutos.

Ese Decreto es el marcado con el número 1021, por el cual se aprueba el contrato sobre fundación y organización del Banco Central Hipotecario, Decreto dictado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por las Leyes 99 y 119 de 1931.

La consagración de ese derecho adquirido está, según lo puntualiza la demanda, en el Decreto número 1021 de 1932, aprobatorio

del contrato sobre fundación y organización del Banco, y en el cual el Gobierno consagró los siguientes derechos por la concesión a que ese contrato se refiere:

"Tercero. En cambio, el Gobierno hace al Banco Hipotecario las siguientes concesiones:

"a) La de que las cédulas hipotecarias y los títulos de acciones al portador que emita, tendrán validez en juicio, aunque no se extiendan en papel sellado, y estarán libres de todo impuesto diferente del de la renta que rige actualmente.

"....."

"1) La de que las concesiones y derechos que se reconocen en favor del Banco por el Gobierno en forma contractual, no se le quitarán durante el tiempo de su duración por ninguna entidad gubernamental, cualquiera que fuere la legislación futura del país en materias bancarias".

Además, adicionáronse estas razones con la siguiente, presentada por el apoderado del demandante, como refuerzo de la tesis del derecho adquirido, considerado como vulnerado por el numeral 4º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935:

"Todas las cédulas que emita el Banco y sus intereses, de acuerdo con el contrato celebrado con el Gobierno, estarán exentos de todo impuesto presente y futuro, con excepción del actual impuesto sobre la renta.

"En consecuencia, ellas no podrán ser gravadas en ninguna forma por el Gobierno Nacional, ni por los Gobiernos Departamentales o Municipales".

Tal estipulación es el artículo 121 de los estatutos del Banco, y está incorporada, por lo tanto, en el Decreto-Ley número 1021 de 1932, aprobatorio del contrato del Banco Central Hipotecario, sobre fundación y organización del mismo.

Como se ve, la demanda de inexequibilidad se conforma con lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 96 de 1936, y a ella se agregan varios documentos que establecen la personería del Banco, y otros complementarios para su secuela.

En ésta se oyó al Procurador General de la Nación, quien en su vista conceptúa que el numeral 4º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, materia de la acusación, es exequible y que la Corte debe negar la demanda.

Llega el señor Procurador a esta conclusión porque considera que el numeral 4º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, "cuya inexequibilidad se pide, no es otra cosa que una nueva exención o privilegio que con altos fines económicos se concedió al Banco demandante al exonerar de todos los impuestos, inclusive el de la renta, a los intereses sobre cédulas que dicho Banco emite de una tasa no mayor al 6 por 100 anual". Y porque conceptúa, además, que lo que el Banco reclama es "que se le aplique una ley o un decreto ya abrogado que rigió exclusivamente en 1932".

Para la Procuraduría, en síntesis, y refiriéndose a las estipulaciones contractuales y a la concesión del Decreto número 1021 de 1932, aprobatorio del contrato sobre fundación y organización del Banco, concesiones que se puntualizaron en la demanda como demostración del derecho adquirido, y que específicamente estatuyen que las cédulas hipotecarias y los títulos de acciones al portador que emita estarán libres de todo impuesto diferente del de la renta que rige actualmente; esta última locución (**impuesto de la renta que rige actualmente**) "es una expresión móvil y cambiante que va comprendiendo las mutaciones que este gravamen tributario va adquiriendo en los distintos años en que el impuesto está en vigencia".

No debe entenderse, pues, con relación a la tasa coetánea al contrato y concesión del Banco sino a la existencia del impuesto en general.

Planteadas así las dos tesis, correspondería a la Corte ejercer la función constitucional que le confiere el artículo 149 del Estatuto y decidir, en consecuencia, sobre la inexequibilidad solicitada.

Empero, acontece que la Ley 48 de 1937 ha venido a solucionar el problema.

En efecto: su artículo 1º sustituye, totalmente, el ordinal 4º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, que es la disposición acusada.

Dice así ese artículo:

"Artículo 1º El ordinal 4º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, quedará así:

"4º Las exenciones de impuestos otorgadas a los bonos de la Defensa Nacional, a los bonos de deuda interna de interés no mayor del 7 por 100, y a las cédulas de los Bancos Agrícola Hipotecario y Central Hipotecario, se cumplirán en armonía con las disposiciones legales y los contratos que autorizaron su emisión".

Hállase, pues, derogada la disposición materia de la controversia. Es ya insubsistente.

Primero, porque es ley posterior la Ley 48 de 1937; y segundo, porque por disposición legal hay ya un mandato especial, una declaración sobre el mismo, y esa declaración es expresa (artículos 2º y 3º de la Ley 153 de 1887).

En estas condiciones no puede la Corte entrar a hacer un estudio de fondo, porque ya no hay materia sobre qué decidir.

El artículo 1º de la Ley 48 de 1937, al derogar el ordinal 4º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, no sólo elimina el problema que debía decidir la Corte, sino que restituye las cosas al estado anterior, ya que refiriéndose a las cédulas del Banco Agrícola Hipotecario y Central Hipotecario, ordena que las exenciones de impuestos tanto de bonos de Defensa Nacional como de bonos de deuda interna de interés no mayor del 7 por 100, y las exenciones relativas a las cédulas de esos Bancos, se cumplan observando las disposiciones legales y los contratos que autorizan su emisión.

Y no se diga que en el lapso comprendido entre la vigencia de la Ley 78 de 1935 y la vigencia de la Ley 48 de 1937, hay un término dentro del cual podría aplicarse el numeral 4º acusado, porque el sentido y la letra de la disposición posterior de 1937 engloba y comprende lo que rectamente surgió de los contratos y disposiciones anteriores al inciso derogado.

Ha sido, pues, voluntad del legislador que el acto acusado carezca de aplicabilidad y efecto.

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la función constitucional que le incumbe por el artículo 149 de la Carta Fundamental de la República y previa audiencia del señor Procurador General de la Nación, **declara** que, no habiendo sujeta materia, no hay lugar a hacer la declaración de inexequibilidad que se demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza—Salvador Iglesias—Fulgencio Lequerica Vélez—José Antonio Montalvo—Juan Francisco Mújica—Eleuterio Serna R.—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Alejo Rodríguez—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

PROYECTO DE LEY OBJETADO POR EL GOBIERNO COMO INCONSTITUCIONAL

(Ley por la cual se dispone que los empleados subalternos de las Fiscalías de los Tribunales Superiores y los de las Fiscalías de los Juzgados Superiores serán de libre nombramiento y remoción de los Fiscales respectivos).

1. Ya sea que los actos legislativos hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales o por cualquier ciudadano, debe oírse sobre la acusación el concepto del Procurador en uno u otro caso.—2. El trámite del traslado al Procurador concuerda con la letra y con el espíritu de la Constitución.—3. El término concedido a la Corte para resolver las cuestiones de que trata el artículo 83 de la Constitución empieza a contarse desde el día siguiente al en que se pone al despacho del Magistrado sustanciador el respectivo proceso, después de evacuado el traslado al Procurador.—4. El proyecto de ley objetado no es contrario a la Constitución.—5. Una cosa son funcionarios públicos y otra meros oficiales públicos, de acuerdo con el Código Político y Municipal.—6. El Ministerio Público tiene doble función: una referente al Organo Judicial y otra al Administrativo.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, diez y nueve de mayo de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias).

I

Ha llegado a la Corte para su decisión, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 83 de la Constitución, el proyecto de ley "por la cual se concede una autorización a los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores de la República", objetado por inconstitucional por el Organo Ejecutivo.

Siguiendo la práctica, la jurisprudencia constitucional de la Corte, en esta materia, corriósele traslado al señor Procurador General de la Nación, quien se excusó de evacuarlo.

Al devolver el expediente significa el señor Procurador a la Corte que no estudia el fondo de la cuestión planteada entre los Organos Legislativo y Ejecutivo, porque considera que no tiene ninguna intervención en esa controversia, que corresponde dirimir, por mandato expreso, y sin más debate, a la Corte Suprema de Justicia.

Apoya su tesis el señor Procurador en estos dos argumentos:

1º En que la ingerencia del Procurador, de acuerdo con el artículo 149 de la Carta Fundamental, sólo cabe cuando se trata de leyes o decretos acusados ante la Corte como inconstitucionales por cualquier ciudadano; y

2º En que el artículo 83 de la Constitución señala a la Corte el término de seis (6) días para decidir la controversia, por lo cual queda excluído cualquier otro término destinado al traslado del Procurador.

Como corolario de este argumento último, sienta el señor Procurador que el Acuerdo número 10 de la Corte Suprema, en Sala Plena, y de fecha 1º de octubre de 1914, que dispone correr traslado al Procurador, y que el término de seis días de que trata el artículo 90 de la Carta Fundamental, para resolver la cuestión, empezará a contarse desde el día siguiente del que se ponga al despacho del Magistrado sustanciador el respectivo proceso, resulta contrario, "contradice la letra y el espíritu de la disposición constitucional contenida en el artículo 83".

Refuerza, además, su tesis el señor Procurador, como una deducción lógica de lo anterior, con la cita del artículo 3º de la Ley 83 de 1936, orgánica de la Procuraduría General, por cuanto dicho artículo, al desarrollar el principio constitucional indicado, sólo estatuye la comparencia del Procurador ante la Corte Suprema de Justicia en los negocios de inexequibilidad de leyes y decretos cuando fueren acusados de inconstitucionalidad.

De donde se infiere que implícitamente las Cámaras, al sentar esa regla de procedimiento en las funciones del Procurador, interpretaron la Constitución con criterio de autoridad, ya que así desarrollaron el principio constitucional en referencia.

Es cierto, como lo anota el Procurador, que existe diferencia entre los actos legislativos, objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y leyes o decretos acusados por

cualquier ciudadano por contrarios al Estatuto; y que en el primer caso el acto no tiene todavía plena existencia jurídica; lo que no acontece en el segundo caso, en que la norma tiene una perfecta realidad.

Pero este es solamente un aspecto de la cuestión.

En nuestro sistema constitucional corresponde a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad del Estatuto Fundamental. A ella se le confía.

Típica es esta atribución de la Corte, y nuestra. Quizá en ninguna organización de los Estados contemporáneos exista una facultad tan amplia y tan ponderadora de las normas esenciales del Estado y de la defensa del Derecho como ésta, que es una función política. Puede decirse que la Corte Suprema es a manera de un albacea del Constituyente, que al desaparecer o cesar en funciones, instituye sin embargo a la Corte de un poder de vigilancia para que en todo tiempo y en todo caso haga que se cumplan las normas que trazó para la organización del Estado y dirima los conflictos que se susciten respecto de cualquier acto o de cualquiera génesis de acto que pueda vulnerar lo esencial, lo fundamental del Derecho Público, o que lesione su estructura o cualquiera otra garantía de las que consagra la Carta.

Preciso es tener en cuenta, al aplicar ese principio vivificante de nuestra Constitución y defensor del Derecho, que ese principio, en esa integridad sólo aparece como regla fundamental, consagrado por el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, que vino a sustituír el numeral 4º del artículo 151 de la primitiva Constitución de 1886.

Ese numeral 4º atribuía a la Corte únicamente esta función:

"4º Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales".

Empero, el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, al confiar a la Corte la guarda de la integridad de la Constitución, no sólo acabó con la presunción de la constitucionalidad de las leyes, principio que formuló el artículo 6º de la Ley 153 de 1887, sino que dio a la Corte una facultad completa para decidir acerca de la conformidad de cualquier norma o acto con el espíritu de la Ley Fundamental, cualquiera que fuese su procedencia.

Esa reforma vigente es hoy el artículo 149 de la Constitución, que dice:

"A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

"Decidir definitivamente 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, previa audiencia del Procurador General de la Nación".

El 2º inciso de este mandato constitucional reafirma en su primera parte la condición de árbitro que atribuía a la Corte el artículo 90 de la Constitución primitiva de 1886, hoy vigente también y que corresponde al artículo 83 en la nueva nomenclatura y que se refiere al caso de proyectos objetados por inconstitucionales por el Organo Ejecutivo.

En seguida ese mismo artículo hace referencia a todas las leyes o decretos acusados ante la Corte por cualquier ciudadano como inconstitucionales, e igualmente le da la calidad de árbitro, pues todo eso significa confiarle la guarda de la integridad de la Constitución, o sea, decidir sobre la armonía con la regla suprema en defensa del Derecho. Pero tanto como cuando se trata del primero como cuando se trata del segundo, el mandato constitucional llama a colaborar al Procurador General de la Nación, pues en uno y en otro caso se abre un debate sobre la integridad de la Constitución lesionada por cualquier aspecto.

De allí que el inciso que se comenta diga que debe haber previa audiencia del Procurador.

Es tan clara la redacción del artículo constitucional, que no es posible desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Y es tan neto, tan justo en su redacción misma y guarda tal unidad de pensamiento y corresponde a una tendencia tan definida como fue la de someter todos los actos o actividades del Organo Ejecutivo o del Organo Legislativo a su confrontación con la Regla Suprema por parte de la Corte, que no es posible separar ninguno de los miembros de ese inciso sin desvirtuar el significado alto y comprensivo que informa ese mandato.

De allí que, conforme a su espíritu y no sólo gramaticalmente, la frase "previa audiencia del Procurador General de la Nación", englobe, sea envolvente de todo el concepto y se refiera por lo mismo a todos los casos o emergencias que contempla el artículo.

En cuanto a que el artículo 83 de la Constitución señale a la Corte el término de seis días para decidir de la controversia, por lo cual queda excluído cualquier otro término destinado al traslado del Procurador, cabe observar:

a) Que este artículo es el mismo primitivo señalado con el número 90 de la Constitución de 1886;

b) Que, como ya se dijo antes, su objeto y finalidad quedaron englobados en el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, artículo que corresponde a la parte pertinente del artículo 149 de la nomenclatura actual de la Carta; y

c) Que subsistiendo ese principio tanto en el artículo 83 como en el 149, ha de dársele el alcance que le marcó este último por la trayectoria amplia para confrontar el caso que él contempla, y que no es otro que la defensa de la Constitución en su integridad cuando pueda considerarse lesionada por actos del Congreso que requieren para ser leyes la sanción del Organo Ejecutivo, y cuando esta sanción, alegando motivos de inconstitucionalidad, no la ejecuta el Presidente de la República, o sea, el otro Organo del Poder Público que interviene en la expedición de las leyes.

Vióse ya cómo el artículo 149 de la Constitución requiere audiencia del Procurador. Y por si alguna duda quedare referente a la decisión que debe dar la Corte dentro de seis días, sobre el caso, término señalado por el artículo 83, conviene recordar que conforme a la sección 3ª, artículo 21 de la Ley 61 de 1886, es decir, al tiempo en que la atribución de la Corte estaba limitada en estas cuestiones de exequibilidad a los actos legislativos que hubiesen sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, (numeral 4º del artículo 151 de la Constitución primitiva de 1886) y cuando no existía la reforma del año de 1910, hoy artículo 149 de la Constitución, la Ley 61 citada prescribía dar traslado al Procurador por el término de tres días.

Y agregaba la misma Ley en la parte pertinente que en el mismo auto en que esto se dispusiese, se señalaría para audiencia pública uno de los cinco días siguientes al en que terminase el traslado conferido al Procurador.

Más adelante la Ley prescribía que en la audiencia se oyese al Procurador, a un miembro del Senado y a otro de la Cámara de Representantes, hecho lo cual, pasada la audiencia, era cuando empezaba a correr el término de seis días de que habla el artículo 83 actual, antes 90 de la Constitución.

Rezaba así la parte final de esa disposición:

"La Corte resolverá por mayoría de votos y dentro de los seis días siguientes al de la terminación de la audiencia. Si declara que el acto acusado es exequible, el Presidente sancionará la ley; si declara lo contrario, se archivará el proyecto".

Esta interpretación del artículo, en cuanto a los términos, y el punto en que empiezan a correrse para que la Corte decida, es también una interpretación de autoridad hecha por el mismo Consejo de Delegatarios, o sea, el Cuerpo Constituyente de 1886.

Históricamente vale la pena de tenerse en cuenta como antecedente, como desenvolvimiento del mismo espíritu de la Constitución y del artículo 83, por sus mismos autores y porque, además, regía entonces la presunción de la constitucionalidad de todas las leyes expedidas con posterioridad a la Constitución (artículo 6º de la Ley 153 de 1887).

No existe, pues, contradicción entre el acuerdo de la Corte de 1º de octubre de 1914, que señala también cuándo empieza a correrse el término de los seis días y dispone traslado previo al Procurador y el artículo 83, antes 90 del Estatuto.

Como la Ley 61 de 1886, en su sección 3ª del artículo 21, que establecía la tramitación aplicable al caso del artículo 83, quedó reformada primero por el artículo 323 de la Ley 153 de 1887 y derogada luégo por la expedición del Acto Legislativo número 3 de 1910, y éste, en su artículo 41, ordenó que se oyera previamente al Procurador cuandoquiera que por el Gobierno se objetasen como inconstitucionales los actos legislativos, la Corte, atemperándose al carácter debatido del asunto, señaló un procedimiento cónsono con el propósito del artículo constitucional y con la índole de la controversia.

La jurisprudencia es para eso, para salvaguardiar el derecho y hacer respetar sus garantías, aun en las fórmulas.

El Acuerdo número 10 de la Corte, a que se refiere el Procurador y que encuentra contradictorio con la letra y el espíritu de la disposición constitucional contenida en el artículo 83 y que es el corolario que el Procurador deduce como favorable a su tesis, dice así:

"ACUERDO NUMERO 10

"Corte Suprema de Justicia—Corte Plena—Bogotá, primero de octubre de mil novecientos catorce.

"La Corte Suprema de Justicia,

"CONSIDERANDO:

"Primero. Que según el artículo 90 de la Constitución, la Corte debe decidir, dentro de seis días, sobre la exequibilidad de los proyectos de ley objetados por el Presidente de la República, por inconstitucionales, cuando han sido declaradas infundadas las objeciones por las Cámaras;

"Segundo. Que antes de expedirse el Acto reformatorio número 3 de 1910 y derogado como había sido lo dispuesto en la Sección 3ª del artículo 21 de la Ley 61 de 1886, que establecía la tramitación aplicable al caso de que se trata, el término para fallar debía contarse desde el día siguiente al de la llegada del expediente a la Corte;

"Tercero. Que el artículo 41 del Acto reformatorio citado ordenó que se oyera previamente al señor Procurador General de la Nación en el caso de proyectos de ley objetados como inconstitucionales por el Gobierno;

"Cuarto. Que, por lo mismo, antes del fallo definitivo, debe dictarse por el Magistrado sustanciador el auto en que se ordena el traslado, y concederse a aquel funcionario un término para que emita su concepto; y

"Quinto. Que el tiempo empleado en esta tramitación, así como el de que dispone el señor Procurador para rendir su dictamen, no pueden computarse en el término que tiene la Corte para decidir, ya que es regla general de procedimiento que los plazos para fallar no empiezan a contarse sino desde que el expediente queda a disposición del respectivo funcionario, con el objeto de preparar la sentencia,

"ACUERDA:

"El término de seis días señalado a la Corte para resolver las cuestiones de que trata el artículo 90 de la Carta Fundamental, empezará a contarse desde el día siguiente al en que se pone al despacho del Magistrado sustanciador el respectivo proceso, después de que el señor Procurador haya evacuado el traslado.

"Publíquese este Acuerdo en la Gaceta Judicial, y dése cuenta al Gobierno y a las honorables Cámaras Legislativas".

La procedencia de este Acuerdo es tan armónica con la índole del artículo 83, con lo dispuesto por el artículo 149, ambos de la Constitución vigente, y con la misma regla procedimental de la Ley 61 de 1886, que, lejos de contradecir la disposición constitucional materia del reparo, se acomoda a ella por la complementación y alcance que le dio el artículo 149 del Estatuto, regla que es posterior a la contenida en el artículo 83.

Jurisprudencia constitucional de la Corte en esta materia se ha venido consagrando desde 1913, toda vez que a su estudio y decisión ha venido un caso como el presente, en el cual se trata de la función que a la Corte incumbe por el artículo 83, antes 90. Y así siempre que se ha dado traslado al Procurador. El Acuerdo número 3 de 29 de noviembre de 1913, por el cual se resolvió acerca de objeciones "sobre Régimen Político y Municipal" y que declaró exequible dicho proyecto de ley, fue tramitado oyendo al Procurador, es decir, con traslado y audiencia del mismo. Cosa análoga ocurrió con otras objeciones referentes a la creación del Tribunal de Pereira, decisión que corre publicada en la Gaceta Judicial número 1838, Tomo 38, página 363.

Lejos, pues, de ser contrario a la letra y al espíritu de la Constitución el trámite del traslado al Procurador, es cónsono con ella. El Acuerdo de la Corte, siguiendo la Ley 61 de 1886, y atemperándose al artículo 149 actual de la Carta, ha traducido fielmente esa concordancia y armonía.

Respecto de la alusión que el señor Procurador hace al artículo 3º de la Ley 83 de 1936, como desarrollo del principio constitucional contenido en el artículo 83 del Estatuto, cabe observar lo siguiente:

a) El primer miembro de ese artículo 3º reza:

"El Procurador General de la Nación desempeña por sí las funciones especiales que le señale la Constitución".

Vióse ya que el artículo 49 de la Carta determinó la ingerencia del Procurador en asuntos referentes a la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno. Por manera que el mismo artículo citado de la Ley está comprendiendo las funciones que la Constitución impone al Procurador en estos casos.

b) Y si ese mismo artículo 3º se considera en toda su integridad, sin separación de

sus componentes y hubiese por lo mismo de atenderse exclusivamente a la parte que reza al comparecimiento del Procurador ante la Corte Suprema de Justicia en los negocios de inexequibilidad de leyes y decretos cuando fueren acusados de inconstitucionalidad, y en todos los demás casos en que así lo determine el Gobierno, de acuerdo con las leyes, por reputarse esa parte como la principal y dominante y esencial del mandato legal, significaría sólo que el legislador al desarrollar el artículo constitucional fue deficiente. Deficiencia no significa contraposición, sino carencia de algo complementario para captar la integridad de un principio constitucional cuando se le glosa por una ley.

Empero, suponiendo que tal disposición hubiese de entenderse en significado tan restricto, la misma Constitución rechaza cualquiera anfibología, ya que ella estatuye en el artículo 150, que es el 40 del Acto Legislativo número 3 de 1910, y que está inspirado, además, en el mismo principio sobre el control jurisdiccional de las leyes, lo que sigue:

"Artículo 150. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

Es esa la solución del punto que el señor Procurador plantea al indicar el artículo 3º de la Ley 83 de 1936, como coadyuvante de su tesis.

Y es esa la misma consideración que hace la Corte ahora, y que no es más que una reproducción afirmativa del Acuerdo número 10 de 1º de octubre de 1914, y de la jurisprudencia constitucional de la Corte al respecto, la que así reafirma, con ocasión del estudio muy interesante y plausible del señor Procurador, que ha permitido considerar a espacio el procedimiento e intervención del Procurador General de la Nación en la garantía del control jurisdiccional de las leyes, que establece sin distingos de origen el Estatuto Fundamental de la República.

En atención a lo expuesto, retórnese al señor Procurador, para los efectos del auto de fecha 10 de los corrientes, este expediente, y con él término del traslado señalado en él.

II

Decidido el punto preliminar sobre intervención del Procurador, quien acatando las razones anteriormente expuestas, el procedimiento practicado en la Corte y la jurisprudencia constitucional al respecto, evacuó el traslado con su vista recibida el 14 de los corrientes, puesta al despacho al día siguiente útil, o sea, el 16 de mayo en curso, es precedente, dentro del término que señala el artículo 83 de la Carta, y que empieza a correrse, según lo tiene decidido la Corte por el Acuerdo número 10 de 1º de octubre de 1914, desde el día siguiente al en que se pone al despacho del Magistrado sustanciador el expediente, decididor del negocio.

Y como la vigencia de ese término empezó, según lo dicho, el 17 del presente mes de mayo, hállase la Corte para llenar la función que le encomienda el citado artículo 83 del Estatuto dentro del término que ese mismo artículo señala.

El proyecto de ley objetado por el órgano ejecutivo como inconstitucional, es del tenor siguiente:

"El Congreso de Colombia,

"DECRETA:

"Artículo 1º Los empleados subalternos de las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y los de las Fiscalías de los Juzgados Superiores, serán de libre nombramiento y remoción de los Fiscales respectivos.

"Artículo 2º Quedan derogadas todas las disposiciones contrarias a la presente ley.

"Dada en Bogotá a veintinueve de abril de mil novecientos treinta y ocho.

"El Presidente del Senado, (fdo.) Carlos V. Rey.—El Presidente de la Cámara de Representantes, (fdo.) Jesús A. Cardona.—El Secretario del Senado, (fdo.) Rafael Campo A.—El Secretario de la Cámara de Representates, (fdo.) Jorge Uribe Márquez".

El Organo Ejecutivo del Poder Público, haciendo uso de la facultad que le confiere el ordinal 7º del artículo 113 de la Constitución, y dentro del término que tiene para hacerlo, conforme al artículo 79 del Estatuto, objetó in integrum el proyecto de ley trascrito, en mensaje de fecha 9 de noviembre de 1937.

Vuelto a las Cámaras, la de Representantes en 28 de abril de 1938 declaró infundadas las objeciones de inconstitucionalidad formuladas por el Ejecutivo, y lo propio hizo la del Senado al día siguiente, una y otra por mayoría absoluta de sus miembros actuales.

La insistencia de las Cámaras Legislativas al desechar las objeciones del Organo Ejecutivo, hizo que éste pasara a la Corte Suprema para la decisión sobre inexequibi-

lidad, por tratarse de objeciones de inconstitucionalidad, y cumplir esta decisión al tenor del artículo 83 empleado por el 149 del Estatuto.

Objeta el Organo Ejecutivo de inconstitucional el proyecto de ley, por cuanto lo considera violatorio del artículo 114 de la Constitución, que en su ordinal 1º dice que corresponde al Presidente de la República: "nombrar y remover los funcionarios del Ministerio Público". Y agrega, además, como refuerzo de su tesis, que si bien es verdad que el artículo 114 habla de las funciones que le corresponden al Presidente de la República en "relación con el Poder Judicial", ello no implica que los funcionarios del Ministerio Público pertenezcan al Organo Judicial, porque si éstos son cooperadores de la administración de justicia, también es cierto que no todas las funciones del Ministerio Público se relacionan con esa rama del servicio público.

Y tanto así es —observa el Ejecutivo— que si se revisa el Título XIV de la Constitución se advierte en él y en las leyes vigentes relativas al funcionamiento del Ministerio Público, que los Fiscales de Tribunales y Juzgados Superiores tienen facultades administrativas diferentes de aquellas que se han asignado a quienes actúan directamente al servicio del Organo Judicial. Esos funcionarios asumen la representación de entidades de derecho público, supervigilan la conductta oficial de los empleados, protegen los derechos de las personas incapaces, y, en suma, realizan actividades propias del Organo Administrativo o Ejecutivo, por lo cual, precisamente, la Constitución ha conferido al Presidente de la República la facultad de nombrar y remover los funcionarios del Ministerio Público.

De otro lado, anotan las objeciones, "cuando el Constituyente ha querido que los empleados de inmediata dependencia de algunos funcionarios del Ministerio Público sean nombrados por éste, lo ha dispuesto en forma expresa, como cuando dijo, en el artículo 14 de la Constitución:

"Son funciones especiales del Procurador General de la Nación:

".....

"4º Nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia".

En síntesis: que cuando el nombramiento de esta clase de empleados se sale de la regla general de nombramiento inmediato del Presidente de la República, es porque así lo determina inequívocamente el propio Constituyente, como acontece en el ordinal 1º del artículo 114 del Estatuto.

El señor Procurador General de la Nación no comparte estas tesis.

Considera que el proyecto objetado por el Organo Ejecutivo es constitucional, que la Corte debe declararlo exequible. Para ello expone las siguientes razones:

"La tacha de inconstitucionalidad del referido proyecto la hace consistir el Gobierno en la oposición que advierte entre la atribución que le confiere al Presidente de la República el numeral 1º del artículo 114 de la Constitución para "nombrar y remover los funcionarios del Ministerio Público", y la autorización que les da el proyecto objetado a los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores para nombrar y remover libremente los empleados subalternos de su inmediata dependencia.

"En mi sentir no existe tal oposición, porque los empleados subalternos de las Fiscalías no son propiamente funcionarios del Ministerio Público, sino meros oficiales públicos, al tener del artículo 5º del Código sobre Régimen Político y Municipal.

"Dentro de los tres órganos primarios del Estado se hallan organismos que ejercen funciones derivadas y que obran en el ámbito de las atribuciones conferidas por la Constitución y leyes de la República. La multiplicidad y variedad de los servicios públicos y la unidad de dirección indispensable para coordinar y distribuír las energías sociales en todas las partes del organismo estadual, exigen una multitud de empleados distintos por la naturaleza de sus funciones y por su respectiva categoría, pero relacionándose entre sí por el vínculo de subordinación de los inferiores a los superiores y de autoridad de éstos sobre aquéllos. El conjunto de tales relaciones forma de los empleados públicos un orden jerárquico, y los empleados se clasifican en tres categorías: magistrados, simples funcionarios públicos y meros oficiales públicos (artículo 5º del Código de Régimen Político y Municipal).

"Magistrados, al tenor de la definición legal, son los empleados o funcionarios investidos de jurisdicción o autoridad.

"Simples funcionarios del Estado no son los que, por cualquier concepto, desempeñan una u otra función de carácter oficial, sino aquellos que tienen conferida por la Consti-

tución o leyes la realización regular y continua de una determinada actividad propia de un cargo público y que por consiguiente representan algo así como una derivación de la potestad soberana, puesto que, como lo dice la ley, "tienen funciones que no pueden ejecutar sino en su calidad de empleados", a diferencia de los **meros oficiales públicos**, que no tienen verdaderas funciones representativas del Estado, o como lo dice el artículo 5º del Código Político y Municipal, "empleados que ejercen funciones que cualquiera puede desempeñar, aun sin tener la calidad de empleado". A esta categoría pertenecen los empleados subalternos de las Fiscalías, a quienes no corresponden las funciones que determina el artículo 139 de la Constitución Política del Estado.

"Por consiguiente, la atribución constitucional del Presidente de la República para nombrar y remover los funcionarios del Ministerio Público no queda afectada en modo alguno con la autorización conferida en el proyecto a los Fiscales.

"La armonía constitucional del proyecto objetado se observa de manera más clara, si cabe, en presencia del artículo 115 de la Carta, que estatuye:

"Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:

".....

"5. Nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya previsión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según esta Constitución o **leyes posteriores**". (Subrayo).

"De modo que el legislador está facultado por la Constitución para conferir la autorización a que se refiere el proyecto.

"En razón de lo expuesto, conceptúo que debéis declarar exequible el "proyecto de ley por la cual se confiere una autorización a los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores de la República".

III

Para resolver, la Corte considera:

a) Es cierto que el Ministerio Público tiene una dualidad de funciones, que sus actividades se relacionan, unas, con el Organo Judicial, y otras, con el Administrativo.

Para apreciar la órbita de esas funciones es menester atenerse a la estructura general de la Constitución.

El Ministerio Público en nuestro sistema es un departamento, una sección del Organo Ejecutivo, cuyas funciones se relacionan directamente con el Organo Judicial, y por ello el artículo 114 dice que corresponde al Presidente de la República, en relación con el Poder Judicial, nombrar y remover los funcionarios del Ministerio Público.

Pero también el Ministerio Público se roza con lo administrativo. Ejerce, pues, funciones duales.

Por ello el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, vela por el exacto cumplimiento de las leyes, lo que ejecuta en lo complejo de la administración por el medio directo que le proporcionan los agentes del Ministerio Público.

En lo judicial el Ministerio Público se ejerce por la Cámara de Representantes, el Procurador General de la Nación, los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores, los Fiscales de los Juzgados de Circuito y los Personeros Municipales (artículo 159, Ley 105 de 1931).

Pero en esta jerarquía tales funcionarios, que son a la vez colaboradores del Organo Judicial y asumen la representación de entidades públicas y guardan y hacen guardar las leyes, su previsión y nombramiento no compete exclusivamente al Organo Ejecutivo.

El Procurador General de la Nación, para no hablar de la Cámara de Representantes que tiene un origen popular, es designado directamente por el Presidente de la República (artículo 114, numeral 1º), los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores, por disposición expresa de la Constitución, de ternas presentadas por las Asambleas Departamentales (artículo 186, numeral 3º).

Los Personeros Municipales, también por disposición constitucional, por el respectivo Concejo Municipal (artículo 195 de la Constitución Nacional).

Luego la Constitución misma no asienta una regla general y estricta sobre el particular, y ello debido a las enmiendas que le introdujo la Reforma de 1910.

b) Como lo anota el Procurador, el Código Político y Municipal hace diferenciaciones entre funcionarios y meros oficiales públicos, y aun ciñéndose a la letra del artículo 114, habría de estarse al significado técnico que tiene el vocablo "funcionario" conforme al artículo 28 del Código Civil, por haberlo definido expresamente el legislador, dándole una significación específica.

c) Donde se ve más claramente que el proyecto objetado no pugna con la Consti-

tución,. —así lo anota el señor Procurador General— es al confrontarlo con el artículo 115 que establece en su inciso 5º, lo siguiente:

"Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:

".....

"5º Nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya previsión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según esta Constitución o leyes posteriores".

Por manera que la Constitución permite, fuera de los casos de provisión directa, el que haya empleados para los cuales la ley puede autorizar su nombramiento, a autoridades administrativas, a funcionarios administrativos, distintos del Presidente de la República cuando el legislador lo determine así, y siempre que no exista una disposición constitucional que estatuya que el nombramiento o la designación del empleado corresponde hacerlo a determinada entidad constitucional, en cuyo caso sí se vulneraría el Estatuto Fundamental.

No es, pues, contrario a la Constitución lo dispuesto en el proyecto de ley objetado por el Organo Ejecutivo. No la contraría, no es opuesto a su índole.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de las atribuciones que le confieren el artículo 83 y el 149 de la Contitución Nacional, declara que es exequible en todas sus partes el proyecto de ley "por la cual se concede una autorización a los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores de la República", proyecto objetado por inconstitucional por el Organo Ejecutivo del Poder Público.

Cópiese, notifíquese. Devuélvase el expediente al Organo Ejecutivo para los fines previstos en el artículo 83 de la Constitución. Publíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza.—Salvador Iglesias.—Fulgencio Lequerica Vélez.—José Antonio Montalvo.—Juan Francisco Mújica.—Pedro Alejo Rodríguez.— Hernán Salamanca.—Eleuterio Serna R.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

DEMANDA SOBRE LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD.—SOCIEDAD EN LIQUIDACION.—REGISTRO DEL EXTRACTO DE ESCRITURA SOCIAL. — CARGO SOBBRE INCONGRUENCIA

Cuando expira sin haberse oportunamente prorrogado el término fijado inicialmente para la duración de una sociedad, ésta entra en liquidación, estado que no deja de ser tal porque, en vez de proveerse en lo tocante a bienes sociales y a operaciones pendientes a lo que corresponde a la tarea de liquidar (C. Co. arts. 538 a 544), se continúen las actividades respectivas cual si el plazo no estuvise vencido. Este trueque de actitudes podrá crear en su caso situaciones anormales y equívocas y hasta acarrear sanciones; pero no constituye lo que se entiende por sociedad de hecho ante el citado art. 2083.—2. El registro comercial del extracto es una nueva formalidad especial que ha de sumarse a las de escritura pública y registro civil. El contrato no queda perfecto sino cuando se han cumplido esas tres formalidades. 3. Cuando la sentencia es totalmente absolutoria no cabe tacharla de incongruente con las pretensiones del libelo.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Ricardo Pinzón, en demanda repartida al Juzgado 1º del Circuito de Manizales, pidió que en vía ordinaria se le reconozca como interesado en Francisco Serrano & Compañía y se decrete la liquidación de esta sociedad y a ello se proceda por partidor nombrado judicialmente y sobre el inventario y avalúo de los bienes de la sucesión del señor Francisco Serrano. Señaló como demandados: a) A este señor en la persona de su cónyuge sobreviviente señora María Arias, casada en segundas nupcias con el señor Luis Carlos Gómez, y en la de sus herederos que son sus hijos Carlos e Inés Serrano, mayores, los menores Jorge, Ofelia y Leonor Serrano, representados por su guardador señora Leonor Restrepo viuda de Arias, y Laura Serrano, casada con el señor Eduardo Caicedo; b) A don Carlos E. Pinzón, en la persona de su viuda señora Adelina Hoyos, y de sus herederos, que son sus hijos Carlos, Alberto, Alicia, María Emma y Antonio Pinzón, la señora Cecilia Pinzón, casada con el señor Mario Camargo, y la señora Sofía Pinzón, casada con el doctor Julio Zuloaga; c) A los maridos de las señoras casadas nombradas en los puntos precedentes, y d) A la señora Mercedes Posada viuda de Pinzón y los señores Juan y Julián Pinzón.

Tras de dificultades de innecesario relato quedó al fin notificada la demanda a todos los demandados, y abierta la causa a prueba (julio 5 de 1933) y ordenado traslado para alegar (1º del subsiguiente agosto), el Juzgado sentenció (marzo 16 de 1934) absolviendo a los demandados por carecer el demandante de la acción ejercitada. Apeló éste de ese fallo y el Tribunal Superior lo confirmó en el de 16 de diciembre de 1935, contra el cual recurrió en casación.

Concedido el recurso, se demoró el envío del expediente, el que no vino a repartirse en la Corte hasta el 10 de octubre de 1936, a que se agrega que hubo de devolverse éste al Tribunal para que subsanase cierta informalidad, por lo cual no pudo proveerse a admisión y traslados sino a partir de marzo de 1937 en que llegó a la Corte de nuevo.

Antecedentes

Los señores Francisco Serrano y Carlos E. Pinzón, por medio de la escritura número 14 ante el Notario 1º de Manizales, el 6 de enero de 1908 (Cdno. 1º, fols. 18 a 20)

constituyeron la sociedad comercial colectiva Francisco Serrano & Compañía; y por escritura número 366, ante el Notario 2º de este Circuito, el 13 de abril de 1916 (fols. 21 y 22 ibidem), citando la de 1908 que se acaba de mencionar y advirtiendo que su plazo expiró el 6 de enero de 1913 y que sin embargo continuaron las operaciones y negocios de esa firma, declaran validar estos negocios y operaciones y prorrogarla por tres años, o sea, hasta el 13 de abril de 1919. En ambos instrumentos el otorgante Pinzón manifiesta obrar en representación de Pinzón & Compañía, sociedad comercial de ese domicilio, de la que expresa ser socios él, los señores Juan, Julián y Ricardo Pinzón y la señora Mercedes Posada viuda de Pinzón. Se advierte que la sociedad primeramente nombrada se constituyó entre el señor Serrano y Pinzón & Compañía.

El señor Carlos E. Pinzón y la señora Posada viuda de Pinzón otorgaron ante dicho Notario 2º el 29 de abril de 1920 la escritura número 564, en la cual, evocando la que dicen haber otorgado con el número 103 de 28 de enero de 1896 para formar entre los dos la sociedad Pinzón & Compañía y manifestando que a pesar de haber ésta expirado el 31 de diciembre de 1899 había continuado de hecho, declaran validar lo actuado así en ese lapso y constituírla de nuevo por el resto del mismo año de 1920 (Cdno. 2º, fols. 18 a 20). El señor Serrano murió el 7 de marzo de 1919 (Cdno. 1º, fol. 17); y, muerto don Carlos E. Pinzón el 16 de diciembre de 1925, su causa mortuoria se abrió por auto de 16 de febrero de 1926 que reconoce como herederos suyos a sus hijos y tiene como parte a su viuda, que son unos y otra las personas contra quienes como tales se dirige la demanda del presente juicio y que atrás se nombraron (fols. 24 a 26 ibidem).

Estos hechos son los cardinales de entre los que como fundamentales aduce la demanda para sostener el interés del actor en Francisco Serrano & Compañía y pedir su liquidación, tanto en las épocas amparadas por las citadas escrituras públicas, para lo cual se apoya en el Art. 2124 del C. C. en relación con el 2141 ibidem, como en la época intermedia calificada por él de sociedad de hecho, para lo cual invoca el Art. 2083 del mismo Código.

La sentencia acusada

El Tribunal, acogiendo la opinión del Juzgado, no encuentra satisfactoriamente acreditada la existencia de la sociedad de cuya liquidación se trata, y advierte que, aunque lo estuviera, habría de negar también las pretensiones del demandante, por la razón decisiva de no podérsele reputar interesado o partícipe en ella. De aquí la excepción de carencia de acción que el fallo declara y que desde su respuesta al libelo inicial opusieron todos los demandados, salvo sólo los señores Juan y Julián Pinzón.

El razonamiento que conduce al Tribunal a esa conclusión puede resumirse así: en la escritura de 1920, única prueba de esa clase existente en el proceso sobre constitución de Pinzón & Compañía, figuran exclusivamente como socios Carlos E. Pinzón y señora Posada de Pinzón, o sea, sus únicos otorgantes; y ello es así, tanto al proveer así a la nueva constitución de esa firma para el resto de ese año, como al declarar lo pertinente a la primitiva formación de la misma firma, que ellos remontan al 28 de enero de 1896, al referirse a la continuación de sus operaciones en el lapso intermedio y al pactar la distribución de ganancias y pérdidas en un 55% para don Carlos y un 45% para la señora, sin que en forma alguna aludan siquiera a otra persona como socio.

Y la declaración de don Carlos en sus dos escrituras con Serrano acerca de que Pinzón & Compañía era sociedad de que Ricardo Pinzón hacía parte, tampoco establece para el Tribunal prueba de este hecho ni, menos, de que fuera socio de Francisco Serrano & Compañía o interesado en esta sociedad, que es de la que se trata en el presente pleito, porque en esas escrituras obró Carlos E. Pinzón no en representación de Ricardo, que ninguna aparece haber tenido, sino de Pinzón & Compañía, como gerente; porque la sociedad es persona distinta de cada socio; porque como administrador de una sociedad no puede llevar su representación más allá de donde el respectivo contrato y la ley establezcan sus facultades, entre las cuales no figura la de introducir socios distintos, y porque él no podía dar, ni aparece que diera el consentimiento del otro socio (señora Posada de Pinzón). Además, el asociado con Serrano para formar a Francisco Serrano & Compañía no fue ninguno de los Pinzón personalmente ni el grupo de estos hermanos, sino la Sociedad Pinzón & Compañía.

Comparte también el Tribunal el concepto del Juzgado sobre faltar elementos probatorios que acrediten legalmente la constitución de Francisco Serrano & Compañía, como ya se dijo. Esos elementos que echa menos son la publicación del extracto y el respectivo ejemplar del periódico, sobre lo cual citan

los Arts. 470 a 472 del C. Co.; pero advierte que, aun con ellos, sería inadmisible la demanda por lo antedicho sobre imposibilidad de tener al actual demandante por socio.

En segunda instancia hizo venir el apelante como prueba copia de la sentencia de primera instancia y de parte de la segunda en el juicio ordinario seguido por él contra la señora Posada de Pinzón y contra los señores Juan, Julián y Carlos E. Pinzón, éste en la persona de su viuda y herederos prenombrados, con el fin de que se decretara la liquidación de Pinzón & Compañía y se ordenara hacerla sobre ciertas bases, entre ellas la de reconocer a Ricardo Pinzón, demandante en ese juicio también, como ya se dijo, su calidad de socio en cuantía de décima parte. (Cdno, 2º, fols. 10 a 17).

De esas copias aparece que el Juzgado pronunció el decreto de liquidación y que su fallo lo reformó el Tribunal en cuanto de esa condena u orden eximió a la señora Posada y a Juan y Julián Pinzón y la mantuvo contra la viuda y herederos prenombrados de Carlos E. Pinzón.

Para negarse a considerar esas copias como prueba y a tomarlas como base de decisión, el Tribunal en el presente juicio razonó así: si esa sentencia está ejecutoriada, falta su registro (C. C. Arts. 2652, núm, 2º y 2673), y si no lo está, puede hallarse aún expuesta o sujeta a algún recurso.

Y efectivamente lo estaba al de casación en que la Corte Suprema en fallo de 9 de noviembre de 1934, que obra en el archivo de esta corporación, casó el del Tribunal, revocó el del Juez y absolvió a todos los demandados de los cargos de la demanda.

Este fue el fundamento de la excepción de cosa juzgada invocada en el presente pleito desde la contestación de la demanda inicial, excepción en cuyo estudio no estró el sentenciador por haber acogido la de carencia de acción antedicha.

El recurso

Invoca el recurrente las causales establecidas por el Art. 520 del C. J. en sus numerales 1º y 2º y en uno y otro formula los cargos que pasan a estudiarse.

I

Error de derecho en la apreciación de las citadas escrituras, destinación de su fuerza probatoria contra lo establecido por el Art. 1759 del C. C. y consiguiente violación de los Arts. 2083 y 2124 de esta obra.

Como en el fondo la negativa del Tribunal proviene de carecer el demandante de la calidad de socio y del consiguiente interés jurídico en la liquidación que pide se decrete de Francisco Serrano & Compañía, el cargo que acaba de expresarse es el de mayor trascendencia en su demanda de casación. De ahí que se le estudie en primer lugar (C. J. Art. 537).

Consiste, al decir del recurrente, en que las declaraciones hechas en instrumento público hacen plena fe contra los declarantes y contra quienes les sucedan a título universal o singular, al tenor de dicho Art. 1759, y en que, a pesar de haberse declarado en escrituras otorgadas por Francisco Serrano y Carlos E. Pinzón (las citadas de 1908 y 1916) que Pinzón & Compañía era sociedad formada por Carlos, Juan, Julián y Ricardo Pinzón y señora Posada de Pinzón, el Tribunal desconoce este hecho, así como desconoce que la señora Posada de Pinzón refrendó aquella manifestación de Carlos al otorgar con éste la citada escritura de 1920. El recurrente completa el cargo diciendo que por ese error de apreciación de tales escrituras públicas se ha dejado de decretar la liquidación demandada y se ha quebrantado dicho Art. 2124, en lo tocante a las épocas de sociedad regular y dicho Art. 2083 en lo tocante a las de sociedad que él califica de hecho.

La Corte considera:

Cuando expira sin haberse oportunamente prorrogado el término fijado inicialmente para la duración de una sociedad, ésta entra en liquidación, estado que no deja de ser tal porque, en vez de proveerse en lo tocante a bienes sociales y a operaciones pendientes a lo que corresponde a la tarea de liquidar (C. Co., Arts. 538 a 544), se continúen las actividades respectivas cual si el plazo no estuviese vencido. Este trueque de actitudes podrá crear en su caso situaciones anormales y equívocas y hasta acarrear sanciones; pero no constituye lo que se entiende por sociedad de hecho ante el citado Art. 2083.

Es de verse que esta corrección al concepto del demandante a que acaba de aludirse en nada empece al fondo de su demanda, puesto que ésta no se funda en que la sociedad tuviera o no tal calidad, sino en que ha habido una sociedad y que ella está aún ilíquida.

Lo cardinal sigue, pues, siendo la cuestión, repetidamente presentada aquí, de si el demandante tiene en aquélla la calidad de

socio que lo invista del interés jurídico indispensable para demandar lo que su libelo suplica.

Es verdad que en la escritura de 1908 manifestó Carlos E. Pinzón que Pinzón & Compañía, que era quien allí se asociaba con Serrano, estaba formada por él, la señora Posada y Juan, Julián y Ricardo Pinzón; es verdad que fue también como gerente de Pinzón & Compañía como Carlos otorgó la citada escritura de 1916; es verdad que Serrano fue también otorgante de ambos instrumentos, y es verdad que la señora Posada de Pinzón fue otorgante junto con Carlos de la escritura de 1920. Pero de ahí no se sigue la comprobación legal de que el actual demandante tenga la calidad que invoca.

En efecto, esa escritura de 1920, que es la única prueba de esta clase que obra en el proceso respecto de Pinzón & Compañía, no menciona en manera alguna persona distinta de sus dos otorgantes como socio de esta firma. Y esto llama particularmente la atención al recordar que ese instrumento se detiene a historiar, así sea con la obligada brevedad de documentos de su índole, toda la vida de esa compañía desde la escritura de su fundación en 1896 y su fecha de disolución (31 de diciembre de 1899) pasando por el lapso transcurrido de ahí a la fecha de aquella escritura (29 de abril de 1920), y que pacta de nuevo asociación por el resto del año sólo entre sus dos otorgantes, únicos participantes en utilidades y pérdidas, según cláusula que, así, impediría toda duda sobre personal de la compañía, si acaso todo el tenor de ese instrumento, clarísimo también en sus cláusulas restantes, permitiera dudas sobre si a más de sus dos otorgantes había otros socios.

No puede olvidarse que no hay socio sin aporte y sin participación de beneficios (C. C. Art. 2081, C. Co. Art. 493).

Así, pues, la manifestación de Carlos E. Pinzón en sus escrituras con Serrano que Pinzón & Compañía tenía, a más de aquél y de la señora Posada de Pinzón, a Juan, Julián y Ricardo Pinzón como socios, choca contra el texto expreso de la escritura pública única que sobre esta sociedad obra en el expediente. Y en el conflicto entre aquella simple manifestación y este instrumento público la prevalencia de esta prueba es incuestionable, máxime tratándose de contrato solemne.

Aunque esta consideración define el punto, no sobra advertir que el hecho de declarar los dos otorgantes de la escritura de 1920 (Carlos E. Pinzón y señora Posada viuda de Pinzón) su voluntar de validar lo actuado por Carlos con la firma Pinzón & Compañía hasta entonces y a partir de su disolución, no puede a ciegas entenderse como prenda de validez de cuanto respecto de Pinzón & Compañía hubiera dicho su gerente. Así, es inadmisible la reflexión del demandante en cuanto de esa voluntad de validar las aludidas operaciones y negocios deduzca ánimo y consentimiento de la señora para hacer socio al actual demandante porque don Carlos lo mencionara como tal al asociar a Pinzón & Compañía con el señor Serrano. Por donde se halla justificada la observación del Tribunal a este respecto.

A que se agrega lo antedicho sobre exigencias legales de fondo y de forma indispensable para ser alguien socio de una compañía. La de que se está hablando es regular colectiva de comercio.

Por otra parte, como se ha dicho, el asociado con Serrano fue Pinzón & Compañía; de manera que sería como socio de esta casa como el demandante habría entrado a serlo de Franciosco Serrano & Compañía. Así razona él, así formula los hechos fundamentales de su libelo, así demanda. Por tanto, no teniendo la calidad de socio de Pinzón & Compañía, no puede reputársele socio de aquella otra firma, que es de la que se trata en este pleito.

Estas reflexiones obligan a rechazar el cargo que se está estudiando, para lo cual no ha sido necesario aducir la referida sentencia de 1934 que dejó juzgada negativamente para Ricardo Pinzón su pretensión de que se le tenga por socio de Pinzón & Compañía.

Violación de los Arts. 467 a 477 del C. Co. por aplicación indebida, siendo así que el demandante se refiere a sociedad de hecho que, por lo mismo, no llenó ni tiene por qué ser rechazada por no haber llenado, los requisitos de que hablan esas disposiciones en relación con sociedades regulares.

Se considera:

Por lo que respecta a Pinzón & Compañía, queda estudiado y visto que el demandante no puede ser tenido por socio, trátese de la época sobre la cual se comprobó aquí que se llenaron aquellos requisitos (año de 1920 a partir del 29 de abril, fecha de otorgamiento de la escritura citada), trátese de la época anterior, de que habla ese mismo instrumento de 1920 analizado aquí ya. El cargo de violación de las disposiciones que acaban

de traerse a cuento, no es, pues, pertinente en lo atañedero a esa firma.

Respecto de Francisco Serrano & Compañía, bastaría repetir que el fundamento de la negativa dada al demandante por el Tribunal no está sólo en la falta de aquellos requisitos, sino en no ser Pinzón socio de esta casa, conclusión a que llegaría el Tribunal, según él mismo lo advierte, aunque no hallara aquellos reparos de forma.

Pero, aunque esta reflexión bastara para reconocer que el cargo no puede prosperar en el sentido de que, en acogiéndolo, se informara la sentencia recurrida, conviene agregar algunas reflexiones.

El Tribunal estaba obligado a reconocer, como satisfactoria que es, la comprobación de haberse constituído esa firma por los respectivos plazos, mediante las citadas escrituras de 1908 y 1916, porque ambas vinieron en copia notarial registrada desde que se inició el juicio, con lo que habría bastado, a lo que el actor a mayor abundamiento añadió desde entonces certificado del Registrador sobre vigencia de las inscripciones y en la segunda instancia el de la Cámara de Comercio de Manizales que acredita que en la Secretaría del Juzgado de ese Circuito se registró el extracto (Cdno, 2º fols. 8 y 9).

La Corte en sentencia de 10 de marzo de 1936 estudió detendamente estos detalles de solemnidad y dijo (pá. 560. Tomo XLIII de Gaceta Judicial): "El registro comercial del extracto es una nueva formalidad especial que ha de sumarse a las de escritura pública y registro civil. El contrato no queda perfecto sino cuando se han cumplido esas tres formalidades".

Violación de los Arts. 512 y 527 del C. Co. por aplicación indebida, en cuanto, no es de juzgarse a la luz de ellos ni limitarse por las lindes de ellos para la administración de sociedad regular, lo declarado y hecho por Carlos E. Pinzón en las escrituras con Serrano de 1908 y 1916, otorgadas en una época en que Pinzón & Compañía no era sociedad de esa clase por ser anterior al 29 de abril de 1920, fecha de la única escritura que obra en autos sobre esta compañía.

Este cargo queda contestado en lo estudiado ya sobre el hecho decisivo de no poderse considerar a Ricardo Pinzón como socio de esa compañía. Allí se vio que esto proviene de razones enteramente independientes y distintas de que en tal o cual lapso esa sociedad, así como la de Francisco Serrano & Compañía, estuvieran funcionando dentro o fuéra de los períodos señalados en sus respectivas escrituras.

Por tanto, aunque se siguiera al recurrente en su concepto de inaplicabilidad, la sentencia recurrida seguiría en pie, sostenida por aquellas razones.

Por lo que hace al Art. 477 de ese Código, no se advierte cómo pudiera violarse, siendo así que se refiere a relaciones con terceros y que aquí se presenta Pinzón demandado como socio.

Violación de los Arts. 1758 del C. C. y 603, 630, 631 y 632 del C. J., por desoír el Tribunal las citadas escrituras públicas dejando de dar a sus declaraciones el alcance que tienen contra los demandados sucesores de los otorgantes.

Queda estudiado y rechazado este cargo en el estudio precedente, en especial en lo relacionado con el Art. 1759 del C. C.

Violación de los Arts. 2083, 2084 y 2124 del C. C. y 535 y 536 del C. Co., por haberlos dejado de aplicar al negarse el Tribunal a reconocer que la sociedad de que trata la demanda debe liquidarse.

El cargo es inadmisible, pues que las disposiciones sobre liquidación no tuvieron siquiera por qué tocarse, siendo así que el Tribunal ni ocasión tuvo de contemplar los hechos y circunstancias pertinentes, cabalmente por haber hallado que el actor no demostró tener la acción encaminada a eso.

El, después de exponer los antecedentes y hechos fundamentales, formula la parte petitoria de su libelo en las palabras que en lo pertinente pasan a copiarse (fols. 29. Cdno. principal):

"Por las razones expuestas, yo, Ricardo Pinzón, mayor de edad, vecino de este distrito, en mi propio nombre, establezco ante usted demanda civil ordinaria sobre disolución, liquidación y partición de los bienes pertenecientes a la sociedad colectiva de comercio que gira bajo la razón social de Francisco Serrano & Compañía, en mi carácter de socio que represento ocho acciones de las ciento que se dividió el haber social de dicha sociedad, demanda que dirijo contra..... ..... para que en sentencia definitiva

se declare: a) Que soy parte de la sociedad regular colectiva de comercio..... formada por los señores Francisco Serrano y Carlos E. Pinzón, obrando el primero en su propio nombre y el segundo en nombre y representación de la sociedad de hecho de Pinzón & Compañía, domiciliada en esta ciudad ..... b) Que por muerte del señor Francisco Serrano quedó disuelta la sociedad de Francisco Serrano & Compañía, y que por lo mismo se decrete la disolución, liquidación y partición de los bienes pertenecientes a esta sociedad, asignándoseme el ocho por ciento.....". Completan la intención de la demanda los puntos c) y d), relativo el uno a que el partidor debe nombralo el Juez, y el otro, a que los bienes sociales deben ser los indicados como tales en el inventario de la sucesión de Serrano y por el avalúo indicado en esa diligencia.

Esta transcripción hace ver con claridad qué pidió el demandante y cómo lo pidió, y por lo mismo corrobora los conceptos que a estos propósitos formuló la sentencia recurrida.

Es de advertirse que esa parte petitoria no contiene pedimento o acción especial acerca de los servicios que Pinzón dice haber prestado a esa compañía, lo que consecuencialmente no fue materia de controversia ni de probanzas, ni de fallo. Se habla de esto, porque Pinzón se detiene a hablar de tales servicios en el hecho noveno de su libelo.

II

Como se dijo, el recurrente aduce el motivo 2º de los del citado Art. 520, o sea, "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Una sentencia absolutoria atiende así a lo pedido y controvertido, sin que, así las cosas, pueda tachársele por fallar **extra petita** o **ultra petita** o por haberse abstenido de fallar algo que haya sido materia del pleito (C. J. Art. 481). No significa nada en contrario la circunstancia de que a esa absolución se llegue por carecer el demandante de la acción incoada. El cargo es, pues, inadmisible. No sobrará advertir, como en casos análogos lo ha hecho la Corte, que por dicha falta de consonancia no puede entenderse el mero hecho de que la sentencia favorezca o desfavorezca tales o cuales de aquellas pretensiones, en todo o en parte.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida o sea la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este asunto con fecha diez y seis de diciembre de mil novecientos treinta y cinco.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Juan Francisco Mújica—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ORDINARIO SOBRE POSESION DE UNA MINA.—EXCEPCION DE ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA

La ilegitimidad de la personería, que en unos casos puede oponerse preventivamente como excepción dilatoria y en otros puede determinar anulación de lo actuado, mira a la capacidad de las partes para litigar, según se trate de persona natural SUI JURIS o ALIENI JURIS y haya o no apoderado, y habiéndolo, sea satisfactoria o no la extensión del mandato; según el representante legal haya justificado o no serlo y ceñídose o no la las lindes respectivas; según, al tratarse de sociedad, corporación, institución, etc., se haya acreditado o no la calidad de quien por ella comparezca o haya actuado diciéndose su gerente, síndico, etc., y según las cláusulas de la escritura social o de los estatutos o las correspondientes disposiciones legales señalen sus atribuciones.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Va a decidirse el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de once de febrero último en que el Tribunal Superior de Pasto confirmó en segunda instancia la que en primera pronunció el Juzgado 2º del Circuito de Túquerres en el juicio ordinario sobre posesión de la mina La Sonrisa, seguido por Max Chaves contra la sociedad minera El Canadá y La Sonrisa representada por su presidente Nemesiano Rincón.

Antecedentes

En busca de claridad se citan en orden cronológico las siguientes piezas que obran en el cuaderno principal:

El título expedido con el número 950 por la gobernación de Nariño el 30 de julio de 1912 en favor de Salomón Hurtado, quien manifestó obtenerlo para sí y para Rubén Montezuma (fols. 1 a 3). Este título adjudica las varias minas allí detalladas por ubicación, linderos y pertenencias y entre ellas figuran la de que aquí se trata, jurisdicción del Municipio de Santacruz.

Auto del Juzgado 3º del Circuito de Pasto de 17 de febrero de 1931 (fols. 21 y 22). Por este auto dictado en la mortuoria de los consortes Salomón Hurtado y Natalia Benavides, se declaran herederos los hijos de este matrimonio: José María, Inés, Josefina, Ester y Beatriz.

Escritura número 227 otorgada ante el Notario 1º de Pasto el 17 de julio de 1933 (fols. 5 a 10). En este instrumento dichos herederos junto con los señores Gonzalo Rodríguez y Nemesiano Rincón, maridos respectivamente de Josefina y Ester, haciéndose representar Inés por apoderado, constituyeron con el prenombrado Montezuma la sociedad prenombrada, o sea, la que litiga en este juicio, a la que quedó aportado por este señor como dueño inicial su aludida cuota, y por los Hurtados, en su dicha calidad de herederos, lo restante, esto es, la aludida cuota de Salomón Hurtado.

A la sazón ya Chaves había presentado a la Alcaldía de Santacruz su memorial de 12 de junio de 1933 (fol. 26) en que avisa como abandonada la mina en referencia y señala como últimos poseedores a Salomón Hurtado y otros.

El mismo Chaves, por medio de apoderado, en memorial registrado en la Gobernación de Nariño el 25 de septiembre de ese año (fol. 27) formuló denuncia de esa mina. Allí dice: "Fue su último poseedor la Compañía Minera del Canadá y La Sonrisa, a la que representa su presidente Nemesiano Rincón, vecino de esta ciudad; ahora se halla abandonada. Esa compañía sucedió en la posesión de la mina al señor Salomón Hurtado y otros". El 26 se opuso Rincón (fol. 16).

Ordenada en auto del 10 del subsiguiente octubre la publicación necesaria por tratarse de mina de antiguo descubrimiento (Art. 30 de la Ley 292 de 1875) y hecha aquélla y vencido el término respectivo, la Gobernación comisionó al Alcalde de Santacruz para lo tocante a posesión por medio de despacho y cartel anunciativo (fol. 12) que se fijó en la Alcaldía el 9 de enero de 1934 y se desfijó el 19 de febrero siguiente (fol. 13).

El 2 de marzo del mismo año el apoderado del presidente de aquella compañía presentó (fols. 18 y 19) acompañado del título original y de la escritura social antedichos, a que recayó el auto del Juzgado 1º del Circuito de Túquerres de 22 de los mismos en que, sobre el concepto de haberse formado oportunamente la oposición en atención a la desfijación del cartel y al término que a partir de ella da la ley, la dmitió y, en vista del título, declaró demandante al denunciante y le señaló plazo para presentar su demanda (numeral 1º del Art. 54 de la citada Ley 292).

Negada la reposición de ese auto y la apelación del mandatario de Chaves, se formuló por este apoderado la demanda que vino a ser la inicial del presente pleito, cuyas súplicas son estas dos declaraciones: esa sociedad no tiene derecho para oponerse y la oposición no se formuló en oportunidad. Son hechos fundamentales: 1º La mina La Sonrisa fue titulada en favor de Hurtado y Montezuma en 1912; 2º Estos la abandonaron; 3º La sociedad de que es presidente Rincón se estableció cuando ya la mina había sido abandonada y estaba denunciada por Chaves; 4º Esta sociedad es perfectamente distinta de la que había presidido Hurtado; 5º Los otorgantes de la escritura social de 1933 declaran terminada desde la muerte de Hurtado la primera compañía a que acaba de aludirse; 6º Rincón, presidente de la sociedad opositora, no ha sido dueño ni denunciante ni tampoco lo ha sido esta sociedad, y 7º El 2 de marzo de 1934 en que formalizó la oposición, ya se había vencido el término para hacerla.

Contestó la demanda el apoderado de dicho presidente de la sociedad demandada oponiéndose a que se hagan las declaraciones pedidas, las que además califica de improcedentes en forma de no dar base a un fallo, y conviniendo en algunos de los hechos, como son la expedición del título de 1912 y el otorgamiento de la escritura social de 1933, y negando los otros.

De otro lado se tienen estos antecedentes y elementos probatorios:

Por escritura número 295 ante el Notario 1º de Pasto el 30 de mayo de 1928 (fols. 81 a 83), Salomón Hurtado contrató con John H. Williams la explotación y exploración de las varias minas allí detalladas, de ellas La Sonrisa, y entre otras cosas se pactó que Williams quedaba obligado (cláusula cuarta) a seguir pagando el impuesto por todo el tiempo del contrato, que fue de diez y ocho años, y se advierte que él obra en representación de la sociedad minera La Golondrina y que esta compañía está formada por las personas que allí se nombran expresamente, de ellas el señor Walter A. Lane, a cada uno de los cuales Williams declara obligado a cuanto éste y su compañía asumen allí.

La escritura número 1024, otorgada ante el Notario 1º de Cartagena el 15 de septiembre de 1927 (fols. 69 a 78) acredita esas afirmaciones de Williams sobre existencia de su sociedad y personal de la misma.

Con fecha 26 de septiembre de 1935, por solicitud de pruebas, certifica el Administrador de Hacienda Nacional de Pasto, señor Adonías Bravo, que el impuesto anual de La Sonrisa correspondiente al año de 1931 se pagó el 2 de diciembre de ese año; que el 27 de enero de 1933 se pagó el de 1932; que el de 1933 se pagó el 9 de noviembre del mismo, y que el 7 de noviembre de 1934 se pagó el de 1934 (fols. 87 y 88).

En el cuaderno 2º que es el de pruebas de segunda instancia, se hallan estas certificaciones del mismo Administrador Bravo: la de 7 de octubre de 1934 (fol. 2 v.) que acredita el pago del impuesto correspondiente a los años de 1912 a 1935 inclusive, agregando que los han hecho "los interesados"; y la de 19 de junio de 1933 (fol. 4) en que dice que ese pago, por lo que respecta a las anualidades de 1931 y 1932 lo hizo Walter A. Lane "en nombre propio".

A folios 12 y 13 obra copia de los recibos de estos dos años, contentivos de esta última expresión.

En la primera instancia declaró el señor Lane (Cdno. 1º, fols. 89 y 90) y en la segunda también (Cdno. 2º, fols. 17 y 18). Sus declaraciones se resumen así: llegó a la mina a trabajarla enviado por el señor Williams y su compañía (La Golondrina), y no habiéndolo provisto de dinero ni de elementos, hubo él de conseguirlos con su crédito personal, procediendo por sí mismo y, a su turno, vendiendo por su propia cuenta el oro que extrajo. Corroborando esta última afirmación obran las dos declaraciones de folios 13 v. y 14 f. del cuaderno 2º. Y acerca de las relaciones entre el testigo Lane y el demandante Chaves, a las cuales para tachar a aquél se refirió el demandante, contrainterrogado Lane con ocasión de su declaración de segunda instancia ya citada, responde que en efecto Chaves es su amigo de la mayor intimidad y confianza, su intérprete y

su consejero en asuntos de minas (fol. 21, Cdno. 2º).

Respecto del mismo Lane, cuya intervención tiene la importancia que se verá adelante, el actor presentó certificado de 25 de octubre de 1936 sobre que Lane ha actuado en nombre propio en las querellas que en relación con la mina La Sonrisa se han seguido en la Alcaldía de Santacruz (fol. 22 **ibidem**); y por otra parte, el certificado del 22 del mismo octubre sobre que en las varias causas allí detalladas ha figurado como representante de la compañía La Golondrina (fol. 19).

Se ha hecho un relato del conjunto de probanzas acumulado en el proceso por obra de una y otra parte, porque las peculiaridades del pleito determinan que esa lista arroje luz, no sólo como de ordinario sobre las fuerzas de esa clase exhibidas por cada contendor, sino también sobre sus razones y, por ende, sobre el fondo de la controversia.

En efecto: ésta versa en primer lugar sobre si la sociedad demandada tiene el diminio y posesión que invoca como continuadora de los primitivos adjudicatarios, o si no existe conexión entre éstos y aquélla.

Esta cuestión se decide, en vista del título de 1912 y de la escritura social de 1933, en favor de la sociedad, por cuanto a ésta ingresó, como atrás se observó de paso y la lectura de este instrumento lo persuade, la cuota del primitivo dueño Montezuma, quien la llevó a la sociedad personalmente, y la cuota del otro primitivo dueño Hurtado, quien la llevó por medio de sus herederos. Esto vale como decir que hubo la conexión y continuidad contra las cuales se pronuncia el demandante. Es verdad que todos los prenombrados otorgantes de esa escritura social declaran que una primitiva sociedad, que dicen haber existido como de hecho entre Hurtado y Montezuma, terminó con la muerte de Hurtado y que por lo ocurrido durante aquélla se hallan a paz y salvo entre sí; pero, aunque entre la muerte de Hurtado y la constitución de la sociedad de 1933 transcurriera un lapso corto o largo, no puede de ahí deducirse la discontinuidad y desconexión antedichas, puesto que esa muerte no pudo significar caducidad del derecho de Hurtado, incuestionable trasmisible y efectivamente trasmitido a sus herederos. De modo que la vigencia del título de 1912 no sufrió alteración, ni interrupción, ni cesación porque muriese uno de los favorecidos con él, siendo así que continuó en la persona de sus herederos, tal como dispone el C. de Minas en su Art. 299 y el civil en sus Arts. 783, 1008 y 1155.

Cabe advertir que no se ha discutido en manera alguna sobre la calidad de herederos de Hurtado en quienes como tales concurrieron a la escritura de 1933, y que tan sólo de paso se reclama la interveción de la señora Inés Hurtado de Ruiz en ese acto y contrato por sí sola sin autorización de su marido y sin licencia judicial, con olvido de que para entonces estaba ya rigiendo la Ley 28 de 1932.

Otro de los fundamentos cardinales del actor es su concepto sobre abandono de la mina por sus primitivos dueños. Y este concepto es también inadmisible ante los pertinentes elementos probatorios ya citados.

En efecto: el impuesto se pagó desde 1912 hasta año posterior a la traba de esta litis. Y ese pago está tan incuestionablemente acreditado, que el actor formula sus ataques, no porque aquél falte, sino porque las anualidades de 1931 y 1932 no se pagaron por los interesados sino por un tercero (Lane) que no puede entenderse fuera recomendado por éstos.

Habiendo Lane entrado a las minas por orden de Williams y de su compañía, no es admisible que la situación de descuido y la falta de fondos de que se queja, aunque todo esto pudiera con su solo dicho darse por verdadero, determinara por la sola voluntad de él cambio de situación jurídica para con Hurtado y sus sucesores. Hurtado adquirió el derecho de que Willims y su compañía pagaran el impuesto desde que celebró con este señor el citado contrato de 1928, en el cual, a mayor abundamiento, Willims obligó su propia persona, la de cada uno de sus socios nominativamente y la de la sociedad. Esta parte contratante asumió la actitud que correspondía a ese contrato y comenzó por medio de Lane a trabajar las minas y a cumplir la obligación de pagar el impuesto; si Williams y su compañía desatendieron a Lane y lo dejaron desprovisto, como éste dice, al punto de que ya para cuando el 2 de diciembre de 1931 pagó el impuesto de ese mismo año, se sintió o creyó autorizado u obligado a poner de presente que pagaba en su propio nombre, no puede deducirse de ahí caducidad del derecho de Hurtado o sus sucesores y de su comunero Montezuma.

Ante el título de 1912 y los consiguientes derechos en él conferidos, lo interesante y decisivo era el pago. A éste proveyeron ellos eficazmente como se ha visto. Para ellos es extraño lo que aconteciera entre la parte con quien contrataron en 1928 y el agente de que ésta se valió. Es claro que, si no hubieran hecho el pago, mal habrían podido evitar las funestas consecuencias de esta falta invocando su escritura de 1928; pero, existiendo el pago, el detalle de las palabras de que se valiera al hacer el de tal o cual anualidad (1931 y 32) la persona del recomendado, no puede afectar el derecho de los primitivos dueños que son extraños a las diferencias que ocurrieran entre esta persona y aquella parte contratante.

Lane llega a las minas y las recibe por disposición de Williams y en 1929 comienza a enojarse porque éste no lo provee, y ya para fines de 1931, por obra de ese enojo o extrañeza, advierte al pagar el impuesto que lo hace en su propio nombre. Esta advertencia no puede refluír sobre el derecho de los primitivos dueños para con los cuales la compañía de Lane había contraído y venía cumpliendo la obligación de pagar. Y es de esa advertencia de Lane de donde el denunciante Chaves deriva el concepto de abandono por falta de pago. Por su pertinencia se recuerdan estas disposiciones del C. de Minas: el Art. 289 establece que "para el efecto de constituír y conservar la posesión, el pago del impuesto equivale a la tenencia material de la mina".

El Art. 303 dice: "La posesión regular se adquiere por el título y se conserva por el pago del impuesto".

Y el Art. 164, que ese pago "es lo único que se necesita para conservar el derecho a una mina que se ha adquirido legalmente".

Agrega ese Artt. 164: "y esta garantía es tan eficaz respecto de las minas cuyos títulos se han obtenido o revalidado conforme a esta ley, que no podrán nunca perderse en virtud de denuncios hechos por un tercero, sin conocimiento y citación personal del dueño respectivo o de algún representante legal o legítimo suyo".

Por su lado el Art. 356 ordena la citación personal del último poseedor, y el 636 previene que quien tenga título y pague puntualmente el impuesto, "no perderá sus derechos por la posesión que se dé y título que se expida en virtud de una denuncia hecha por uno que se titule restaurador o descubridor de la mina; a menos que, citado personalmente o por medio de un representante legal o legítimo suyo, no quisiera oponerse, en cuyo caso pierde su derecho".

Y por aquí se llega a otro de los temas de discusión y de las alegaciones fundamentales del demandante, cual es la de que la oposición se formuló fuéra de tiempo y por tanto, de conformidad con los Arts. 51 y 64 del C. de Minas, ha debido, rechazándola, procederse a posesionar de la misma al denunciante.

La cuestión se ha considerado desde varios puntos de vista que pasan a estudiarse uno a uno.

El cartel de aviso, fijado por un término que vencía el 29 de enero, no vino a desfijarse hasta el 19 de febrero, según se ve en la nota al pie del folio 12 v. y del encebezamiento del folio 13 del cuaderno principal. ya citada aquí. Nueve días más, los correspondientes a la distancia, restaban para presentar la oposición. Contando desde el 29 de enero, ya era tarde para ella el 2 de marzo; pero contando desde el 19 de febrero, para ese 2 de marzo en que se formuló era aún oportuna. (El Art. 357 da veinte días).

Sobre este pie así la tuvo el citado auto de 22 de marzo, reputado ilegal por el demandante, en razón de computar aquel término desde el 29 de enero. El Juzgado estimó de sustanciación esta providencia y, por lo mismo, inapelable; de ahí que él negara la apelación del apoderado de Chaves y el auto quedara en firme y este apoderado de Chaves hubiera de formular su libelo como demandante, no sin insistir en su concepto de que se viene hablando, al punto de solicitar como segunda declaración en la parte petitoria la de inadmisibilidad de la oposición por tardía.

A este respecto, en relación con la ejecutoria del auto de 22 de marzo, aduce en su apoyo la doctrina sentada por esta Corporación en el sentido de negar la calidad consiguiente que a tales autos se atribuye con la expresión ley del proceso, y cita el respectivo fallo.

Ocurre anotar la completa diferencia entre este caso y el presente. Entonces se trataba de un auto ejecutoriado en que se había concedido casación contra sentencia a que legalmente no correspondía este recurso, y la Corte no halló en esa ejecutoria algo que le atribuyese la potestad necesaria para estudiar y decidir en casación sobre senten-

cia a que la ley no extiende este remedio. Fue entonces cuando entre sus observaciones hizo la de que esa expresión "ley del proceso" no es aceptable como calificativo de tales autos con toda la rigidez de la palabra ley, y que la fuerza de cosa juzgada no se concede o reconoce sino a las determinadas sentencias a que se refiere el C. J. en sus artículos 473 y siguientes.

Muy distinto es el presente caso en que la finalidad y naturaleza de la casación, por una parte, y del auto de 22 de marzo y actuación a que dio lugar, por otra, impiden revisar ahora y aquí esa providencia.

En este juicio no se discute sobre si hay lugar o no al recurso de casación; ni para entrar a decidirlo sería preciso, como sí lo fue en aquel otro pleito, tomar como base indispensable la ejecutoria de la referida providencia, la que de suyo en nada influye sobre el recurso o sobre la posibilidad legal de admitirlo y decidirlo. Aquí se contendió en instancia y se insiste en casación sobre la legalidad de la providencia aludida.

Según el Art. 59 del C. de Minas, el término hábil para hacer oposiciones comienza desde la admisión de la denuncia. Formulado el aviso inicial en junio, la denuncia tuvo fecha de septiembre en memorial fechado el 14 y recibido y radicado en la Gobernación el 25; y el 26, esto es, al día siguiente, el presidente de la sociedad presentó su memorial de oposición en que, a más de manifestarla expresamente, contradice el concepto del denunciante de estar la mina abandonada (Cdno. 1º, fols. 16 y 27).

Como la Alcaldía atendió a la comisión sobre posesión y cartel en auto de 9 de enero de 1934 (Fol. 14 **ibidem**), ordenó desde entonces mismo que en vista de la oposición formulada en el citado memorial de 26 de septiembre, en desfijándose el cartel se enviara la actuación al Juzgado del Circuito de Túquerres, de acuerdo con los Arts. 60 y 61 de dicho Código.

Tanto ese auto de 9 de enero en su notificación como el cartel en su desfijación quedaron demorados por no suministrar papel el denunciante hasta el 19 de febrero; de modo que esa actuación no llegó al Juzgado hasta el 26 y se repartió el 2 de marzo (Fol. 17 vuelto **ibidem**).

Esto hace ver con claridad cómo antes de esta última fecha no había aún posibilidad siquiera de actuación ante el Juzgado; de suerte que si se opina que la citada oposición de 26 de septiembre no basta y que era preciso formular, a más de lo así gestionado ante la autoridad administrativa entonces, nuevo pedimento ante la judicial, porque sólo así se obedezca el citado Art. 63 en relación para este caso con el 357, no puede tacharse de tardía la que con este último carácter se formuló y presentó al Juzgado el dos de marzo tan controvertida aquí en lo relativo a su oportunidad.

Es inaceptable entender las cosas en forma que a un mismo tiempo esté transcurriendo un plazo para presentarse el interesado ante cierta autoridad y a ésta no le haya comenzado aún su intervención en el respectivo asunto. Y si esto es así en tesis general, con más veras, si cabe, ha de serlo cuando el no haber comenzado aún esa interveción proviene de la contraparte de tal interesado, por auto u omisión, por ejemplo la de no suministrar papel, no atender al porte de correo, etc.

En suma, aun sin necesidad de recordar las prevenciones de los citados Arts. 164 y 363, los hechos y fechas que acaban de citarse bastan para rechazar el concepto de inoportunidad de la oposición.

El recurso

Para éste se invocan los motivos 1º y 6º de los establecidos por el C. J. en el Art. 520.

Este último es "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el Art. 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada de conformidad con la ley".

El Art. 448 del C. J. indica como causas de nulidad en todos los juicios la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimad de la personería y la falta de citación o aplazamiento de personas que hayan debido ser llamadas. Aquí no se discute esto último ni lo tocante a jurisdicción, y lo argüído al respecto es la falta de personería de la sociedad opositora por falta del derecho de oponerse y por ser sociedad formada con posterioridad al aviso inicial.

Es verdad que este aviso se dio en junio y que fue en julio siguiente cuando la sociedad se constituyó. Pero el demandante, que tánto insiste en distinguir entre ese aviso y su denuncia de septiembre para hacer partir de ésta la época de oposición posible, señala en su memorial de denuncia como último poseedor cabalmente a esa sociedad de que ya dentro del pleito viene a decir que no existía aún cuando se presentó o se produjo la época de oponerse.

Esa sociedad era el único oponente posible, dentro de los hechos aquí acreditados, y legalmente hablando, puesto que por los aportes citados atrás al estudiarse su formación, era a la sazón el dueño de lo titulado en 1912. Si para antes de constituírse la sociedad hubiera ocurrido oposición, habrían tenido que formularla el primitivo adjudicatario Montezuma o Hurtado o los sucesores de éste; pero como cuando se llegó ya la oportunidad legal de hacer oposición, los derechos de todos ellos se habían transferido a la sociedad que formaron en julio de 1933, no se explica que se arguya contra ella por no haberse constituído antes del aviso dado el 12 del presente junio, acerca del cual no sobrará advertir que el pago de los derechos de denuncio, necesario para ese paso inicial, no lo hizo Chaves sino el 9 de octubre siguiente; de manera que, como consta al folio 26 del cuaderno 1º, el aviso no tuvo en la Alcaldía sino la actuación consistente en el Acta de 12 de junio que forma el frente de ese folio, a cuya vuelta se halla el recibo por los derechos de denuncio. Y es con estos antecedentes tan sólo con lo que, junto con el poder respectivo (fol. 25) fechado el 5 de septiembre, el apoderado de Chaves formula la denuncia en su memorial de folio 27 radicado en la Gobernación el 25 del mismo septiembre (1933), tántas veces citado aquí.

Es extraño que contra la personería del demandado reclame quien como tal demandado lo señaló desde su libelo inicial.

Lo que atrás se estudió en relación con el título de 1912, su conservación y su traspaso a la sociedad hoy demandada, demuestra que ésta sí tiene el derecho de oponerse que aquí ha ejercido. Y si careciera de él como conceptúa el demandante, lo que se deduciría de ahí no sería que hubiera de tenerse por ilegítima la personería de la sociedad, sino que se le negarían sus pretensiones, resultado a que, en tal evento, habría de llegarse rectamente como consecuencia obligada de esa carencia, sin incurrrir en el desvío de convertir esa razón de fondo en mero accidente procedimental de personería adjetiva.

Como es de concepturse jurídicamente desde luego y como en efecto lo consagra el C. J. en sus Arts. 332 y 450, la ilegitimidad de la personería, que en unos casos puede oponerse preventivamente como excepción dilatoria y en otros poede determinar anulación de lo actuado, mira a la capacidad de las partes para litigar, según se trate de persona natural sui juris o alieni juris y haya o no apoderado y, habiéndolo, sea satisfactoria o no la extensión del mandato; según el representante legal haya justificado o no serlo y ceñídose o no a las lindes respectivas; según, al tratarse de sociedad, corporación, institución, etc., se haya acreditado o no la calidad de quien por ella comparezca o haya actuado diciéndose su gerente, síndico, etc., y según las cláusulas de la escritura social o de los estatutos o las correspondientes disposiciones legales señalen sus atribuciones.

Nada relativo a detalles de esta índole es lo alegado por el recurrente, cuyos reparos sobre lo que él entiende por ilegitimidad de la personería de su contraparte son los que acaban de analizarse.

Se rechaza el cargo.

En relación con el primer motivo de casación se formulan los cargos que pasan a estudiarse.

Violación de los Arts. 2144, 2147 y 2304 por atribuír el Tribunal a Lane una calidad de mandatario o agente oficioso de la sociedad demandada incompatible con esas disposiciones legales.

Se rechaza el cargo, porque lo que el Tribunal hace es reconocer que fue por virtud del contrato de 1928 entre Hurtado y la sociedad minera La Golondrina como Lane recibió las minas e intervino en lo referente a ellas. Si Hurtado contrató con esta compañía y ella fue quien colocó a Lane en el puesto y situación referidos, no es reputar a Lane mandatario directo y personal de Hurtado el reconocer que esas gestiones atañederas a las minas, entre las cuales para lo tocante a este pleito figura cardinalmente el pago del impuesto, tienen la calidad de gestiones de Hurtado mismo o sus sucesores. Y éste, y no otro, ha sido el razonamiento por el cual el Tribunal se abstuvo de negar a los pagos de 1931 y 32 el alcance de conservar para Hurtado y sus sucesores, hoy la sociedad demandada, el dominio y posesión de lo titulado en 1912.

Violación de los Arts. 252 del C. de Minas, 2090 del Civil y 582 del de Comercio, en relación con el 1º de la Ley 42 de 1898, por cuanto el gerente Williams no tenía la representación de Lane y por lo mismo no pudo válidamente obligarlo a lo que le im-

puso por medio de la citada escritura de 1828 con Hurtado.

Se rechaza el cargo, porque el Tribunal no deriva la referida situación de Lane y calidad de sus agencias de que Williams lo obligara personalmente en esa escritura, sino de que Lane, según su propia declaración, recibió las minas y entró a gestionar en razón de ellas y para ellas por orden o mandato de Williams, gerente de La Golondrina. No es, pues, que el Tribunal atribuya a Williams como gerente de su compañía facultades distintas de las que a una gerencia corresponden, como habría sido la de obligar personalmente a cada socio. Lo que hizo fue reconocer que el gerente se valió de Lane como pudo valerse de cualquiera otra persona y contrató con Lane como pudo contratar con cualquiera otro, a fin de que La Golondrina cumpliese las obligaciones contraídas por ella para con Hurtado.

Aunque lo dicho basta para hallar infundado el cargo, no sobrará anotar, por su influencia sobre la dicha calidad de la intervención de Lane, el ánimo de éste que se deduce de sus declaraciones como testigo, que en lo pertinente se resumen así: fue enviado a la población de Guachaves por la Compañía La Golondrina de Cartagena por su gerente Williams; no le enviaron recursos para continuar los trabajos de las minas y tuvo que emplear sus dineros propios, hasta que en julio de 1929 le telegrafiaron diciéndole que el representante de aquélla en Nariño era Mr. Walter Scott, quien llegó a esa población a recibirlas, a lo que Lane se opuso invocando sus gastos con sus propios fondos, a intento de retenerlas hasta que se le cubriesen; aunque fue a Guachaves por orden y mandato de la compañía La Golondrina para dirigir los trabajos de las minas y no para ningún otro objeto, según sus propias palabras, se consideró desde julio de 1929 desligado de ella en lo referente a los trabajos, por lo cual desde entonces, según dice en su declaración que se está resumiendo, rendida el 22 de octubre de 1936, ha atendido a la explotación de las minas por su propia cuenta y con sus propios recursos, sin considerarse "como representante ni recomendado, ni apoderado de la compañía La Golondrina, ni de don Salomón Hurtado, ni de sus herederos o socios, ni de ninguna otra persona", y corroborando en su sentir esta decisión suya, agrega al final que el doctor Rincón quiso contratar con él directamente al saber que estaba desligado de La Golondrina, en 1931 o 32, sin que se pusieran de acutrdo. (Cdno. 2º, fols. 17 v. y 18).

Innecesario parece insistir sobre que Lane no podía lícitamente cambiar su calidad de empleado y agente de La Golondrina por la de dueño de las minas, a las que aquella compañía había llegado por medio de él a virtud del contrato de 1928 con Hurtado, e innecesario es también detallar nuevamente por qué la determinación de Lane no puede, ni sus relaciones con esa compañía tampoco, influír legalmente sobre la sociedad aquí demandada.

Llama la atención, de un lado, esa creencia o propósito de Lane, a que se ajusta su advertencia de que pagaba en nombre propio cuando el 27 de enero de 1933 cubría una anualidad del impuesto, repitiendo lo que al respecto dijo en el pago anterior; y de otro lado, que su abogado para todos sus asuntos de minas y compañero en las varias visitas al presidente de La Sonrisa para los aludidos arreglos (Cdno. 2º, fol. 21), fuese quien para sí mismo avisase en junio siguiente (1933) como abandonada esta mina, fundando su concepto de abandono en esa precisa advertencia de Lane.

Violación de los Arts. 63, 64 y 357 del C. de Minas por haberse admitido la oposición después de su término legal y haberse, consiguientemente, dejado de aplicar esas disposiciones.

Se rechaza el cargo, en fuerza de lo antedicho, tanto sobre que hubo oposición desde el día siguiente de la denuncia, cuanto sobre oportunidad del memorial de 2 de marzo, presentado el mismo día en que por repartimiento al Juzgado 1º del Circuito de Túquerres comenzó la intervención del Poder Judicial en ese asunto y diligencias, llegadas allí, procedentes de la Alcaldía el 26 de febrero (1934), según se ve al folio 17 del cuaderno 1º.

Como se ve, son inadmisibles los varios cargos formulados en casación contra la sentencia recurrida, referentes unos a violación de las disposiciones sustantivas ya analizadas y otro a la supuesta ilegitimidad de la personería de la sociedad demandada y a la nulidad consiguiente.

Considerando en forma global esta controversia, se halla que en resumen los fundamentos del demandante han sido:

Abandono de la mina por no poderse reputar como hecho por los primitivos dueños

el pago del impuesto en las anualidades de 1931 y 1932, a virtud de la advertencia de Lane de que pagaba en nombre propio; caducidad del derecho conferido por el título de 1912 y consiguiente carencia del respectivo derecho por lo que respecta a la sociedad demandada, y extemporaneidad en su oposición.

Queda aquí detalladamente expuesto el porqué de la negativa de cada uno de estos fundamentos: lo del abandono, por lo dicho acerca de la falta de alcance de la determinación indebida y unilateral de Lane; lo de la caducidad, porque el título primitivo se conservó mediante el pago del impuesto y porque sus dos adjudicatarios, Montezuma y Hurtado, éste por sus herederos, lo transfirieron a la sociedad que así acredita y respalda su derecho a oponerse, y lo de la oportunidad con que a esto procedió, con lo dicho detenidamente sobre sus memoriales de 26 de septiembre de 1933 y 2 de marzo de 1934.

Lo tocante a nulidad y personería se resume en que no es ilegitimidad de ésta, en su caso, la carencia de la acción respectiva; en que la sociedad demandada sí tiene el derecho a oponerse que el actor le ha negado, y en que, abriéndose la época de oposición con el denuncio y siendo éste de septiembre, no es reparo admisible el que la sociedad no se hubiese constituído sino hasta julio anterior o, más claramente, que su escritura no hubiese sido anterior a la simple acta de aviso de 12 de junio precedente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el once de febrero del año en curso.

Las costas son de cargo del recurrente.
Publíquese, cópiese y notifíquese.

Juan Francisco Mújica—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

NOTIFICACION DE SENTENCIAS POR EDICTO

Debiendo fijarse el edicto en un lugar público de la secretaría, por cinco días, como lo prescribe el artículo 309 del código judicial, y no definiendo este código lo que se entienda por DIA, ha de estarse a la definición contenida en el artículo 59 del código político y municipal: "el espacio de veinticuatro horas". Lo cual se confirma con el deber que el artículo 309 asigna al secretario, de anotar la hora de su fijación y desfijación. No ocurre lo mismo cuando se trata de notificar autos interlocutorios y de sustanciación, pues entonces, según el artículo 310, la notificación se hace por medio de ESTADOS que se fijan en la secretaría "todos los días y permanecen allí durante las horas de trabajo". En este caso se prescinde del concepto de "día", o sea del espacio de veinticuatro horas, y se cambia por el de tiempo de despacho público, o sea por siete horas diarias al menos, según el artículo 180.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, diciembre diez de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

En el juicio ordinario de Ponciano Mora contra Joaquín Mora G., profirió sentencia definitiva el tribunal de Pamplona, con fecha 24 de mayo de 1937.

Para notificar esta sentencia se fijó un edicto el 11 de junio, a las ocho de la mañana, edicto que permaneció fijado hasta el 17 de los mismos a las ocho de la mañana.

El 6 de julio volvió el negocio al despacho del magistrado ponente, con el informe de estar vencido el término de quince días para interponer recurso de casación, sin que ninguna de las partes lo hubiese interpuesto.

Ese día 6 de julio presentó Joaquín Mora G. un escrito en que, sobre la base de hallarse vencido el término para recurrir en casación, se acoge al artículo 370 del código judicial, invocando enfermedad.

El tribunal concedió el recurso de casación con apoyo en los artículos 366 y 521 del código judicial. Al efecto dijo:

"Ahora bien: la sentencia en mención se notificó por edicto legalmente desfijado el diecisiete de junio próximo pasado, a las ocho de la mañana, es decir, que en este día quedó surtida la notificación y no antes, pues dicho día se cumplían los cinco de estar fijado el edicto; de consiguiente, conforme a las reglas dadas muy claramente en los artículos transcritos, el término de quince días hábiles para interponer el recurso de casación debe contarse o comenzó a correr desde el día dieciocho de junio, inclusive, y venció el 6 de julio en curso, también inclusive, descontando los días 20, 27 y 29 de junio y 4 de julio, que fueron feriados".

El apoderado de Ponciano Mora se opone a la admisión del recurso, y razona así:

"La sentencia del tribunal se notificó por edicto que duró al público por cinco días a partir de las ocho de la mañana del once (11) de junio pasado. El primer día, **dies a quo**, fue el once (11); el **segundo** día fue el doce (12); el **tercer** día fue el catorce (14); el **cuarto** día el quince (15). y el **quinto** día fue el diez y seis (16) hasta la media noche. El 17 de junio fue el primer día de los quince que señala el artículo 521 citado, y descontados los días da vacancia intermedios, se cumplieron el seis de julio siguiente a la media noche, y como el memorial de interposición del recurso se introdujo el día siguiente, resulta fuéra de tiempo tal recurso. Se trata de un término fijado por la ley del cual debió hacer uso el demandado al vencerse los cinco días del edicto y antes de cumplirse los quince días siguientes al en que quedó surtida la notificación mencionada. En lo judicial, no se pueden computar sino días judiciales o días de despacho en que deben estar abiertos los juzgados y tribunales por determinadas horas de trabajo".

La corte considera:

La oportunidad o inoportunidad de la interposición del recurso depende exclusivamente del modo como se cuenten los cinco días en que debió estar fijado el edicto. Si éste debió permanecer en un lugar público de la secretaría hasta el 17 de junio a las ocho de la mañana, como cree el tribunal, la interposición se hizo en tiempo; pero si el último día de fijación fue el 16 de los mismos hasta la media noche, como cree el opositor, obró fuéra de término el recurrente al proponer su recurso.

Estima la corte que el tribunal tiene razón en su punto de vista, porque debiendo fijarse dicho edicto en un lugar público de la secretaría, por cinco días, como lo prescribe el artículo 309 del código judicial, y no definiendo este código lo que se entienda por **día**, ha de estarse a la definición contenida en el artículo 59 del código político y municipal: "el espacio de veinticuatro horas". Lo cual se confirma con el deber que el artículo 309 asigna al secretario, de anotar la hora de su fijación y desfijación.

No ocurre lo mismo cuando se trata de notificar autos interlocutorios y de sustanciación, pues entonces, según el artículo 310, la notificación se hace por medio de **estados** que se fijan en la secretaría "todos los días y permanecen allí durante las horas de trabajo". En este caso se prescinde del concepto de "día", o sea del espacio de veinticuatro horas, y se cambia por el de tiempo de despacho público, o sea por siete horas diarias al menos, según el artículo 180.

En mérito de lo expuesto, es admisible el recurso de casación interpuesto por Joaquín Mora G. en el juicio ordinario fallado en segunda instancia por el tribunal de Pamplona con fecha 24 de mayo de 1937. Continúe la tramitación.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza—Miguel Moreno J. Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—ERROR DE HECHO

Cuando la violación de una disposición sustantiva proviene de interpretación o apreciación errónea y el error es de hecho, en la de determinada prueba, éste ha de aparecer "DE MODO MANIFIESTO" en los autos"; al tenor del artículo 520 del C. J.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Tramitado debidamente, debe decidirse el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario por pesos de José J. Atehortúa contra la sucesión de Enrique Rendón.

Antecedentes.

Joaquín Restrepo se obligó para con J. Raquel Arboleda a pagarle una suma de dinero con interés, en documento privado suscrito en Armenia el 25 de julio de 1930, con la fianza del señor Rendón, quien murió, y la personería de cuya sucesión la lleva su viuda, señora Angelina González, y sus hijos y herederos Angelina, Elba, Jorge Humberto, Carlos y Livia, menores representados por la misma señora, su madre legítima. Arboleda cedió el crédito a Atehortúa.

La demanda inicial de este pleito pide se declare que la sucesión prenombrada está obligada a pagar al actor la deuda aludida tal como él la precisa en su libelo y, subsidiariamente, lo que pruebe en el juicio.

El Juzgado 2º del Circuito de Armenia, en fallo de 30 de abril de 1936, condenó al tenor de la súplica principal a la sucesión demandada, cuyo representante apeló, y el Tribunal pronunció en segunda instancia la sentencia de 13 de noviembre de 1937, materia del presente recurso, haciendo igual condenación; pero reformando la del Juzgado en el sentido de condenar, no sólo en favor de Atehortúa, sino también en el de J. Manuel Cerón, a cuya favor cedió aquél la mitad del crédito en referencia, por lo cual son ambos conjuntamente y en esta proporción los favorecidos.

Sentencia recurrida.

Tanto ella como la del Juzgado han partido de la base de que Rendón asumió solidariamente con el deudor sus obligaciones de fiador, de que a conceptuar así conduce el tenor del citado documento, de que no se acreditó la prórroga que se estudiará adelante y de que, aunque se hubiera comprobado, aquella solidaridad impediría dar por libre a Rendón, del propio modo que por esto mismo el beneficio de excusión no le asiste.

Esto significa que a la parte demandada no le han prosperado las excepciones que opuso fundada en su negativa de dicha solidaridad, en su afirmación consiguiente de que el fiador goza de ese beneficio y en otra afirmación adicional, cual es la de que el acreedor amplió al deudor el plazo sin concurrencia del fiador, circunstancias sobre las cuales levanta su negativa a la existencia de responsabilidad actual de éste y su reparo de que se demanda antes de tiempo, así: esto, por no haberse perseguido al deudor previamente, y aquello por haberse extinguido la obligación accesoria, para lo cual invoca el Código Civil respectivamente en sus artículos 2383 y 2384 y 1708.

El recurso.

El abogado de la parte demandada, hoy recurrente, invoca el motivo 1º de los del artículo 520 del C. J., y acusa la sentencia del Tribunal por error de hecho en la apreciación del documento base del litigio, en cuanto en él halla para la fianza una solidaridad que el recurrente niega; de error de derecho en la apreciación de las declaraciones de testigo con las cuales éste afirma estar acreditada la concesión de la prórroga cuya prueba el Tribunal echa menos, y de violación de los artículos del Código Civil que acaban de citarse (1708, 2383 y 2384) por no haberlos aplicado y además

el primero de éstos por interpretarlo erróneamente.

Estos son los cargos que formula con más ahinco, como principales, nombrándolos 1º y 2º Además formula, dentro del segundo, el de violación, por aplicación indebida, de los artículos 1568 y 1571 de ese Código, por considerar solidaria una obligación de fiador simple; y de los artículos 1622 y 1624 de ese Código y 234 y 601 del Judicial, por no haberlos aplicado.

Y como notivo 3º formula el de error de derecho en la apreciación de la cláusula del documento relativa al plazo y consiguiente violación de los artículos 1530, 1531, 1542, 1551 y 1553 del Código Civil, por no haberlos aplicado.

Pasan a estudiarse estos cargos separadamente y en su orden de exposición.

I. Como se dijo, el recurrente afirma que el acreedor concedió al deudor una prórroga sin concurrencia del fiador, de donde deriva a la luz del citado artículo 1708 la extinción de la responsabilidad de éste.

A fin de acreditar la prórroga solicitó y obtuvo oportunamente dos declaraciones de testigos (Cdno. 4º, fols. 8 y 9), que afirman haber presenciado que el fiador solicitó del acreedor que procediera a exigir del deudor el pago de la deuda por estar el plazo vencido (esto, en 1934), y que el acreedor le contestó que le había concedido al deudor nuevo plazo.

El Tribunal no halló en estas declaraciones una prueba satisfactoria de que la prórroga efectivamente fue concedida, y en esto encuentra el recurrente el error de derecho de que lo acusa, manifestando que el artículo 697 del Código Judicial da fuerza de plena prueba a esas declaraciones, porque reúnen las circunstancias en él requeridas a tal fin.

Se considera:

Esas declaraciones no comprueban la prórroga en sí misma, que es el hecho fundamental; sólo acreditan cómo respondió el acreedor Arboleda a la exigencia de Rendón; sólo acreditan las palabras de aquél. Y el artículo 699 del Código Judicial dice: "Las declaraciones sobre palabras no forman jamás prueba sobre los hechos, pero sí sobre aquéllas...."

Más todavía: sí, en el supuesto más favorable a la parte demandada, se reputase en ello una confesión extrajudicial o tal se hallase, no cabría sin embargo el cargo de error de derecho porque el Tribunal no le haya dado valor de plena prueba, puesto que a proceder como lo hizo estaba ampliamente autorizado por el artículo 608 **ibidem**, según el cual esa confesión, en su caso, "es prueba deficiente o incompleta", de suerte que no llega a plena prueba sino en cuanto a tanto alcance "a juicio del juez", porque no quede duda alguna acerca de la confesión misma, en atención a las circunstancias que la rodean y a su naturaleza; de ahí que la disposición que acaba de citarse, en la gradación de la fuerza de este medio probatorio, para llegar a ese extremo se valga de estas palabras: "y puede hasta tener mérito de plena prueba". Lo tiene en le evento referido y, como ya se dijo, en cuanto en éste se esté **a juicio del juez.**

Como el cargo de violación del artículo 1708 del Código Civil requiere como base indispensable o punto de partida obligado la ampliación del plazo contemplada en esta disposición legal, y no hay lugar siquiera a posibilidad de esa violación mientras no medie una ampliación efectivamente concedida y demostrada, no hay lugar tampoco, en un caso como el presente, en que esta demostración no se ha dado, a estudiarlo en relación con ese artículo (el 1708).

II. El segundo cargo consiste en error en la interpretación del pagaré, por considerar solidaria la fianza y en la consiguiente violación de las citadas disposiciones legales.

El citado pagaré de 25 de julio de 1930, que original forma el primer folio de este proceso, está redactado, como es de costumbre, en primera persona por el deudor en la parte que declara la obligación, su procedencia, su cuantía, sus intereses y su plazo, para después expresar lo atañedero a caución. La cláusula relativa a ésta que, también como de costumbre, es la final, dice:

"Para garantizar a mi acreedor el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el presente documento, doy como mi fiador solidaria y mancomunadamente, al señor Enrique Rendón E., mayor de edad y vecino de esta ciudad, quien en prueba de aceptar las obligaciones como fiador, firma conmigo ante testigos rogados por nosotros, en Armenia, a veinticinco de julio de mil novecientos treinta".

El recurrente se detiene en varias reflexiones, como la de que el beneficio no era para Rendón, etc., a fin de demostrar que éste fue sólo fiador, sobre lo cual no se ha contendido en el pleito, y después razona en forma de derivar de la repetición final de la palabra **fiador** y de la circunstancia de que al repetirla no se le agrega nada sobre solidaridad, el concepto de que en definitiva Rendón no vino a firmar y obligarse sino como fiador simple, porque esa repetición de

la palabra escueta fue, al decir del recurrente, un medio claro y eficaz de suprimir la solidaridad que acaba de declarar, y así debe reconocerse la intención de Rendón al suscribir el pagaré.

De ahí que a las disposiciones antedichas agregue en sus citas la del artículo 1602 del Código Civil y algunos otras relativas a interpretación de los contratos (1618 y ss.).

Según el recurrente, el error de apreciación de la cláusula transcrita es de derecho. No se ve cómo lo sea. Claro es que si esa interpretación fuera errónea se violarían disposiciones de derecho; pero el error de interpretación o apreciación de esa cláusula de que él acusa al Tribunal, considerado en sí, tiene que reconocerse que, de haberlo, es de hecho. Se hace esta advertencia como detalle de orden técnico, sin alcance práctico en el presente caso, entre otras razones, por la decisiva al respecto de no haber error. Para mayor claridad se aduce como ejemplo, tomado dentro de este mismo recurso y su demanda, el contraste entre el error que ella achaca a la apreciación de la cláusula, de que se viene hablando, y el error ya estudiado aquí sobre apreciación de las referidas declaraciones de testigos. Este sí, caso de haberlo habido, sería de derecho, pues habría consistido en dejar de reconocer a una prueba el valor que le asigna una disposición legal; pero el error que se atribuye a la apreciación de la cláusula en referencia sería, caso de haberlo, de hecho, puesto que consiste, según el recurrente, en dejar de ver en la repetición de la palabra fiador la intención de éste de no someterse a la solidaridad manifestada en la frase precedente de la misma cláusula.

Conviene recordar desde luego que cuando la violación de una disposición sustantiva proviene de interpretación o apreciación errónea y el error es de hecho, en la determinada prueba, éste ha de aparecer "de modo manifiesto en los autos", al tenor del citado artículo 520.

La Corte no puede hallar error alguno y menos ese error manifiesto en la apreciación que el Tribunal hace de la cláusula transcrita, porque no puede menos de reconocer que inequívocamente establece solidaridad y que para esto es suficiente leerla o que, mejor dicho, su lectura impone este concepto. Si el deudor presenta a Rendón como fiador manifestando terminantemente que lo hace en forma solidaria, y este señor suscribe el documento escrito así, no es posible entender que su fianza no sea solidaria; como no es posible tampoco aceptar que al decir esa cláusula en la frase subsiguiente que en prueba de aceptar las obligaciones relatadas en el texto anterior del mismo documento lo hace Rendón como fiador, sin repetir la manifestación de solidaridad que acaba de consignarse en la frase precedente, quisiera Rendón impedir o esquivar la solidaridad y haya el sentenciador ahora de darla por suprimida e inexistente, a despecho de estar, repítese, expresamente pactada y consignada.

A que se agrega que si a la verdad hubiera Rendón querido obligarse sólo como fiador simple y denegarse a serlo solidario, por elemental deber de varón prudente así habría efectivamente procedido, ya haciendo suprimir lo relativo a solidaridad testando y salvando esas palabras (solidaria y mancomunadamente) que el documento tenía escritas, si se le presentó ya formulado como aparece; ya agregándole declaración al pie como antefirma para hacer constar que su fianza no era solidaria; ya haciendo redactar el documento en forma de que la cláusula respectiva no contuviese esos vocablos y de que, por lo mismo, su calidad quedase siendo la de fiador simple.

Si, pues, no incurrió el Tribunal en error al apreciar la cláusula relativa a la fianza en el sentido de que ésta es solidaria, ni lugar hubo a que violase las disposiciones sustantivas, quebrantadas al decir del recurrente en forma tal, según su cargo, que para ocurrir la violación sería preciso comenzar por aceptar ese yerro, puesto que ella consiste en que se tuvo por solidaria una obligación que no lo es y en que se ha procedido cual si el fiador no gozase del beneficio de excusión de que, desde este punto de vista, no se ve privado un fiador sino en cuanto se haya obligado como se obliga un deudor solidario, es decir, solidariamente.

En otras palabras: las varias disposiciones sustantivas que el recurrente en el segundo cargo de su alegato afirma haber sido violadas por el Tribunal, se agrupan así: unas relativas a interpretación de los contratos y a su cumplimiento; otras relativas a obligaciones solidarias y, en general, a solidaridad, y otras relativas a la fianza en lo tocante al beneficio de excusión. Respecto de las primeras, ya se ha visto que lo contratado fue una fianza solidaria y así debe cumplirse, sin que se haya demostrado intención de los contratantes distinta de la claramente establecida por sus propias palabras; respecto de las segundas, se observa que hay una solidaridad establecida por uno de los medios que la ley determina al efecto,

cual es la convención de las partes; y respecto de las últimas se recuerda que para gozar un fiador de dicho beneficio es necesario que no se haya obligado solidariamente.

III. En el documento base de este juicio advierte el deudor que el plazo en él señalado "será prorrogable en caso de que el Banco Alemán Antioqueño nos prorrogare el plazo de un documento privado que hemos firmado con esta misma fecha solidariamente mi acreedor Arboleda, Pedro Parra M. y el suscrito...."

De esta circunstancia deriva el recurrente el concepto de que el plazo de la obligación afianzada por Rendón fue condicional por haber quedado bajo la contingencia de que se prorrogara la del Banco, y deriva también el cargo de que el Tribunal, violando las disposiciones legales pertinentes, dejó de acoger la excepción de petición antes de tiempo, no obstante la ausencia de prueba de que el Banco prorrogase aquella otra obligación.

Se observa: el documento de que aquí se trata no dice que el plazo será **prorrogado**, sino que será **prorrogable** en el referido evento; y aun dando por sentado que dijese aquello, de ahí se desprendería efectivamente la condicionalidad que el recurrente indica; pero en tal caso, como es lo natural, para conceptuar y proceder como éste reclama debería haberse cumplido la condición y haberse probado en este proceso ese cumplimiento, labor que habría sido de cargo de la parte demandada, hoy recurrente, tanto por corresponder en tesis general esa carga a quien afirma, cuanto por ser excepción suya. Y como bien lo advierte su actual apoderado, ninguna prueba obra aquí sobre que la deuda del Banco se prorrogase.

Como se ve, analizados uno a uno los varios cargos del recurrente, se hallan todos inaceptables.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el veintitrés de junio de mil novecientos treinta y siete.

Sin costas, por no aparecer que se hayan causado.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica. Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION SOBRE PAGO DE SERVICIOS PROFESIONALES MEDICOS.—FACULTAD JUDICIAL DE ESTIMAR LA PRUEBA PERICIAL.—NATURALEZA JURIDICA DE LA PRUEBA PERICIAL.—ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA.—QUIEN PUEDE ALEGARLA.—ERROR DE HECHO COMO BASE DE CASACION.

1.—En los artículos 721 y 722 del C. J. no se establece la imperativa aceptación mecánica por parte del Juez del dictamen uniforme de dos peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté DEBIDAMENTE FUNDAMENTADO. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de ejercitarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado, para decidir si está fundado debidamente. Es un error creer que son los peritos que están acordes en su dictamen los que vienen a fallar definitivamente sobre el punto controvertido, pues la administración de justicia solamente la ejercen las autoridades correspondientes. Los peritos son apenas auxiliares de la administración de justicia.—2. La ilegitimidad de la personería a que se refiere el sexto de los motivos de casación, erigida en causal de nulidad en todos los juicios por el ordinal 2º del artículo 448 del C. J., es la que se relaciona con la facultad de representar en juicio o personería simplemente adjetiva, y no la personería sustantiva que tiene relación con el fondo mismo de la cuestión debatida y cuya ilegitimidad se confunde con la inexistencia misma del derecho demandado o de la acción incoada. La personería de la parte demandada no puede ser impugnada por el mismo personero en quien se hace residir la ilegitimidad de la representación, porque resulta improcedente y contradictorio el uso de la propia ilegitimidad para pretender producir dentro del pleito un resultado de tánta trascendencia como es la invalidación de lo actuado. Quien puede alegarla es la persona o parte que no haya estado debidamente representada en el juicio.—3. El error de hecho, en el sentido y condiciones necesarios para dar base a una casación, es un "error de entidad suficiente para producir en la inteligencia la convicción plena de que existe en la realidad, o sea un error consistente en la afirmación o negación inexacta de un hecho alegado".—4. Nuestro Código Civil, en el Título XII, establece, cuando se trata de obligaciones de pagar una cantidad de dinero, un estatuto peculiar y excepcional que se separa de las reglas generales sobre indemnización, la cual, cuando es procedente, asume siempre la calidad de moratoria y nunca la de compensatoria. La ley no impone en este caso la necesidad de probar la existencia de perjuicios, presumida sobre la naturaleza fructuaria que corresponde al dinero; es suficiente el hecho del retardo, para cuyo reconocimiento no son indispensables tampoco demanda ni requerimiento.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, mayo nueve de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca)

El día 10 de marzo de 1934 ocurrió el siniestro aéreo de la moto-nave "Von Kronhn" en la ruta Quibdó a Cartago. Entre los pasajeros del avión se encontraba el señor Newton C. Marshall, gerente de la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A., quien se embarcó en Andagoya, sede de la sociedad minera, en viaje de negocios de su compañía. Innúmeros esfuerzos realizó la Compañía por descubrir el sitio donde había caído el "Von Kronhn", y ya cuando restaban pocas esperanzas de hallarlo para socorrer las víctimas del accidente, el 5 de abril se tuvo conocimiento de que el señor Marshall se hallaba en sitio cercano a donde ocurrió la pérdida de la aeronave, en la hacienda de La Llanada, dentro de la comprensión municipal de Bolívar, en el departamento del Valle. A la mayor brevedad posible se tomaron las medidas de socorro aconsejables y el señor doctor Alberto Holguín Lloreda, obrando co-

mo abogado de la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A., contrató en Cali los servicios médicos del doctor Luis H. Garcés para la asistencia de su gerente, sin estipulación de honorarios. Fue así como el facultativo Garcés se trasladó el mismo día 5 de abril en compañía de la enfermera Lilly Hall a la hacienda de La Llanada, a donde llegó el día siguiente seis y de donde regresó a Cali, luégo de prestar al señor Marshall los servicios de urgencia y prescribirle tratamiento, el siete del citado mes. Trasladado a Pereira el señor Marshall a la clínica del doctor F. G. Galloway, médico que lo atendía ya a la llegada del doctor Garcés, pronto recobró su salud. A falta de especial estipulación de honorarios el doctor Luis H. Garcés pasó la cuenta por sus servicios médicos al señor Marshall a la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A., por intermedio de sus abogados, por la suma de $ 3.500.00. No aceptó la compañía esta cuenta por considerarla excesiva, y por esta circunstancia, después de hacer infructuosamente el médico doctor Garcés algunas gestiones para obtener el pago de sus honorarios, resolvió ocurrir al poder judicial en demanda de su fijación en juicio.

Tales fueron los antecedentes de la demanda ordinaria que el doctor Luis H. Garcés, por medio de apoderado, presentó ante el Juzgado segundo del circuito de Istmina el 15 de marzo de 1935 contra la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A., con asiento en Andagoya, del distrito judicial de Cali, representada por su gerente Newton C. Marshall, y en ausencia de éste por el subgerente W. W. Avery, para que con su audiencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

"**Principales**: A) Que la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A., sociedad anónima domiciliada en Andagoya, en este municipio, está obligada a pagar a mi poderdante, doctor Luis H. Garcés, la cantidad de ocho mil pesos ($ 8.000.00) oro legal colombiano por razón de honorarios y gastos provenientes u ocasionados por el contrato sobre prestación de servicios médicos al señor Newton C. Marshall, a que alude esta demanda, o bien la cantidad que, por el mismo concepto, y de conformidad con las pruebas que se aduzcan, se fije en este juicio. B) Que la misma Compañía Minera Chocó Pacífico S. A. está obligada a pagar, además, a mi poderdante los intereses corrientes de aquella suma de dinero, desde el día que la obligación se hizo exigible, es decir, desde el 6 de abril de 1934, hasta el día en que se haga el pago. C) Que la aludida compañía está en la obligación de pagar las costas de este juicio, si lo afrontare.—**Subsidiarias.** En subsidio, solicito que se condene a la citada Compañía Minera Chocó Pacífico S. A. a pagar a mi poderdante: A) El valor de los honorarios y gastos provenientes u ocasionados por el contrato sobre prestación de servicios médicos al señor Newton C. Marshall, que se fije de conformidad con las reglas sobre ejecución de las sentencias. B) El valor de los intereses corrientes liquidados desde el día 6 de abril de 1934, hasta el día del pago, y C) El valor a que asciendan las costas de este juicio".

Agotada la tramitación del primer grado se profirió sentencia definitiva el 21 de octubre de 1935, en la cual se declaró que la Compañía demandada está en la obligación de pagar al médico doctor Garcés los honorarios correspondientes a los servicios que le prestó al señor Newton C. Marshall en la fecha, sitio y condiciones a que se refieren los hechos aceptados de la demanda y en cuya apreciación se estará a lo que ordinariamente se acostumbra cobrar y pagar por esta clase de servicios en la ciudad de Cali, o en el departamento del Valle, apreciación que debe hacerse en juicio aparte, de acuerdo con el artículo 550 del código judicial. Contra esta decisión apeló el apoderado del actor, y el tribunal superior de Cali, en sentencia de fecha 6 de marzo de 1937, la reformó condenando a la Compañía demandada a pagar al doctor Garcés la suma de $ 3.500 en que fijó el valor de los servicios médicos prestados por el demandante al señor Marshall por cuenta de la Compañía, suma que debía pagar a la ejecutoria de la sentencia, más los intereses legales sobre dicha cantidad desde el 6 de abril de 1934 hasta el día en que se verifique el pago. De las demás súplicas fue absuelto el demandado. Es esta la sentencia sometida al estudio de la Corte por recurso de casación oportunamente interpuesto por ambas partes, el cual, debidamente tramitado, se pasa a decidir.

Sentencia acusada

En el curso de la primera instancia del juicio, durante la cual no se produjeron pruebas de ninguna especie, como en el segundo grado surtido ante el tribunal superior, el pleito se ha desarrollado sobre el hecho plenamente acreditado en el proceso y reconocido por las partes de que el demandante doctor Luis H. Garcés, previamente contratado por el representante de la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A. y sin que hubiera mediado estipulación previa sobre el

valor de sus honorarios, prestó sus servicios profesionales de médico al señor Newton Marshall, su gerente, en las condiciones que se dejaron expresadas, de tal modo que la cuestión de divergencia entre las partes no versa sobre la existencia de la obligación de pagar tales honorarios sino sobre la cuantía o monto de ellos. Asienta el tribunal que la asistencia que un facultativo presta a un enfermo constituye una prestación de servicios en arrendamiento que se rige tanto por las reglas legales del mandato como por las que regulan el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales en cuanto éstas no contraríen las primeras, y luégo de citar y transcribir las disposiciones contenidas en los artículos 2054, 2063, 2069 y 2144 del código civil concluye que si no se ha fijado precio para el pago de servicios médicos, se presume, de acuerdo con el primero de los precitados textos legales, que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por tales servicios, esto es, según la costumbre, y que a falta de ésta, el que se estimare equitativo a juicio de peritos.

No estimó el tribunal las declaraciones de los facultativos con que el actor pretendió acreditar la costumbre sobre pago extraordinario de honorarios por servicios médicos prestados en condiciones anormales, porque consideró que no se estaba al frente de un caso de común ocurrencia respecto del cual pudieran invocarse eficazmente costumbres o usos sobre cuya comprobación en juicio establece reglas precisas el artículo 700 del código judicial. "La costumbre sobre el valor de los servicios médicos la determina lo que ordinariamente se paga por esos servicios, en casos de ocurrencia diaria, como el valor común y corriente que cobran los médicos por sus visitas a domicilio, por intervenciones quirúrgicas o por un tratamiento más o menos largo. Pero en casos excepcionales como el de que se trata en este juicio, puede decirse que la costumbre no existe ni puede invocarse por no referirse a casos de repetición ordinaria. Son casos excepcionales que deben examinarse aisladamente y que sólo el dictamen pericial y otras pruebas pueden regular su valor".

Descartada en este orden de ideas la prueba testimonial aducida en el término probatorio de la segunda instancia del juicio, el tribunal se atuvo, para fijar el justiprecio de los servicios médicos prestados, a la prueba pericial que obra en autos y de la cual se hace en la sentencia un detenido análisis, ya en sí misma, ya en relación con los demás elementos de convicción traídos al expediente con las formalidades legales.

El dictamen pericial de que se trata fue rendido por los peritos médicos doctores Jorge Vásquez Valencia, nombrado por el actor, y doctor Alejandro Zea Rocha, nombrado por la Compañía demandada, en forma unánime, y en él, con base en iguales explicaciones y fundamentos, fijaron el valor de los honorarios del doctor Garcés por razón del contrato de prestación de servicios sobre que versa esta controversia judicial, en la suma de $ 8.000.00, igual a la cuantía señalada por el actor en su demanda.

Como norma de apreciación del mérito que legalmente corresponde a la prueba de peritos, contiene la sentencia el principio de que un dictamen pericial, cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, aunque sea uniforme y no haya sido objetado por las partes, no merece la fe que corresponde a la plena prueba si no aparece explicado y debidamente fundamentado a juicio del sentenciador, que es a quien corresponde en definitiva la apreciación de la prueba según la fuerza de los fundamentos en que se apoyen los expertos. Con aplicación de este criterio el tribunal superior de Cali analizó las razones en que los peritos apoyaron su concepto sobre el justo precio de los honorarios demandados, y no habiéndolas hallado suficiente y debidamente fundadas, concedió al dictamen pericial la fuerza de prueba incompleta, que utilizó, en relación con las demás probanzas del proceso, especialmente con la propia cuenta por $ 3.500.00 pasada por el doctor Garcés a la Chocó Pacífico por sus servicios al señor Marshall, para hacer el justiprecio judicial por los servicios médicos que originaron este litigio. En cinco consideraciones diversas fundaron los doctores Valencia y Zea su concepto sobre el valor de los servicios médicos prestados por el doctor Garcés. Sintéticamente se expresan las razones que usó el tribunal para no acoger íntegramente las conclusiones periciales:

I. El tiempo empleado.—"El doctor Luis H. Garcés fue llamado con suma urgencia para prestar sus servicios médicos al señor Newton C. Marshall, fuéra de esta ciudad, y para ello hubo de dejar su clínica en poder de otro colega, pues a ella concurre numerosa clientela y además tenía entonces muchos casos en tratamiento. Y como la ausencia era por tiempo indefinido y el servicio se prestaba en forma incondicional, el tiempo invertido por el doctor Garcés debe considerarse en muchas veces mayor que el tiempo gastado efectivamente en los servi-

cios prestados al señor Marshall. La ausencia indefinida o que se presuma indefinida causa grave perjuicio a un profesional que esté en las condiciones del doctor Luis H. Garcés".

No halló atendible el tribunal esta consideración pericial porque estando evidentemente demostrado en autos que el doctor Garcés empleó en su viaje de ida y regreso a la hacienda de La Llanada, donde prestó sus servicios al señor Marshall, dos días, queda sin apoyo ninguno el dictamen al prescindir del tiempo gastado efectivamente para entrar en un terreno arbitrario de presunciones.

II. **Posición científica, profesional y social del médico.**—"Está probado y nos consta, además, que el doctor Garcés ocupa una posición científica destacadísima en la primera línea del cuerpo médico del departamento y del país; tiene un ejercicio profesional muy activo, con muy numerosa clientela civil y hospitalaria, y es propietario de una clínica montada con todos los elementos modernos, a la cual concurre un crecido número de pacientes en busca de sus atenciones médicas y quirúrgicas. Ello impone la necesidad de que el doctor Garcés debe sostener una posición social que corresponde a su rango científico y profesional. Y está fuéra de duda que la remuneración de un médico que goza de una tan destacada reputación científica debe ser superior a la de otro de capacidades medias e inferior posición social. 'Porque para un médico que ejerce continuamente su profesión —dicen P. Le Gendre y L. Ribadeau en Deontología Médica— los honorarios representan además del tiempo, los gastos de estudio en colegios y por lo menos seis años de estudios en facultad, exámenes, compra de libros, instrumentos, arrendamiento de local, más caro que para cualquiera otra profesión, gastos de transporte, fatiga física, noches de insomnio y renunciación a la mayor parte de las distracciones y sometido a toda clase de peligros, contagio, etc.' ".

Reconoció el tribunal a estas consideraciones la capacidad de influír en una apreciación pericial, pero observó su invalidez para fundar por sí solas el dictamen en razón de su generalidad que las hace aplicables a todo caso de estimación de honorarios de médicos titulados y provistos de los elementos adecuados para su ejercicio profesional.

III. **Naturaleza del servicio profesional y condiciones en que se presta.**—"Los honorarios de atenciones médicas prestadas por el doctor Luis H. Garcés en este caso, adquieren un valor extraordinario en vista de que tuvo que trasladarse a gran distancia de su centro de ejercicio profesional llevando toda clase de elementos para tratamiento médico o quirúrgico y de todas las provisiones indispensables para asistir a un paciente que había sufrido varios días de fatiga física, sometido a una tensión nerviosa intensa ocasionada por toda clase de emociones. El doctor Garcés se vio obligado a salir a marchas forzadas de esta ciudad teniendo que andar gran trayecto a caballo por veredas peligrosas y en altas horas de la noche y consta que el doctor Garcés sí prestó los auxilios necesarios indicados cuando llegó al lado del paciente".

Encuentra también el tribunal que estas consideraciones fundamentales del dictamen pericial son de orden muy general y abstractas, y adolecen, como las del numeral anterior, del defecto consistente en no determinar o especificar los servicios médicos que realmente prestara al paciente señor Marshall, tales como aplicaciones médicas o quirúrgicas, exámenes clínicos, tratamientos, curaciones, etc., limitándose sobre este punto esencial del dictamen a afirmar que el doctor Garcés prestó los servicios necesarios e indicados cuando llegó al lado del paciente.

IV. **Situación de fortuna y capacidad retributiva de la persona o entidad por cuenta de quien se prestan los servicios.**—"El médico en todas partes del mundo presta sus servicios gratuitos a los indigentes y con mayor razón entre nosotros, donde hay una gran mayoría de éstos. Cosa que no ocurre con ninguna otra profesión, dada la índole de ésta. Pero es norma general que la remuneración del médico se regula normalmente por la capacidad retributiva o situación pecuniaria del paciente o entidad por cuya cuenta se presta el servicio. Siendo ello así, y dado que la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A. y aún el mismo señor Newton C. Marshall son personas de excepcional capacidad pecuniaria en el país, según propia confesión que obra en autos, es obvio que la remuneración correspondiente al doctor Luis H. Garcés debe ser extraordinaria y proporcionada a esa capacidad excepcional".

Desconectada de las circunstancias concretas del caso, de los servicios determinados que se prestaron, tampoco es valedera en concepto del tribunal esta razón fundamental del dictamen que así queda reducida a motivo abstracto y general o a norma que puede influír en todo dictamen pericial como establecida por la costumbre.

V. Lo usual y corriente en esta plaza y en general en todo el mundo en materia de remuneración médica.—"En todos los casos de servicios médicos prestados en las condiciones extraordinarias en que el doctor Garcés prestó los suyos al señor Marshall, los médicos han tenido remuneraciones también extraordinarias, convirtiéndose esto en lo usual y corriente en nuestra plaza.. En confirmación de esto citamos algunos de los numerosos casos que los suscritos conocemos a ciencia cierta, y que son: el del doctor Jorge Cavalier, quien cobró y le fueron pagados $ 10.000.00 por trasladarse de Bogotá a una ciudad de la costa del Atlántico a medicinar a don Carlos Vélez Danies, en lo cual no empleó el médico más de un día; el del doctor Gregorio Ferreira, quien fue a Tumaco por dos días a tratar a don Francisco Márquez, y cobró y se le pagó una suma aproximada a $ 5.000.00; el del doctor Pablo Borrero, por ir a Buenaventura a ver a don Jorge Mercado, se le pagó la cantidad de $ 4.000.00".

En relación con esta última de las fundamentaciones del dictamen de los médicos Vásquez y Zea, anota la sentencia acusada, después de advertir que los casos citados por los peritos no guardan similitud ni completa analogía con el que fue sometido a su justiprecio por referirse a asistencia médica prestada en circunstancias diversas de tiempo y lugar y por cuantías diferentes, que ella no constituye un debido fundamento pericial por enderezarse más bien a demostrar el uso o la costumbre sobre el particular, habiendo advertido ya el tribunal que tal especie de prueba es inconducente para el caso por tratarse de uno que los mismos peritos califican de extraordinario, es decir, fuéra de lo ordinario, de lo que comúnmente ocurre, en tratándose de valorar servicios médicos.

"No quiere decir esto —añade el tribunal— que el dictamen de los peritos, no obstante las deficiencias anotadas, no preste ningún mérito probatorio y que haya de ser desestimado completamente por el tribunal. Queda como una prueba incompleta o deficiente que unida a otros elementos de convicción del proceso, sí le puede servir a la Sala para fijar el monto o valor, en dinero, de los servicios médicos prestados por el doctor Garcés al señor Marshall. Para la Sala el principal elemento de convicción en este asunto es la propia cuenta por $ 3.500.00, pasada por el doctor Garcés a la Compañía Minera Chocó Pacífico, por conducto de los abogados de ésta, después de prestados sus servicios médicos al señor Marshall. Dicha cuenta pasada por el doctor Garcés sobre el pago de sus honorarios, aunque no fue aceptada por la Compañía, constituye para el tribunal un indicio vehemente que unido al dictamen deficiente de los peritos doctores Zea Rocha y Vásquez Valencia, sí forma plena prueba respecto al justo valor de esos servicios".

Recurso del actor

Acusa el demandante la sentencia del tribunal por el primero de los motivos señalados en el artículo 520 del código judicial, esto es, "por ser violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa del artículo 721 del código judicial, constitutivo de derechos y obligaciones, y por aplicación indebida del artículo 723 del mismo código", violación que hace provenir del error de derecho en que incurrió el tribunal en la apreciación del mérito probatorio del dictamen pericial efectuado en el juicio al negarle el valor de plena prueba que le correspondía en la estimación legal, sometiéndola a un análisis apreciativo que no le competía ya que la prueba pericial de que se trata reúne todas las condiciones indispensables de unanimidad, explicación y fundamento para imponerse con fuerza de convicción judicial obligatoria.

Resumiéndolas, las razones contenidas en la demanda de casación son éstas:

La facultad legal de apreciación que corresponde al juzgador, en lo concerniente a la prueba pericial, no comprende los casos contemplados y previstos en los artículos 721 y 722 del código judicial que son casos de excepción, sino que se reduce a los que quedan cobijados por el artículo 723 de esa obra. Tratándose de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, a su juicio, es de obligatoria aceptación para el sentenciador. La atribución de calificar si está o no debidamente fundamentado el dictamen corresponde a los peritos mismos en conformidad con su deber de conciencia y de ciencia, y el juez no puede asumir esa calificación sin incurrrir en violación de la ley. Los peritos son los propios y mejores juzgadores de su mismo dictamen. "Sus conocimientos y su conciencia son los que dictan en ese punto el fallo. Hay ahí una especie de juicio breve y especial, sabiamente establecido por la ley e indicado por la razón, en el cual la regulación en cifras numéricas, a que haya lugar en una controversia y que se acuerde

por dos peritos, quienes expliquen y fundamenten su dictamen, hace plena prueba. El juzgador, en este caso, caso de excepción, no es el juzgador ordinario, sino la conciencia de los peritos". En el presente caso, además, el concepto pericial emitido por los doctores Vásquez Valencia y Zea Rocha fue materia de objeción por parte de la Compañía demandada, por error grave, y declarada infundada la tacha en el correspondiente auto interlocutorio que decidió la articulación, lo cual equivale a que el tribunal hubiera declarado en providencia ejecutoriada que el dictamen estaba debidamente fundamentado.

Se considera:

Cada una de las especies de prueba adoptadas en nuestro derecho civil constituye un elemento de convicción judicial al que la ley ha dado un mayor o menor grado de certidumbre obligatoria en consideración a su especial naturaleza jurídica. Para la apreciación de la prueba pericial la ley ha hecho su estimación legal en los artículos 721, 722 y 723 del código judicial que rezan:

"**Artículo 721.**—Cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba".

"Si hay desacuerdo, se toma el medio aritmético, a menos que la diferencia entre los dos extremos exceda de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, pues en este evento, el juez hace la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso; y aún puede decretarse de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe".

"**Artículo 722.**—Hace también plena prueba el dictamen uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a los sentidos y lo que expongan, según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda, como consecuencia de aquellos hechos".

"**Artículo 723.**—Fuera de los casos mencionados en los dos artículos anteriores, la fuerza probatoria del dictamen pericial, en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan, se aprecia por el juez conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama o ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desempeñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen".

Es la natural imposibilidad de que el juez posea conocimientos universales y en cantidad y calidad adecuadas sobre las múltiples materias, algunas de gran complejidad técnica, que se someten a su decisión jurisdiccional el verdadero fundamento filosófico y jurídico de la institución de la prueba de peritos, mediante la cual el sentenciador alumbra sus decisiones y juicios con el examen y concepto que personas técnicas realizan sobre determinadas cuestiones de hecho que requieren la sistematización de conocimientos especiales para su comprensión y dominio. El perito es, pues, un auxiliar técnico del juez. Sus conclusiones o dictamen, de acuerdo con la naturaleza **sui generis** de sus funciones, y como lo tiene consagrado la doctrina jurídica universal, constituyen datos o elementos de juicio aprovechables por el funcionario del poder judicial en la medida que encuentre aceptables los fundamentos en que se apoyen las conclusiones a que lleguen, fundamentos que en todo caso deben expresarse con precisión, exactitud y claridad (art. 716 del C. J.). "No obstante estar llamados los peritos —dice Dellepiane— a suplir o completar los conocimientos del juez, ilustrándolo sobre cuestiones de hecho que requieren saber especial, su opinión no liga imperativamente al magistrado, ni lo dispensa del deber crítico....". Pero la propia esencia de esta prueba, que busca completar la capacidad intelectual del juzgador para su función jurisdiccional, señala por sí misma el radio de apreciación judicial de su mérito o fuerza de convicción que será más o menos grande en relación, a más de las condiciones y calidades personales del experto, con el mayor o menor grado de tecnicismo o especialización científica o artística que distinga el punto concreto sometido a dictamen y que de esta manera resulte más o menos lejano y extraño a la órbita ordinaria y normal en que se muevan los conocimientos de un juez. Casos habrá naturalmente en que el sentenciador ha de acoger como fuente de certidumbre completa los conceptos o afirmaciones perentorias que unánimemente le presenten dos peritos como consecuencias indudables sacados a base de sus conocimientos especiales, de hechos sujetos a los sentidos, por no estar en capacidad de asumir el papel de técnico en materias totalmente extrañas a su formación de jurista; pero al lado de estas ocurrencias colocadas por su tecnicismo riguroso más allá de las posibilidades críticas del juez, hay casos como el de autos, que no tienen características exigentes de especialización intelec-

tual o de técnica que los cierre al buen criterio y a la prudente apreciación del juzgador, que es a quien en definitiva corresponde determinar el alcance, importancia y fe que merezca el dictamen pericial en cada caso concreto. "Un juez culto, inteligente y sabio —como dice Stoppato— no es presumible siquiera que pueda negar lo que está lógica y científicamente demostrado, o rechace lo que ha sido inevitablemente aceptado, sustrayéndose arbitrariamente a los resultados inequívocos que necesariamente proceden de hechos determinados".

Estos principios generales en que se informa el moderno derecho probatorio que aspira a dar la mayor amplitud posible al convencimiento o persuación racional del juez en el proceso de avaluación probatoria de los procesos judiciales, alejándolo cada vez más de normas invariables que encadenan su criterio, deformando su misión esencial de impartir la justicia, estaban consagrados, en lo que a la prueba pericial se refiere, en el artículo 79 de la ley 105 de 1890, hoy derogada, que disponía que "la exposición de los peritos no es de por sí plena prueba; ella debe ser apreciada por el juez o los magistrados, al fallar en definitiva, teniendo en consideración las razones en que fundan su dictamen los peritos, y las demás pruebas que figuren en el expediente. En consecuencia, 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. Pero expresarán las razones de su determinación". No se opone a seguir aplicando estas sanas normas que dan al sentenciador cierta latitud de apreciación en todo caso de peritaje el texto de las nuevas disposiciones al respecto, atrás copiadas, que no pueden constituír un retroceso en nuestro sistema probatorio civil, porque si es verdad que en los artículos 721 y 722 se da al dictamen pericial la categoría de plena prueba, también es verdad que allí se determinan precisamente las condiciones o requisitos que han de reunirse para que tal plenitud probatoria se realice. No se establece en estos artículos del código la imperativa aceptación mecánica por parte del juez del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté **debidamente fundamentado**. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de ejercitarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado, para decidir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al juez, quien las reconoce o niega, para aceptar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos. Es por medio del poder judicial como la república ejerce permanentemente la facultad de administrar justicia de acuerdo con la constitución y las leyes (art. 142 del C. J.). Desacertado y sin nigún apoyo en la ley resulta la tesis del recurrente de que en casos como el que se debate en este pleito el fallo lo dictan en conciencia los peritos a través de un juicio especial y breve en que el funcionario judicial apenas refrenda con su autoridad el avalúo pericial. Contraría esta apreciación tanto la naturaleza propia del dictamen de peritos como modo probatorio, en que le corresponde el papel de ilustrar el criterio judicial en la misma forma que los demás elementos de convicción que figuren en el proceso, como la esencia de la función jurisdiccional que soberanamente corresponde al juzgador de realizar la justicia, dándole, en este caso, una expresión numérica, cuantitativa, de equidad, a la relación jurídica que ha ligado a las partes en el desarrollo del litigio, para lo cual es indispensable y esencial la consideración crítica de todas las probanzas aducidas oportuna y adecuadamente en el debate contradictorio. Los peritos no son **jueces de hecho**, en la aceptación jurídica de estas palabras, sino auxiliares de la administración de justicia para el esclarecimiento de cuestiones que requieran conocimientos especiales; y la frase **a juicio de peritos** que emplea el código en algunas de sus disposiciones, como en el artículo 2054, citado por el recurrente, no quiere significar sino **opinión, parecer o dictamen**, pero en manera alguna puede ser sinónimo o equivalente a **fallo o sentencia**. Para que el dictamen pericial tuviera la obligatoriedad incondicional a que alude el demandante sería preciso que los expertos estuvieran investidos de una especial jurisdicción por el legislador, y entonces no serían tales en la función que les corresponde dentro de nuestro derecho probatorio, sino que se convertirían en jueces como árbitros o arbitradores con capacidad legal de proferir verdaderas sentencias (título XLVII del C. J.).

No menos infundada resulta la apreciación del recurrente sobre los efectos del auto interlocutorio fechado el 25 de junio de 1936 en que el tribunal decidió la articulación propuesta por el abogado de la Compa-

ñía Minera Chocó Pacífico contra el dictamen pericial de que se trata, y en el cual se declaró infundada la objeción que se le hizo por error grave. Considera el actor que esta providencia equivale exactamente ha haberse declarado por el tribunal que el concepto de los peritos era fundado, y que su ejecutoria, por tanto, colocaba el avalúo pericial fuéra de toda nueva apreciación analítica al proferir la sentencia definitiva en la que debía ser inconsideradamente aceptado. Dentro del término legal del artículo 719 del código judicial, las partes pueden pedir que los peritos expliquen, amplíen o aclaren su dictamen en caso de ser oscuro o adolecer de deficiencia la exposición pericial, facultad que también corresponde oficiosamente al juez en cualquier oportunidad procedimental antes de fallar. Pueden también las partes en el citado término objetar el dictamen por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, y en este caso se tramita una articulación, que si se falla contra del objetante determina su condenación en costas y el pago de una multa, y si declarando probada la objeción, la repetición de la diligencia con intervención de nuevos peritos. Tiende la primera de estas facultades legales, ya sea por iniciativa de los litigantes u oficiosa del juez, a completar la prueba pericial limpiándola de oscuridad o deficiencia, buscándole mejores fundamentos y capacidad de ilustración judicial para que llene a cabalidad sus fines en el balance probatorio que ha de hacerse al proferir el fallo de instancia. Con la facultad de objeción al dictamen que consagra el artículo 720 del código judicial se da oportunidad, no de explicar, ampliar, aclarar o completar la exposición pericial para mejor auxilio al decidir el punto técnico sometido al dictamen, sino de puficar la prueba de taras esenciales que la hacen desechable e inválida, y de ahí por qué la comprobación de cualquiera de los motivos legales de objeción produce el cambio de peritos y la repetición de la prueba. Fundamentalmente distinta resulta, por consiguiente, la significación que en el sentido de aprecio probatorio tiene la circunstancia de haberse declarado infundada una tacha u objeción al dictamen pericial, con la declaración de que tal dictamen es fundado, si esto último fuera posible procedimentalmente dentro de las facultades judiciales. La valoración del mérito probatorio en los juicios no tiene más oportunidad que la que ofrece el estudio a fondo del proceso para dictar la sentencia. Otra cosa sería prejuzgar la cuestión esencial con motivo de incidentes, que en materia de probanzas sólo pueden encaminarse a hacerlas posibles o hábiles legalmente, pero no a apreciar obligatoriamente su valor en auto de especial y previo pronunciamiento.

Lo expuesto es bastante para declarar infundado el cargo formulado contra la sentencia de haber incurrido en error de derecho por no haber dado a la prueba pericial el valor que le asigna la ley.

Recurso del demandado

El apoderado de la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A., aduce, para pedir la infirmación de la sentencia, la primera y la sexta de las causales de casación (art. 520 del C. J.), y por razones de orden lógico comienza por referirse a la última. Así se consideran:

I.—"En los autos —escribe el recurrente—, según he venido a advertirlo, no hay prueba alguna de la formación de la sociedad demandada, ni tampoco de que el señor William W. Avery la represente. Al señor Avery se le notificó la demanda, y él confirió los poderes con los cuales se ha obrado en el juicio por la parte demandada. Se ha incurrido, pues, en la segunda de las causales de nulidad en los juicios, de que trata el artículo 488 del código judicial: ilegitimidad de la personería en la parte demandada y en quien o quienes han figurado como sus representantes".

La ilegitimidad de la personería a que se refiere el sexto de los motivos de casación, erigida en causal de nulidad en todos los juicios por el ordinal 2º del artículo 488 del código judicial, es la que dice relación con la facultad de representar en juicio o personería simplemente adjetiva, y no la personería sustantiva que tiene relación con el fondo mismo de la cuestión debatida y cuya ilegitimidad se confunde con la inexistencia misma del derecho demandado o de la acción incoada. A esta última especie corresponde la alegada por el recurrente al advertir la inexistencia de la prueba de la formación de la sociedad demandada, cuestión de fondo que afectaría la relación de derecho debatida, de evidente improcedencia como motivo de nulidad procesal, y cuya consideración está fuéra del alcance da la casación por constituír un medio nuevo, una cuestión no agitada antes en el pleito y no propuesta en ninguna forma a los jueces de instancia.

En punto a representación de la sociedad demandada, por quien ha figurado en el juicio como su gerente, señor W. W. Avery, y en tal calidad ha tomado intervención per-

sonal y ha conferido poderes a diversos abogados, el expediente ofrece las siguientes constancias: en la demanda se señaló, en su calidad de sub-gerente, al señor Avery, junto con el señor Newton Marshall, gerente, como representante de la compañía Minera Chocó Pacífico S. A., demandada en el juicio; a él se ordenó correr traslado del libelo, y él, en su expresada condición, contestó la demanda. El mismo señor Avery, hablando siempre en representación de la sociedad demandada, confirió poder ante el juzgado de primer grado al doctor Luis Enrique Bernet; luégo, ya ante el tribunal superior, al doctor Adolfo Córdoba, y ante la corte suprema a los doctores Miguel S. Uribe Holguín, Juan Uribe Holguín e Ignacio Escobar López, como principal el primero y sustitutos los demás, para llevar la representación de la Compañía Minera Chocó Pacífico S. A. en la secuela de este juicio. En esta forma aparece representada la sociedad anónima, y el proceso no contiene dato alguno de que la calidad de sub-gerente con que el señor Avery ha intervenido, no acreditada en autos, haya sido objeto de reparo alguno, o sometida a contradicción o duda en el curso del juicio.

Así las cosas, observa la Corte que la personería de la parte demandada, cualquiera que sea el fundamento del vicio alegado, no puede ser impugnada por el mismo personero en quien se hace residir la ilegitimidad de la representación, porque resulta improcedente y contradictorio el uso de la propia ilegitimidad para pretender producir dentro del pleito un resultado de tánta trascendencia como es la invalidación de lo actuado. La nulidad por ilegitimidad de la personería no puede ser propuesta con eficacia legal por cualquiera de las personas que intervienen en un litigio judicial; la razón jurídica de esta causal general de nulidad, que no es otra que la violación del derecho de defensa, circunscribe el interés indispensable para pedirla a la persona o parte que no haya estado debidamente representada en el juicio. Ilógico cuando menos sería aceptar interés legal para tal pedimento en quien, según su propia alegación y dicho, ha usado ilegítimamente la representación judicial. Si quien pide la nulidad por mala representación no es representante, no puede pedirla ni obtenerla, y si ha sido legalmente el representante, no hay lugar a declararla. La parte interesada en la nulidad, la que sí estuvo indebidamente representada en el pleito, tiene caminos legales para poner a salvo sus derechos al frente de una sentencia producida en un juicio en que no tuvo forma ni oportunidad de asumir su defensa. (art. 457 del C. J.). Si el personero ilegítimo carece de derecho para pedir la reposición de lo actuado durante los grados del juicio, menos habrá de reconocérsele tal facultad o capacidad para aducir su propio vicio como causal de anulación de lo actuado con ocasión del recurso extraordinario de casación. La alegación de este motivo no es legítima ni puede prosperar si no procede de la parte mal representada.

Por lo dicho, se rechaza el cargo.

II.—En la acusación que se formula contra la sentencia con fundamento en el primer motivo del artículo 520 del código judicial, se señala como violado directamente el artículo 2054 del código civil, violación que se hace provenir "de apreciación errónea del llamado elemento de convicción consistente en que el doctor Garcés pasó una cuenta por tres mil quinientos pesos, y de falta de apreciación del elemento de convicción, que sí lo es, consistente en la cuenta del doctor Galloway, por sólo ochocientos sesenta pesos". Después de advertir el recurrente que la cuenta pasada por el doctor Garcés "es indicio necesario, por no decir que necesario, de que el servicio prestado por él no puede estimarse en más de $ 3.500.00; porque normalmente, nadie pasa cuenta por cantidad menor de la en que pueda estimarse el servicio que haya prestado. Pero que no es indicio, ni prueba alguna, de que ese servicio se pueda estimar en equidad en el importe de tal cuenta", afirma que el tribunal incurrió en dos errores de hecho manifiestos: en haber tenido la cuenta del doctor Luis H. Garcés como indicio y en haber hecho caso omiso de la cuenta pasada por servicios médicos prestados por el doctor Galloway al señor Marshall.

Tampoco procede la casación por estos cargos formulados de modo que no consultan las exigencias de la ley que impone al recurrente que aduce violación legal por apreciación errónea de pruebas la obligación de alegar sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. No basta aseverarlo en la demanda, es indispensable demostrarlo. Error de hecho, en el sentido y condiciones necesarios para poder dar base a una casación, a condición, naturalmente, de producir infracción de precepto legal sustantivo, es un "error de entidad suficiente para producir en la inteligencia la convicción plena de que existe en la realidad, o sea un error consistente en la afirmación o

negación inexacta de un hecho alegado", calidades éstas que está muy lejos de reunir la circunstancia de que el tribunal haya tenido en consideración al hacer el análisis y balance definitivo de las probanzas del juicio, para darle el valor de un indicio, a la cuenta reconocida en posiciones, que por el valor de sus servicios médicos pasó el demandante a la compañía demandada, y que constituye en realidad, como lo anota la sentencia, un elemento probatorio especialmente impresionante. Si la sentencia acusada se apoya, como está advertido en el pasaje transcrito anteriormente, en diversos elementos cuyo eje central es el dictamen pericial y cuya apreciación total sirve de base a la convicción del fallo, resulta inválido, por lo demás, atacar una sola de las deducciones indiciarias en que reposó la apreciación soberana del tribunal de instancia. En lo referente al cargo de falta de apreciación en la sentencia "del elemento de convicción, que sí lo es, consistente en la cuenta del doctor Galloway", que incluye servicios análogos y de mayor cuantía que los prestados por el médico actor, no coincide con la verdad de los autos, porque en el texto del fallo hay constancia de que el tribunal no "prescindió" ni "hizo caso omiso de esa cuenta" en la estimación general del acervo de pruebas, como se demuestra con la transcripción del siguiente pasaje de la sentencia en que se estudia la prueba de la costumbre: ".... Como tampoco puede aducirse como regla o razón fundamental la cuenta de honorarios pagada al doctor Galloway por sus servicios médicos prestados al señor Marshall, porque aunque guarden completa analogía con los prestados por el doctor Garcés, tampoco puede servir, aisladamente considerados, para establecer la costumbre a ese respecto".

III.—Es así mismo procedente —se lee en la parte final de la sentencia— la petición accesoria de la demanda referente al pago de los intereses legales sobre la suma recibida como remuneración de los servicios médicos prestados por el demandante por cuenta de la entidad demandada y que ésta debió pagar una vez prestados esos servicios, sin que al respecto sea indispensable o necesario el que esa remuneración se hubiera fijado desde el principio, en suma líquida, toda vez que el artículo 1617 del código civil no lo exige así sino que basta que la obligación sea de pagar una cantidad de dinero cuya fijación en cantidad líquida haya de hacerse después por acuerdo de las partes, o en el juicio correspondiente".

Afirma el recurrente que el tribunal, al decretar este extremo, violó los artículos 1608 y 1615 del código civil, por no haberlos aplicado, y el 1617 de la misma obra, por interpretación errónea y aplicación indebida, en cuanto se condena al pago de intereses desde la fecha de la prestación de los servicios médicos que se cobran cuando legalmente no se deben sino a partir de la mora en el pago, para lo cual es indispensable el requerimiento judicial.

Se considera: nuestro código civil, al finalizar el título 12, "Del efecto de las obligaciones", después de establecer normas generales sobre indemnización en tratándose de obligaciones de diversos tipos, establece, cuando se trata de obligaciones de pagar una cantidad de dinero, un estatuto peculiar y excepcional que se separa de las reglas generales. Las características jurídicas especiales de este régimen fueron anotadas por la corte en sentencia del 24 de septiembre de 1937, Gaceta Judicial número 1929, página 755. Cuando procede esta indemnización, que asume siempre la calidad de moratoria y nunca la de compensatoria, la ley no impone la necesidad de probar la existencia de perjuicios, presumida sobre la naturaleza fructuaria que corresponde al dinero; es suficiente el hecho del retardo, para cuyo reconocimiento no son indispensables tampoco demanda ni requerimiento. La cuantía de la indemnización no depende de apreciación judicial, sino que está de antemano determinada en la ley y como única reparación, que se debe desde la época del retardo, en este caso, desde la fecha del no pago oportuno de los servicios profesionales prestados por el doctor Luis H. Garcés, cuya obligación de pagar ha sido reconocida expresamente por la compañía demandada desde la iniciación del litigio.

No habiendo, pues, lugar a dar aplicación a los preceptos generales sobre indemnización al caso de estudio que se rige excepcionalmente por el artículo 1617 del código civil, sobre cuya actualización en el fallo no cabe ningún reparo, resulta improcedente la cita de disposiciones inaplicables, y, por consiguiente, inconducente la tacha formulada por este motivo a la sentencia.

Por lo expuesto, la corte suprema de justicia, en sala de casación en lo civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

falla:

No se infirma la sentencia proferida por el tribunal superior del distrito judicial de Cali, fechada el 6 de marzo de 1937, que ha sido objeto del recurso.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Arturo Tapias Pilonieta—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez. Juan Francisco Mújica—Hernán Salamanca. El Conjuez: Alberto Suárez Murillo—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION DE DOMINIO

1. Es por virtud de la partición de la herencia como se tramita y fija el dominio sobre los determinados bienes que se adjudiquen y sobre los cuales se reputa, según la ficción legal, haber sido siempre el asignatario dueño exclusivo. 2. Si bien es posible que el heredero pueda ejercitar la acción de dominio destinada a excluír bienes de su propiedad que han sido indebidamente enlistados en el inventario de la sucesión de su causante, para excluírlos de la masa partible, debe fundar su derecho de dominio en título distinto de la sucesión por causa de muerte del causante, porque resulta inexplicable y absurdo que alegando como fuente de su dominio una partición hecha en vida por el DE CUJUS se pretenda sustraer del juicio en que se liquida su herencia los bienes cuyo dominio no ha de fijarse en el patrimonio del asignatario sino a virtud, precisamente, de la partición de la herencia.

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

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca).

En libelo de fecha 6 de febrero de 1936, Mariano Alvarez, en su propio nombre, demandó ante el Juzgado segundo del Circuito de Roldanillo a la sucesión ilíquida de su padre legítimo Lisandro Alvarez, para que se hicieran las siguientes declaraciones: **Primera.** Que la expresada sucesión no es dueña de los siguientes animales, que fueron incluídos en los inventarios como de su propiedad: .....; **Segunda.** Que son de mi propiedad exclusiva los referidos semovientes y deben, por esta causa, excluírse de los inventarios; **Tercera.** Que la sucesión demandada y sus legítimos representantes están en el deber de entregarme, tres días después de ejecutoriada la sentencia, los semovientes enumerados en el punto primero de esta demanda o los valores correspondientes si ya hubieren desaparecido; **Cuarta.** Que deben pagarme las costas del juicio y los perjuicios que me causen, si afrontan el juicio".

Tres hechos fundamentales para su acción adujo el actor: que sus hermanos Celmira y Marceliano pidieron la apertura del juicio sucesoral de su padre Lisandro Alvarez; que dentro de ese juicio fueron denunciados como de propiedad de su sucesión y a ese título inscritos en los inventarios, los semovientes que enumera en la demanda; y que estos animales no pertenecen a la herencia sino que son de la exclusiva propiedad del demandante, quien los ha poseído desde antes de la muerte de su padre. Aceptaron los demandados los dos primeros hechos, negaron el tercero y el pretendido derecho del actor, y sobre estas bases se desarrolló el juicio que fue decidido en primer grado por sentencia de 8 de agosto de 1936, en que el Juzgado no accedió a las súplicas de la demanda e hizo declaraciones distintas de las pedidas. Recurrido este fallo por el demandante, el Tribunal Superior de Buga, en sentencia de 18 de junio de 1937, lo revocó y en su lugar absolvió a los demandados de los cargos formulados en la demanda.

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia concedió el Tribunal el recurso de casación interpuesto por el actor, recurso que por estar legalmente tramitado, se procede a decidir.

El fallo acusado

En su alegato, visible a folios 18 a 20, explica así el demandante la procedencia de su pretendida exclusiva propiedad sobre los semovientes que quiere excluír de los inventarios sucesorales de su padre: "Mi padre Lisandro Alvarez distribuyó en vida las cabezas de ganado vacuno, hembra y macho, de su propiedad, entre sus hijos Marceliano, Limbania, Celmira y yo, en la forma siguiente: el ganado hembra, más un toro, para cada uno, a mis hermanos Marceliano, Limbania y Celmira, y el ganado macho para mí. Y esta partición que ordenó mi padre de los referidos bienes de su propiedad entonces se llevó a efecto de acuerdo con la expresa voluntad de él y sin perjudicar en forma alguna el derecho ajeno. Por lo mismo, la referida partición extrajudicial, es un título traslaticio de dominio en virtud del cual cada partícipe adquirió la parte de bienes adjudicada, porque tratándose de un acto de la vida civil entre personas hábiles para contratar y obligarse, tanto en lo que se refiere a la persona del causante como a los herederos, quienes, además, libremente aceptaron cuanto equitativamente se hizo en la partición de los semovientes, es válida esa partición porque es una de las dos formas que tiene el causante para distribuír sus bienes, según el artículo 1375 del código civil".

Considera el Tribunal que la manifestación verbal que hiciera Lisandro Alvarez en su lecho de enfermo como un mes antes de su muerte, en la cual expresó su deseo de que el ganado de su propiedad se repartiera entre sus hijos, correspondiéndole los machos a su hijo Mariano y las hembras a los demás herederos, que se pretendió establecer en el juicio con la prueba testimonial aducida por el actor, no puede considerarse jurídicamente como una partición hecha por Lisandro Alvarez en las condiciones del artículo 1375 del C. C., que consagra en nuestro derecho la institución conocida con el nombre de partición de ascendiente, según la cual se respeta la voluntad de quien, anticipándose a su muerte, regula su sucesión haciendo la partición de sus bienes, por acto entre vivos o por testamento, con tal que no sea contraria a derecho ajeno, y no la considera como tal acto de partición porque no aparece hecha en la forma solemne que requiere la ley, esto es, por instrumento público o por testamento. "En realidad fueron los herederos los que obedeciendo quizás ese deseo expresado por el padre, se repartieron los semovientes; pero esta no es la partición hecha por el difunto como lo quiere y lo autoriza el artículo 1375 del C. C. La partición que se alega por el actor no tuvo existencia legal. Fue un simple acto particular celebrado por los herederos sin ninguna intervención del difunto". Por este motivo, y además, por no haberle concedido el Tribunal a esta pretendida partición la calidad de título de dominio suficiente para excluír bienes del inventario sucesoral, negó las peticiones de la demanda.

El recurso

Se acusa la sentencia por el primer motivo del artículo 520 del C. J., y se señalan como disposiciones violadas el artículo 1375 del C. C., por infracción directa, el artículo 1056 del mismo código y el artículo 31 de la ley 57 de 1887, por haber sido erróneamente interpretados.

El fundamento esencial de la acusación lo hace consistir el recurrente en que la partición que verificaron los herederos de Lisandro Alvarez de los semovientes de propiedad de éste el 2 de noviembre de 1934, fue clasificado por el Tribunal sentenciador como una donación revocable o por causa de muerte, desconociendo la institución del artículo 1375 del C. C., que faculta ampliamente al **de cujus** para distribuír sus bienes en vida con la sola limitación de no perjudicar derechos ajenos. Afirma el recurrente que esta calificación equivocada en que incurrió el Tribunal, en cuyo derredor desarrolla el razonamiento de su alegato, lo llevó a "desconocerle" (sic) a la institución que autoriza al ascendiente para repartir sus bienes, facultad distinta e independiente de los derechos de testar y donar, "un carácter que no es precisamente el verdadero".

Se considera:

Ninguna de las breves consideraciones fundamentales de la sentencia que se acusa da base o razón para afirmar que la absolución decretada por el Tribunal Superior de Buga se apoye en el desconocimiento del derecho que consagra el artículo 1375 del C. C., que establece que "si el difunto ha hecho la partición por acto entre vivos o por testamento, se pasará por ella, en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno". Tampoco autoriza el texto del fallo, cuyas razones principales se dejaron relacionadas, para pensar que en virtud de una clasificación jurídica equivocada del acto señalado por el

actor como fuente del dominio que alega, hubiera el sentenciador desconocido el derecho demandado. No desconoció el Tribunal la partición especial, **sui generis**, a que se refiere el recurrente; a la luz de precepto legal que se pretende violado directamente se estudió en la sentencia el acto de distribución del ganado vacuno de propiedad de Lisandro Alvarez, que fue un acto particular de sus herederos en el que ninguna intervención directa tuvo el causante, y llegó a la conclusión, en presencia de la prueba testimonial que se adujo para establecerlo, de que no constituía ni podía considerarse como una partición en el caso especial del artículo 1375 del C. C., porque la prueba producida al efecto era inconducente para acreditar que la distribución de los semovientes había sido hecha por el causante y que en la forma en que se pretende fue realizada, quedó manifestada su voluntad en la forma solemne que para esos casos requiere la ley. Después de referirse el Tribunal a las condiciones y requisitos indispensables para la existencia y validez de la partición hecha por el difunto, por acto entre vivos o por testamento, concluye: "De lo anterior se deduce que la base fundamental de donde parte el demandante para alegar su derecho en los semovientes, flaquea, o, mejor dicho, no existe, y no existiendo ante la ley la partición invocada, se imponía necesariamente la absolución de los demandados".

Es solamente en el campo de la hipótesis como se plantea en la sentencia el supuesto de que se trate de donación, de cualquier género, para negarle también en esta suposición vida y eficacia al acto distributivo del ganado, a que se ha hecho referencia. "Pero ni aún admitiendo —dice el Tribunal— que se tratara de una donación entre vivos, como lo acepta el Juez, o de una donación revocable o por causa de muerte, puede tener cabida la partición aludida. Lo primero, porque la donación entre vivos necesita de la insinuación (art. 1488 del C. C.), de escritura pública e inventario solemne de los bienes; y lo segundo, porque la donación revocable o por causa de muerte ha de necesitar que su otorgamiento reúna las mismas solemnidades del testamento, según lo dispuesto por el artículo 31 de la ley 57 de 1887, que se remite al 1056 del Código Civil". Sobre este pasaje de la sentencia recurrida, que no constituye el apoyo de la decisión, se asienta la acusación improcedente de la demanda de casación. Habiendo sido, según se vio, el fundamento del fallo la falta de prueba conducente del acto generador del derecho alegado, es claro que el cargo que procedía en casación no es el de infracción directa de ley sustantiva, sino como consecuencia de errores de hecho o de derecho en que incurriera el Tribunal al hacer el estudio de las pruebas, o por omisión de éstas, en las condiciones que establece la ley normativa del recurso. Ninguna demostración ha hecho el recurrente sobre el aspecto probatorio del proceso para deducir equivocaciones del sentenciador. En estas condiciones, no pudiéndose decir con exactitud que el Tribunal desconociera la forma de partición que autoriza el citado artículo 1375 del C. C., no es oportuno ni procedente considerar los razonamientos y citas que hace la demanda de casación en torno de la historia y naturaleza jurídica de la llamada partición de ascendiente, porque apenas tendría esto un interés académico sin incidencia ni relación con las cuestiones del recurso.

Además de la evidente improcedencia de los cargos ya vistos por violación directa de la ley sustantiva en las disposiciones citadas, hay otra razón de más peso y valía para no infirmar la sentencia acusada, y es la desestimación que el Tribunal hace del pretendido acto de partición como prueba adecuada y bastante para demostrar el dominio exclusivo de un heredero sobre bienes que han sido inventariados en la sucesión de su causante, para obtener su exclusión. "En forma alguna el Tribunal puede concederle valor legal suficiente —se lee en el fallo con referencia a la pretendida partición— ni mucho menos como título de dominio para excluír bienes de una sucesión que los otros herederos han denunciado como de propiedad de ésta". En ninguna forma, ni siquiera con una referencia, se ataca por el recurrente este fundamento de la sentencia, bastante por sí mismo para sostener su legalidad.

En efecto, los bienes que pertenecen a la sucesión son de los herederos. Sobre el acervo mortuorial los sucesores no tienen ningún derecho personal determinado, sino un derecho real sobre la universalidad herencial, que mientras no sea sometida a liquidación según las reglas legales, constituye una comunidad **sui generis**. Los bienes que pertenecieron al causante forman el caudal hereditario. La sucesión por causa de muerte es la transmisión a los herederos de todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles del difunto, transmisión que se realiza a través de la liquidación herencial cuyo remate y fin es la partición, que se lleva a cabo de acuerdo con las fórmulas legales del

juicio de sucesión. Es por virtud de la partición de la herencia como se transmite y fija el dominio sobre los determinados bienes que se adjudiquen y sobre los cuales se reputa, según la ficción legal, haber sido siempre el asignatario dueño exclusivo. El Código de Procedimiento Civil contiene, en su artículo 969, correspondiente al Capítulo V del Título XXX, las reglas procedimentales aplicables al caso de que el testador haya hecho la partición en los términos autorizados por el artículo 1375 del C. C.

De acuerdo con estos principios elementales, resulta que si bien es posible que el heredero pueda ejercitar la acción de dominio destinada a excluír bienes de su propiedad que han sido indebidamente enlistados en el inventario de la sucesión de su causante, para excluírlos de la masa partible, debe fundar su derecho de dominio en título distinto de la sucesión por causa de muerte del causante, porque resulta inexplicable y absurdo que alegando como fuente de su dominio una partición hecha en vida por el de cujus, se pretenda sustraer del juicio en que se liquida su herencia los bienes cuyo dominio no ha de fijarse en el patrimonio del asignatario sino a virtud, precisamente, de la partición de la herencia.

Lo expuesto es suficiente para que la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F a l l e :

No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el diez y ocho de junio de mil novecientos treinta y siete, que ha sido objeto de este recurso.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

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

Arturo Tapias Pilonieta—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica. Hernán Salamanca—Pedro León Rincón. Srio. en ppd.

RECURSO DE HECHO

La ley no prohibe al renuente pedir, recurrir, gestionar; lo que hace es prohibir al Juez que lo oiga mientras esté en falta. Si en la fecha de la providencia recaída a la solicitud que hizo una de las partes en tiempo oportuno ya la renuencia en el suministro de papel sellado ha desaparecido porque las estampillas se suministraron por el renuente y se adhirieron y anularon por el Secretario, antes de que ella se dictase, es de reconocerse que esto advino cuando ya no se podía desoír al litigante. Cuando ya ha mediado la consignación de estampillas y por lo mismo se ha restablecido el estado normal de audiencia, ya no es dado al Juez desoír la solicitud hecha por el litigante.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Para la sucesión del señor Eudoro Prieto demandó, en vía ordinaria, por medio de apoderado, el señor Alfredo Prieto al señor Carlos García y a la sucesión del señor Cristóbal Rodríguez sobre resolución y rescisión de las compraventas detalladas en el libelo, entrega de los respectivos bienes y pago de las demás prestaciones procedentes, en el Juzgado 1º del Circuito de Fusagasugá, donde cursó la primera instancia; seguida la segunda, el Tribunal Superior de Bogotá la decidió el 30 de noviembre de 1936, en sentencia contra la cual el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de casación que el Tribunal negó en providencia de 4 de marzo de 1937, materia de recurso de hecho que va a decidirse.

Se funda en que la casación se interpuso por quien, aunque lo hizo dentro de los quince días de ley, estaba entonces en renuencia al tenor del artículo 351 del C. J. y así dejó vencer ese término, en forma que, adheridas las estampillas de que habla esta disposición después de ese vencimiento, la interposición

fue extemporánea, porque el Tribunal entiende que en tales casos el memorial respectivo se da por presentado al revalidar.

Ese artículo 351 dice: "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 emplear, estampillas que se adhieren a los autos y se anulan por el Secretario".

Tanto por ser deber del juzgador ajustar y concretar cada providencia al caso respectivo, cuanto para que el precedente que en ésta pueda fundarse no se acomode o aplique a casos en que por posibles desigualdades de circunstancias hayan de fallarse de modo distinto, se llama la atención a las peculiaridades que singularizan y caracterizan el de que aquí se trata, las que consisten en los siguientes detalles y en su ordenación cronológica, a saber:

Dentro del término expresado (18 de febrero), el interesado interpuso el recurso de casación; vencido ese término (24 de febrero) pasó el expediente al despacho; el interesado aludido revalidó o proveyó a que se revalidase el papel común aludido (3 de marzo), y después de esto (4 de marzo) pronunció el Tribunal la negativa que se discute en el presente recurso, fundada, como ya se dijo, en que dio por presentado ese memorial, no en su fecha, sino en la de la revalidación, posterior ésta, según acaba de verse, a la expiración del término.

Así, pues, cuando esta providencia se dictó ya ese interesado había dejado de ser renuente; ya no se estaba ante una revalidación por hacerse, sino ante una ya hecha; ya lo que pudiera llamarse estado de renuencia, había cesado; ya la situación excepcional creada por el empleo de papel común y por la falta de las correspondientes estampillas había desaparecido y se hallaban las cosas en las circunstancias de normalidad en que los motivos de excepción para el primordial deber del funcionario de oír y de decidir lo procedente, ya habían dejado de obrar y en que, por tanto, no le era dado al Tribunal desoír.

La ley no prohibe al renuente pedir, recurrir, gestionar; lo que hace es prohibir al Juez que lo oiga mientras esté en falta.

Son dos cosas diferentes una gestión del litigante, una solicitud, un memorial de interposición del recurso, por ejemplo, con su fecha de presentación, y el acto de consignar aquél y el de anular el Secretario las estampillas aludidas, acto cuya fecha puede ser distinta de la de aquello. Aunque el petente, por hallarse en renunecia, no pueda ser oído al presentar su memorial, tiene que reconocerse el hecho incuestionable de que ese memorial se presentó y de que esto aconteció en la fecha anotada al efecto en la Secretaría; y del propio modo, si en la fecha de la providencia recaída a ese mismo memorial ya la renuencia ha desaparecido porque las estampillas se suministraron por el renuente y se adhirieron y anularon por el Secretario, antes de que ella se dictase, es de reconocerse que esto advino cuando ya no se podía desoír, porque al juzgador no le ocurre preguntarse si oye o desoye sino al fallar. Esta pregunta no es acerca de situaciones anteriores, sino sobre la existente al pronunciar su resolución.

Al renuente no le prohibe la ley que litigue y pida; por tanto, si estando en renuencia hace una solicitud, interpone un recurso, etc., no viola ninguna disposición legal, sino que ejercita un derecho de que no puede entenderse despojado por la prohibición que la ley hace al Juez y no a él de oír tal pedimento en tanto que la renuencia dure. No es, pues, que a la revalidación se dé efecto retroactivo, sino simplemente que la Corte se guarda de confundir o identificar el memorial con la revalidación y que, teniendo presentes la diferencia entre uno y otra y sus respectivas fechas, así como la del auto, encuentra que cuando éste se pronunció no había una renuencia que impidiera oír al memorialista.

Se insiste en hacer presente, en obsequio de la claridad, que el auto fue posterior a la revalidación, lo que significa que al dictarse no había renuencia. Que la hubiera habido es algo diferente. Ello es que no la había cuando aquél se dictó.

Interpuesto el recurso de casación el 18 de febrero, fue oportuno, puesto que los quince días no vencieron hasta el 24 de los mismos. Para entonces el recurrente no podía ser oído; pero, como al llegarse la ocasión de saber si se le oía o no, que fue el 4 de marzo, no había ya papel común por revalidar, no se estaba para este día ante la valla de una renuencia.

Para evitar demoras y estorbos en la administración de justicia y que sus decisiones se procastinen, el Legislador proveyó, autorizando el empleo de papel común, en forma de impedir un medio moratorio tan socorrido como era el de la abstención de suministrar el papel sellado; y como esta medida por sí sola hasta habría podido ser ali-

ciente para la abstención, en cuanto ahorraba el costo de este papel, se la complementó con lo ya visto sobre estampillas, que atendió a la faz fiscal del caso, y con la sanción del desoimiento ya visto, que atendió a su faz procedimental forzando el cumplimiento de aquella orden.

A ninguna de estas finalidades deja de mirarse si, no habiendo aún decidido nada el Juez sobre un recurso o cualquiera otra petición al llegar la oportunidad de decidirla no encuentra para escuchar al petente la valla de una renuencia. Se tiene en cuenta lo fiscal, porque se parte de la base de una revalidación ya hecha, y lo procedimental, porque no se lleva la pena más allá del límite que le señala la ley misma que la establece.

Esta pena es temporal, por el lapso abierto con el empleo del papel común y cerrado con el suministro de las estampillas. La disposición transcrita a que acaba de aludirse emplea el adverbio **mientras**: "La parte renuente no es oída en el juicio mientras no consigne en estampillas....". Estas son sus palabras. Si entretanto no puede ser oída, es claro que cuando ya media la consignación y por lo mismo se ha restablecido el estado normal de audiencia, ya no es dado al Juez desoírla.

Como se vio, en el presente juicio se interpuso en tiempo el recurso de casación, hecho incuestionable hasta en la materialidad de lo sucedido y no discutido, pues la presentación del respectivo memorial es del 18 de febrero y el 24 de los mismos fue cuando vencieron los quince días. Así, pues, aún dentro del concepto del Tribunal, de que, por haber sido posterior a esta última fecha el suministro de las estampillas, había de desoír al petente, esto era lo que correspondía declarar y no que la interposición fuese extemporánea.

Opinando la Corte que es en el momento de resolver cuando el juzgador ha de preguntarse si oye o desoye y que, por tanto, no ha de desoír cuando en ese momento no haya renuencia, lo procedente era entrar a considerar el memorial, a fin de conceder o negar el recurso de casación, según se llenaran o no todos los respectivos factores.

Entre éstos figura la interposición misma, que ha de ser "en tiempo y por persona hábil". Aquello queda respondido aquí afirmativamente. Lo último, así como lo atañedero a clase de sentencia y a cuantía, se deja al estudio y decisión del Tribunal, en atención a que la Corte no dispone en la actuación del recurso de hecho de los elementos necesarios. Por ejemplo, en lo atañedero a cuantía, no se la halla fijada precisamente y no hay tampoco datos para aseverar que esa fijación sí obra ya en el proceso, en forma de poder obtenerla mediante la copia de que habla el artículo 515 del C. J. Tampoco puede decirse desde ahora que se esté en el caso del artículo 524 **ibidem.**

Todo esto indica que la Corte no puede definir de modo concluyente el problema y que ha de remitirlo al Tribunal para que éste lo resuelva, es decir, conceda o niegue el recurso de casación oyendo al recurrente por virtud de lo expuesto en esta providencia en relación con el artículo 351 transcrito y con el auto de 4 de marzo, y estudiando todo lo que de ordinario ha de tenerse en cuenta para negar o conceder tal recurso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, admite el presente recurso de hecho e infirma el auto dictado en esta causa el cuatro de marzo de mil novecientos treinta y siete por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien conocerá del recurso de casación interpuesto y lo concederá o negará como en ley corresponda. Remítase esta actuación original para que la agregue al expediente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica. Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACLARACION

del Magistrado doctor Tapias Pilonieta.

Como autor del salvamento de voto de fecha 16 de diciembre de 1937, publicado en la Gaceta Judicial correspondiente al mes de febrero del presente año, número 1932, págs. 38, 39 y 40, salvamento al cual adhirieron otros dos magistrados de la sala de casación civil, y que sobrevino como consecuencia de la interpretación que entonces le dio la Corte al artículo 351 del código judicial, no encuentro ninguna dificultad para aceptar la doctrina procesal sustentada en la providencia anterior, encaminada a resolver otro caso de aplicación del citado artículo 351, completamente distinto del contemplado en la resolución de la cual víme entonces obligado a disentir. Y aun cuando los términos de la resolución de ahora son nítidos en el sentido de destacar la novedad del actual problema, con todo, a riesgo de incurrir en pecado de redundancia, no puedo menos de apuntar la siguiente observación, dirigida no a llenar algún vacío que yo haya notado en la dicha resolución, la cual estimo que deslinda de manera perfecta la nueva faz de la cuestión, ni a salvar el voto, sino más bien a modo de aclaración necesaria a la debida aplicación de los puntos de vista que tuve el honor de sostener en el susodicho salvamento de voto, de cuya verdad estoy cada día más convencido.

En diciembre sostuve que cuando el juez se encontraba delante de la gestión procedente de una de las partes que estaba bajo la sanción de no ser oída por virtud del artículo 351, tenía que rechazarla, porque carecía de valor y debía reputarse como no hecha o formulada. Combatí la tesis de que una revalidación posterior al auto en que el juez desoye al renuente, pudiera tener efecto retroactivo para darle vida a lo que ya fue juzgado como insuficiente. Propuse varios casos en vía de patentizar que tal retroactividad iba siempre en provecho de los litigantes menos escrupulosos, y en menoscabo de los más cumplidos.

Hoy el caso consiste en que la revalidación está cumplida cuando el juez debe resolver la gestión. En este caso no hay inconveniente en aceptar como la fecha procesal de la respectiva solicitud la del día en que se presenta; ya esta fecha no podrá ser la del día de la revalidación del papel común, como cuando la parte está en renuencia, porque en el momento de oírla se ha habilitado en tiempo para poder ser oída. Restablecida oportunamente por ella en la normalidad, como dice la Corte, ya no le es dado al juez desoírla.

Bogotá, mayo 10 de 1938.

Arturo Tapias Pilonieta

ACCIONES DE NULIDAD Y OTRAS.—EMBARGO Y PROHIBICION DE ENAJENACION DE ELLOS DURANTE EL EMBARGO.—PACTO COMISORIO Y PACTO DE PACTO DE RETROVENTA, RESERVA DEL DOMINIO

1. El embargo es un medio de asegurar la eficacia de las acciones del acreedor contra actos del deudor que enajenando o gravando sus bienes merme y hasta haga desaparecer el respaldo de sus obligaciones, sea éste especial o el general del artículo 2488 del C. C. En esa senda la ley llega a permitirlo preventivamente, no sin las debidas precauciones para el deudor, que puede ser demandado presunto, y para terceros (C. J., art. 274), ni sin sanción contra los posibles abusos del derecho (Art. 294 IBIDEM). Consecuencia lógica de la expresada finalidad del embargo es la nulidad del pago cuando lo embargado es un crédito y se cubre al acreedor (C. C., Art. 1636, numeral 2º) y la de que se anula la enajenación de lo embargado por haber en ella objeto ilícito (Art. 6º, ibídem). En busca de la eficacia de la orden de embargo la ley dispone lo procedente, según se trate de créditos, cosas muebles, naves, fábricas, etc., o bienes raíces. Para éstos creó libro especial en el registro y reglamentó con nimiedad lo referente a la inscripción del embargo, respecto del cual dispuso el artículo 1521 del C. C. que hay objeto ilícito en la enajenación de los bienes embargados por decreto judicial, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en ello, casos estos últimos en los cuales no hay nulidad.—2. Distintos al caso en que el vendedor se reserva lo vendido y su entrega para no hacerla en cuanto ejerciese el derecho de recuperarlo por medio del pacto de retroventa son los contratos de compraventa en que, por ejemplo, el vendedor entrega desde luego y el comprador queda adeudando el precio en todo o parte y en que, no habiendo pacto adicional, la mora del comprador en el pago habilita al vendedor para optar por la resolución establecida en los artículos 1546 y 1930 del C. C.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Va a decidirse el recurso de casación tramitado ya debidamente, interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Ibagué de 30 de septiembre último, en el presente juicio ordinario de Eulogio Cubillos contra Pedro Chedraue.

Los antecedentes, sentencia recurrida y motivos de casación quedaron relatados en el informe del Magistrado sustanciador para la audiencia pública que a solicitud del abogado del recurrente tuvo lugar el 27 de abril próximo pasado, por lo cual se le transcribe en seguida.

Por escritura número 25 de 3 de abril de 1934 ante el Notario de Natagaima, Eulogio Cubillos vendió a Pedro Chedraue el inmueble de esa jurisdicción allí deslindado, formado por las porciones continuas que ese instrumento detalla. El vendedor recibió el precio total, que fue la suma de $ 1830, y se obligó a entregar lo vendido al comprador en forma subordinada al pacto de retroventa a que se sometió el contrato, así: el día 1º de agosto de ese año le devolvería $ 1200, sin lo cual se extinguiría el derecho nacido del pacto y entregaría el 2 de los mismos; y el resto ($ 630) se lo devolvería el 1º de agosto de 1935, sin lo cual al día siguiente entregaría por quedarle caducado a Cubillos ese mismo derecho, aunque hubiera hecho oportunamente el primer pago o devolución referida.

Afirmando haber tenido listo ese primer dinero oportunamente, haber acudido a pagarlo en su día al comprador y haberse éste denegado a recibirlo, Cubillos lo demandó en octubre de 1935 a fin de que se le declare (a Chedraue) obligado a recibir los $ 1830 y a restituír dicho inmueble y abonar perjuicios por su negativa aludida, y subsidiariamente para que se rescinda la compraventa por lesión enorme. Esa demanda fue corregida en noviembre siguiente en forma de reemplazar algunos de sus pedimentos, así: 1º Se dejó vigente el relativo a obligación de Chedraue de recibir los $ 1830; 2º Derecho de Cubillos a retener lo vendido, por no haber cumplido el comprador sus obli-

gaciones; 3º Declaración de no ser compraventa sino hipoteca el contrato mencionado; 4º Nulidad del registro de la citada escritura por haber en la enajenación objeto ilícito, en fuerza de estar a la sazón embargado ese inmueble; 5º Ese instrumento no hizo, por lo mismo, tradición legal de ese bién, el que pertenece, por tanto, a Cubillos; 6º Chedraue está en mora de recibir los $ 1830 que figuran como precio; 7º Carece de valor legal lo estipulado sobre tipo del cambio de la moneda; 8º Chedraue debe cancelar esa escritura, a menos que la sentencia la declare cancelada; y 9º Como declaración subsidiaria, la de que hubo dolo de Chedraue para inducir a Cubillos a ese contrato, por lo cual debe indemnizarle todos los perjuicios que éste ha sufrido con su celebración.

Tanto la demanda inicial como la modificadora se contestaron por el demandado oponiéndose, y además éste, desde su respuesta a aquélla, contrademandó a Cubillos para que se le condene a entregarle lo vendido y a pagarle sus frutos desde el 2 de agosto de 1934 hasta su entrega, afirmando tanto en la reconvención como en sus aludidas respuestas que hubo la compraventa contenida en la escritura y sometida a las estipulaciones que ésta expresa, las cuales en lo de su cargo fueron cumplidas por él, y negando que Cubillos le hiciera u ofreciera en tiempo el pago de los $ 1200 supradichos.

Cursó el pleito en primera instancia en el Juzgado 1º del Circuito de Purificación, donde ella se cerró con sentencia de 11 de julio de 1936, reformada por el Tribunal Superior de Ibagué en la de segunda instancia de 30 de septiembre de 1937, de suerte que el litigio quedó decidido así: en razón de los embargos a que estaba afecto lo vendido, es nula la compraventa en referencia y nulo su registro, por lo cual aquél no se transfirió legalmente a Chedraue por Cubillos, y de otro lado, éste debe pagar a aquél el saldo de lo que le adeuda con sus intereses, el que se fijará en la ejecución de la sentencia por no haber suficientes elementos para precisarlo en este proceso. De los demás cargos de la demanda y contrademanda quedan absueltos los litigantes, inclusive el de costas.

Chedraue en casación invoca el motivo 1º de los del Art. 520 del C. J. Acusa la sentencia del Tribunal de error de apreciación de ciertas pruebas y de violación de estas disposiciones: Del numeral 3º del Art. 1521 del C. C., en cuanto dio por colocado en su primera parte el caso presente, a pesar de que corresponde al final del mismo, en cuanto la ilicitud allí establecida no se produce cuando en la enajación consiente el acreedor; el Art. 1741 ibidem, en cuanto declara esa nulidad sin haberse producido, y el Art. 43 de la Ley 57 de 1887, por la misma razón, esto es, por no haber habido la que el Tribunal encuentra como motivo para declarar nulo el registro.

El recurrente apoya sus razonamientos con la cita de doctrinas de esta Corte que estima adecuadas y se funda en hechos expuestos en suma así: dos eran los embargos bajo los cuales se hallaba lo vendido al otorgarse la citada escritura de compraventa y élla expresamente los trae a cuento para dejar a cargo del comprador su cancelación, a saber: uno a favor del mismo Chedraue y otro a favor de Leopoldo Ortiz C.; del consentimiento de Chedraue es hasta innecesario hablar; el de Ortiz lo acredita o sugiere su intervención en aquella escritura, así fuese como testigo; además este señor en memorial de 5 de mayo de 1934 dirigido al Juez de la causa ejecutiva respectiva, pide la terminación de ésta y la cancelación del embargo por haber recibido de manos de Chedraue, advirtiendo Ortiz que éste procedía en cumplimiento de su compromiso de la escritura de 3 de abril, el total de su crédito con intereses y costas.

El abogado recurrente pide por ese motivo se case la sentencia del Tribunal y que en la que ha de reemplazarla se reconozca la validez de la enajenación y del registro de la escritura pública que la solemniza y se condene al vendedor a entregar al comprador lo vendido y a pargarle los frutos desde el 2 de agosto de 1934 hasta la entrega, así como las costas del juicio.

Estudiando el recurso de casación la Corte considera:

La copia notarial de la citada escritura de compraventa que obra en el proceso (Cdno. 3º, Fols. 15 a 19) nos trae reproducida la nota de registro. Pero ello no conduce a considerar que el caso esté dentro de la prohibición del Art. 2673 del C. C., porque esta disposición se refiere a la falta del registo y a cerca de éste no hay duda, ante el certificado del registrador del Fol. 1º del Cdno. ppl. y ante la inspección ocular (Fols. 41 a 43 ibidem) practicada por el Tribunal en la Oficina de Registro de Purificación a virtud del auto para mejor proveer.

Esa compraventa se inscribió allí el 18 de junio de 1934, y para el Tribunal fue decisiva, en el sentido de aplicar el Art. 43 de la Ley 57 de 1887, la circunstancia de estar para ese día vigente la inscripción de los dos

embargos referidos. De ahí que declarara la nulidad del registro de la compraventa.

Y la de ésta obedece al mismo concepto y a la misma circunstancia de estar vigentes los embargos y su inscripción en el registro.

No es aceptable decidir a luz tan simple cuando la ley misma establece expresa salvedad y cuando, por otra parte, corroborando la razón de ser y alcance de éstas, ha de aplicársela con criterio de rigidez que sacrifique hasta su querer y con él la realidad de las relaciones contractuales y económicas y la vida misma de los negocios.

El embargo es un medio de asegurar la eficacia de las acciones del acreedor contra actos del deudor que enajenando o gravando sus bienes merme y hasta haga desaparecer el respaldo de sus obligaciones, sea éste especial o el general del Art. 2488 del C. C.

En esa senda la ley llega a permitirlo preventivamente, no sin las debidas precauciones para el deudor, que puede ser demandado presunto, y para terceros (C. J. Art. 274), ni sin sanción contra los posibles abusos del derecho (Art. 294 **ibidem**).

Consecuencia lógica de la expresada finalidad del embargo es la nulidad del pago cuando lo embargado es un crédito y se cubre al acreedor (C. C. Art. 1636, numeral 2º) y la de que se anula la enajenación de lo embargado por haber en élla objeto ilícito (Art. 6º **ibidem**).

En busca de la eficacia de la orden de embargo, la ley dispone lo procedente según se trate de créditos, cosas muebles, naves, fábricas, etc., o bienes raíces. Para éstos creó libro especial en el registro, ha reglamentado con nimiedad la inscripción en relación con la providencia judicial respectiva y su aviso al Registrador y previene a éste se abstenga de inscribir la enajenación o gravamen del inmueble embargado (Ley 57 de 1887, Arts. 38 y 43 y Art. 42 de la 95 de 1890). El Art. 1521 del C. C., en lo pertinente dice:

"Hay un objeto ilícito en la enajenación: ..... 3º De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en éllo".

Ambos miembros de este numeral son estrictamente lógicos con el expresado objetivo del embargo: objeto ilícito y consiguiente nulidad en tesis general o en principio, y ausencia de vicio cuando media esa autorización, de igual calidad y fuerza que el decreto inicial aludido, o cuando interviene el consentimiento del acreedor, dueño de prescindir de la garantía que para él es el embargo. Claro es que esta prescindencia, determinada para facilitar y abreviar el pago o por cualquiera otro motivo, deja de lado toda contingencia de violación o sacrificio por el deudor del referido estado de garantía a que obedecen las aludidas o citadas disposicioles legales. No produciéndose así ese adverso resultado, carecería de razón el concepto de ilicitud.

De estas breves reflexiones se deduce que para saber si una enajenación dada es lícita o ilícita en relación con un embargo, no basta mirar hacia éste y hacer una comparación de fechas entre la de su inscripción, la del otorgamiento de la escritura pública de compraventa y la del registro de la misma. Se habla en singular de compraventa y escritura, por tratarse en el presente pleito de este contrato y versar él sobre finca raíz. Quedaría sensiblemente limitado el estudio si se contrajese a esa mera comparación. Hay otros elementos de juicio cuya concurrencia, en su caso, determinan conclusión distinta y aun opuesta; y por lo mismo, el juzgador no puede ni debe pasarlos por alto. Tales son, por ejemplo, en asunto como el de este juicio, los que miran al consentimiento del acreedor y, por ende, al posible sacrificio de su derecho o al posible logro del mismo, según las circunstancias.

A este respecto, en relación con el recurso que aquí se estudia, han de traerse a cuento estos hechos: dos son los embargos en juego: uno a favor del mismo comprador Chedraue y otro a favor de Leopoldo Ortiz, cesionario de Andrés Cortés. Uno y otro se decretaron en sendos pleitos por cantidad de dinero. Siendo Chedraue comprador, salta a la vista su consentimiento en la venta que le hacía Cubillos, que es de la que aquí se trata. En cuanto a Ortiz, se tiene que él concurrió al otorgamiento de la escritura en referencia como testigo rogado por su deudor Cubillos que en ella vendía lo embargado en favor de Ortiz y que allí mismo se citaba este embargo y se pactaba sobre su cancelación mediante el pago que asumió allí Chedraue del crédito de Ortiz. A esto se agrega que, según se ve en las copias que forman los folios 6 a 12 del cuaderno 5º, de varias piezas de las aludidas ejecuciones, Ortiz dirigió al Juzgado donde cursaba la suya un memorial presentado por él personalmente el 5 de mayo de 1934 que en lo pertinente dice manifestar: "Que por escritura número veinticinco (25) de tres de abril último pasada por la Notaría de esta población, Eulogio Cubillos, vendió al señor Pedro Chedraue, los bienes pignorados en la ejecución a que aludo, comprometido allí el

citado señor Chedraue a cancelar el crédito en mi favor. Que en efecto el señor Chedraue, ha verificado el pago de la expresada ejecución en favor del suscrito exponente, pagando principal, intereses y costas del juicio, dejando así cubierto el crédito y la consiguiente ejecución. En razón de lo expuesto, de acuerdo con el señor Chedraue, desisto del juicio ejecutivo promovido contra el señor Eulogio Cubillos, mayor de edad y vecino de este Municipio, para que se declare cancelado el juicio, en favor del señor Chedraue, se oficie al señor Registrador de Instrumentos Públicos la cancelación de la inscripción del embargo y se archive el expediente".

Así, pues, se halla acreditado en el proceso el consentimiento de ambos acreedores para la enajenación aquí discutida, lo que significa que se acepta el cargo del recurrente, consistente en suma, como se vio ya, en que el caso se coloca en la parte final y no en la primera del citado numeral 3º del Art. 1521 del C. C. y en que, por ende, no hubo ilicitud en la citada compraventa ni la consiguiente nulidad, ni es inválido el registro de la correspondiente escritura, puesto que, no adoleciendo la enajenación de aquel vicio, mal podría reputarse afecto a él el registro de su título,, cuya inscripción se declaró nula por el Tribunal cabalmente por esa ilicitud de objeto que él encontró y que la Corte no halla.

Justificado el cargo, la sentencia recurrida ha de casarse y de reemplazarse por la que corresponda, como manda el C. J. en su Art. 538.

Sentencia de Instancia.

El Juzgado hizo varias de las declaraciones demandadas por Cubillos y le negó otras; él no apeló de esa sentencia; ésta partió de una confrontación de moras entre los dos contratantes, a la verdad curiosa, y, sobretodo, extraña al litigio, y por esa senda llegó a declarar a Chedraue obligado a recibir los $ 1830 y en mora de hacerlo y a Cubillos con derecho a retener lo vendido y aun al de obtener escritura en que Chedraue cancelase la de 3 de abril. Esa misma sentencia, que negó la solicitud de tener el contrato, no como de compraventa, sino como mutuo con hipoteca, negó las súplicas de la contrademanda.

Lo dicho en el capítulo precedente de este fallo de la Corte, hace ver lo inadmisible de los conceptos y decisión del Juzgado y, por tanto, que al revisarse su sentencia debe ser revocada, porque expirado el plazo para devolver el precio y retrocomprar a Cubillos, no cabe obligación ni mora de Chedraue para recibirlo, ni cabe tampoco la de otorgarle escritura alguna; y porque, ante la validez de la compraventa y su registro y el vencimiento del plazo de aquel pacto sin uso del derecho respectivo del vendedor, lo procedente es que éste cumpla su obligación de entregar y reconocer que está en mora de hacerlo desde que se venció ese plazo (C. C. Arts. 1608, numeral 1º y 1880 y 1882).

Del propio modo, obligado a entregar el 2 de agosto de 1934, Cubillos desde ese día debe los frutos correspondientes hasta que la entrega se efectúe. Esta prestación es materia de súplica de la contrademanda; pero no lo fue de probanzas en el curso del pleito, por lo cual no obra en autos dato alguno que pudiera consignarse en el fallo como base según el Art. 481 del C. J. y a dejarse la fijación para la ejecución de la sentencia en la forma atendida por el Art. 553 del mismo Código. Se advierte, sí, que al respecto señala la demanda de reconvención la cantidad de $ 100 mensuales que viene, por ende, a ser el límite máximo posible, de conformidad con la parte final del Art. 471 ibidem.

Así mismo hay completa ausencia de pruebas de que Cubillos taya causado perjuicios al señor Chedraue, como éste afirma, para pedir se condene a aquél a indemnizarlo por haber deteriorado la finca.

Al relatar aquí los antecedentes, se vio que la demanda inicial suplicó en subsidio la rescisión de la compraventa por lesión enorme. La reforma de aquélla sugiere prescindencia de ese pedimento. Además, aunque estuviese en pie en el litigio, no podría decretársele porque no se adujo ni se solicitó siquiera prueba alguna sobre el justo precio de lo vendido a la época del contrato. (C. C. Art. 1747), prueba que debiera haber sido pericial, al tenor de los Arts, 705 y ss. del C. J.

En suma: no pueden prosperar las pretensiones de Cubillos como demandante ni sus excepciones como contrademandado y ha de condenársele en esta calidad a la entrega de lo que vendió y al pago de los frutos desde que está en mora de hacerla.

Uno y otro de los litigantes piden que se condene en costas a su contrario. Ante el Art. 757 del C. J. se ve que no hay lugar a ellas.

La afirmación de estar Cubillos en mora de entregar se deduce del tenor de la escritura y de la falta de pago oportuno, así:

Después de establecer la cláusula cuarta de ese instrumento el pacto de retroventa aquí citado y comentado, dice la quinta: "Que se obliga a verificar la entrega material de la expresada propiedad determinada en este título, a favor del señor Pedro Chedraue, caso de no pagar el primero de agosto del año actual (1934), el día dos de los mismos mes y año o sea, al día siguiente, y en el caso de pago de este primer contado y no del segundo, el día dos de agosto del año de mil novecientos treinta y cinco, **por declararse cesado el derecho de retroventa en cualesquiera de estas circunstancias** en adelante, sin derecho a reclamo para lo cancelado". Y la cláusula 6ª dice: "Que una vez verificada la entrega de la finca al comprador Chedraue en las fechas expresadas, por cualesquiera (sic) de las dos circunstancias y cumplida la obligación del vendedor, se obliga al saneamiento por evicción conforme a las leyes". Subraya la Corte y toma esta copia del folio 17 de cuaderno 3º.

Esos dos contados y plazos fueron los supradichos $ 1200 y $ 630 del 1º de agosto de 1934 y de 1935 respectivamente. Cubillos afirma haberse presentado a Chedraue en tiempo con los $ 1200 y haberse éste denegado a recibirlos, y de esta negativa que atribuye al dañado propósito de Chedraue de quedarse con los bienes y frustrarle su derecho a recuperarlos, deduce Cubillos la situación actual de las cosas y, en ella, el haberse visto forzado a incoar el pleito. Por su lado Chedraue rechaza todas estas afirmaciones de su contendor. Y ello es que las pruebas aducidas por Cubillos para acreditarlas no lo logran y, por el contrario, justifican la actitud de Chedraue en sus respuestas y en su reconvención.

Los testigos que declaran a petición de Cubillos sobre oferta del dinero a Chedraue y denegación de éste a recibirlo colocan estos sucesos entre el 2 y el 3 de agosto, es decir, después del 1º de ese mes en que quedó vencido el plazo. Y aunque esto bastaría, se agrega que entre las copias que trajo Cubillos al proceso se halla (Cdno. 3º, Fol. 5) la de su memorial de oferta de pago por consignación de esos mismos $ 1200, sin que aparezca actuación distinta de la orden de traslado y sin que por tanto hubiera consignación efectiva; y la fecha de esa mera oferta es el 31 de julio, no de 1934, sino de 1935. Bien se ve cuán tardíamente Cubillos se acogió o intentó acogerse al Art. 1656 del C. C. y ejercer el derecho que éste consagra. Quizás oportuna y efectivamente ejercitado habría determinado situación y consecuencias legales muy distintas de las que se produjeron efectivamente, que son las observadas aquí y que son también la obligada base para el sentenciador.

Este encuentra que Cubillos dejó vencer el plazo para la retroventa sin ejercer este derecho, lo que basta para negarle su pretensión de que se proceda y conceptúe como no correspondería sino en cuanto efectivamente en tiempo lo hubiera ejercido. Y si la obligación de entregar estaba sometida a este plazo y contingencia, no habiéndose ésta realizado y habiéndose aquél vencido, desapareció toda valla o excusa para cumplirla y desde ese vencimiento quedó en mora el vendedor, como queda ya declarado en párrafos precedentes.

Singularizan el caso presente dos circunstancias tan significativas como son la de haber pagado al comprador la totalidad del precio y la de haberse reservado el vendedor lo vendido y su entrega para no hacerla en cuanto ejerciese el derecho de recuperarlo mediante el pacto de retroventa a que se proveyó detallada y precisamente en la escritura de 3 de abril, parcialmente transcrita.

Muy distintos, por lo mismo, son los contratos de compraventa en que, por ejemplo, el vendedor entrega desde luego y el comprador queda adeudando el precio en todo o parte y en que, no habiendo pacto adicional, la mora del comprador en el pago habilita al vendedor para optar por la resolución establecida en los Arts. 1546 y 1930 del C. C., y distinto es también el caso presente de aquellos en que, sobre la base que acaba de expresarse, hay pacto adicional de los autorizados por el mismo Código en sus Arts. 1935 a 1938 (Comisorio), 1939 a 1943 (Retroventa) o los de los Arts. 1944 y 1945 o el del Art. 1º de la Ley 45 de 1930 (**Pactum reservati dominii**), sustitutivo, según el Art. 2º de la misma ley, del 1931 del Código.

Con más veras ha de hallarse diferencia completa entre un caso como el de este pleito y el del decidido por la Corte en sentencia de 26 de julio de 1935 (G. J. Tomo XLII, págs. 180 a 187) en que la parte vendedora reputó haber recuperado el inmueble vendido por el solo hecho de no haber completado la parte compradora el pago del precio dividido en cuotas periódicas y procedió a vender el mismo bién a tercero reputando suficiente este hecho para la extinción del título del primer comprador, sin mediar cance-

lación en el registro ni intervención de la autoridad.

Nuestro actual Código de procedimiento civil reglamenta el ejercicio de las acciones correspondientes a los referidos pactos en sus Arts. 1095 a 1102.

Conviene advertir que probablemente por la brevedad del término para el primer pago, que fue de escasos cuatro meses, y por lo ceñido y completo de la reglamentación dada al pacto por los contratantes en la mencionada escritura de 3 de abril, no estimaron procedente lo establecido por el Art. 1097 del C. J. Ello es que Cubillos no llenó ni intentó llenar esos requisitos y que Chedraue no los ha hechado menos ni ha fundado su defensa en que faltasen.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia dictada en este juicio doble por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el treinta de septiembre de mil novecientos treinta y siete, y reformando la de primera instancia decide este litigio así:

1º Condénase a Eulogio Cubillos a entregar a Pedro Chedraue materialmente lo que aquél vendió a éste en la escritura pública número veinticinco el tres de abril de mil novecientos treinta y cuatro ante el Notario de Natagaima, por los linderos y con los accesorios que ese instrumento reza y en el estado en que todo ello se hallaba el dos de agosto de ese año.

2º Condénase al mismo Cubillos a pagar al mismo Chedraue el valor de los frutos de los aludidos bienes desde la fecha que acaba de expresarse hasta la entrega ordenada en el numeral precedente.

Ese valor, que no podrá pasar de cien pesos ($ 100) mensuales, se fijará de conformidad con los Arts. 553 del Código Judicial y 964 del Civil.

3º Absuévese a Cubillos de los demás cargos de la contrademanda.

4º Absuélvese a Chedraue de los cargos formulados contra él por Cubillos en la demanda inicial y su reforma.

5º No se hace condenación en costas en las instancias ni en la casación.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica. Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO.— INTERPRETACION DE LA DEMANDA.—TECNICA DE CASACION.

1.—Ya ha sentado la Corte que una demanda puede interpretarse sin variar los términos o factores que la integran. 2.—No siempre que deja de casarse una sentencia significa esto que la Corte comparta o acepte las bases en que aquélla está fundada, porque puede suceder que ello provenga de no incidir las acusaciones hechas contra el fallo en sus fundamentos. La Corte no puede entonces tocarlos, porque en casación se estudian los motivos tales como han sido expuestos por el recurrente.

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

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón).

1º Miguel Duarte e Isabel Parra contrajeron entre sí matrimonio, en la población de Chiscas, el veintiseis de octubre de mil novecientos veintinueve.

2º Durante la existencia de esa sociedad conyugal, fueron adquiridos por ella los inmuebles a que se refiere el contrato que consta en la escritura número 587 de seis de octubre de mil novecientos veinticuatro.

3º Durante la existencia de dicha sociedad, Miguel Duarte, vendió a Pedro Crisanto Duarte, según consta de las escrituras 149 y 150 de veintinueve de marzo de mil novecientos treinta de la Notaría segunda del Cocuy, los mismos bienes que había ad-

quirido por el contrato a que se refiere la escritura 587 mencionada.

4º El 25 de diciembre de 1931 murió Miguel Duarte y quedó disuelta la sociedad conyugal habida entre él e Isabel Parra.

5º Isabel Parra vendió por medio de escritura pública número 185 de 16 de agosto de 1932 a José Abelardo García la mitad de los gananciales que le pudieran corresponder en la sociedad conyugal que había formado con su esposo Miguel Duarte.

6º El 24 de agosto de 1932 Isabel Parra y José Abelardo García presentaron al Juez 1º del Circuito del Cocuy una demanda ordinaria, contra Pedro Crisanto Duarte, demanda cuyas solicitudes son: 1ª Que son nulos, de modo absoluto, los contratos contenidos en los instrumentos números 149 y 150 de 29 de marzo de 1930; 2ª Que como consecuencia las notas de registro de tales escrituras carecen de valor legal; 3ª Que los contratos mencionados no tienen fuerza o valor legal alguno, por ser simulados; 4ª Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se resuelve que Pedro Crisanto Duarte no ha sido comprador inscrito de los bienes a que se refiere la escritura; 5ª Que se cancelen las escrituras referidas; Las demás peticiones dicen textualmente: 6ª "Que se declare que en ningún caso y bajo ningún aspecto el comprador ficto, Pedro Crisanto Duarte, ha entrado en posesión inscrita de los terrenos a que se contraen las escrituras demandadas como ficticias; que no le pertenecen y por el contrario son o deben ser de la sucesión intestada de Miguel Duarte, esposo legítimo del primero de los suscritos, Isabel Parra". 7ª "Que las declaraciones pedidas por quien tiene interés en obtener la nulidad absoluta de los contratos afectados de vicio en su nombre y para la sucesión del causante vendedor ficto Miguel Duarte.

El juez dictó sentencia absolviendo al demandado de los cargos formulados en la demanda, por no haber sido demostrada. Hizo un estudio a fondo de las pruebas que para acreditar la simulación adujo la parte demandante, y halló que con ellas no estaban demostrados los hechos básicos de la demanda.

Por apelación de esta parte subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el cual desató la litis en segundo grado en sentencia de 25 de mayo de 1937, en la cual revocó la del inferior y absolvió al demandado por encontrar probada la excepción perentoria de carencia de personería sustantiva en la parte demandante. El Tribunal dejó a salvo los derechos de los herederos de Miguel Duarte y los de los interesados en la sociedad conyugal disuelta, Duarte y Parra, para hacerlos valer en legal forma.

Sólo recurrió en casación José Abelardo García O., por medio de apoderado, y es el caso, por estar agotada la tramitación de decidir sobre el recurso.

La sentencia acusada se funda en lo siguiente:

En que Isabel Parra carece de personería en el juicio para demandar para la sucesión ilíquida de su esposo Miguel Duarte, por no ser heredera de éste y estar comprobado en los autos que este señor dejó hijos legítimos. Además, la expresada Isabel Parra no demandó para la sociedad conyugal que existió con su esposo, ni tampoco se trata de la porción conyugal. El Tribunal se expresa así: "Pero la demandante comete doble error, porque pidió en su nombre para la sucesión ilíquida de Miguel Duarte, sin ser heredera, y olvidó hacerlo o pedir para la sociedad conyugal ilíquida formada por su esposo y de la cual sí es Isabel Parra representante o parte legal".

Sentada esta premisa, el Tribunal dedujo la siguiente conclusión: "Así, si Isabel Parra no puede representar a la herencia de su esposo, menos la puede representar el señor José Abelardo García, quien derivó su derecho por el hecho de haberle comprado a Isabel Parra la mitad de los gananciales".

La sentencia ha sido acusada como violatoria de la ley sustantiva, por interpretación errónea, y por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

En la 1ª causal se señala como violado el artículo 15 de la Ley 95 de 1890, pues el recurrente sostiene que su poderdante José Abelardo García sí tiene la personería del caso para intentar esta acción.

La Corte observa:

El Tribunal partió de la base de que se demandó para la sucesión ilíquida de Miguel Duarte, y las peticiones 6ª y 7ª del libelo le dieron asidero a ello. Esa apreciación no ha sido impugnada en casación, impugnación que podría haber llevado a la acusación del fallo recurrido, por mala apreciación de la demanda, error de hecho en la apreciación de ésta, y como consecuencia de ese error, violación directa o indirecta de ciertas normas sustantivas. Ya ha sentado como doctrina la Corte que una demanda puede interpretarse sin variar los términos o factores que la integran. El Tribunal no interpretó la demanda o mejor no la estudió en

el sentido de si al demandar el cónyuge sobreviviente para la sucesión del cónyuge muerto, puede entenderse o no que, aun no siendo heredero el cónyuge demandante, tiene la personería del caso, porque se engloban y hasta cierto punto se confunden las dos universalidades; la de la sucesión y la de la sociedad conyugal cuyas liquidaciones son conjuntas o simuladas.

Tampoco en casación se ha planteado ese problema, de donde resulta que no habiendo sido atacado el fallo por ese concepto, la Corte no puede entrar en el estudio de esa cuestión, y entonces queda inatacada y en pie la base fundamental de la sentencia, es decir, la interpretación que el Tribunal le dio a la demanda. El primer cargo, por lo tanto, resulta inoperante, porque éste, en definitiva, se reduce a que el Tribunal interpretó erróneamente el principio consagrado por el artículo 15 de la ley 95 de 1890, cargo que no está condicionado en la demanda de casación al de interpretación errónea de la demanda inicial del pleito.

No siempre que deja de casarse una sentencia significa esto que la Corte comparta o acepte las bases en que aquélla está fundada, porque puede suceder que ello provenga de no incidir las acusaciones hechas contra el fallo en sus fundamentos. La Corte no puede entonces tocarlos, porque en casación se estudian los motivos tal como han sido expuestos por el recurrente.

No se acepta, pues, el cargo.

En cuanto al segundo, consistente en que la sentencia no esté en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, se considera: El recurrente hace consistir la falta de consonancia en que el Tribunal sentenciador, al fallar desfavorablemente a García, confundiendo en una dos peticiones diferentes, la de nulidad y la declaratoria de nulidad para la sucesión de Miguel Duarte, no se ciñó a aquellas pretensiones.

El Tribunal, considerando que Isabel Parra carecía de personería, dedujo que su cesionario García también carecía de ésta. Esta deducción la hizo el Tribunal interpretando la demanda en el sentido de que se pidió para la sucesión únicamente de Miguel Duarte, y como esa apreciación no ha sido impugnada en casación, resulta entonces que el cargo que se estudia no incide tampoco contra el fallo acusado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida. Las costas son del recurrente.

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

Arturo Tapias Pilonieta—Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica. Hernán Salamanca—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

DEFICIENCIA DE LA PRUEBA EN UN RECURSO DE REVISION

Las pruebas aducidas por el recurrente no sirven para establecer el hecho nuevo de que trata el numeral 5º, artículo 1º, de la Ley 33 de 1909, ni aportan siquiera un indicio de su inocencia o irresponsabilidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, marzo veinticinco de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez).

En sentencia pronunciada el tres de abril de mil novecintos treinta y seis el Juzgado 2º del Circuito de Túquerres impuso a Balvino Zambrano la pena principal de seis meses de presidio como responsable de delito contra empleados públicos.

Apelado el fallo de primera instancia el Tribunal Superior lo confirmó con fecha diez y nueve de junio del mismo año.

Contra las sentencias condenatorias interpuso el sentenciado recurso de revisión fundándolo en la causal 5ª del artículo 1º, Ley 33 de 1909.

El ordinal 5º del citado artículo dice:

"Cuando después de una condenación llegue a producirse o revelarse un hecho nuevo, o se presenten documentos o comprobantes no conocidos a tiempo de los debates, capaces de establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o cuando se presenten indicios graves sobre esta inocencia o irresponsabilidad".

Con su demanda presentó Zambrano varias declaraciones de testigos cuya ratificación pidió en el término probatorio del recurso.

En su vista el señor Procurador delegado en lo penal dice:

"Entre las varias declaraciones aducidas por el acusado, sólo Levin y Peregrino Ordoñez son precisos en afirmar que Balvino Zambrano fue detenido injustamente por la policía y llevado en rastra a la cárcel, sin que de su parte hubiera agresiones, injurias o ataques a los funcionarios.

Pero estos testimonios no sirven para establecer el **hecho nuevo** que exige el numeral 5º del artículo 1º de la Ley 33 citada, ni la inocencia del acusado, porque tales declaraciones figuraron desde el sumario y fueron naturalmente conocidas en los debates".

. . . . . .

"No son necesarias más consideraciones para que la Procuraduría General de la Nación pida atentamente a la Corte Suprema de Justicia niegue el recurso de revisión solicitado por Balvino Zambrano".

Como lo observa el señor Procurador, los testimonios producidos por el recurrente, sobre cuestiones que fueron debatidas y tenidas en cuenta en el proceso que terminó con las sentencias cuya revisión se demanda, no son los hechos nuevos a que la ley se refiere reveladores de la inocencia o irresponsabilidad del sentenciado, y en tales condiciones la causal que se alega fundada sobre ellos no está probada ni el recurso puede prosperar.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega a Balvino Zambrano la revisión solicitada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al interesado, publíquese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente, previa devolución de la causa contra Zambrano al Juzgado 2º del Circuito de Túquerres.

Salvador Iglesias—José Antonio Montalvo—Pedro Alejo Rodríguez—Alberto Malo B., Secretario.

NO ES UNA TERCERA INSTANCIA EL RECURSO DE REVISION

Las circunstancias tendientes a demostrar la existencia de una razón exculpativa, no son los dichos nuevos a que se refiere la Ley 33 de 1909 sobre revisión en asuntos criminales.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, marzo veintinueve de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez).

Por medio de apoderado entabló Rodolfo Hernández recurso de revisión contra las sentencias del Juzgado del Circuito de Gachetá y del Tribunal Superior de Bogotá, fechadas, respectivamente, el veinte de mayo y el nueve de agosto de mil novecientos treinta y siete, en las cuales se impuso a dicho Hernández la pena principal de dos años de reclusión por el delito de heridas.

Invoca el señor apoderado las causales 3ª, 4ª y 5ª del artículo 1º, Ley 33 de 1909.

El señer Procurador delegado en lo penal conceptúa que la Corte debe negar la revisión solicitada por Hernández.

Con su demanda y como fundamento de ella presentó las declaraciones de Francisco Ulpiano Piñeros y Bonifacio Antonio Correal, cuya ratificación solicitó dentro del término probatorio, así como que se pidiera al Juzgado del Circuito de Gachetá el expediente que contiene el juicio en que Hernández fue sentenciado.

Surtida la tramitación correspondiente, la Corte entra a resolver.

La declaración de Francisco Ulpiano Piñeros, cuyo sentido es igual a la del otro testigo, dice en lo pertinente así:

"Al segundo: Conozco de vista, trato y comunicación al señor Rodolfo Hernández desde el año de mil novecientos diez y ocho y por este conocimiento y por tratarlo frecuentemente y por haberlo presenciado me consta que cuando dicho señor Hernández toma cualquiera clase de licor, pierde totalmente el conocimiento y ésto con sólo tomarse unos cuatro tragos de licor. Por esta circunstancia sus amigos, cuando lo ven embriagado, lo llaman 'El Loco Hernández'. Al tercero: Por haberlo presenciado, me consta que el día cinco de septiembre de mil novecientos treinta y seis, hallándome en Gachalá en compañía de Rodolfo Hernández, presencié que hallándose embriagado ese día este señor, Carlos Gabriel Gutiérrez, a quien también conozco de vista y trato desde mil novecientos veinte, comenzó a burlarse de Hernández haciéndole mofa con gestos y muecas despectivas. Al cuarto: Por haberlo presenciado, me consta que debido a las burlas y señales deshonestas que le hacía Carlos Gabriel Gutiérrez a Rodolfo Hernández, éste se ofendió hasta el extremo de acercarse a Gutiérrez y pedirle explicaciones por su conducta en aquellos momentos. Al quinto: Por haberlo presenciado, me consta que al dirigirse Hernández a Gutiérrez con motivo de las burlas mencionadas en el punto anterior, Gutiérrez agarró a Hernández por los brazos y a consecuencia de esto y como se pusieron a luchar, pude presenciar muy de cerca que, por acercarse Hernández con su cara a la de Gutiérrez, le mordió a Gutiérrez el labio superior. Al sexto: Por haberlo presenciado, me consta que unos seis meses después de lo relatado en el punto anterior, estando en Gachalá con Carlos Gabriel Gutiérrez y cuando éste comentaba la sentencia que había dictado el Juez del Circuito de Gachetá contra Rodolfo Hernández por la herida que le había causado en el labio a Gutiérrez, el señor Gutiérrez se expresó poco más o menos en los siguientes términos: 'Estoy apenadísimo con la condena que le imponen a Hernández pues en realidad yo soy el verdadero responsable de lo que sucedió el cinco de septiembre del año pasado entre Hernández y yo, pues si no me hubiera puesto a burlarme de él nada habría pasado. Además, Hernández me ha dado hasta hoy sesenta pesos a buena cuenta de los perjuicios que he sufrido y yo adquirí con Hernández el compromiso de dar una declaración en sumario explicándole al Juez cómo habían pasado las cosas y que toda la responsabilidad fue mía, por mis provocaciones a Hernández, declaración que no he dado porque algunos malquerientes de Hernández me aconsejaron no darla'. Al séptimo: Es verdad que al saber yo que Hernández debía ser encarcelado por causa del delito o incidente con Gutiérrez y al habérselo manifestado a Hernández también le dije que a pesar de tener conocimiento de los hechos que dejo relatados en esta declaración, yo nunca

los había referido porque creí que el asunto se había arreglado amigablemente sin necesiad de intervención de la autoridad y también porque creí que Hernández sabría defenderse llegado el caso".

Respecto de la causal 3ª alegada por el defensor del recurrente, se observa que éste no ha tratado siquiera de demostrar la falsedad en alguno de los documentos o pruebas que en el juicio correspondiente sirvieron de base para la condena de su defendido, y en tales condiciones dicha causal no puede prosperar.

Tampoco son valederas las otras dos causales alegadas, porque, respecto de la 4ª, al juicio seguido contra Rodolfo Hernández no se llevaron pruebas secretas o desconocidas para el procesado ni para su defensor, en virtud de las cuales hubiera sido condenado aquél; y en cuanto a la quinta causal aducida, de las declaraciones traídas a los autos como pruebas para fundar la demanda de revisión no se deduce la inocencia o irresponsabilidad del sentenciado Hernández.

A este respecto ha dicho la Corte lo siguiente:

"Las circunstancias tendientes a demostrar la existencia de una razón exculpativa, no son los hechos nuevos a que la ley se refiere, porque esa razón exculpativa debió ser apreciada dentro de las instancias del juicio por los jueces de hecho y de derecho, con el objeto de determinar la condición jurídica del enjuiciado. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad debieron ser alegadas por la defensa en la oportunidad debida, pues si ellas fueran materia básica del recurso de revisión, no habría sentencia condenatoria que no pudiera ser revisada, desde luego que con posterioridad a ella bien pueden obtenerse testimonios que en alguna manera modifiquen los que se tuvieron en cuenta para dictar el fallo". (Gaceta Judicial, índice y jurisprudencia del Tomo XXXV, página 643).

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Crinminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega a Rodolfo Hernández la revisión solicitada.

Por la Secretaría devuélvase al señor Juez del Circuito de Gachetá el expediente que contiene la causa seguida contra el mismo Hernández.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y archívese lo actuado ante la Corte.

Salvador Iglesias—José Antonio Montalvo—Pedro Alejo Rodríguez—Alberto Malo B., Secretario.

UN CASO DE APLICACION DEL ARTICULO 604 DEL CODIGO PENAL

Para aplicar disposiciones especiales en el homicidio es necesario que el veredicto del Jurado contenga en alguna forma los elementos de que tratan esos mandatos legales; pero de esto no se sigue que el jurado tenga que consignar de manera exacta y taxativa los términos jurídicos que el Código Penal consagra en cada uno de sus artículos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, abril veintiseis de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez).

En el presente asunto el señor Procurador delegado en lo penal se expresa así:

"Por sentencia de 10 de septiembre del año pasado, el H. Tribunal de Bogotá confirmó integralmente la porferida por el Juzgado 1º Superior del mismo distrito judicial, que condenó a Fidel Martínez a la pena de seis años de presidio como autor de la muerte simplemente voluntaria de Cenón Rojas G., con aplicación en tercer grado del artículo 600 del Código Penal.

El señor defensor interpuso recurso de casación contra el fallo de segunda instancia, el cual acusa por violación de la ley penal, por indebida aplicación de la misma, y por estar en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder y con el veredicto del jurado.

Como la Procuraduría encuentra establecida la última causal, concretará a ella su estudio.

Cuarta causal.—'No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado'.

A este respecto, el recurrente sintetiza así el cargo: '....la sentencia, como lo he demostrado, está en desacuerdo con el veredicto del jurado, el cual veredicto es indivisible por ser verosímiles las circunstancias determinantes del hecho, y las del tiempo inapreciable, que agregó el jurado, y estar ellas respaldadas por el auto de proceder'.

El cuestionario sometido a los jueces de conciencia fue el siguiente:

'El acusado Fidel Martínez es responsable, sí o no, de haber dado muerte voluntariamente a Cenón Rojas G., por medio de heridas causadas con arma cortante y punzante (cuchillo); hecho que tuvo lugar en las primeras horas de la noche del día veintidos de octubre de mil novecientos treinta y cinco, en sitio contiguo al 'Puente Ruperto Melo', en la carretera troncal de Oriente, Sección de Santana, jurisdicción del Municipio de Cáqueza, de este Distrito Judicial?'.

El Jurado contestó: 'Sí, pero con provocación del occiso en el acto mismo del homicidio'.

El Tribunal estimó que ese veredicto planteaba un homicidio simplemente voluntario, en las circunstancias contempladas por el artículo 587, ordinal 1º del Código Penal.

Esa conclusión del Tribunal no fue unánime, porque el magistrado doctor Edilberto Arévalo Correal, en salvamento de voto muy bien meditado, se apartó de las conclusiones de la Sala y estimó que la respuesta del jurado encajaba dentro del artículo 604 del código. En el mismo sentido opinó también el señor Fiscal del Tribunal, en estudio no menos interesante.

Se considera: Razonó así el Tribunal para aplicar la disposición infringida:

'.... el Tribunal no considera manifiestamente contraria a la evidencia de los hechos la provocación de que habla el veredicto del jurado; pero no considera dicha provocación como grave ni como motivo determinante del homicidio. Por otra parte, tampoco puede admitirse la aplicación del artículo 604 del C. Penal, como lo conceptúa la Fiscalía de esta Superioridad, porque, a más de que la provocación no fue grave como se ha dicho, el jurado no lo dijo expresamente y la Corte Suprema ha sentado ya la jurisprudencia de que para dar aplicación al referido artículo 604 es menester que el veredicto se amolde estrictamente a dicha disposición. Este Tribunal ha acogido esa jurisprudencia de la Corte, en distintos fallos, por encontrala ajustada a la ley y a la justicia. El homicidio debe reputarse como simplemente voluntario, por violación del artículo 587, ordinal 1º del C. Penal'.

La jurisprudencia de la Corte, a que alude el Tribunal, es esta:

'Es doctrina de la Corte, repetida en muchos fallos, la de que para que sea el caso de aplicar disposiciones especiales en el homicidio, como la del artículo 604 del Código Penal (salvo el caso del inciso 2º del artículo 602 de dicho Código), es necesario que el veredicto contenga en alguna forma los elementos de que tratan esas disposiciones y que se haga la demostración jurídica correspondiente'. (Número 468 del Indice y Jurisprudencia del Tomo XXXVII).

Está de acuerdo la Procuraduría en que esa jurisprudencia armoniza perfectamente con el espíritu del juicio por jurados, desde luego que a éstos corresponde la calificación de los hechos criminosos, y al juez la aplicación del derecho. Y sería invadir la misión del jurado si el juzgador de derecho impusiese a su antojo la penalidad.

Pero de esto no se sigue que el jurado tenga que dar en su veredicto, de una manera exacta y taxativa, los términos jurídicos que el Código Penal consagra en cada uno de sus artículos, porque entonces la misión del juez sería demasiado pasiva y quien en resumen fallaría en derecho sería el propio jurado. De ahí que la jurisprudencia de la H. Corte en que se basa el Tribunal, diga muy bien que para poder aplicar las disposiciones especiales relativas al homicidio, sea necesario que el veredicto contenga 'en alguna forma' (nó matemáticamente) los elementos de que tratan esas disposiciones.

Pues bien: en el presente caso cabe la aplicación de la jurisprudencia mencionada.

El artículo 604 del Código Penal estatuye: 'El 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, sufrirá una reclusión de seis meses a un año'.

El veredicto que dio el jurado contiene estos elementos: a) Provocación; b) Del que murió; c) En el acto mismo del homicidio. Es decir, reconoció tres hechos esenciales de los que contempla el artículo 604 del Código faltando solamente el de la gravedad de la ofensa o provocación.

Pero ese elemento surge de la historia de los sucesos y de varios pasajes del auto de proceder, pieza ésta que consideró el homicidio como de los menos graves hasta el punto de que mantuvo en firme la excarcelación del acusado.

Cenón Rojas había tenido relaciones sexuales con Rosario Baquero antes de ser ésta mujer legítima del acusado Fidel Martínez; a pesar del matrimonio de ella, continuaba en su persecución amorosa. Martínez fue informado por su misma esposa de que Rojas había abusado de ella estando él ausente. También se le informó que Rojas había ultrajado a Carmen Hernández, suegra de Martínez, y que hacía amenazas de darle a éste un balazo si llegaba a pasar por el predio de aquél.

En esas condiciones, el día 22 de octubre de 1935, Martínez viajaba en compañía de su esposa por la carretera de Cáqueza, con dirección a su casa, cuando Cenón Rojas le dio alcance. Detuvo el caballo, se le atravesó a Martínez y se agachó a mirarlo. En el acto mismo, Martínez le tiró a Rojas con el zurriago, lo llevó a tierra e incontinenti le dio tres puñaladas mortales.

No se puede dár una actitud más agresiva e irrtiante que la asumida por Rojas ante el esposo que ya sentía la afrenta de su deshonra. En sí mismo, el hecho de atravesar un caballo y mirar al jinete puede no tener toda la trascendencia de una ofensa. Pero, dados los antecedentes, la carga afectiva acumulada en la personalidad del acusado, aquella actitud de Rojas era todo un reto, toda una ofensa grave lanzada a su hombría, lo que explica satisfactoriamente la reacción huracanada de Martínez. En el individuo pasional se forma un ciclo psicológico, en que pasa sin cesar del sentimiento a la revivis-cencia y de ésta al sentimiento y todo lo matiza el sujeto del color que embarga su psiquismo. Por eso, cuando Martínez fue víctima de la atronada aventura de Rojas, ese acto lo saturó de todo su pasado afectivo y vino la explosión pasional que lo llevó al delito. Luego una ofensa de esa naturaleza sí tenía mucha entidad para el acusado y obró en él con tal fuerza que entra en los dominios de la ofensa, injuria o deshonra grave que exige el artículo 604 del Código Penal.

El señor Juez así lo comprendió muy bien cuando, en el auto de proceder, estampó estos conceptos:

'.... los actos se consumaron por movimiento súbito e instantáneo originado por una profunda alteración de la mente.

'Al cruzarle Rojas la bestia a Martínez, encolerizado éste y movido por los celos y en el arrebato de ellos —ante la persecución amorosa a la compañera del hogar— llevó a cabo el acto homicida.

'Para el que entiende de una irreparable afrenta y contempla que en noche fatal el violador le cruza la cabalgadura al rival, en presencia de la misma persona perseguida por el otro con fines ilícitos, tiene que convenir en que al realizarse de manera súbita e instantánea el impulso homicida, estalla la tragedia de la pasión condensada que aminora la responsabilidad'.

Pero fue el mismo Tribunal quien, en forma rotunda, se adelantó a reconocer la **gravedad** de la ofensa sufrida por Martínez el día del suceso, cuando dijo lo siguiente en el auto que no declaró injusto el veredicto:

'En el presente caso, como se ha dicho, se trata de un crimen pasional; en el ánimo de Martínez obraban las ofensas y amenazas por parte de Rojas de que se ha hablado, y en la noche de los sucesos Rojas atraviesa su cabalgadura a Martínez y se agacha cerca a mirarlo, lo que, dadas las circunstancias anotadas, constituía **una nueva y grave ofensa** que hizo estallar en Martínez la ira que se guardaba en su interior', etc.

Por qué entonces esa contradicción notable del Tribunal al sostener en la sentencia que no hubo ofensa grave?

Si, pues, la mayoría de los elementos de hecho que exige el artículo 604 del Código Penal fue expresamente consignada por el jurado, y si el factor restante —ofensa grave— surge con claridad de las constancias procesales, lógicamente hay que concluír que el homicidio reprimible es el que contempla ese artículo. Obrar en contrario, sería aferrarse a un formulismo extremo con menoscabo del derecho y la justicia. Al derecho hay que darle vida para que no degenere en injusticia el pensamiento del legislador.

Y hay otra inconsecuencia en el fallo del H. Tribunal, porque si él estimó que el jurado no había reconocido la **gravedad** de la ofensa, tampoco podía aplicar el numeral 1º del artículo 587 del Código Penal, que exige esa condición. Y con ese criterio habría que concluír que el veredicto sólo encaja dentro del homicidio premeditado, por no pertenecer a otra de las clases que reconoce la ley, al tenor de la presunción establecida por el artículo 585 de la misma obra. Por tanto, la única conclusión aceptable es la de que el veredicto se amolda cabalmente a los términos del artículo 604.

Estando la sentencia en desacuerdo con el veredicto, inevitablemente ha infringido la ley penal y debe prosperar también la causal primera de casación alegada por el recurrente.

Y en cuanto a estar la sentencia en desacuerdo con el auto de proceder, resulta inútil emprender ese estudio, ya que, al infirmarla por las razones que se dejan expuestas, se obtiene un mismo resultado: acomodar el fallo al veredicto y al auto de proceder.

Al imponer el artículo 604 del Código Penal debe hacerse en el tercer grado, pero con el aumento de la sexta parte diferencial que autoriza el 124, inciso 3º, por cuanto la víctima fue acometida cuando estaba en el suelo y bajo la influencia del golpe que había recibido en la cabeza. Ese aumento representa un mes de reclusión.

Por las razones expuestas, la Procuraduría pide respetuosamente a la H. Corte Suprema de Justicia invalide la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá y condene a Fidel Martínez a la pena de siete meses de reclusión, como responsable de la muerte de Cenón Rojas G., con aplicación en tercer grado del artículo 604 del Código Penal, más el aumento de la sexta parte que autoriza el 124 ibidem".

Después de un estudio detenido del asunto, encontrando la Corte suficientes y acertadas las razones expuestas por el señor Procurador, las acoge como fundamento de este fallo para concluír que prospera el recurso de casación por las causales 1ª y 4ª alegadas por el señor defensor del procesado.

Y al tenor de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 118 de 1931, la Corte procede a dictar el fallo que debe reemplazar al del Tribunal.

La disposición aplicable al caso en estudio es el artículo 604 del Código Penal, calificando la delincuencia de Martínez en el menor grado, pues del proceso sólo se deducen circunstancias atenuantes, sin que valga la pena recargar la sanción con el aumento de la sexta parte diferencial que autoriza el inciso 3º del artículo 124 ibidem como lo insinúa el señor Procurador.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el diez de septiembre de mil novecientos treinta y siete, que impuso a Fidel Martínez la pena principal de seis años de presidio; y en su lugar condena al mismo Fidel Martínez, como responsable de la muerte de Cenón Rojas G., a sufrir la pena de seis meses de reclusión que cumplirá en el lugar de castigo que el gobierno designe, computándose como parte cumplida de esta pena el tiempo que el procesado haya permanecido en detención o prisión preventiva.

Condénase, además, a Fidel Martínez, a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión pagadera por el Tesoro, a la suspensión indefinida de los derechos políticos, a la pérdida, por vía de multa, a favor del Estado, del arma con que cometió el delito, y al pago de las costas procesales.

Por el Juzgado de origen se dará cumplimiento al artículo 16 del Decreto número 944 de 1934 para los fines de la anotación de la sentencia en lo relativo a la suspensión de los derechos políticos en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias—José Antonio Montalvo—Pedro Alejo Rodríguez—Alberto Malo B., Secretario.

APELACION DE UN AUTO

Aunque el numeral 2º del artículo 33 de la Ley 105 de 1931 atribuye a la Corte la segunda instancia de los asuntos criminales de que conocen en primera los Tribunales Superiores, esto no significa que cuando los Tribunales conozcan en segunda instancia de un negocio, exista en él una tercera ante la Corte respecto de las providencias que allí se dicten. Con este criterio, a la Corte vendrían por apelación todos los autos sobre pruebas, excarcelaciones, etcétera, cosa por demás inadmisible.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, diez y ocho de mayo de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado sustanciador, Dr. Salvador Iglesias).

El 24 de enero de este año el Tribunal Superior de Bogotá, por auto de esa fecha, negó la apelación interpuesta por Angel María Rojas contra la providencia de 14 de diciembre último, por la cual el mismo Tribunal había declarado inadmisible la recusación que el citado Rojas formuló contra el Magistrado doctor Dionisio Arango Vélez.

Angel María Rojas está sindicado de homicidio en la persona de Nicasio Huertas.

El Magistrado sustanciador ha sido en esta causa el doctor Arango Vélez.

Consta de autos lo siguiente:

a) Que el señor Rojas constituyó apoderado al doctor Carlos H. Pareja; y

b) Que el doctor Pareja solicitó copia de la providencia apelada, de las notificaciones, del escrito de apelación, de su auto negativo y del memorial constitutivo del poder, con el objeto de interponer recurso de hecho.

Estas piezas fueron oportunamente expedidas y con esa documentación, que es la requerida por la ley (artículos 1727 y 1730 del Código Judicial), comparece ante la Corte el señor apoderado de Rojas.

Para resolver, se considera:

En caso análogo, el Tribunal Superior de Manizales que conocía de un negocio en calidad de juzgador **ad quem**, como ocurre en el presente con el Tribunal de Bogotá, concedió apelación para ante la Corte del auto por medio del cual el Tribunal decidió acerca del incidente de recusación de un Magistrado.

Puesto que entonces se trataba de una apelación que venía concedida por el Tribunal, hubo de dársele traslado al señor Procurador General de la Nación, quien conceptuó del modo siguiente:

"Contra dicho auto, que declaró probada la causal de impedimento del señor Magistrado recusado, interpuso apelación el Fiscal del Tribunal.

"Concedido el recurso y enviado el expediente que contiene las copias respectivas, opina la Procuraduría:

"Que es absolutamente improcedente el recurso de apelación que ha concedido ante la Corte el Honorable Tribunal, porque estando conociendo éste en segunda instancia de un negocio por delito común no atribuíble a ningún individuo con fuero especial, la Corte no asume entonces el carácter de Juez **ad quem** para resolver el recurso interpuesto. Si ello se admitiera, vendría a producirse el absurdo de que un negocio tuviera tres instancias.

"No estándose, pues, en ninguno de los casos previstos por los artículos 33 y 35 del Código Judicial, la Corte debe abstenerse de resolver la apelación interpuesta y ordenar la devolución del incidente de recusación a la oficina de origen".

La Corte acogió entonces el parecer del señor Procurador y se abstuvo de conocer del recurso de apelación interpuesto. Hoy no halla razón alguna para variar tal doctrina, tanto por estar en pie los argumentos arriba copiados, como porque no existe disposición legal que adscriba expresamente a la Corte la facultad de decidir apelaciones de esa clase.

El numeral 2º, artículo 33 de la Ley 105 de 1931, atribuye a la Corte la segunda instancia de los asuntos criminales de que conocen en primera los Tribunales Superiores; pero esto no significa que cuando los Tribunales conozcan en segunda instancia de un negocio, exista en él una tercera ante la Corte respecto de las providencias que allí se dicten. Con este criterio, a la Corte vendrían por apelación todos los autos sobre pruebas, excarcelaciones, etcétera, cosa por demás inadmisible.

Ni podría objetarse que de lo que se trata es de la segunda instancia del incidente de recusación, y no de otra instancia del negocio. La Ley 105 de 1931 es muy clara al se-

ñalar la jurisdicción de la Corte cuando determina que su misión especial como juzgador ad quem se refiere a los negocios radicados en primera instancia en los Tribunales Superiores.

Si bien es verdad que el artículo 444 del Código Judicial autoriza el recurso de apelación en el efecto devolutivo contra las providencias que se dicten en incidentes de recusación, ello debe entenderse para los casos en que la ley haya señalado juzgador ad quem que deba conocer del recurso, pues la jurisdicción es taxativa y no se adquiere sino cuando la misma ley lo ha estatuído en forma expresa.

Así las cosas, es superfluo decidir acerca del memorial que a última hora presenta el señor apoderado de Angel María Rojas, en el cual avisa que desiste del recurso de hecho interpuesto.

En razón de los considerandos precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, declara que no es admisible el recurso de apelación interpuesto de hecho contra la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, relacionada con una recusación de Angel María Rojas al Magistrado doctor Dionisio Arango Vélez.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y transcríbase al Tribunal Superior de Bogotá para su conocimiento.

Pedro Alejo Rodríguez—José Antonio Montalvo—Salvador Iglesias—Alberto Malo Baños, Secretario.

UNIVERSIDAD DE COLOMBIA BIBLIOTECA

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LA APELACION DE UN AUTO

Cuando el Decreto número 1315 de 1936 habla de acción principal, quiso contraponer ésta a la acción accesoria. Ese Decreto tuvo por fin dar facilidades a los deudores del Fisco, para que pudieran defenderse ante los Tribunales y no tuvieran siempre que acudir a la Corte.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, abril treinta de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuerio Serna R.)

El señor Recaudador de Hacienda Nacional de Salamina (C) reconoció a favor de la Administración y en contra del señor Julio Vásquez G. la suma de cuatrocientos cuarenta pesos ($ 440.00) y los recargos del dos por ciento (2%) mensual desde que el impuesto a que se refirió el reconocimiento se hizo exigible.

Por esta suma y los intereses o recargos se libró ejecución.

El mandamiento de pago fue apelado, y por esta razón subió el negocio a la Corte, donde se le dio la tramitación legal.

Durante la fijación en lista, el señor Procurador dijo lo siguiente:

"Pero observa este despacho que la Sala no es competente para conocer de la apelación interpuesta, al tenor de lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto 1315 de 1936, que dice así:

" 'Art. 10. El conocimiento de las apelaciones, de los incidente de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios ejecutivos de que tratan los incisos precedentes corresponderá a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, cuando la cuantía del negocio, en su acción principal, sea la de quinientos pesos ($ 500.00) o más; en los demás casos este conocimiento corresponderá a la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial dentro de cuya jurisdicción tuviera su domicilio principal el demandado, recurrente o actor en la incidencia'."

No se trata de determinar de manera general lo que se debe entender hoy por mayor, menor o mínima cuantía, cuando al lado de un capital se cobran accesorios, como son los intereses; ni tampoco es el caso de decidir a qué se contraponen los vocablos "acción principal" de que habla el Código Judicial, verbigratia, en el artículo 119.

Solamente debe estudiarse cómo se interpreta el artículo 10 del Decreto citado.

Una acción principal puede contraponerse a una acción subsidiaria o a una accesoria.

Tratándose de una ejecución por una deuda fiscal deducida mediante un reconocimiento, sería acción principal la que se encaminara a hacer efectivos los derechos o el capital primitivo, y accesoria la que se relaciona con el cobro de los recargos o intereses.

Como en tales casos no hay peticiones subsidiarias, lo natural es entender que cuando el Decreto 1315 habla de acción principal, quiso contraponer ésta a la acción accesoria, como parece lo estimó el señor Procurador. Además de esto, el Decreto tuvo por finalidad dar facilidades a los deudores del Fisco, para que pudieran defenderse ante los Tribunales y no tuvieran siempre que acudir a la Corte, lo cual podía ser para ellos un poco gravoso en casos en que se cobrasen cantidades pequeñas, como ocurría antes.

En tales condiciones, es más equitativo y acorde con la lógica y el espíritu del Decreto-Ley, aceptar la tesis del señor Procurador.

En fuerza de estas consideraciones, se resuelve:

La Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia no es competente para conocer de la apelación interpuesta por el señor Julio Vásquez G.

En consecuencia, devuélvase el negocio al funcionario que profirió el auto ejecutivo, para que provea lo que estime conveniente, a fin de que la apelación se surta ante el respectivo Tribunal.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna—Gustavo Gómez Hernández, Srio.

EXCEPCIONES.—EXTENSION DE LA FIANZA

La fianza no se presume ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso (Artí. 2373 del C. C.). El fiador no es responsable de alcances deducidos por el manejo de fondos en el ejercicio de un empleo a que no se refiere su fianza.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo diez de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

Juicio ejecutivo del Departamento de Caldas contra la señora Ana González v. de Arango.

Antecedentes:

Por Decreto número 89 de 30 de enero de 1928, emanado de la Gobernación del Departamento de Caldas, se creó el empleo de "Tesorero de edificios públicos, con las funciones a la vez de ayudante del director general de caminos y carreteras y las de Tesorero de la estación inalámbrica" de Manizales. Para desempeñar ese empleo se nombró por el mismo Decreto al señor Luis Arango González, quien, para asegurar su manejo, dio como fiadora a la señora Ana González v. de Arango, y tomó posesión del cargo el 1º de febrero de 1928 (fs. 14 a 17 del C. 1º).

La misma Gobernación profirió el Decreto número 343, de 18 de diciembre de 1929, por el cual se suprimieron unos empleos y se adscribió "al Tesorero de edificios públicos las funciones del tesorero del ramo de caminos y carreteras, con la misma responsabilidad de la fianza que tiene prestada"

Por el Decreto número 39 de 26 de agosto de 1930 le adscribió a dicho empleado la función de inspector pagador de la zona de caminos de Pereira y tesorero de varias carreteras.

Más tarde, por el Decreto número 51 de 6 de octubre de 1930, suprimió el puesto de "tesorero pagador de caminos y carreteras y edificios públicos", y le adscribió esas funciones al "portero-archivero de las oficinas de caminos y edificios públicos", quien debía asegurar su manejo con la suma de $ 1.000.00. Para este empleo fue nombrado José María Jaramillo; y por el Decreto número 55 de 9 de octubre de 1930, la Gobernación le aceptó la renuncia a Jaramillo y en su lugar nombró a Luis Arango González, "quien continuará —dice el Decreto en su artículo 2º— actuando con el título de Tesorero de caminos, edificios públicos y carreteras, con la asignación de $ 90.00 mensuales y bajo la fianza de $ 1.000.00". De este empleo se posesionó el nombrado el 10 del mismo mes y año.

Por Decreto número 359 de 1º de julio de 1932, la Gobernación declaró en interinidad, entre otros empleados, a dicho señor Arango González del último empleo mencionado.

En diciembre de 1934 el señor Arango González desapareció intempestivamente abandonando la oficina de manejo a su cargo, por lo que la Contraloría del Departamento procedió al estudio de las cuentas para deducir la responsabilidad civil y criminal de él, sobre las cuentas que rindió el empleado sucesor del responsable, y terminó el Contralor su providencia de fenecimiento de 30 de abril de 1936, así: ".... fenece la cuenta de la tesorería general de caminos, carreteras y edificios públicos, correspondiente al mes de diciembre de 1934 de la inmediata

responsabilidad del señor Luis Arango González, anotando un alcance a cargo de éste y a favor del tesoro del Departamento por la suma de $ 14.177.63, que deberán ser reintegrados a las cajas de la Administración del tesoro por el responsable o su representante dentro del término legal".

Con base en el mencionado auto de fenecimiento, el Administrador General del Tesoro del Departamento libró orden de pago contra la señora Ana González v. de Arango, en su calidad de fiadora, por la suma expresada, sus intereses y las costas del juicio.

En tiempo oportuno propuso la ejecutada varias excepciones, por lo que el negocio pasó al conocimiento del Tribunal Superior de Manizales, el cual desató la litis por la sentencia de 15 de noviembre de 1937, declarando probadas algunas excepciones y ordenando cesar la ejecución y desembargar los bienes. De esta providencia apeló el señor Fiscal del Tribunal, y como procedió la alzada, vinieron los autos a la Corte, donde es llegado ya el momento de decidir el negocio.

Las excepciones y su fallo

Las excepciones propuestas fueron las siguientes:

"Primera. Extinción de la obligación principal —que consiste en que la fianza la prestó la señora Ana González de Arango para responder del manejo del señor Luis Arango en el cargo de Tesorero pagador de edificios públicos, según Decreto número 89 de 30 de enero de 1928, y documento de fianza de la misma fecha, puesto que dejó de desempeñar el señor Luis Arango en el mes de diciembre de 1929; y el alcance deducido por la Contraloría departamental, con fecha 30 de abril de 1936, se refiere al cargo de Tesorero general de caminos, carreteras y edificios públicos.

"Segunda. Relevo de la fianza concedida por el Departamento, como acreedor, que consiste en que, constituída la fianza de la señora González de Arango para el puesto de Tesorero pagador de edificios públicos, el Gobierno hizo al señor Luis Arango un nuevo nombramiento de Tesorero de caminos y carreteras en el mes de diciembre de 1929, sin notificarlo al fiador, antes bien, dejándolo libre de la nueva fianza.

"Tercera. Fenecimiento de la cuenta sin alcance ni multa a cargo del responsable señor Luis Arango G., en el cargo para el cual le fue prestada la fianza por la señora Ana González de Arango, o sea, el de Tesorero pagador de edificios públicos.

"Cuarta. Inexistencia de la obligación, falta de derecho y de causa, que consiste en que la señora Ana González de Arango no está obligada como fiadora en el juicio de cuentas que se le siguió al señor Luis Arango como responsable del manejo de fondos del puesto de Tesorero general de caminos, carreteras y edificios públicos, según el auto de la Contraloría de fecha 30 de abril de 1936.

"Quinta. Todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de una obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió".

El Tribunal declaró probadas las cuatro excepciones primeras y no admisible la quinta.

La Corte considera:

En cuanto a la primera excepción, no hay base para declararla probada, pues el auto de fenecimiento deduce una obligación a cargo del responsable Arango González, la cual no ha sido extinguida por ninguno de los medios establecidos en las leyes. El fenecimiento no ha sido atacado en el fondo, ni se ha aducido prueba contra él para destruír su presunción de verdad, por lo que la obligación en él deducida no puede declararse extinguida. Y no vale alegar que la excepción se refiere a la fianza, pues ésta no es la obligación principal, sino la del responsable; por lo que declarar esta excepción probada en abstracto sería causar un perjuicio al Departamento, sin que sobre este punto de la obligación principal se hubiera trabado propiamente la litis. Por esto, el auto de fenecimiento debe quedar en pie, y viable la obligación en él deducida.

Respecto a la segunda excepción hay que tener en cuenta que es indudable que la fianza se constituyó para que la fiadora respondiera del manejo en el primer empleo y no en los demás. Siendo que la fianza no se presume, ni debe extenderse a más que al tenor de lo expreso (art. 2373 del C. C.), es claro que no habiendo prestado la fiadora su consentimiento para extender la fianza al manejo de los nuevos empleos, ésta no quedó revalidada y, por consiguiente, la señora González de Arango no está obligada a responder por los alcances en empleos que no afianzó.

Sobre este punto es oportuno transcribir lo que dice el Tribunal:

"No hay constancia en el expediente de que a la señora Ana González viuda de Arango y fiadora de Luis Arango G., se le hubiera noticiado siquiera de que el nombrado "Tesorero de edificios públicos" se le hubiera

nombrado también para ejercer el nuevo cargo de "Tesorero del ramo de caminos y carreteras", empleo éste con el cual nada tenía qué ver la fiadora del "Tesorero de edificios públicos", no se le exigió a ella renovación de la fianza para el manejo de los fondos del "Tesorero en el ramo de caminos y carreteras", y ni siquiera se le notificó la designación hecha en su fiado para ejercer el nuevo empleo; y es lógico que para hacerla responsable del manejo de Luis Arango G., en el ejercicio del empleo de "tesorero en el ramo de edificios públicos y carreteras", se necesitaba la aceptación de la nueva responsabilidad, esto es, su consentimiento y voluntad de seguir respondiendo por el manejo de los fondos del erario departamental, que, por motivo del empleo de "tesorero en el ramo de caminos y carreteras", moviera al empleado que tal cargo ejerciera. De suerte que procediendo en la forma expresada, de lo que no hay lugar a la menor duda, quedaron en descubierto los intereses del tesoro departamental, lo que peca contra las disposiciones pertinentes del Código Fiscal.

"Fue constituída la fianza para asegurar el manejo de fondos en el empleo de "tesorero pagador de edificios públicos, y el alcance que dedujo el señor Contralor el 30 de abril de 1936 lo hace por el manejo de fondos departamentales en el ejercicio del empleo de "tesorero general de caminos, carreteras y edificios públicos departamentales", por un nombramiento hecho en un Decreto posterior al documento de fianza constituída por doña Ana González viuda de Arango. Es claro que el fiador no es responsable de alcances deducidos por el manejo de fondos en el ejercicio de un empleo a que no se refiere su fianza".

Las excepciones tercera y cuarta, que tienen por base el mismo razonamiento que la segunda, en virtud de que la fiadora no está obligada a responder por el alcance, ya que éste se dedujo en el manejo de un empleo que no fue el afianzado por ella, la Corte acoge los razonamientos que hizo el Tribunal para declararlas probadas, que, en síntesis, son: respecto a la tercera, que queda resuelta con las bases dadas para declarar la segunda; y en cuanto a la cuarta, que el responsable estaba ejerciendo un empleo distinto al afianzado, y que fue por el manejo de éste por lo que se dedujo el alcance, todo lo cual resulta del análisis de los Decretos que se han mencionado en el cuerpo de este fallo.

La quinta excepción estuvo bien declarada como inadmisible por el fallador de la primera instancia.

Sin más consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** la providencia apelada, con la sola reforma de que no se declara probada la primera excepción sobre extinción de la obligación principal.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro A. Gómez Narango—Eleuterio Serna R—Gustavo Gómez Hernández, Srio.

ACCION SOBRE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO Y SOBRE PAGO DE PERJUICIOS. MONOPOLIO FINANCIERO.—RENTA DE BEBIDAS FERMENTADAS.—LICENCIA DE FABRICACION.—CONCESION DE FABRICACION.—CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. Cuando el Estado se reserva para sí, como arbitrio rentísico, la producción y explotación de una industria, aparece lo que se llama el monopolio financiero, cuya implantación está autorizada por el artículo 24 de la Constitución. La fabricación de bebidas fermentadas está sujeta a la voluntad soberana del Legislador, quien puede, en esta materia, dictar las normas restrictivas que le parezcan convenientes para los fines indicados.—2. El Gobernador, como jefe de la autoridad administrativa departamental, es el que debe dar cumplimiento a las normas legales sobre bebidas fermentadas.—3. En Boyacá la producción de fermentadas higiénicas es industria lícita.—4. La facultad de recaudar, que hace parte de la administración, es un derecho del titular de la renta, lo cual se desprende como lógica consecuencia de la preciosa garantía consagrada en el artículo 50 del Acto Legislativo número 3 de 1910. 5. Aunque la renta de bebidas fermentadas es propiedad de los Departamentos, de eso no se deduce que ellos tengan el monopolio de fabricación, pues tal conclusión llevaría a muchos ilogismos y absurdos.—6. Por la concesión de fabricación se "cede a los particulares el uso de medios o condiciones para que desarrollen actividades de naturaleza especial, con referencia a obras o trabajos, ora de interés general, ora de carácter especial, y se refieren más que al medio jurídico y a la calificación del acto administrativo de que parte, a la naturaleza de la actividad desarrollada por quien se compromete a realizar la concesión, es decir, por el propio servicio público, que, aunque originariamente debiera encarnar en la Administración y depender de ella directamente, resulta realizado por una empresa o particular que obra en nombre y con las facultades correspondientes a la Administración misma".—7. La caducidad es un medio estrictamente jurídico que el derecho administrativo concede a la entidad de derecho público, y tiene por objeto poner fin a las convenciones cuando el contratista o concesionario incurra en incumplimiento de importancia. Cuando la entidad administrativa considera prudente hacer uso de ese derecho, pone fin a la convención, sin que valga otro procedimiento que la derogatoria de la resolución de caducidad, o que ésta se anule por la autoridad competente cuando la nulidad se solicite dentro del término legal. Pero no puede el Gobierno aclarar su resolución en el sentido de que la caducidad sólo se refiere a una parte de la cláusula de un contrato cuando éste constituya una sola y única entidad. Proceder de otro modo es modificar el contrato, si no es que ese procedimiento constituye una novación.—8. Cuando la administración contrata como persona de derecho privado, sus actos son una ley para las partes; cuando celebra contratos, aunque tengan carácter administrativo, éstos también envuelven una norma convencional", por lo que, en este carácter, debe mantenerse rígidos e inflexibles, con excepción de las interpretaciones que, con cierta amplitud les den las partes. La Administración tiene facultades discrecionales, que emanen naturalmente de la inspección y acción tutelar que ejerce para el mejor gobierno y defensa de los intereses que le están confiandos, y en virtud de esas facultades ella puede unilateralmente obrar, modificando los contratos administrativos, cuando la modificación está autorizada por la ley, o cuando se acuerde con las mismas formalidades y garantías a que se ajustó para la celebración de ellos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo dos de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

En este juicio, de Gregorio Jaramillo contra el Departamento de Boyacá, existen los siguientes **antecedentes:**

El Secretario de Hacienda del Departamento demandado, doctor Fidel Perilla Barreto, y el Administrador General de Rentas, señor Rafael Vargas Páez, celebraron, el día once de noviembre de mil novecientos treinta y tres, con el señor Gregorio Jaramillo, el siguiente contrato, que fue aprobado por el señor Gobernador, doctor Guillermo Torres García, en su misma fecha:

"Los suscritos, Fidel Perilla Barreto, secretario de hacienda de Boyacá, Rafael Vargas Páez, administrador general de rentas, y Gregorio Jaramillo, varones mayores de edad y vecinos de esta ciudad, los dos primeros debidamente autorizados por el señor Gobernador del Departamento, y que en el texto de este contrato se llamarán "El Gobierno", y el tercero en su propio nombre y que en adelante se llamará "El Contratista", declaran que han celebrado el contrato contenido en las siguientes cláusulas: **Primera:** El Gobierno, con el fin de obedecer no solamente los preceptos de los artículos 5º y 7º

de la Ley 88 de 1923, 15 de la Ley 88 de 1928 y 2º de la Ley 47 de 1930, todos de obligado cumplimiento para las autoridades, sino con el de procurar un rendimiento más eficaz de la renta de fermentados, chicha y guarapo, en el departamento estableciendo el verdadero control y una fiscalización más rigurosa sobre la producción y consumo de tales bebidas para que el impuesto de dos centavos por litro que fija el artículo 4º de la mencionada Ley 47 de 1930 y 7º de la Ordenanza 33 de 1932, se recaude realmente sobre la cantidad de licores que se expendan y consuman, para que de esta suerte se evite que los fabricantes, productores y expendedores de tal licor, con notorio perjuicio para el fisco departamental y municipal, sigan confabulándose para impedir el alza de la renta como diariamente se viene observando en muchos municipios, y finalmente, con el objeto de atender a la prohibición del inciso a) del artículo 9º de la renombrada Ordenanza 33 del año pasado, de que no podrán hacerse contratos sobre fermentados limitando o estableciendo un canon fijo como valor del impuesto que deba gravarlo, se compromete: a) A permitir y autorizar al contratista Jaramillo para que instale o monte las fábricas que sean necesarias para atender a la producción, expendio y consumo de bebidas fermentadas, chicha y guarapo, con las condiciones de salubridad e higiene señaladas por las leyes y ordenanzas vigentes, bebidas que deben ser del agrado y aceptación de los consumidores no sólo por su calidad sino por su precio equitativo en los municipios de Tunja, Santa Rosa, Belén, Cerinza, Paipa, Corrales, Guateque, Soatá y El Cocuy, donde actualmente funcionan las fábricas acordadas en contratos anteriores; b) A prestar al Contratista todo el apoyo necesario de su autoridad para que él pueda cumplir sus obligaciones, especialmente prohibiendo e impidiendo que se funden y patenten dentro de los lugares determinados en este contrato, fábricas similares donde se produzcan y consuman bebidas fermentadas con un impuesto inferior al de dos centavos por litro, en desacuerdo con la base que fija la Ordenanza 33 del año pasado y sin los demás requisitos exigidos por las leyes y otras disposiciones vigentes, con grave perjuicio para la renta y para los intereses del mismo Contratista, y finalmente, a sostener a éste al frente de sus empresas o fábricas por todo el tiempo estipulado en este contrato. **Segunda.** El Contratista Jaramillo, por su parte, se compromete para con el Gobierno a producir en los lugares especificados, bebidas fermentadas que reúnan las mayores condiciones de aseo, salubridad e higiene que ordenan los artículos 5º y 7º de la Ley 88 de 1923, 15 de la Ley 88 de 1928 y 2º de la Ley 47 de 1930, bebidas que deben ser producidas en cantidad permanente y suficiente para atender a las necesidades del consumo. **Tercera:** Las fábricas o establecimientos que el Contratista monte serán dirigidas y manejadas directamente por él, o por medio de empleados o administradores que designe al efecto, pero en todo caso, bajo su responsabilidad para el puntual cumplimiento para con el Gobierno de todas las obligaciones contraídas. **Cuarta:** El Contratista Jaramillo se obliga, conforme a lo dispuesto por el artículo 4º de la Ley 47 de 1930 y 7º de la Ordenanza 33 del año pasado, a pagar en las recaudaciones municipales de rentas departamentales, por décadas vencidas, el impuesto de dos centavos por cada litro de guarapo o de chicha que se dé al consumo en los municipios determinados en este contrato. **Quinta:** En ningún caso el impuesto mínimum que pague Jaramillo será inferior en los municipios de Santa Rosa, Belén, Paipa y Corrales a la suma que se recaudaba mensualmente en dichos municipios al mes inmediatamente anterior al en que Jaramillo hizo el montaje de sus fábricas; en el municipio de El Cocuy este mínimum no será inferior a la suma de quinientos pesos ($ 500.00); en el de Cerinza, a la suma de seiscientos pesos ($ 600.00); en el de Guateque, a la suma de un mil doscientos pesos ($ 1.200.00); en el de Soatá, a la suma de cuatrocientos pesos ($ 400.00), y en el de Tunja, a tres mil ochocientos cincuenta pesos ($ 3.850.00). **Sexta:** Si por efecto de este contrato y de las fábricas que Jaramillo va a establecer se notare mejoramiento en la renta de fermentados, el Gobierno se compromete a darle licencia para establecer fábricas similares en los municipios de Duitama, Samacá, Tibaná, Ramiriquí, Turmequé y Ventaquemada. **Séptima:** Jaramillo se compromete a observar el mayor aseo en todas las fábricas y expendios y a permitir todo el control que quiera establecer el Departamento por medio de la administración o sección de rentas y todos sus agentes, de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre la materia y todo el que quiera ejercer no solamente sobre los productos sino sobre las materias primas y enseres que se empleen y a no permitir, en ningún caso, que se consuman licores dentro de las fábricas, se sustraigan de ellas las guías respectivas sin el suficiente control ejercido, por los agentes de Jaramillo y por los del

Departamento. **Octava:** Jaramillo se compromete a llevar en cada fábrica un talonario de guías, de triple ejemplar, para amparar toda cantidad de licores que salgan de las fábricas y en que se especificarán la cantidad, la clase, el destinatario, la fecha y el lugar a donde se destine y el precio. Un ejemplar de cada guía lo llevará el interesado; otro pasará inmediatamente al recaudador de rentas respectivo y el otro quedará adherido al talonario. La administración general de rentas dará a Jaramillo el modelo de las guías y libretas. **Novena:** El término de este contrato será el de dos (2) años contados a partir de esta fecha. Transcurridos seis meses, el Contratista se compromete a elevar los productos mínimos de que trata la cláusula quinta en un diez por ciento mensual, y transcurrido un año, a elevar los productos mínimos en un quince por ciento mensual. **Décima:** El Contratista se compromete a suministrar a los industriales del respectivo municipio que así lo exijan para sus expendios, la bebida necesaria al precio equitativo que acuerden entre sí con el objeto de que sin exclusiones odiosas, haya trabajo para todos y se moralice y organice la renta dentro de normas que aseguren no solamente su estabilidad en el rendimiento actual, sino un aumento racional sobre las bases de apreciación que indica el artículo 9º de la Ordenanza 33 de 1932. **Undécima:** El precio del licor no podrá ser fijado por el Gobierno ni por ninguno de sus agentes, por ser un derecho del contratista, quien dentro de la libre competencia puede señalar el que imponga el mercado de cada lugar en relación con el valor de las materias primas, con los gastos de producción, con el importe del mismo impuesto, con el valor de los jornales, con la capacidad de los consumidores y, en general, con todos aquellos factores que regulen el movimiento ordinario y económico de industrias y negocios de esta naturaleza. **Duodécima:** El Contratista Jaramillo podrá celebrar contratos parciales sobre fermentados, bajo su responsabilidad, y de acuerdo con el Gobierno, en los lugares que crea necesarios para atender al consumo y a la mejor organización comercial de las rentas. **Décimatercera:** El Contratista se compromete a pagar toda multa que el Gobierno o sus agentes le impongan por falta de higiene en las fábricas y en las bebidas y, a pagar, además, por vía de indemnización al Departamento, la cantidad de quinientos pesos ($ 500.00) *moneda corriente*, por el incumplimiento de este contrato en cada caso y en cada uno de los lugares donde dichas fábricas se establezcan. **Décimacuarta:** Para asegurar el debido cumplimiento de las obligaciones contraídas para con el Gobierno, el contratista da como fiador solidario al señor Luis M. Aristizábal....". En las cláusulas siguientes se establecieron las causales de caducidad y el modo como ésta debería declararse, y se dispuso que el contrato debería ser aprobado por la Gobernación, como así se hizo en la misma fecha.

El seis de agosto de mil novecientos treinta y cuatro el Contratista Jaramillo presentó ante el Tribunal Superior de Tunja demanda ordinaria contra el Departamento de Boyacá, para que con audiencia del señor Fiscal de la corporación se hicieran las declaraciones siguientes:

Primera. La de que el Departamento demandado, por medio de hechos constitutivos de infracción cometidos por agentes regulares del Gobierno Departamental, ha faltado a las obligaciones que contrajo para con el demandante en el documento transcrito.

Segunda. Que en contraposición al incumplimiento del contrato por parte del Departamento, se encuentra el estricto cumplimiento que dio el demandante a las obligaciones correlativas que emanan del mismo contrato.

Tercera. Que como consecuencia de esas declaraciones, se condene al Departamento, al tenor del inciso segundo del artículo 1546 del Código Civil, al cumplimiento estricto del contrato con indemnización de perjuicios, para lo cual queda a cargo del Departamento la obligación de restablecer al demandante, en el término que señale la sentencia, "en el pleno ejercicio, y con exclusividad de toda otra persona", de los derechos que le confiere el contrato y en el ejercicio de todos los derechos que emanan de él y por el tiempo pactado en el mismo, con la exclusión del tiempo transcurrido de la fecha del contrato (11 de noviembre de 1933) al 24 de enero de 1934, fecha ésta de la primera infracción del contrato por parte del Departamento. Y que se declare que al demandante, con exclusividad de toda otra persona, es al único que le está permitida la instalación o montaje de fábricas necesarias para atender a la producción, expendio y consumo de bebidas fermentadas, con las condiciones previstas en el contrato, en los municipios a que éste se refiere.

Cuarta. Que, subsidiariamente, si no puede hacerse la declaración anterior, "se condene al Departamento a indemnizar a cabalidad los perjuicios causados, y los que en lo sucesivo se le causen, con las infracciones

hechas al contrato". Y que "tanto en el caso que se condene al pago de perjuicios a cargo del Departamento y a mi favor, con arreglo a lo pedido en el punto tercero, como en el caso que se acceda a decretar la petición subsidiaria, dichos perjuicios se me deben por el Departamento, desde la primera contravención, o sea desde el 24 de enero de 1934".

Pidió condenación en costas para el caso de oposición.

Como hechos adujo los siguientes, que se resumen así:

Que el 12 de agosto de 1932, y con duración de un año, el señor Luis M. Aristizábal celebró con el Departamento de Boyacá un contrato (similar al transcrito —fs. 185 a 188 del cuaderno de pruebas de primera instancia—) para suministrar chicha y guarapo higiénicos en las ocho poblaciones mencionadas en el contrato que se celebró después con Jaramillo.

Que con base en ese contrato, Aristizábal y Jaramillo celebraron el 21 de abril de 1923 un contrato privado sobre montaje de ocho fábricas para producir chicha y guarapo higiénicos en las ocho poblaciones mencionadas.

Que el Gobierno de Boyacá y Aristizábal, por medio del documento de 30 de mayo de 1933 (fs. 179 a 182 ib.) declararon resuelto el contrato que habían celebrado el 12 de agosto de 1932, documento que fue luégo aclarado por el instrumento público número 342 de 13 de junio de 1932, pasado ante el Notario 1º de Tunja (fs. 182 vta. y 183 ib.), por el cual el Departamento se subrogó en todos los derechos y obligaciones que Aristizábal tenía.

Que con base en esta subrogación, el Departamento celebró con el demandante un contrato el 21 de junio de 1933, en el cual se sustituyeron los derechos de Aristizábal, lo cual autorizó éste.

Que el proceso de todos estos contratos culminó en el de 11 de noviembre de 1933 que quedó transcrito.

Que estando este contrato en plena vigencia, el Departamento —el 24 de enero de 1924— celebró un contrato similar con el señor Luis A. Buitrago, para montar una fábrica en el municipio del Cocuy (fs. 10 vta. a 13 del Cuaderno 1º), y que así se consumó la primera violación del contrato "por cuanto ello implica el desconocimiento de su derecho de productor exclusivo de fermentadas".

Que el 13 de marzo de 1934, el Administrador General de Rentas, autorizado por el Gobernador, le comunicó al contratista Jaramillo una interpretación unilateral del contrato, con la cual insistió el Departamento en arrebatarle la exclusividad que le había dado para fabricar los fermentados en los municipios mencionados en el contrato (fs. 214 del C. de pruebas de 1ª instancia), diciéndole "que en ningún caso se había constituído a su favor un derecho exclusivo de producción", lo cual es una nueva violación del contrato, la que fue aunada con hechos positivos de desconocimiento de productor exclusivo.

Que el 21 de marzo de 1934 celebró el Departamento otro contrato similar al suyo, con Jorge Gutiérrez, por el cual se autorizó a éste para montar una fábrica en Tunja para producir fermentados (fs. 8 a 9 del cuaderno 1º); que luégo (el 24 de junio de 1934, fs. 5 naturaleza con Eduardo Riaño para la insa 7 ib.) celebró otro contrato de la misma talación de una fábrica similar a las que Jaramillo se había obligado, en el municipio de Tunja.

Que el 14 de mayo de 1934, por medio de una resolución (fs. 14 y 15 del C. 1º), la Gobernación le negó al demandante la protección que éste solicitaba, y que ella se solidarizó con la errada interpretación que al contrato le dio el Administrador General de Rentas en la nota de 13 de marzo de 1934.

Que él (Jaramillo), por instrumento número 352 de 4 de mayo de 1934 (fs. 79 y 80 del C. de pruebas de la primera instancia) dejó consignada su protesta por las infracciones anotadas.

Que a solicitud suya se practicó una inspección ocular en la fábrica que había instalado en Tunja; y que en esa inspección quedó parcialmente establecida la bondad y calidad, en general, de dicha fábrica; se hizo la descripción de la misma, con las características especiales y condiciones higiénicas en que se producen las fermentadas, y quedó fijado el avalúo comercial de todos y cada uno de sus componentes (fs. 30 a 35 del C. de pruebas de primera instancia).

Que él (Jaramillo), por su parte, ha cumplido con todas las obligaciones que emanan del contrato, a pesar del desconocimiento que de sus derechos hizo la Gobernación.

Que según la cláusula sexta del contrato, el Departamento se comprometió a darle licencia semejante a la concedida en el contrato, para establecer fábricas en otros municipios.

Que aunque en algunos de los municipios en que él tenía la exclusividad se había producido un aumento en el consumo de fermentados, a pesar de sus solicitudes, el Gobier-

no no ha cumplido con la obligación de concederle esas licencias.

Tramitado el negocio, el Tribunal, por sentencia de diez de marzo de mil novecientos treinta y seis, absolvió al Departamento de todos los cargos formulados en la demanda. Esta sentencia fue apelada por el demandante; y habiéndose en la Corte surtido todo el trámite legal, procede ya la decisión.

Son bases de la sentencia recurrida:

1ª La de que en el contrato no "se estableció privilegio alguno, ni el Gobierno seccional podría otorgarlo por no tener facultad legal para ello", por lo que el Departamento podía celebrar otros contratos para el establecimiento de nuevas fábricas, siempre que el impuesto que esas nuevas fábricas pagaran no fuera inferior a dos centavos ($ 0.02) por litro de fermentados, y que éstos fueran de condiciones higiénicas, de conformidad con las leyes existentes sobre la lucha antialcohólica.

2ª Que el contrato no hace referencia a un monopolio sino a una licencia; y que no puede tratarse de un monopolio porque el Departamento no podía concederlo legalmente por falta de facultades para ello. Se apoyó en el artículo 4º del Acto Legislativo número 3 de 1916.

3ª Que aunque la Ley 88 de 1928 autorizó a las Asambleas Departamentales para establecer el monopolio, la de Boyacá no lo había establecido cuando celebró el contrato con Jaramillo, ni tampoco posteriormente.

4ª La de que varios de los contratos que el Departamento celebró con otras personas no fueron aprobados por el Gobierno.

5ª Que si el Departamento violó el contrato al celebrar otros, ya Jaramillo lo había violado por su parte, al no cumplir con las cláusulas de pagar oportunamente el impuesto. Y que no vale la exculpación que hace el contratista de no haber pagado por la razón de que el Departamento había declarado caducado el contrato, porque éste no fue hecho invocado en la demanda.

La Corte, para decidir, hace las siguientes consideraciones:

Cuando el Estado se reserva para sí, como arbitrio rentístico, la producción y explotación de una industria, aparece lo que se llama el monopolio financiero, cuya implantación está autorizada por el artículo 24 de la Constitución. (Antes el artículo 4º del Acto Legislativo número 3 de 1910).

Desde la vigencia del Acto Legislativo número 1 de 1921, hasta el Código fundamental actual, "la ley podrá restringir la producción y el consumo de las bebidas embriagantes". Conforme a tal precepto, la fabricación de bebidas fermentadas quedó sujeta a la voluntad soberana del Legislador, quien puede, en esta materia, dictar las normas restrictivas que le parezcan convenientes para los fines indicados.

Primeramente, la Ley 12 de 1923 ordenó a las Asambleas que restringieran la producción, venta y consumo de fermentadas. Después tal Ley fue derogada por la 88 del mismo año, la cual dispuso que las Asambleas gravaran con impuesto de consumo las fermentadas; y las facultó también para que prohibieran la producción de ellas. Vino luégo la Ley 88 de 1928, la que en su artículo 14 dio autorización a dichas corporaciones para sustituír el impuesto por el monopolio de aquellas bebidas "sobre la base de la fabricación oficial de ellas".

La Ley 47 de 1930 no modificó, respecto de esto último, la legislación, y prescribió lo que va a verse:

"Las rentas de licores y bebidas fermentadas serán administradas directamente por los Departamentos, no pudiendo éstos establecer el sistema de remates, ya se trate de las rentas mismas o de la elaboración de licores y bebidas fermentadas, donde exista el monopolio de las últimas".

Prescribió en su artículo 2º que quedaban con fuerza obligatoria los preceptos que entrañasen "una cuestión no debatida de salubridad pública como los artículos 6º modificado por el 3º de la Ley 34 de 1925; 7º, 11 y 16 de la Ley 88 de 1923, y las establecidas en los artículos 15, 18 y 20 de la Ley 88 de 1928....". Adscribió el cumplimiento de estas disposiciones a las autoridades nacionales, departamentales y municipales.

Estando dentro de las cuestiones no debatidas de salubridad pública lo referente a la prohibición de fabricar fermentadas que contengan ptomaínas y carezcan de las condiciones señaladas por la Dirección General de Higiene, y haciendo la ley responsables, entre otras, a las autoridades departamentales en la observancia de estos preceptos, es forzoso afirmar que las medidas conducentes a dar cumplimiento a estas normas legales corresponden al Gobernador como Jefe de la acción administrativa departamental.

Así las cosas, la Asamblea de Boyacá dijo en la Ordenanza 33 de 1932 (C. 5º, fs. 251 vta. y 252):

"Artículo 9º El recaudo de las rentas de bebidas fermentadas deberá hacerse sobre la base de producción efectiva de licor de cada fabricante. Para ello, el Gobierno reglamentará la materia y reorganizará la adminis-

tración y control de la renta de bebidas fermentadas, teniendo en cuenta las siguientes normas generales:

"a) No podrán hacerse contratos con los productores de bebidas fermentadas, con el objeto de limitar o de establecer un canon fijo como valor del impuesto que deba gravarlos;

"b) . . . .;

"c) Si el Gobierno lo considera más conveniente, podrá establecer el cobro del impuesto de que se trata por medio de aforos, siempre que se regulen dentro de las siguientes normas: (En la primera, dispone que los aforos tendrán por base la declaración del dueño del establecimiento, en la que expresará la cantidad máxima que va a producir; y en la segunda, que la declaración puede ser controlada por los recaudadores, y que si el productor desea aumentar la cantidad, deberá hacer nueva declaración).

"d) Todo individuo o entidad que desee establecer un nuevo expendio o una nueva fábrica de bebidas fermentadas, deberá hacer una nueva solicitud al recaudador del municipio en cuya jurisdicción deba quedar radicado el establecimiento. El Gobierno reglamentará la forma y condiciones en que deban hacerse tales solicitudes y determinará de una manera general, y de acuerdo con los requerimientos de la ley, el número de expendios de bebidas fermentadas que puedan coexistir en el mismo municipio. Dicha reglamentación deberá hacerse en el mismo decreto orgánico de la renta que dicte el Gobierno en desarrollo de la presente ordenanza".

La Gobernación de Boyacá, con el fin de higienizar las fermentadas, y de cumplir con lo dispuesto por la Ley 88 de 1923 (arts. 5º y 7º), por la Ley 88 de 1928 (art. 15) y por el artículo 2º de la Ley 47 de 1930, celebró el contrato de que se está tratando. En la cláusula primera de éste se consignaron claramente el propósito y fines perseguidos por la negociación, que no fueron otros que higienizar las bebidas, dando cumplimiento a las leyes, lo cual incumbía al Gobernador, como lo prescriben tanto la Constitución como el Código Político y Municipal en su artículo 127.

El inciso 1º de la Ley 47 de 1930, que el Congreso aprobó tal como fue presentada por el señor Ministro de Hacienda, dice: "Las disposiciones sobre la lucha antialcohólica de que tratan las Leyes 88 de 1923 y 88 de 1928 quedarán desde la vigencia de la presente Ley como facultades de los Departamentos para desarrollar la campaña antialcohólica en sus respectivos territorios".

Y en el artículo 2º, como ya se vio, hizo de obligatorio cumplimiento ciertas prescripciones. Siendo ellas de incumbencia de los gobernadores, es notorio que éstos, para hacerlas efectivas y eficaces, quedaron autorizados para emplear los medios conducentes a tal fin. Porque cuando una ley, como la que se acaba de citar, impone una obligación, hay que entender racionalmente que deja a la discreción de la autoridad sujeta a sus normas el escogimiento de las medidas apropiadas, sin que en el caso de que se trata fueran indispensables ordenanzas al respecto.

Siendo ello así, el Gobernador de Boyacá celebró el contrato que se cuestiona.

Por otra parte, la ordenanza boyacense número 23 de 1929, por la cual se organizó la Administración de las Rentas, dijo en su artículo 14 (fs. 106 del C. 5º):

"Toda persona que posea o que quiera fundar un establecimiento para producir y dar al expendio bebidas fermentadas, deberá denunciarlo en la respectiva recaudación municipal, con determinación, en litros, del máximo de producción diaria. El impuesto se pagará sobre la capacidad máxima denunciada, pero se rebajará el correspondiente a los litros no producidos, si el industrial se sujeta a lo prescrito en el artículo siguiente.

"Parágrafo. Queda prohibido el establecimiento de nuevos expendios de bebidas fermentadas, mientras el número de los existentes exceda de uno por cada mil habitantes. El recaudador municipal que violare esta disposición, sufrirá la pérdida del empleo".

Los artículos 15 a 24 de la misma ordenanza fijan reglas sobre permisos para la producción de las bebidas, calidad de la materia prima, condiciones de higiene, requisitos para el caso en que el negocio se ceda, control del Gobernador sobre las cantidades, licencias, etc. . . .

A primera vista podría decirse que el artículo 9º de la Ordenanza 33 de 1933, invocado en la convención con Jaramillo, contiene una autorización para contratar, por lo cual, para que ella se considere perfecta, parece que era necesario que hubiera sido aprobada por el respectivo Tribunal de lo Contencioso-administrativo, como lo ordena el numeral a) del artículo 42 de la Ley 130 de 1913.

A esto se observa que tal artículo no implica sino una prohibición para celebrar contratos o hacer aforos con un impuesto inferior a $ 0.02 por litro. La idea de autoriza-

ción trae a la mente el concepto de una facultad para obrar, para proceder, para producir algún efecto, salvar alguna dificultad u otras operaciones similares.

De esto se deduce que el susodicho contrato no era necesario someterlo a la revisión de que se ha hablado.

No se trata tampoco de un monopolio, pues si sobre eso se hubiera pactado, lo natural habría sido expresarlo en forma clara, y aún prescribir medidas para el respeto de los derechos anteriores, sin que sea preciso, para sacar esta conclusión, estudiar las ordenanzas de Boyacá, de las cuales se afirma que no contienen disposiciones sobre la implantación del monopolio.

Por tanto, no es pertinente aludir al arrendamiento de la producción de fermentados estableciendo analogías entre esta convención y el contrato sobre emisión celebrado entre la Nación y el Banco de la República.

Higienizar las bebidas y monopolizar, son cosas diferentes: lo primero mira a la salubridad; lo segundo es el aprovechamiento exclusivo de una industria como arbitrio rentístico.

En Boyacá la producción de fermentadas higiénicas es industria lícita.

En cuanto a la facultad para recaudar, que hace parte de la administración, es un derecho del titular de la renta, lo cual se desprende como lógica consecuencia de la preciosa garantía, consagrada así en el Art. 182 de la Constitución Nacional, que dice: "Los bienes y rentas de los Departamentos, así como los de los municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas particulares....".

Con todo, tratándose de fermentadas, la ley ha impuesto restricciones, siendo una de ellas la que prescribe la administración directa de esta renta, y, por consiguiente, la prohibición de delegar dicha administración (Art. 2º de la Ley 47 de 1930). Mas el contrato con Jaramillo no es una delegación para recaudar la renta, pues ninguna de sus cláusulas da base para esta interpretación.

Es cierto que la renta de fermentadas es propiedad de los Departamentos; pero de esto no se deduce forzosamente que ellos tengan el monopolio de fabricación, pues tal conclusión llevaría a muchos ilogismos y absurdos. Así, el Estado puede cobrar el impuesto a la renta, pero no por tal circunstancia podría él arrogarse la dirección y administración de los bienes particulares. En ninguna de las cláusulas del contrato se estipula un privilegio a favor de Jaramillo, pues si ello fuera así, tendría razón el Tribunal de Tunja, cuando dice, analizando este punto en la sentencia:

"El demandante, tanto en los hechos 1º a 5º inclusive de la demanda, como en su alegato de conclusión, afirma que el criterio del Gobierno de Boyacá al celebrar en épocas anteriores contratos de la índole del que aquí se analiza, fue el de establecer una exclusividad o monopolio a favor de los contratistas para la producción y expendio de los fermentados, y que tal aconteció con la convención pactada con el señor Luis M. Aristizábal, política o criterio que se extendió al contrato de once de noviembre de 1933.

"Pero se observa que ni aquellos antecedentes podrían servir de norma para interpretar ahora las cláusulas del contrato celebrado con el señor Jaramillo, ni tampoco es evidente que la política del Gobierno en este particular hubiera sido la de otorgar o conceder exclusividad o privilegios a los contratistas para la producción y venta de los fermentados en Boyacá. En efecto, el señor Administrador de Rentas del Departamento, en circular dirigida a los recaudadores de los municipios y fechada el 26 de octubre de 1932, visible al folio VII del informe que aquella Administración rindió a la Secretaría de Hacienda de Boyacá y correspondiente al año citado, informe que debidamente autenticado ha venido a los autos, se lee: ".... Hago saber a usted que con el fin de darle cumplimiento en Boyacá a la disposición contenida en el artículo 15 de la ley 88 de 1928, esta Administración, debidamente autorizada por el Gobierno, celebró un contrato con el señor Luis M. Aristizábal sobre higienización de las bebidas fermentadas.... Ante todo quiero hacerle notar de manera muy especial que dicho contrato no implica monopolio, ni es una administración delegada de la renta de fermentadas. Se trata únicamente de cumplir un mandato legal en el sentido de eliminar la fabricación y expendio de dichas bebidas con ptomaínas, tan nocivas al pueblo que las consume. Este punto es de vital importancia y usted debe tenerlo muy en cuenta para desvanecer cualquiera mala interpretación que quiera dársele al fin que persigue el Gobierno con el paso que ha dado....".

"Así, pues, el Departamento al celebrar los nuevos contratos con los señores Buitrago, Gutiérrez y Riaño, en la hipótesis de que los dos primeros fueran válidos, siguió la trayectoria que se había señalado en contratos de la misma naturaleza perfeccionados en años anteriores, es decir, que no otorgaba

monopolio o exclusividad en la producción y venta de los fermentados, y, por lo mismo, con la celebración de aquellas convenciones no pudo violar la pactada con el señor Jaramillo, ni por ello esquivó prestarle el apoyo necesario para que el actor cumpliera o hubiera cumplido oportunamente con las obligaciones a su cargo. En tal sentido la nota del Administrador de Rentas, distinguida con el número 1035 de fecha 13 de marzo de 1934 (hecho 7º de la demanda), como la Resolución de la Gobernación de 14 de mayo del mismo año (hecho 9º), documentos por los cuales el Departamento hace conocer del contratista Jaramillo sus puntos de vista jurídicos con respecto al contrato, tampoco constituyen un hecho violatorio del contrato en referencia.

"Las declaraciones de los señores Guillermo Torres García y Fidel Perilla Barreto en las cuales parece afirmarse, especialmente en la declaración alegato del último, que la intención del Gobierno departamental, al celebrar el contrato de 11 de noviembre de 1933, fue la de otorgar un monopolio al señor Jaramillo en la producción y expendio de fermentadas, no pueden desvirtuar el sentido obvio y literal de las cláusulas de aquel contrato. Además de que tales testimonios fueron rendidos cuando los deponentes ya no desempeñaban los cargos de Gobernador y Secretario de Hacienda, respectivamente, tales testimonios son contradictorios entre sí, puesto que el doctor Torres García afirma que '.... si el contrato que celebró el Gobierno de Boyacá con el señor Jaramillo, para la higienización de las bebidas fermentadas en algunas poblaciones del Departamento daba al mismo señor Jaramillo el privilegio de producir dichas bebidas, esto dependía de que no había más productores que hubieran propuesto al Gobierno la producción de bebidas higiénicas, pero si se hubiera presentado entonces el caso de otros fabricantes de bebidas fermentadas igualmente higiénicas, el Departamento seguramente hubiera contratado con ellos la producción de dichas bebidas....', y en cambio el doctor Perilla afirma que la intención del Gobierno fue la de otorgar al señor Gregorio Jaramillo la exclusividad en la producción de las bebidas y 'dentro de las condiciones indicadas que le quitaban todo carácter de monopolio'.

"Si el señor Torres García afirma que al haberse presentado otros fabricantes que produjeran las bebidas fermentadas en iguales condiciones higiénicas que las estipuladas con el señor Jaramillo, el Departamento hubiera seguramente contratado con ellos la producción de dichas bebidas, cómo se podría explicar que el Secretario de Hacienda, su inmediato colaborador, pudiera traicionar la política y criterio definido del Gobernador, concediendo u otorgando un monopolio para la producción y expendio de las mismas bebidas? Y no se podría justificar esta disparidad de criterio o de orientación en una negociación de esta naturaleza y en altos funcionarios que representaban y consiguientemente asumían toda la responsabilidad en los compromisos adquiridos a nombre del Departamento, porque entonces ello implicaría que estando aquellos funcionarios obligados a cumplir la ley, la violaban a conciencia al otorgar un monopolio para lo cual no estaba facultado el Gobernador, o pretendían engañar al contratista o perjudicar los intereses del Departamento con las apariencias de un privilegio o exclusividad. Por lo demás, la entidad oficial Departamento, por medio de su representante genuino que lo es el Gobernador, interpretó y definió concretamente el alcance del contrato celebrado con el señor Jaramillo en la Resolución de 14 de mayo de 1934, interpretación que implicaba la misma línea de conducta adoptada por gobiernos anteriores en negociaciones de esta misma naturaleza, y dejó explícito su pensamiento en el sentido de que en ningún caso el Departamento había constituído a favor de Jaramillo derecho exclusivo de producción de fermentados, y 'que la obligación adquirida por el Gobierno de prohibir la fabricación de fermentados a otras personas en los municipios comprendidos en el contrato, está circunscrita a aquella producción que por no reunir los requisitos legales higiénicos a que se obligara Jaramillo, constituyera una competencia comercial desfavorable. En identidad de condiciones higiénicas ninguna exclusividad consagró el Departamento a favor de Jaramillo y dejó la fabricación al libre juego de la competencia comercial exigiendo únicamente identidad en la exacción fiscal'.

"Por otra parte, los testimonios de los mentados doctores Torres García y Perilla Barreto recaen propiamente sobre apreciaciones, interpretaciones y argumentaciones de orden económico, y la jurisprudencia nacional y los expositores de derecho han estado uniformes en sostener que el testimonio humano no puede versar más que sobre cosas o hechos que puedan caer bajo la acción directa de los sentidos".

Lo que el Gobierno de Boyacá hizo no fue otra cosa que conceder a Jaramillo (cláusula primera, numeral a)), una licencia para

montar fábricas con las condiciones higiénicas señaladas por las leyes y ordenanzas vigentes.

Entre aforar diariamente como lo prescribe la ordenanza 23 de 1929 o conceder permisos diarios por un determinado canon y determinada cantidad de licor, el Gobierno optó por una licencia pactada en forma más permanente, con el fin de asegurar sobre la base del producido un mínimo en constante aumento, mínimo que no podía ser inferior al promedio más alto que tenía la renta en cada uno de los municipios de la negociación.

En la cláusula cuarta Jaramillo se comprometió a pagar en las recaudaciones municipales el impuesto a dos centavos ($ 0.02) por litro. En la quinta se determinó el promedio del impuesto que debía pagar el contratista, y en la novena, éste se comprometió a elevar, transcurridos seis meses desde la fecha del contrato, los productos mínimos de que habla la referida cláusula quinta, en un diez por ciento (10%) mensual, y, transcurrido un año, en un quince por ciento (15%).

Este promedio debió fijarse, indudablemente, como se fijó en el contrato celebrado con Aristizábal, teniendo en cuenta los promedios de los años anteriores, a partir del año de 1929, en adelante, promedios que se encuentran detallados circunstanciadamente por la Contraloría de Boyacá respecto de cada uno de los municipios a que se refiere el contrato celebrado con Jaramillo, y que esta entidad deduce, después de especificar cada una de las partidas recolectadas en todos y cada uno de los meses de los años de 1929 a junio de 1934, de la siguiente manera:

"Como puede verse de los anteriores datos, el mayor producto mensual de las rentas de fermentados en dichos municipios ha sido el siguiente: en Tunja, en el mes de agosto de 1930 ($ 4.964.00); en Santa Rosa, en el mes de septiembre de 1929 ($ 2.091.04); en Belén, en el mes de junio de 1934 ($ 1.650.00); en Cerinza, en el mes de mayo de 1933 ($ 700.00); en Paipa, en el mes de diciembre de 1933 ($ 1.463.16); en Corrales, en el mes de junio de 1934 ($ 880.00); en Guateque, en el mes de diciembre de 1931 ($ 2.024.00); en Soatá, en el mes de abril de 1930 ($ 1.011.50); y en El Cocuy, en el mes de diciembre de 1931 ($ 1.000.00)".

Por la cláusula décima Jaramillo se comprometió a suministrar para los expendedores la bebida necesaria, y por la duodécima se le autorizó para celebrar contratos parciales, "de acuerdo con el Gobierno, en los lugares que crea necesario para atender al consumo y a la mejor organización comercial de las rentas".

En el cuaderno de pruebas de la primera instancia (fs. 109) la Recaudación de Rentas departamentales, certifica, refiriéndose a Tunja: "Que desde el mes de diciembre de 1933 hasta el mes de abril funcionaron veintisiete fábricas particulares y una del señor Gregorio Jaramillo en todo el municipio, por las cuales pagó el impuesto el señor Jaramillo. . . .".

A folios 121 del mismo cuaderno dice la Recaudación de Rentas departamentales de Santa Rosa:

"Con relación al inciso ñ) del anterior memorial, se advierte que en la Recaudación no se ha expedido patente alguna para productor distinto al señor Gregorio Jaramillo, y los que han existido, han sacado sus patentes de la Administración de la Fábrica de Fermentados en donde hacen sus consignaciones, limitándose la Recaudación únicamente a refrendar las patentes con el sello de la oficina: por consiguiente, la Recaudación no ha recibido dinero por concepto de la Renta de Fermentado sino únicamente del señor Gregorio Jaramillo, o de sus representantes en la Administración de la Fábrica, y los productores distintos a éste, hacen sus consignaciones en la Fábrica".

Agrega después esta misma Recaudación (fs. 122 vta. ib):

"Nuevamente advierto que los productores distintos al señor Gregorio Jaramillo, hacen sus consignaciones en la Fábrica de Fermentados y allí les expiden sus patentes, las cuales van refrendadas por el sello de la Recaudación".

Las certificaciones copiadas patentizan cómo no existía un privilegio exclusivo a favor de Jaramillo, para la fabricación. Y si en la fábrica de éste se hacían las consignaciones de impuestos que otros productores pagaban, ello no demuestra plenamente que Jaramillo administraba la Renta. Querría decir que por medio de él llegaba el dinero a la Administración, sin que él tuviera la función de recaudarlo y ejercer la inspección y vigilancia.

En la cláusula duodécima se dice: "El contratista Jaramillo podrá celebrar contratos parciales sobre fermentados, bajo su responsabilidad, y de acuerdo con el Gobierno, en los lugares que crea necesarios para atender al consumo y a la mejor organización comercial de las rentas".

La intención que esta cláusula revela es que Jaramillo podría contratar con otros para realizar la venta de bebidas; pero de allí no se concluye que él fuera un delegado para la Administración de la Renta.

En cuanto al Departamento de Boyacá, sus obligaciones fueron: impedir que se establecieran fábricas similares a las del contratista en las que se produjeran bebidas fermentadas "con un impuesto inferior a dos centavos ($ 0.02) por litro", y "prestar al contratista todo el apoyo necesario de su autoridad para que él pudiera cumplir sus obligaciones".

Al pactar el Departamento de Boyacá con el señor Jaramillo, no le dio una concesión de fabricación, porque por ésta la entidad de derecho público "cede a los particulares el uso de medios o condiciones para que desarrollen actividades de naturaleza especial, con referencia a obras o trabajos, ora de interés general, ora de carácter especial, y se refieren más que al medio jurídico y a la calificación del acto administrativo de que parte, a la naturaleza de la actividad desarrollada por quien se compromete a realizar la concesión, es decir, por el prpoio servicio público, que, aunque originariamente debiera encarnar en la Administración y depender de ella directamente, resulta realizado por una empresa o particular que obra en nombre y con las facultades correspondientes a la Administración misma".

Si por las restricciones de la industria de bebidas, por la índole del contrato, por las exigencias de la higiene, se podía alejar la competencia de industriales, querría decir que aún podría llegar el evento de un monopolio de hecho o circunstancial, cosa que no existió, a juzgar por los datos constantes en el expediente.

Por esto, en el Informe Financiero de Rentas de Boyacá, de 6 de mayo de 1935 (fs. 289 vta. del cuaderno 5º), se lee:

"En la mayoría de los municipios existen contratos de administración. Este sistema alivia un tanto el trabajo de los recaudadores; pero no creo que sea el más ventajoso para los intereses del Departamento. Porque para celebrar los contratos no cuenta la administración con dato alguno sobre el consumo que haya en cada municipio. Naturalmente han de adolecer de falta de equidad entre los contratistas. No habiendo una verdadera estadística, ni siquiera un mediano conocimiento de los litros de chicha o guarapo que cada municipio consuma, es casi seguro que se engaña al Departamento o al contratista, con más seguridad al Departamento; el 99 por 100 de los casos el engañado es el Departamento.

"El alto precio de las materias primas que entran en la elaboración de la chicha y el guarapo, ha ocasionado una crisis en la renta; son continuos los reclamos de los industriales para que le bajen al aforo, alegando que tienen pérdida constante en el negocio. He sido y soy de opinión que el Departamento asuma la administración directa de las bebidas fermentadas. Aún más: soy de opinión que el Departamento debe montar fábricas de chicha en los principales municipios. El sistema de contratos es prácticamente un monopolio que beneficia a unos pocos capitalistas, en detrimento del pueblo consumidor. Al asumir el Departamento la producción de chicha, como ha asumido la producción de aguardiente, tendría estas ventajas: estaría en condiciones de ofrecer una bebida más higiénica, toda vez que el montaje de las fábricas y preparación de las bebidas, se haría en mejores condiciones que siendo de particulares. Estos no tienen más objetivo que el lucro personal, aun cuando sea a costa de la salud del pueblo. Al paso que el Gobierno tiene el deber de velar por la salud de los asociados. El precio del artículo sería más bajo, al costo. Con esta clase de administración no buscaría sino conocer el verdadero consumo para que el impuesto, que es a lo que tiene derecho, sea pagado religiosamente. En tanto que siendo por intermedio de industriales, éstos hacen pingües utilidades a costa del pueblo pobre y trabajador. Conocido el verdadero consumo, la renta aumenta. De suerte que los municipios vienen a beneficiarse con una mayor entrada, y pueden así atender en mejores condiciones la administración de ellos".

En los hechos de la demanda se menciona una exclusividad de producción, pero al interpretarla en conjunto se ve que la exclusividad alegada consiste en el derecho de Jaramillo a que no se le hiciera competencia por medio de otros contratos con otros productores, y menos en condiciones de superioridad para ellos, de tal suerte que el impuesto pudiera venir a ser en la práctica inferior a dos centavos ($ 0.02) por litro.

Esta interpretación conviene bien con el espíritu de la demanda, teniendo en cuenta que se trata de un contrato al cual le son aplicables las reglas de interpretación de los contratos (artículo 1620 y siguientes del Código Civil).

Este contrato, atendiendo a su interpretación, según los artículos 1618 y siguientes del Código citado, debe producir algún efec-

to. Si él no constituye una exclusividad, ni un privilegio de fabricación, ni siquiera una administración delegada de la renta, entraña, como se ha dicho, una preferencia consistente en que el Gobierno de Boyacá aceptó y escogió al proponente Jaramillo. Y es evidente que para que tal contrato no sea un mero instrumento sin alguna seriedad, el Departamento debió adquirir la obligación de no contratar con otro en mejores condiciones, como ha ocurrido en el asunto que se estudia. Esta obligación de no contratar no envuelve privilegio, porque contratar es un derecho del Departamento y, por consiguiente, la obligación de no contratar podía pactarse, como se desprende del espíritu, de la intención de la convención, porque no se entendería cómo podía celebrarse un contrato como el de Jaramillo, si el Departamento quedaba con el derecho de celebrar contratos de esa misma naturaleza, en los mismos municipios, con otros proponentes.

Muy distinto sería el caso de un mero y simple permiso sin contrato, condición establecida para el ejercicio de la industria de fabricación de la chicha.

La intención del Departamento, al celebrar el contrato, fue la de conceder una preferencia, ya que Jaramillo fue quien hizo ofertas mejores y se presentó en condiciones de capacidad financiera más apreciables.

Para que se vea nítidamente cómo el Departamento quiso en este contrato, a la vez que velar por la higienización de la bebida, asegurar también el mejor producido de la renta, conviene transcribir las siguientes declaraciones:

El doctor Fidel Perilla Barreto, Secretario entonces de la Hacienda del Departamento, expone (folios 202 del cuaderno 2º):

"Este contrato (el celebrado con Jaramillo) lo discutimos, acordámos y firmámos con el señor Gobernador y con el administrador general de rentas, después de un detenido estudio. Los motivos que indujeron al Gobierno en la forma que consta en el contrato, se dejaron claramente estipulados al suscribir y autorizar esa negociación y la intención de los que suscribimos ella, fue la de conceder al señor Gregorio Jaramillo el derecho de producir él solo bebidas fermentadas de la clase estipulada en el contrato, y en los municipios allí determinados, con exclusión de otras personas. Las cláusulas del contrato así lo rezan de manera inequívoca. El Gobierno optó por esa clase de contratos, por las múltiples ventajas que ofrecía la organización de la renta, estando, como estaba, plenamente autorizado por los artículos 1º, 2º y 4º de la Ley 47 de 1930, para la campaña antialcohólica en todo el departamento y para adoptar en la administración de las rentas de licores y bebidas fermentadas, cualquier sistema que no fuera el de remates para los lugares donde exista el monopolio de las mismas. La misma Ley 47 hacía de obligado cumplimiento para el Gobierno departamental, del que yo formaba parte cuando se suscribió el contrato, los mandatos de las leyes 88 de 1923 y 88 de 1928, que entrañan una cuestión no debatida de salubridad pública y la de asegurar el gravamen de dos centavos por cada litro de chicha o guarapo que se diera al consumo. Las ventajas inmediatas que el Gobierno previó al negociar con el señor Gregorio Jaramillo dándole la exclusividad determinada en el contrato y dentro de las condiciones indicadas que le quitaban todo carácter de monopolio, las puedo resumir así:".

Después de enumerar esas ventajas, continúa:

"Hago esta larga exposición a fin de ratificar una vez más el pensamiento que tanto el Gobernador doctor Torres García como el administrador de rentas departamentales, Rafael Vargas Páez, y el mío que fue el de autorizar al señor Gregorio Jaramillo, con exclusión de cualquiera otra persona, y por el término o plazo estipulado, la instalación de fábricas higiénicas de bebidas fermentadas. Ese y no otro fue el sentido de la mayor parte de las cláusulas del documento o contrato y así lo entendió y cumplió el gobierno del referido doctor Torres García, y así lo hizo saber a todos los visitadores, recaudadores de las rentas, en los lugares contratados. Sobre este particular ha habido en el Departamento, especialmente desde la celebración del antiguo contrato con el señor Luis Aristizábal, que hubo de terminarse por causas especiales, una verdadera práctica y jurisprudencia uniformes como son las de que contratos como el celebrado con el señor Jaramillo daban a los contratistas exclusividad de producción en el respectivo municipio; así lo entendía y practicaba el administrador general de rentas, señor Rafael Vargas Páez....".

Interpretando el aparte b) de la cláusula primera del contrato, dice:

".... en tal inciso se comprometió el Gobierno a dar el apoyo de su autoridad al señor Jaramillo para que éste pudiera cumplir en toda su integridad el contrato, impidiendo naturalmente el establecimiento de fábricas similares con perjuicio de sus intereses y los del Gobierno, inciso que debe inter-

pretarse dentro del pensamiento general e inequívoco que movió a contratar a las partes y que fue el de autorizar por dos años al señor Jaramillo a producir él preferentemente bebidas fermentadas higiénicas y a pagar las sumas sobre bases tan ventajosas para el Gobierno, como son las estipuladas con una claridad irrefutable.... Sé y me consta directa y personalmente, que al suscribir y autorizar el citado contrato en el carácter oficial expresado, la intención inequívoca de las partes fue la de que el contratista Jaramillo era quien únicamente podía producir bebidas fermentadas, chicha y guarapo, en las condiciones y calidad claramente determinadas por el Gobierno, con exclusión de cualquiera otro industrial y por todo el tiempo o plazo acordado y en los municipios señalados por las partes".

Más adelante declara:

"Por las circunstancias expuestas, me consta directa y personalmente, que el contrato celebrado con el gobierno del departamento de Boyacá en el año de 1932, con el señor Luis M. Aristizábal para higienizar las bebidas fermentadas, se le concedió a dicho contratista la exclusividad de dicha producción, también con un canon mínimo mensual de impuesto, y me consta que en varias ocasiones hallándose vigentes contratos de igual índole, se suscribieron solicitudes para la explotación y producción de bebidas fermentadas, hechas dichas solicitudes por personas extrañas al contrato, habiéndoseles negado las licencias que pedían".

El señor Manuel José Bernal, a folios 205 del mismo cuaderno 1º, dice:

"En mi carácter de Administrador de Rentas de Boyacá celebré, con autorización del Gobierno del Departamento, el 12 de agosto de 1932, un contrato con el señor Luis M. Aristizábal por medio del cual éste se comprometió a pagarle al Departamento una suma mensual mínima de $ 56.850.96. En el texto del contrato, que se halla publicado en mi informe oficial correspondiente al año de 1932, están consagradas las cláusulas y condiciones en que se celebró ese pacto. Mientras duró en vigencia ese contrato, ni el Gobierno, ni la Administración de Rentas contrataron con otras personas; por el contrario, al señor Aristizábal se le subrogaron los contratos que antes existían y el Gobierno se comprometió a sostener al contratista al frente de su empresa de higienización de las bebidas fermentadas por el término de veinte meses y a prestarle todo apoyo moral y material para que pudiera cumplir lo que con él se pactó. Durante el tiempo que permanecí al frente del despacho de la Administración de Rentas de Boyacá se respetó el contrato celebrado con el señor Aristizábal y las personas interesadas en el negocio de producción y expendio de bebidas fermentadas se entendían directamente con él".

El doctor Guillermo Torres García declara (fs. 206 del mismo cuaderno):

"Siendo Gobernador de Boyacá autoricé al señor Fidel Perilla Barreto, Secretario de Hacienda, para que en unión del señor Rafael Vargas Páez, Administrador General de Rentas, estudiaran el contrato que el señor Gregorio Jaramillo proponía al Departamento, sobre producción de bebidas fermentadas higiénicas. Los términos de este contrato fueron ajustados por los dos funcionarios nombrados y sometidos a mi estudio y aprobación como Gobernador. El negocio fue ampliamente ventilado entre el señor Secretario de Hacienda, el señor Administrador General de Rentas, y yo, hasta que se firmó el contrato respectivo. El pensamiento que presidió a esa negociación, o sea, la intención de las partes, fue la de procurar, de acuerdo con las leyes, la higienización de las bebidas fermentadas en las poblaciones a que se refiere el contrato y a las cuales el contratista circunscribía el radio de sus actividades. Además de la higienización de las bebidas se perseguía cierta estabilidad en los rendimientos de la renta y naturalmente un mayor producto de ella. De todas maneras, la intención de las partes al celebrarse este negocio seguramente consta en los considerandos o motivos determinantes del contrato. Claro está que como se trataba por medio del negocio con el señor Jaramillo de proveer a la producción y expendio de bebidas fermentadas higiénicas, que son las autorizadas por la ley, y como por otra parte, para hacer efectivo ese fin el Gobierno se obligaba a prestar su apoyo al contratista, de ahí se deduce que solamente el contratista señor Jaramillo podía producir bebidas higiénicas, o, en otros términos, que las bebidas fermentadas que fueran tóxicas, producidas por otros industriales, eran incompatibles, dentro del contrato, con las que produjera el contratista señor Gregorio Jaramillo. Esto evidentemente establecía un monopolio de hecho autorizado por la ley, puesto que ella prohibe las bebidas fermentadas tóxicas y manda a las autoridades departamentales proveer a la higienización de las bebidas fermentadas".

De estas declaraciones resulta que la intención de las partes fue la de conceder una preferencia al contratista en la producción

y expendio de las bebidas. El testimonio honorable y sincero del doctor Perilla Barreto —que no es un alegato como lo considera el Tribunal a quo, sino una declaración sobre hechos— sirve de base para interpretar lo que consta en el contrato, respecto a la preferencia expresada. Por lo demás, una práctica y jurisprudencia uniformes se habían establecido ya, como aparece de los antecedentes del contrato, como puede verse en las estipulaciones del que se celebró el 12 de agosto de 1932 con Aristizábal, en el cual se estableció que el contratista se obligaba a garantizar un rendimiento en la renta no menor al mayor promedio mensual del producto bruto que hubiera alcanzado desde su iniciación (1927), o sea, la cantidad de $ 56.850.96 mensuales. (El promedio más alto fue el de esta suma en los años de 1927 a 1932 en todo el Departamento. Véanse folios 182 del cuaderno 2º).

Por este contrato, Aristizábal se subrogó desde su fecha en los contratos parciales que tenía el Departamento y adquirió el carácter de Recaudador en los municipios en que no había contratos (cláusula tercera). El Gobierno se comprometió a sostener al contratista al frente de la empresa de higienización durante el término del contrato, y "a prestarle todo su apoyo moral y material, en caso necesario, para el fiel cumplimiento de sus obligaciones (cláusula duodécima). Tal carácter de Recaudador no se le dio a Jaramillo.

Cambiando el orden de las solicitudes de la parte petitoria, se considera:

Tercera petición

En la tercera petición se solicita que se condene al Departamento, de conformidad con el inciso 2º del artículo 1546 del Código Civil, al cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

Para demostrar que esta petición no puede prosperar, se hacen las siguientes observaciones:

El Gobierno departamental declaró caducado el contrato por Resolución número 14 de 5 de octubre de 1934 (fs. 163 del C. 2º). Después, por la Resolución número 16 de 16 del mismo mes (fs. 164 id), dijo el Gobierno: "Considerando: Que la administración general de rentas le ha consultado a la Secretaría de Hacienda respecto del alcance de la resolución número 14 del corriente año sobre caducidad del contrato celebrado con el señor Gregorio Jaramillo para el establecimiento de fábricas de fermentados en algunos municipios del departamento, resuelve: Aclarar la resolución número 14 de fecha 5 de los que cursan en el sentido de que, como el citado Jaramillo solamente ha infringido el contrato en cuanto hace relación a las cuotas a que está obligado por las fábricas establecidas en esta ciudad, 'como se expresa en los considerandos de la resolución número 14', la caducidad de que trata la referida resolución únicamente se refiere a la fábrica establecida en esta ciudad de Tunja".

Se pregunta si esta aclaración restrictiva del alcance de la primera resolución es válida, o si, por no serlo, la primera resolución está vigente en todos sus efectos.

Lo primero que hay que considerar es que la caducidad es un medio estrictamente jurídico que el derecho administrativo concede a la entidad de derecho público, y tiene por objeto poner fin a las convenciones cuando el contratista o concesionario incurra en incumplimientos de importancia. Cuando la entidad administrativa considera prudente hacer uso de ese derecho, pone fin a la convención, sin que valga otro procedimiento que la derogatoria de la resolución de caducidad, o que ésta se anule por autoridad competente cuando la nulidad se solicite dentro del término legal. Pero no puede el Gobierno aclarar su resolución en el sentido de que la caducidad sólo se refiere a una parte de la cláusula de un contrato cuando éste constituya una sola y única entidad. Proceder de otro modo, es modificar el contrato, si no es que ese procedimiento constituye una novación. Y es principio de Derecho Administrativo que la Administración no puede por su solo arbitrio, sin la anuencia de la otra parte, novar el contrato o modificarlo.

Es evidente que el contrato constituye una sola y única entidad, aunque se refiera a un permiso concedido para varios municipios. Basta para convencerse de esta aseveración, releer el aparte a) de la cláusula primera del contrato, en donde se ve que se celebró uno solo y no varios; porque si para cada municipio se hubiera celebrado un contrato, ello habría sido objeto de cláusulas especiales para cada uno de ellos, con determinación especial también de circunstancias propias para cada municipio. Es bastante, además, para sostener esta tesis, el texto todo del contrato en que la voluntad de las partes aparece claramente manifestada a este fin, pues no se habla de contratos, sino de contrato, y donde todos los derechos y obligaciones son conexos, con una relación íntima entre sí; por eso se estableció como causal de caducidad "la mora en el pago oportuno

de tres décadas consecutivas a que el contratista está obligado a consignar en las recaudaciones" (cláusula décimasexta).

En consecuencia, la Administración, al declarar caducado el contrato, obró en ejercicio de lo pactado creyendo que el contratista había dejado de cumplir con lo de su cargo; y esa caducidad es válida, porque no fue revocada por la Administración, y porque el contratista no hizo uso de la acción correspondiente dentro del término legal (art. 12 de la Ley 72 de 1925); mientras que la aclaración realizada en la Resolución número 16, no puede considerarse válida, por lo que queda expresado, pues ella constituye cuando menos una modificación del contrato, verificada sin el consentimiento de la otra parte contratante. Esta modificación surge de la circunstancia de haberse alterado con la resolución mencionada una de las cláusulas esenciales del contrato.

Podría argüírse que habiéndose presentado la demanda el 6 de agosto de 1934, el Departamento, estando demandado, no podía caducar el contrato el 5 de octubre del mismo año. Pero es lo cierto que podía hacerlo antes de trabarse la litis, lo cual se verificó con la contestación de la demanda el 16 de dicho mes de octubre. En estas circunstancias, el demandante habría podido, dentro del término legal, reformar la demanda; no habiéndolo hecho, la litis contestación quedó trabada sobre un contrato caducado.

Habiéndose caducado éste, la solicitud tercera de la demanda, para que se declare que el Departamento está obligado a cumplirlo, es improcedente, porque la caducidad en materia administrativa equivale a la resolución en materia privada; y contrato resuelto es contrato sin vigor a cuyo cumplimiento no puede obligarse. En consecuencia, menos puede prosperar la solicitud de que se restablezca al demandante en el pleno ejercicio del contrato. Además, por la naturaleza de las circunstancias ya no puede obligarse al restablecimiento.

Acción subsidiaria

Pero se pide en la acción subsidiaria que se condene al Departamento a pagar al demandante los perjuicios que le haya causado con las infracciones hechas al contrato. Esta acción sí puede prosperar, por la razón de que, aun cuando es cierto que demandándose el cumplimiento de la obligación no se pueden pedir a la vez los perjuicios por incumplimiento, también es verdad que, aunque las acciones sean contrarias, propuesta una de ellas en forma condicional o subsidiaria, puede ser objeto de declaración, "siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles", al tenor del numeral 3º del artículo 209 del Código Judicial.

Dicha acción subsidiaria es una consecuencia de la solicitud primera de la demanda, sobre declaración de que el Departamento demandado infringió el contrato y faltó a sus obligaciones. Por esto precisa ver ahora si hubo esa violación por parte del demandado.

Antes de decretar la caducidad, el Gobierno celebró los siguientes contratos, los cuales fueron invocados como hechos de la demanda:

a) El 25 de enero de 1934 (fs. 10 v. a 13 del C. 1º), uno con Luis E. Buitrago B., autorizando a éste para establecer una fábrica, similar a la autorizada a Jaramillo, en el municipio de El Cocuy. Buitrago se obligó a pagar un impuesto mínimo de ochocientos pesos ($ 800.00) mensuales, o de mil pesos ($ 1.000.00) mensuales, según el caso, y a efectuar una producción mínima de cuarenta mil litros mensuales.

b) El 10 de abril de 1934 (fs. 8 v. a 10 del C. 1º), otro con Jorge Gutiérrez para instalar una fábrica similar en Tunja, obligándose el contratista a pagar un impuesto mínimo de mil quinientos pesos ($ 1.500.00) mensuales y a una producción mínima de sesenta y cinco mil litros entre chicha y guarapo, por mes.

c) Otro con Eduardo Riaño el 24 de julio de 1934 (fs. 5 a 8 del C. 1º) para instalar y montar una fábrica en la ciudad de Tunja, "para atender a la producción, expendio y consumo de bebidas fermentadas, chicha y guarapo"; y en la cláusula quinta se impuso un impuesto mínimo de ochocientos pesos para el primer mes, y de mil pesos en los siguientes, sobre una producción mínima de cuarenta mil litros entre chicha y guarapo, en el primer mes, y de cincuenta mil en los restantes. (En el contrato con Jaramillo se estipuló una cantidad de tres mil ochocientos cincuenta pesos ($ 3.850.00).

Con entera claridad salta a la vista el perjuicio causado a Jaramillo con los contratos enunciados, pues mientras los concesionarios últimos se obligaban a pagar el impuesto mínimo con grandes ventajas para ellos, aquél tenía que responder siempre por grandes sumas, iguales a los producidos mensuales más elevados que en los municipios de la concesión se habían obtenido en los últimos años.

Es, pues, evidente la violación del contrato por parte del Departamento desde el 25 de enero de 1934, fecha en que se celebró el contrato con Buitrago.

No es óbice para determinar la existencia de esta violación, el reparo hecho por el Tribunal de Tunja, de que algunos de esos contratos no fueron aprobados por el Gobernador. Basta para ello con que los contratistas hubieran principiado a darles cumplimiento (de lo que hay prueba en el proceso, como se ve a folios 200 y 201 del Cuaderno 2º) para que la violación quedara consumada. Además, algunos de esos contratos sí aparecen con la aprobación gubernamental respectiva.

Respecto a la otra violación enunciada en la demanda, surge la siguiente pregunta: ¿Podía el Gobierno restringir o revocar en cualquier momento la preferencia concedida, y dejar, por tanto, de cumplir el contrato, declarándolo inválido por sí y ante sí con interpretaciones unilaterales?

Para responder se considera:

A pesar de que en el contrato se estableció la facultad para el Gobierno de declararlo caducado, esta convención es una ley obligatoria para las partes, no pudiendo, por tanto, la entidad oficial darle interpretaciones unilaterales. La Corte (Sala Civil de Unica Instancia), en sentencia de 9 de diciembre de 1936 (G. J. números 1920 y 1921, págs. 789 y siguientes), establece que cuando la Administración contrata como persona de derecho privado, sus actos son una ley para las partes; que cuando celebra contratos, aunque tengan carácter administrativo, éstos también envuelven una norma convencional, "por lo que, en este carácter, deben mantenerse rígidos e inflexibles, con excepción de las interpretaciones que, con cierta amplitud les den las partes", pero advirtiendo también, que la Administración tiene facultades discrecionales, "que emanan naturalmente de la inspección y acción tutelar que ejerce para el mejor gobierno y defensa de los intereses que le están confiados", "y en virtud de esas facultades ella puede unilateralmente obrar, modificando los contratos administrativos, cuando la modificación esté autorizada por la ley, o cuando se acuerde con las mismas formalidades y garantías a que se ajustó para la celebración de ellos"; esto, porque "no puede negársele en absoluto, y sin grave riesgo, la facultad de interpretar el contrato de acuerdo con las necesidades públicas".

En el caso de que se trata, las interpretaciones unilaterales de la Gobernación iban contra la intención del contrato y abrían el camino para la vulneración de los derechos de la otra parte contratante.

Es necesario notar claramente que por parte del Departamento demandado no se adujo prueba alguna ni en la primera ni en la segunda instancia, por lo que él no trajo a los autos el Decreto que haya dictado la Gobernación reglamentando la Ordenanza 33 de 1932, en su artículo 9º transcrito arriba, en uso de las facultades concedidas en el aparte d) de dicho artículo, ni tampoco ese Decreto se encuentra entre las pruebas aducidas por la parte demandante. Como el contrato lo celebró la Gobernación con la facultad concedida en esa Ordenanza, sólo en presencia del Decreto reglamentario de ella habría sido posible estudiar si el Departamento podría en cualquier momento restringir o revocar la preferencia concedida. Pero la reglamentación no existe demostrada en el proceso; y por ello no puede saberse si en los municipios en que se había dado la preferencia a Jaramillo podrían coexistir otros expendios de bebidas fermentadas producidas en fábricas similares a las por éste establecidas.

Es, pues, indudable que el Departamento demandado violó el contrato al conceder otros permisos para el monto e instalación de otras fábricas, permisos que se concedieron de conformidad con contratos ya vistos, para municipios en que el demandante tenía establecidas sus fábricas.

Atendiendo a lo expuesto, prosperan la petición primera y la subsidiaria, y debe condenarse al Departamento en los perjuicios que se solicitan en esta última acción. Pero para hacer la condenación de los que se causaron no se tiene una base fija, por lo que ella sólo puede hacerse **in genere**, desde la fecha del contrato celebrado con Luis E. Buitrago B. (25 de enero de 1934) hasta el día en que el ajustado con Jaramillo se declaró caducado (5 de octubre del mismo año).

No puede declararse una condenación en especie porque, aunque es cierto que existe un dictamen pericial realizado conforme a ley y en el que se fija en una suma determinada el valor de los perjuicios, es evidente que en dicho dictamen quedaron involucrados algunos que emanan de hechos que constituyen violación del contrato, y que en realidad están probados en su mayor parte en el proceso, pero que, por no haber sido enunciados como puntos básicos de la demanda, no pueden ser estimados para una declaración específica de condenación en esta sentencia. Por consiguiente, los perjuicios serán

los que resulten de una determinación de los causados en los lugares a que se contrajeron los contratos celebrados con Buitrago, Gutiérrez y Riaño.

Petición segunda

Procede la declaratoria de la segunda petición, consistente en que el demandante cumplió con las obligaciones que para él emanaban del contrato.

En efecto, hay abundante prueba de que las bebidas que el contratista producía eran de muy buena calidad. Resulta esto: Del dictamen que obra a folios 30 a 35 del cuaderno 2º; de las declaraciones de Germán Pinilla, Nicolás Vásquez, Manuel Pardo y Julio Molano, visibles a folios 91 v. a 94 del mismo cuaderno.

También hay prueba de que pagó cumplidamente el impuesto a que se había comprometido, como se ve de los informes del Recaudador de Rentas departamentales (fs. 108 a 109, 120 v. a 122, 124 a 129, 131 a 132, 133 a 134, 136 139 v. a 141, 242 a 252 del cuaderno 2º); del informe del Jefe Seccional de Presupuesto (fs. 157 a 158 id.); del informe del Secretario de Hacienda (fs. 159 a 161 id).

Verdad es que a Jaramillo se le ejecutó por una parte de la suma del impuesto (fs. 219 a 224 del cuaderno 2º); pero el auto ejecutivo fue revocado por el Tribunal Superior de Tunja (fs. 28 a 30 del cuaderno 5º).

Quinta petición

En ésta se solicita condenación en costas. Pero el Departamento, al tenor del artículo 576 del Código Judicial no puede ser condenado en ellas. Esta parte de la sentencia apelada es legal.

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,

F a l l a :

Primero. Revócase la sentencia de primera instancia, de fecha diez de marzo de mil novecientos treinta y seis, de que se ha hecho mérito, menos en lo referente a costas.

Segundo. El demandante Gregorio Jaramillo cumplió el contrato celebrado el once de noviembre de mil novecientos treinta y tres con el Departamento de Boyacá, mientras dicho contrato estuvo vigente.

Tercero. El Departamento de Boyacá, por medio de sus agentes, infringió el contrato de que se ha hecho mención en este fallo. En consecuencia, por ser civilmente responsable de los perjuicios causados a partir desde el día en que se puso en vigencia el contrato de veinticinco de enero de mil novecientos treinta y cuatro, celebrado con Luis E. Buitrago B., se le condena al pago de ellos hasta el día en que el contrato ajustado con el demandante se declaró caducado (5 de octubre de 1934). Estos perjuicios se fijarán en forma legal (artículo 553 del Código Judicial), teniéndose en cuenta los causados con los contratos otorgados a Buitrago, Gutiérrez y Riaño, respecto a los lugares a que esos contratos se refirieron.

Cuarto. Se absuelve al Departamento demandado de los demás cargos formulados en la demanda.

Quinto. Sin costas en esta instancia.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R—Gustavo Gómez Hernández, Srio.

SALA PLENA EN LO CIVIL

DEMANDA SOBRE PAGO DE UN IMPUESTO.—JURISDICCION DE LA SALA PLENA EN LO CIVIL DE LA CORTE EN ASUNTOS DE PETROLEOS.—CONTRATO CIVIL Y CONTRATO ADMINISTRTIVO.—SUS DIFERENCIAS CONFORME A LA DOCTRINA DE LOS AUTORES.—DIFERENCIAS CONFORME A LA LEGISLACION COLOMBIANA.—REQUISITOS DE FONDO PARA LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.—CONCESION.—CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS.—REQUISITOS PARA LA CELEBRACION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.—REQUISITOS PARA LA CELEBRACION DE LOS CONTRATOS SOBRE PETROLEOS.—EJECUCION Y CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.—VIGENCIA DE LA LEY 78 DE 1870.—RESILIACION Y SUS DIFERENCIAS CON LA RESOLUCION Y LA RESCISION.—REGALIA E IMPUESTO Y SUS DIFERENCIAS.—LEY APLICABLE A LA CELEBRACION DE LOS CONTRATOS

1.—El legislador quiso establecer una jurisdicción especial para el conocimiento de los juicios sobre controversias emanadas de los contratos sobre petróleos celebrados por la Nación y creó con este fin la Sala Plena en lo Civil por medio del artículo 8º de la Ley 37 de 1931. 2.—El contrato administrativo es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado por la Administración, con el fin de proveer directa e inmediatamente a la satisfacción de un interés público.—3. Anótanse las siguientes diferencias entre los contratos civiles y los administrativos: 1ª Por razón del sujeto: en los contratos civiles intervienen únicamente los particulares; en los administrativos interviene la Administración, la cual señala las condiciones a que han de sujetarse los que con ella quieren contratar. 2ª Por razón del objeto, en los contratos civiles se persigue un interés particular; en los administrativos un interés público y general. 3ª Por la forma, la ley establece condiciones y requisitos especiales para la celebración de los contratos administrativos. 4ª Por el régimen, cuando los contratos administrativos se reglan por disposiciones especiales. 5ª Por la jurisdicción, cuando se establece que para su interpretación y cumplimiento están sometidos los contratos administrativos a una jurisdicción distinta de la ordinaria. No obstante estas diferencias, es necesario advertir que a los contratos administrativos se aplican a veces las disposiciones de los civiles, o sea, la legislación común.—4. Los requisitos para la validez de los contratos administrativos son los mismos que se exigen en la legislación colombiana para la validez de los contratos civiles. 5. Las diferencias que en la legislación colombiana existen entre los contratos civiles y los administrativos se pueden reducir al objeto, a la forma, a la jurisdicción para conocer de las controversias que de ellos emanen, y a las cuestiones relativas a la caducidad.—6. Por medio de la concesión el Estado, los Departamentos o los Municipios, contratan con un particular, generalmente una compañía, el funcionamiento de un servicio público. La concesión es un acto jurídico complejo. La concesión puede modificarse por causa de imprevisión.—7. En la legislación colombiana no hay diferencia entre los contratos administrativos y la llamada concesión de servicios públicos.—8. La ejecución y cumplimiento de los contratos administrativos queda sometida a las disposiciones relativas a los contratos civiles.—9. La Ley 68 de 1870 está vigente.—10. La RESILIACION es "el acto por el cual las partes deshacen un contrato que han celebrado".—11. La regalía es la participación que en el producto bruto o en dinero le da a la Nación el concesionario de exploración o explotación de petróleo de propiedad nacional. El impuesto es la cantidad de petróleo que paga al Estado todo explotador de petróleo de propiedad privada. La regalía entra en el producto de los bienes nacionales.—12. Las diez y ocho horas de servicio gratuito estipuladas en favor del Estado en el contrato con la Andian, no pueden considerarse como una regalía, no obstante su frecuente empleo para denominar la expresada contribución, porque no se trata de la participación en la explotación de un bién del Estado, sino de la retribución o tributo pagado por el permiso concedido para la explotación y beneficio de una industria.—13. La Andian National Corporation Limited no está obligada a pagar el impuesto que establece el artículo 42 de la Ley 37 de 1931, sobre oleoductos públicos.—14. Tratándose de contratos perfeccionados, celebrados con las formalidades legales, y que han tenido su cumplimiento normal, la ley aplicable es la que regía en el momento en que se celebró la convención.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena en lo Civil. Bogotá, mayo nueve de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

Por Resoluciones Ejecutivas números 17 de 17 de abril de 1935 y 96 de 16 de junio de 1936, el señor Presidente de la República autorizó al señor Procurador General de la Nación para iniciar ante la Corte la acción judicial tendiente a obtener que se declare que la Andian National Corporation Limited no se halla eximida, por el contrato celebrado el 1º de octubre de 1923 con el Gobierno, del impuesto establecido de manera general en el art. 42 de la Ley 37 de 1931 sobre transporte de petróleo por oleoductos de uso público y para que se declare igualmente que del contrato celebrado entre la Nación y la Andian National Corporation Limited, no se deduce que dicha sociedad tenga derecho a acogerse a lo establecido en el artículo trece (XIII) del contrato celebrado con posterioridad con las compañías Colombian Petroleum Co. y South American Gulf Co., aprobado por la Ley 80 de 1931.

En desempeño de la autorización anterior, el doctor Milcíades Cortés A., Procurador de la Nación, Delegado en lo Civil, en demanda de fecha 30 de julio de 1936, inició juicio ordinario ante la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia, contra la Compañía denominada Andian National Corporation, Limited, domiciliada en la ciudad de Ottawa, Dominio del Canadá, con oficina principal en la ciudad de Woodstock, Ontario, en el mismo Dominio del Canadá, y cuyo representante en juicios y otros fines es en Colombia el señor Hermann A. Metzger, vecino de Bogotá, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"**Primera.** Que en el contrato celebrado entre la Nación, por una parte, y la "Andian National Corporation, Limited", por otra, de que da cuenta la escritura pública número mil cuatrocientos sesenta y tres (1463) otorgada el primero (1º) de octubre de mil novecientos veintitres (1923) ante el Notario cuarto de Bogotá, no se establece, ni de él se deduce, que la Nación o sea la República de Colombia, no puede gravar el petróleo que se transporta por el oleoducto de la "Andian National Corporation, Limited" con impuesto de transporte de petróleo por oleoducto de uso público.

"**Segunda.** Que del contrato celebrado entre la Nación y la "Andian National Corporation, Limited" antes mencionado, no se deduce que dicha Sociedad tenga derecho a acogerse a lo establecido en el artículo trece (XIII) del contrato celebrado con posterioridad por la Nación con las Compañías "Colombian Peroleum Co." y "South American Gulf Oil Co.", aprobado por la Ley ochenta (80) de mil novecientos treinta y uno (1931).

"**Tercera.** Que en consecuencia la "Andian National Corporation, Limited" no se halla eximida, por el contrato celebrado el primero (1º) de octubre de mil novecientos veintitres (1923) con el Gobierno, del impuesto establecido de manera general en el artículo cuarenta y dos (42) de la Ley treinta y siete (37) de mil novecientos treinta y uno (1931) sobre transporte de petróleo por oleoductos de uso público, y que por tanto la Compañía demandada está obligada a pagar a la Nación dicho impuesto, a partir del día en que entró en vigencia la expresada Ley.

"**Cuarta.** Que se condene a la Compañía demandada a las costas del juicio, si se opusiere a lo solicitado en esta acción".

I

La competencia de la Sala

La demanda fue dirigida a la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia. Pero el negocio fue repartido a la Sala Plena en lo Civil, por estimarse que a ella corresponde el conocimiento, de conformidad con el artículo 8º de la Ley 37 de 1931 y con la práctica establecida por la Corte, y que la equivocación en la designación de la Sala no le quita a la corporación la jurisdicción que tiene para entrar a conocer del asunto.

En auto de fecha diez y ocho de agosto de 1936, se admitió la demanda y se ordenó correr traslado de ella a la Compañía demandada. El señor Procurador reformó el escrito de demanda en el sentido de dirigirlo a la Sala Plena en lo Civil y no a la Sala Civil de Unica Instancia y de indicar como apoderado actual de la Compañía demandada no al señor Hermann A. Metzger sino al señor Raymond I. Dodson.

El legislador quiso establecer una jurisdicción especial para el conocimiento de los juicios sobre controversias emanadas de los contratos sobre petróleos celebrados por la Nación y creó con este fin la Sala Plena en lo Civil por medio del artículo 8º de la Ley 37 de 1931, que dice así:

"Tanto por la materia sobre que recaen como por el lugar en que se celebran, estos

contratos se rigen por las leyes colombianas y quedan sometidos a la jurisdicción de los Tribunales colombianos. En consecuencia, consultando la mayor autoridad y la mayor prontitud en los juicios, toda discrepancia entre los contratantes acerca de la interpretación de los contratos, y toda diferencia o controversia sobre su ejecución, resolución, o caducidad, que no sean dirimibles por medio de peritos en los casos previstos en el artículo 9º, serán decididas de modo definitivo por la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena en lo Civil y en una sola instancia.

"Las compañías cuyo asiento principal de negocios esté en algún país extranjero, que quieran establecerse en Colombia y celebrar con la Nación o con particulares contratos sobre petróleo, deberán constituír y domiciliar en la cabecera del Circuito de Notaría de Bogotá, aunque no sean colectivas, una casa o sucursal, llenando las formalidades del artículo 470 y de sus concordantes del Código de Comercio, casa que será considerada como colombiana para los efectos nacionales e internacionales, en relación con estos contratos y los bienes, derechos y acciones sobre que ellos recaen.

"Corresponde al Gobierno declarar cumplidos por las compañías extranjeras los requisitos de que trata esta disposición, previa solicitud de los interesados, acompañada de los documentos bastantes.

"Para los solos efectos de este artículo se entiende por Sala Plena en lo Civil, la compuesta por la Sala de Negocios Generales, y por todos los Magistrados de la Sala o Salas de Casación en lo Civil".

Conforme a esta disposición la Sala es competente para entrar a decidir el negocio y a ello se procede por estar terminada la tramitación legal correspondiente y no observarse en el proceso causales de nulidad.

II

Los hechos y la contestación de la demanda

Como hechos generadores del derecho, el demandante expuso los siguientes:

"1º Por el contrato del 1º de octubre de 1923 el Gobierno eximió al oleoducto de la "Andian National Corporation, Limited", de acuerdo con el artículo 35 de la Ley 120 de 1919 "de todo impuesto departamental o municipal, directo o indirecto de cualquier clase que sea". La Compañía quedó también exenta "del impuesto fluvial de conformidad con el artículo primero de la Ley 33 de 1915 respecto de los materiales destinados a la empresa".

"2º El impuesto de transporte por oleoducto de uso público a que se refiere el artículo 42 de la Ley 37 de 1931 no es departamental ni municipal, sino nacional, y tampoco es el impuesto fluvial a que se refiere el hecho que precede.

"3º De acuerdo con la cláusula treinta y cinco del contrato con la Andian "la Compañía se somete a la legislación existente en Colombia, especialmente a las Leyes 120 de 1919 "sobre yacimientos o depósitos de hidrocarburos", y 14 de 1923; a la 145 de 1888 sobre extranjería y naturalización y a las demás que sean aplicables al caso".

"4º Dicha cláusula treinta y cinco del contrato con la Andian, no exime a la expresada compañía del pago de impuestos nacionales posteriores a la celebración de aquél que las leyes establezcan sobre transportes por oleoductos de uso público.

"5º En general, tampoco existe estipulación expresa ni tácita en ninguna de las cláusulas del mencionado contrato con la Andian, que exima a dicha Compañía del pago de impuesto de transporte que la Nación pudiera establecer en lo futuro con relación a oleoductos de uso público.

"6º El oleoducto de la Andian, a que se refiere el contrato, es de uso público y no de uso privado.

"7º El oleoducto a que se refiere el contrato celebrado por el Gobierno con las Compañías "Colombian Petroleum Co. y South American Gulf Co.", aprobado por la Ley 80 de 1931, es un oleoducto privado y no un oleoducto público.

"8º La cláusula de la Compañía más favorecida a que se refiere el artículo octavo del contrato con la Andian, se refiere al caso en que el Gobierno autorice a otra Compoñía la construcción de un oleoducto público, pues a un oleoducto de esta clase se refería el contrato en cuestión.

"9º Por otra parte, el oleoducto materia de la nueva concesión, o sea, aquél a que se refiere el contrato con la "Colombian" y con la "Gulf", ha de construírse en una región de condiciones más difíciles o desventajosas técnica y económicamente que aquéllas en que la Andian debía de construír el suyo, como lo demuestran los siguientes hechos:

"a) El oleoducto de la Andian está tendido casi en toda su longitud a lo largo del río Magdalena, que sirvió de vía de transporte fácil y económico para los trabajos de construcción y movimiento de todos los materiales, que son de costosa conducción por su

tamaño y peso. En tanto que la Gulf tendrá que principiar, para poder mover los materiales, por construír una vía de comunicación, que ha de ser una carretera, cuando menos, y la cual habrá de atravesar regiones quebradas y deshabitadas.

"b) El punto de partida del oleoducto de la Andian está más alto que el de llegada y no tiene que vencer sino una pequeña altura entre Barranca-Nueva y Mamonal. El de la Gulf tendrá que transmontar la Cordillera Oriental, la cual en su parte más baja tiene una altura de 1.200 metros.

"10. La expresión "pero en este último caso", empleada al final de la cláusula octava del contrato con la Andian, se refiere a la siguiente parte de la misma cláusula: "o que las ventajas o derechos a que se alude hayan sido manifiestamente otorgados como compensación correlativa de ventajas o derechos que al Gobierno se le reconozcan en la nueva concesión y que sean superiores a los que en el presente contrato se estipulan".

"11. En el contrato celebrado con la Andian no se establece, ni de él se deduce, que la Compañía demandada pueda obtener en su provecho exenciones de impuestos que se pudieran haber otorgado por el Gobierno en el contrato que posteriormente celebró con la "Colombian Petroleum Co." y con la "South American Gulf Oil Co."; y

"12. En el contrato que con la Andian se celebró no se estableció, ni de él se deduce en forma alguna, que la compañía demandada esté eximida del impuesto de transporte por oleoductos de uso público a que se refiere el artículo 42 de la Ley 37 de 1931".

El señor Raymond I. Dodson, apoderado de la Andian National Corporation, Limited, sustituyó al doctor Eduardo Esguerra Serrano el poder necesario para representar a la Compañía en el juicio. El doctor Esguerra Serrano contestó oportunamente la demanda, de la cual se le corrió el traslado legal, lo mismo que del memorial en que fue corregida. La Compañía se opuso a que se hagan por la Corte las cuatro declaraciones que solicita el señor Procurador, por considerar que ellas entrañarían el desconocimiento de los derechos que le fueron acordados, mediante la plenitud de las fórmulas legales, en el contrato suscrito con la Nación el día 1º de octubre de 1923, e implicarían la violación de ese pacto. La Compañía por su parte sostiene lo siguiente:

"**Primero.** Que del contrato celebrado entre la Nación por una parte y la Andian National Corporation, Limited, por otra, a que se refiere la escritura número 1463 otorgada en la Notaría cuarta de Bogotá el día 1º de octubre de 1923, se desprende claramente que la Nación o sea la República de Colombia, no puede gravar el petróleo que se transporta por el oleoducto de la Andian National Corporation, Limited, con impuesto de transporte de petróleo por oleoducto de uso público.

"**Segundo.** Que del artículo octavo (VIII) del contrato celebrado entre la Nación y la "Andian National Corporation, Limited", antes mencionado, sí se deduce claramente que la Compañía tiene derecho a acogerse no sólo a las concesiones más favorables que contenga la cláusula trece (XIII) del contrato celebrado con posterioridad por la Nación con las Compañías "Colombian Petroleum Co." y "South American Gulf Oil Co.", dentro de las condiciones estipuladas en dicho artículo octavo (VIII), sino a cualesquiera otra exenciones, ventajas o derechos estipulados o no exigidos en contratos posteriores y que sean más favorable para las Compañías contratistas que las contenidas en el convenio de 1923, tales como la exención de las 18 horas de transporte gratuito que concede la Andian al Gobierno.

"**Tercero.** Que en consecuencia la Andian National Corporation, Limited" se halla eximida, por el contrato celebrado el 1º de octubre de 1923 con el Gobierno, del impuesto establecido en el artículo 42 de la Ley 37 de 1931 sobre transporte de petróleos por oleoductos de uso público, y que por tanto la Compañía demandada no está obligada a pagar a la Nación dicho impuesto, a partir del día en que entró en vigencia la expresada ley.

"**Cuarto.** Que no puede condenarse a la Compañía demandada a la costas del juicio por oponerse, en defensa de sus derechos contractuales, a lo solicitado en esta acción".

Con relación a los hechos de la demanda, el apoderado de la Compañía los contestó así:

"1º **Se acepta.**

"2º **Se acepta.**

"3º **Se acepta,** el hecho de que de acuerdo con la cláusula 35 del contrato, 'La Compañía se somete a la legislación existente en Colombia, especialmente a las Leyes 120 de 1919, sobre yacimientos o depósitos de hidrocarburos, y 14 de 1923; a la 145 de 1888, sobre extranjería y naturalización y a las demás que sean aplicables al caso, vigentes al tiempo de la celebración del contrato de

1º de octubre de 1923; pero entendiendo la expresión **legislación existente**, en su sentido gramatical y jurídico, es decir, la legislación que existía en el momento de celebrarse el contrato.

"4º Este no es un hecho que deba la Compañía aceptar o negar; es simplemente una de las cuestiones de derecho que va a ser objeto del fallo de la Corte, cuestión esta última respecto de la cual la Compañía sostiene que por la cláusula citada interpretada rectamente y en armonía con otras del contrato y con disposiciones de la ley, se halla exenta del impuesto sobre transporte por oleoductos de uso público.

"5º Este tampoco es un hecho que la Compañía deba aceptar o negar; es también una simple cuestión de derecho que será materia del fallo de la Corte. La Compañía sostiene que sí existen estipulaciones en su contrato con la Nación que la eximen del pago del impuesto de transporte que la Nación pudiere establecer en lo futuro con relación a oleoductos de uso público.

"6º **Se acepta.**

"7º No corresponde a la Compañía determinar por medio de su afirmación o negación, que "el oleoducto a que se refiere el contrato celebrado por el Gobierno con las Compañías 'Colombian Petroleum Cº' y 'South American Gulf Cº', aprobado por la Ley 80 de 1931, sea un oleoducto privado y no un oleoducto público", pues ello implicaría la absolución de cuestiones de derecho. Será la Corte Suprema, cuando el caso se presente, quien habrá de decidir la cuestión, la cual es extemporánea en la presente litis.

"8º **No se acepta.** La Compañía demandada sostiene que el artículo octavo de su contrato se refiere a toda clase de oleoductos.

"9º La Compañía demandada no puede entrar a afirmar o a negar que el oleoducto materia de la nueva concesión, o sea aquel a que se refiere el contrato con la 'Colombian' y con la 'Gulf' haya o no de construírse en una región de condiciones más difíciles o desventajosas técnica y económicamente que aquellas en que la Andian construyó el suyo. Será la Corte Suprema de Justicia, cuando el caso se presente, quien habrá de decidir la cuestión, la cual es extemporánea en la presente litis, que, como se dejó dicho, se concreta a la interpretación jurídica de un contrato.

"10º **Se acepta.** Pero la Compañía demandada sostiene que la expresión citada en el punto 10º de la demanda debe armonizarse también con todo el contexto de la estipulación y no tomarse aislada, ni dislocarse del objeto que la cláusula persigue.

"11. Esto no es un hecho que corresponda a la Compañía aceptar o negar; es una de las cuestiones de derecho que debe decidir la Corte. Pero la Compañía afirma que en su contrato se establece, y de todos sus términos se deduce, que ella tiene derecho a las excepciones de impuestos que se pudieran haber otorgado por el Gobierno en el contrato que posteriormente se celebró con la South American Gulf Cº, o que se celebre con cualquiera otra entidad, siempre que se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 8º del contrato del 1º de octubre de 1931.

"Conviene hacer notar que al dar respuesta a este hecho o punto once (11), la Compañía se ha referido a la South American Gulf Oil Company, por ser esta empresa, al tenor del contrato aprobado por la Ley 80 de 1931, quien pactó el transporte de petróleo; en consecuencia, la Compañía, en su respuesta, no se ha referido, ni podía referirse, a la Colombian Petróleum Company, entidad explotadora del petróleo según el contrato, y que sin embargo concreta y erradamente ha citado el señor Procurador en el punto correspondiente de la demanda.

"12. No es éste tampoco un hecho que la Compañía deba aceptar o negar; es la cuestión fundamental de derecho sometida al presente juicio contradictorio y que será objeto del fallo pedido a la Corte Suprema por el señor Procurador General de la Nación. Pero la Compañía demandada afirma y sostiene que en el contrato celebrado por ella con el Gobierno se establece y de sus cláusulas se desprende, que la **Andian National Corporation, Limited,** está eximida del impuesto de transporte por oleoductos de uso público a que se refiere el artículo 42 de la Ley 37 de 1931".

III

Los antecedentes

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público resolvió que el artículo 42 de la Ley 37 de 1931 era aplicable a la Andian National Corporation, Limited, por estimar que el contrato celebrado entre la Andian y la Nación no hace exención alguna sobre el particular, habiéndose hecho en cambio para los impuestos departamentales y municipales y para el fluvial.

La Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca dictó un reconocimiento

contra la Andian y en favor de la Nación, por la cantidad de $ 812.098.05, por concepto de transporte de petróleo por oleoducto de uso público, desde el 11 de mayo de 1931 al 30 de septiembre de 1934, impuesto liquidado de acuerdo con el artículo 42 de la Ley 37 de 1931 y sobre las cantidades de petróleo transportadas en el tiempo expresado.

El Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales, con base en el reconocimiento hecho por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca en auto de fecha 3 de diciembre de 1934, libró mandamiento de pago a favor de la Nación y a cargo de la Andian National Corporation, Limited, por la expresada suma, como también por los intereses de ella, a la tasa del doce por ciento (12%) anual, establecida en el artículo 9º de la Ley 68 de 1923, y por las costas procesales.

El apoderado de la Compañía ejecutada, doctor Manuel Casabianca, en libelo de fecha 17 de enero de 1935, propuso excepciones que fueron admitidas y falladas por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de doce de abril del año citado. La parte resolutiva del fallo dice así:

"Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probadas las excepciones consistentes en no haber nacido el derecho de la Nación para hacer efectivo ejecutivamente el cobro de que se trata, siendo por tanto ineficaces así la acción instaurada como el mendamiento de pago dictado por la jurisdicción coactiva. Como consecuencia: se ordena cesar el juicio y se decreta el desembargo de los bienes ya embargados. Sin costas".

Como fundamentos principales de su decisión, la Sala de Negocios Generales dijo lo siguiente en la providencia que se ha mencionado:

"Ahora bien: nadie puede negar que en el presente caso estamos en frente de un acto de imperio y de uno de gestión. De consiguiente, el problema hay que estudiarlo por sus dos aspectos. Ya queda dicho que como acto de imperio, podía el soberano establecer el gravamen. Como ato de gestión es sobre el estudio de las estipulaciones de las partes como puede determinarse la existencia o inexistencia de la obligación que se demanda.

"Es doctrina aceptada por esta Corporación la que aparece en el tomo II, número 518 de su Jurisprudencia, donde se lee: "La Nación, como persona jurídica, puede celebrar contratos con particulares, contraer obligaciones y quedar, en consecuencia, sometida a las prescripciones del derecho común que gobiernan tales actos. Este principio ha sido admitido siempre en nuestra legislación, y se halla consignado en la Ley de 23 de junio de 1870, la que en su artículo 8º dice: "Las estipulaciones contenidas en los contratos legítimamente celebrados por el Poder Ejecutivo, son de obligatorio cumplimiento para todas las partes contratantes. Ni el Gobierno, ni las personas con quienes contrate pueden novar por sí solas, anular ni desconocer las obligaciones contraídas por medio de los contratos que celebren, en conformidad con las leyes civiles". (Sentencia de 23 de noviembre de 1916.—Gaceta Judicial. Tomo XXVI—11, 3ª).

"También la Corte tiene decidido:

"Tratándose de contratos que el Gobierno celebre con particulares o Compañías, el Estado contratante se coloca en igual condición jurídica que el contratista; aparece como persona jurídica, y como tal ni manda ni obliga. Es decir, el Estado en estos casos no puede proceder en ejercicio del derecho de imperio, obrando como autoridad política que provee, manda y ordena". (Jurisprudencia. Tomo III, número 891).

"Los derechos y las obligaciones que se derivan de un contrato, no pueden extinguirse ni modificarse sino por los medios que señala la ley civil, entre los cuales no se cuenta la expedición de una nueva ley". (Sentencia sobre materia constitucional de 18 de noviembre de 1924. Gaceta Judicial. Año XXXI, página 150).

"También la Corte ha expresado, en sentencia de fecha veinte de noviembre de 1923:

"La ley ha reservado la vía ejecutiva, que es de apremio, para que, con arreglo a ella, se hagan efectivas obligaciones no sujetas a discusión, **prima facie** al menos, porque consten en documentos fehacientes y son inmediatamente exigibles o de plazo cumplido y están representadas por guarismos determinados cuando se refieren a obligaciones de entregar cantidades de dinero".

"De igual modo, en sentencia de fecha diez y nueve de octubre de mil novecientos veintitrés, dijo esta Sala:

"Por el contrario es indispensable que mientras haya diferencias entre los contratantes, sobre obligaciones del contratista o del Gobierno, o sobre la inteligencia del contrato, el Poder Judicial o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo son los que deben resolver, en lo que les corresponda, sobre demandas en que se exija del contratista

el cumplimiento de sus obligaciones al Gobierno, de acuerdo con la parte final de la cláusula mencionada. De lo cual se desprende que durante el tiempo en que esté pendiente la decisión definitiva de esas diferencias, el Juez de Ejecuciones Fiscales no puede ejecutar a la Compañía, porque aunque haya una partida de reconocimiento oficial de deuda del contratista, se ignora si éste debe la cantidad reconocida, puesto que él sostiene que de acuerdo con lo estipulado no la debe".

"Ahora bien: fundadas como están las excepciones propuestas por la Compañía ejecutada en que en el caso no pueden aceptarse otras fuentes de obligación que el contrato de octubre de 1923 o la ley, y negándose por ella la eficacia de ambos para producir ese efecto obligatorio porque ninguna de las estipulaciones reconoce la obligación demandada, porque las leyes preexistentes y las posteriores no pueden desconocer la situación de derecho creada por ese contrato; fundándose tales excepciones en estos motivos para concluír que aún no ha nacido el derecho de la Nación para hacer efectivo el cobro de que aquí se trata, y para negar la eficacia de la acción instaurada y del mandamiento de pago, hay que reconocer, de acuerdo con la jurisprudencia antes copiada, que los derechos y obligaciones derivados del contrato de primero de octubre de 1923, celebrado entre la Nación y la Andian National Corporation, Limited, no pueden extinguirse ni modificarse sino por los medios que señala la ley civil, entre los cuales no se encuentra la expedición de una ley como la 37 de 1931, en cuyo artículo 42 se funda la acción ejecutiva y el derecho que aquí se controvierte. Consecuencia ésta que es perfectamente natural y lógica si se tiene en cuenta que la Nación, al contratar, según lo tiene decidido la Corte, queda sometida a las prescripciones del derecho común que gobiernan los contratos, siendo una de éstas la del artículo 1602 del Código Civil, según el cual todo contrato celebrado legalmente es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

"Fundándose igualmente las excepciones en que del contrato celebrado por el Gobierno con la Andian no aparece dicha obligación para la Compañía, y al contrario, constando en él que la construcción, mantenimiento y explotación, sus tuberías, maquinarias y demás elementos necesarios, así como el transporte de sus productos, estarán exentos, de acuerdo con el artículo 35 de la misma Ley 120 de 1919, de todo impuesto departamental o municipal, directo o indirecto, de cualquier clase que sea, y que "la Compañía estará exenta además del impuesto fluvial, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 33 de 1915, respecto de los materiales destinados a la empresa"; y existiendo discusión sobre si el hecho de que el Estado, mediante sus gestores de entonces, no hubiera incluído en el contrato la exención del impuesto sobre el transporte de petróleo por oleoductos públicos, impuesto que entonces no existía, quiere decir que se reservará el derecho de establecerlo luégo para cobrar a la Compañía contratante; o si el hecho de no haber incluído ese gravamen quiere decir que implica la exoneración de él de acuerdo con la interpretación dada a esa cláusula por el excepcionante, existiendo controversia sobre esta cuestión es preciso decidir, de acuerdo con la doctrina sentada en 1923, que aparece copiada, y según la cual es indiscutible que mientras haya diferencias entre los contratantes, sobre obligaciones del contratista o del Gobierno, o sobre la inteligencia del contrato, durante el tiempo en que esté pendiente la decisión definitiva de esas diferencias, el Juez de Ejecuciones Fiscales no puede ejecutar a la Compañía, porque aun cuando haya una partida de reconocimiento oficial de deuda del contratista, se ignora si éste debe la cantidad reconocida, puesto que él sostiene que de acuerdo con lo estipulado no la debe.

"Y esto es perfectamente racional, lógico y jurídico: porque para la concreción del derecho de la Nación y de la obligación correlativa de la Compañía se requiere la interpretación de las estipulaciones del contrato, y esa interpretación no puede proceder del solo criterio de una de las partes para admitir que la deuda que se cobra existe, sin analizar ampliamente aquellas estipulaciones con anuencia plena y completa de la otra parte, y sin que intervenga la decisión judicial correspondiente, dictada en juicio contradictorio y con la plenitud de sus formas. Ello equivaldría, de un lado, a que se interpretara y aún se modificara por una de las partes sin intervención de la otra; a violar la norma establecida en el artículo 1602 del Código Civil, que es fiel trasunto del 26 de la Constitución, y a usurpar una atribución atribuída a otra autoridad, según el artículo 40 del Código Judicial, el cual da competencia privativa a la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte para decidir las controversias provenientes de contratos celebrados por la Nación con personas o entidades particu-

lares. De otro lado, se haría degenerar o se desnaturalizaría la esencia del juicio ejecutivo que, como de apremio que es, está reservado para hacer efectivas las obligaciones que por su claridad no estén sujetas a discusión, prima facie al menos, porque consten en documentos fehacientes, que sean inmediatamente exigibles o de plazo cumplido y representadas por guarismos determinados cuando se refieren a obligaciones de entregar cantidades de dinero, según lo decidió la Corte en el fallo arriba copiado.

"Y como también las excepciones propuestas se fundan en que según el contrato se estipuló 'si en cualquier tiempo se otorgare o reconociere a otra persona o entidad, en una concesión de permiso o de derecho para la construcción de uno o más oleoductos ventajas o derechos superiores a los que a la Compañía se reconocen por el presente contrato, tales ventajas o derechos serán otorgados también a la Compañía, a menos que el oleoducto materia de la nueva concesión haya de construírse en una región de condiciones más difíciles o desventajosas técnica y económicamente que aquellas en que la Compañía construya su oleoducto, o que las ventajas o derechos a que se alude hayan sido manifiestamente otorgadas como compensación correlativa de ventajas o derechos que al Gobierno se le reconozcan en la nueva concesión y que sean superiores, a los que en el presente contrato se estipulan, pero en este último caso la Compañía disfrutará de esos mismos derechos o ventajas superiores, siempre que, por su parte, reconozca en favor del Gobierno los derechos o ventajas que a éste se le otorguen en la nueva concesión'.

"Y como según el criterio de la Compañía ejecutada, con posterioridad al contrato celebrado entre el Gobierno y la Andian National Corporation, Limited, la Nación acordó con las Compañías denominadas "Colombian Petroleum Company' y 'South American Gulf Oil Co' la convención aprobada por la Ley 80 de 1931, para la explotación de algunos terrenos petrolíferos nacionales y la construcción de un oleoducto". Y como según el mismo criterio, en este contrato la entidad constructora quedó exenta por el artículo XIII de dicho texto del pago de todos los impuestos nacionales distintos del de la renta y timbre; dicha exclusión, que comprende, según el pensar del excepcionante, el gravamen establecido en la legislatura anterior de 1931, constituye una clara ventaja, un visible derecho superior a los reconocidos por la Nación a la Andian National Corporation, Limited, en el supuesto de que el Gobierno estuviese facultado por la Ley 37 para cobrar de ella el impuesto de que trata su artículo 42, y por tanto, aquella ventaja, o ese derecho, debe ser otorgado, en su caso, a la Compañía demandada; resultando así, por esta causa y según dicho criterio, la falta de acción o derecho de parte de la Nación para hacer efectiva la respectiva contribución, al tenor de la expresada garantía otorgada por el mismo Gobierno a la referida entidad en su artículo 8º, transcrito al principio.

"Y como con base en la estipulación octava del contrato generador de los derechos y obligaciones de los contratantes, la Compañía ejecutada quiere acogerse a las ventajas que, según el sentir del excepcionante, obtuvieron las Compañías que últimamente contrataron, aseverando que el oleoducto de la nueva concesión no habrá de construírse en una región de condiciones más difíciles o desventajosas, técnica y económicamente hablando, ni que la exención hecha en su favor ha sido manifiestamente otorgada como compensación correlativa de efectivas ventajas o derechos reconocidos en favor de la Nación y que no estuviesen reconocidos también y aún superados en la convención realizada con la Andian en 1923; y que aun en el supuesto de la existencia de tales ventajas o derechos la Compañía podría oponer a la actitud del Gobierno el reconocimiento de su parte de dichas ventajas o derechos que para él realmente resultaran de la nueva concesión. Fundadas las excepciones en estos hechos, se observa desde luego que para que la estipulación octava produzca sus efectos jurídicos es preciso determinar primero, en forma legal, la existencia de los hechos, circunstancias y condiciones en ella previstos, a fin de hacer efectivos los derechos que de ellos nazcan; determinación que no puede hacerse sino en debate judicial pleno, en que se controvierta de modo amplio y con pruebas que asuman la condición jurídica de bilaterales por la intervención que en formarlas se dé a todas las partes.

"De aquí la oportunidad en su aplicación, de la doctrina sentada por la Corte en sentencia de fecha veinte de noviembre de 1923, donde se lee:

"Según esto, para que una persona, natural o jurídica, quienquiera que ella sea, pueda acudir a la vía ejecutiva, debe presentarle al juzgador un derecho al cual correspondan una o más obligaciones, perfecto en su forma y en su fondo, revestido de la mayor garantía en materia de prueba, de modo que no esté pendiente de comprobación, sino que

aparezca plenamente acreditado. Así debe ser, puesto que la vía ejecutiva es de apremio, como se ha expresado, y por medio de ella el juzgador ha de compeler al deudor a que cumpla lo que le incumbe, y puede hacer uso de la fuerza para obligarlo, si ello fuere necesario". (Gaceta Judicial—Tomo XXX, página 230, 3ª).

"De acuerdo con esta doctrina, que ha sido constante en la Corte, y teniendo en cuenta también la disposición del artículo 982 del Código Judicial, que se copió al principio, debe concluírse que en el presente caso el documento que se tiene por recaudo ejecutivo, aunque tiene la apariencia plena de prueba contra el deudor, hay hechos que ponen de manifiesto que la liquidación actual y el cobro del impuesto puede contrariar el contrato, demostrándose de esta manera la excepción de carencia de acción ejecutiva, pues mientras no se decidan por la justicia ordinaria las diferencias que han surgido acerca del contenido jurídico del contrato celebrado por la Compañía ejecutada con el Gobierno el primero de octubre de 1923, no es posible estimar si la Compañía es deudora o nó, y de cuánto, ni tampoco la acción ejecutiva puede prosperar".

De acuerdo con la sentencia anterior, el señor Presidente de la República dictó las resoluciones de que se habló al principio de este fallo, para que el señor Procurador iniciara la acción correspondiente, a fin de definir la situación de la Andian en relación con el impuesto sobre transporte de petróleos por oleoductos de uso público, señalado por el artículo 42 de la Ley 37 de 1931, que dice así:

"Establécese un impuesto de transporte por oleoductos de uso público igual al dos y medio por ciento (2½) del valor resultante de multiplicar el número de barriles transportados por la tarifa vigente para cada oleoducto.

"Este impuesto se cobrará por trimestres vencidos".

IV

Las pruebas y la cuestión de derecho

Durante el término correspondiente, las partes pidieron la práctica de varias pruebas, consistentes en declaraciones de testigos, solicitud de informes y de documentos oficiales, etc. Entre las pruebas solicitadas por el señor Procurador Delegado en lo Civil, se practicó por peritos una inspección ocular para establecer si el oleoducto de que trata el contrato celebrado por la Nación con la Colombian Petroleoum Company y South American Gulf Company, ha de construírse en una región de condiciones más difíciles o desventajosas que el oleoducto de la Andian National Corporation Limited.

Los peritos rindieron sus dictámenes, de acuerdo los dos principales, doctores Ricardo Pérez y Ernesto González Concha, en las cuestiones fundamentales, y en desacuerdo con ellos el doctor Gabriel E. Gómez. Los doctores Pérez y González Concha llegaron a la siguiente conclusión final, haciendo el primero algunas salvedades en cuanto a los fundamentos del dictamen:

"Como consecuencia de lo anteriormente expuesto consideremos que el oleoducto del Catatumbo, de que trata el contrato celebrado por la Nación con la Colombian Petroleum Cº y South American Gulf Cº, habrá de construírse con especificaciones y características de una obra **menos gravosa,** en comparación con la que construyó y explota la Andian National Corporation Ltd., por cuanto que, aun cuando las condiciones geográficas y topográficas de las regiones que tendrá que atravesar el del Catatumbo, ofrecen algunas mayores dificultades por razón del transporte para maquinarias, tuberías y demás elementos necesarios, éstas dificultades y desventajas resultan suficientemente compensadas con las ventajas que para la misma construcción y conservación de la obra ofrecen los terrenos altos y secos, y, sobre todo y principalmente, por cuanto las diferencias en las características físicas de los petróleos transportables por uno y otro conductos, determina, para el del Catatumbo, un menor número de estaciones de bombeo, una menor potencia en los motores que accionen las bombas, una menor longitud de tuberías indispensables, todo lo cual se traduce en una considerable reducción en el costo de materiales y en la cantidad de elementos transportables. Los factores o circunstancias anotados, estimamos que aminorarán en cosa de un 30% (treinta por ciento) el costo del oleoducto del Catatumbo, en comparación con el causado por el de la Andian National Corporation Ltd."

El perito tercero concluyó así su dictamen:

"A lo largo de este estudio, en el que me he propuesto analizar los puntos del cuestionario tan detenidamente como me ha sido posible, teniendo en cuenta la mayor cantidad de datos que me ha sido dable acopiar, he deducido que todos los factores pertinentes muestran que por lo menos una parte bastante extensa de la región por don-

de posiblemente habrá de construírse el oleoducto del Catatumbo, presenta condiciones notoriamente más difíciles y desventajosas que las que presenta la región por donde se construyó y explota el oleoducto de la Andian National Corporation Ltd., y que en la otra parte de la región, considerando el caso más favorable, las condiciones son las mismas. Naturalmente ésta es una apreciación de carácter general que no me atrevo a reducir a números por no disponer de los datos precisos que me permitan hacer tal valoración y ser imposible allegarlos actualmente".

El señor Procurador Delegado en lo Civil, doctor Néstor Pineda, en su alegato de conclusión, considera inconducente la prueba pericial pedida por su antecesor en el cargo. Acoge sobre el particular la opinión del apoderado de la Compañía demandada. Dice así el señor Procurador:

"Debo hacer en primer lugar una observación de índole general que en mi concepto desvirtúa completamente y quita toda eficacia jurídica a la opinión que con pretensiones de concepto científico han emitido los peritos principales sobre este tópico.

"Quiero valerme de las propias palabras del señor apoderado de la Andian en el juicio, porque es muy interesante que siquiera en este punto haya un completo acuerdo entre los voceros de las partes. Dice así el doctor Eduardo Esguerra Serrano en su memorial del folio 5 del cuaderno 2º:

"La prueba del peritazgo es legalmente inconducente y por consiguiente inadmisible, comoquiera que mientras no esté construído el oleoducto de la Gulf, toda comparación o cálculo que respecto de sus posibles condiciones se hagan, serán puramente teóricos y sometidos a rectificaciones y cambios; lo que equivale a decir que, cualquiera que sea el resultado de la prueba, él no puede establecer una base inalterable para la comparación de las condiciones del oleoducto de la Gulf con el de la Andian National Corporation Ltd.

"No se oculta al señor Magistrado que la comparación de una cosa real, cuya localización se conoce, cuyo costo de ejecución se sabe, con una cosa hipotética que se ignora si existirá o nó, si ocupará estos o aquellos sitios determinados, si ocasionará estos o aquellos gastos, es comparación que no puede, en manera alguna, conducir a la evidencia de la igualdad o desigualdad, ya que uno de los puntos de comparación es tangible, tiene existencia real, y el otro es un mero ente de la inteligencia, que carece de objetividad alguna.

"Para que la prueba pedida por el señor Procurador pudiera tenerse como una prueba conducente sería preciso que las partes pudieran asegurar a la Corte que la localización del nuevo oleoducto, sus circunstancias o condiciones especiales y el costo calculado es fijo, no ha de sufrir alteraciones; y como semejante seguridad no la puede dar a la Corte ningún perito que sea fiel a su juramento, resulta ineficaz la prueba".

La Sala considera fundada la observación del señor Procurador y del apoderado de la Compañía demandada sobre que la prueba pericial pedida por el representante de la Nación en el juicio es improcedente, por las razones ya expuestas y por referirse a una cuestión ajena a la litis, ya que la Andian no ha iniciado acción alguna para acogerse a la cláusula VIII de su contrato, por razón de las posibles ventajas otorgadas en su concepto para la construcción del oleoducto del Catatumbo, como se verá en otra parte de este fallo. El hecho a que se refiere el dictamen pericial, está fuera de la litis. Lo que aquí se trata de determinar es la siguiente cuestión de derecho: si el impuesto señalado en el artículo 42 de la Ley 37 de 1931, sobre el transporte de petróleo por oleoductos de uso público, es aplicable a la Andian National Corporation Limited, que explota un oleoducto construído en virtud de un contrato celebrado con el Gobierno Nacional con anterioridad a la expedición de la ley, el 1º de octubre de 1923, cuando no existía en la legislación el referido impuesto. O, en otros términos: si la ley nueva puede tener la virtualidad de alterar o afectar una situación jurídica creada con anterioridad por un contrato celebrado con las formalidades legales.

El señor Procurador llega a las siguientes conclusiones:

"1ª El oleoducto de la Andian es de uso público; constituye una empresa pública de transporte que explota un servicio público por concesión.

"2ª El impuesto establecido en el artículo 42 de la Ley del Petróleo grava a la Andian National Corporation.

"3ª La Andian National Corporation no está exenta, según el contrato celebrado con el Gobierno Nacional, del pago de ese impuesto.

"4ª Las leyes sobre impuestos no son susceptibles de vulnerar derechos adquiridos y tienen, por consiguiente, efecto general inmediato.

"5ª La Andian National Corporation está exenta del pago de toda clase de impuestos departamentales y municipales, del impues-

to fluvial y de cualquier impuesto que grave la explotación de los materiales de su oleoducto en los casos de caducidad del contrato o de vencimiento del término, según el tenor estricto y literal y la enumeración taxativa de los artículos 14, 38 y 43 del contrato, y mientras dure la vigencia de las leyes que autorizan tales exenciones".

El apoderado de la Compañía demandada considera por su parte que en el juicio quedó plenamente establecido lo siguiente:

.."a) Que el contrato celebrado entre la Nación colombiana y la Andian National Corporation Ltd., es un contrato administrativo de servicio público;

.."b) Que la regla o norma de derecho en virtud de la cual se celebró el contrato fue la Ley 120 de 1919, ley que no ha sido tachada de inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia;

"c) Que esa Ley 120 de 1919 fijaba las facultades administrativas del Gobierno respecto del servicio que se contrataba, entre las cuales había la de poder conceder al contratista el derecho de no someterse a las leyes futuras que regularan la materia sino durante la prórroga del contrato;

"d) Que esa Ley 120 de 1919 no reservaba para el Estado la facultad de anular o modificar el contrato haciendo más gravosa de lo pactado la condición de la Compañía, ni por la expedición de leyes, ni por la modificación obligatoria de las estipulaciones del pacto;

"e) Que de la letra y del espíritu de las leyes posteriores a la celebración del contrato, leyes que explicaron o modificaron la 120 de 1919, particularmente de la Ley 14 de 1923 y de la Ley 37 de 1931, aparece claro que los derechos reconocidos en contratos celebrados con anterioridad a ellas, no pueden cambiarse o alterarse sino en el caso de prórrogas;

"f) Que no obstante esta clarísima situación legal en el propio contrato se dejó constancia expresa de que la Compañía sólo quedaba sometida a la 'legislación existente', es decir, a las leyes aplicables al caso en el momento de la celebración del contrato;

"g) Que no fue la intención del Legislador al expedir la disposición del artículo 42 de la Ley 37 de 1931 hacerla aplicable a la Andian National Corporation Ltd., y que así lo interpretó el propio Gobierno al reglamentar dicha Ley en el artículo 91 del Decreto número 1270 de 1931;

"h) Que, finalmente, la Andian National Corporation, está reconociendo al Estado, con la concesión de las 18 horas de transporte libre, concesión que no le otorga a la Nación ninguna otra compañía, una suma equivalente al impuesto del artículo 42 de la Ley 37 de 1931, cuya aplicación equivaldría a exigir de la empresa un impuesto total doble colocándola en situación de inferioridad respecto de las demás compañías a favor de las cuales se constituiría, por este medio, un monopolio de hecho".

V

El régimen legal de los contratos administrativos

El contrato administrativo es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado por la Administración, con el fin de proveer directa e inmediatamente a la satisfacción de un interés público.

Algunos autores no aceptan la diferencia entre el contrato civil y el administrativo. Hans Kelsen considera que la diferencia esencial entre estos contratos "se busca en vano hasta ahora". Gascón y Marís dice: "En esencia, la índole jurídica de los contratos que suscribe la Administración no puede ni debe ser diferente de los que son regulados por el Derecho Civil; el derecho contractual es el que debe tener aplicación".

No obstante lo anterior, los tratadistas de Derecho Administrativo observan las siguientes diferencias sustanciales entre los contratos civiles y los administrativos: I. Por razón del sujeto: en los contratos civiles intervienen únicamente los particulares; en los administrativos interviene la Administración, la cual señala las condiciones a que han de sujetarse los que con ella quieren contratar. II. Por razón del objeto, en los contratos civiles se persigue un interés particular; en los administrativos, un interés público y general. III. Por la forma, la ley establece condiciones y requisitos especiales para la celebración de los contratos administrativos. IV. Por el régimen, cuando los contratos administrativos se reglan por disposiciones especiales. V. Por la jurisdicción, cuando se establece que para sus interpretación y cumplimiento están sometidos los contratos administrativos a una jurisdicción distinta de la ordinaria.

Pero es necesario advertir que no obstante las diferencias entre los contratos civiles y los administrativos, los expositores están de acuerdo en que a falta de disposiciones legales especiales, se aplica a los últimos la legislación común.

Sobre la interpretación de los contratos administrativos, el señor Juan Antonio Iribarren, Profesor de la Universidad de Chile, dice lo siguiente:

"En general, el Derecho Administrativo ha aceptado, en este punto, las reglas establecidas por el Código Civil.

"Así, lo estipulado entre las partes es la ley del contrato, y según ella debe resolverse sobre cualquier duda o cuestión que ocurriere en cuanto al cumplimiento del mismo.

"Se debe atender, más que a la acepción exacta de las palabras, al espíritu expresado en la intención verdadera de las partes. Esto demuestra que el fondo psicológico del contrato vale más que su expresión formal".

Y con relación a los efectos que producen, el mismo autor agrega:

"A los contratos administrativos hay que aplicarles la teoría general de los contratos civiles, en defecto de disposiciones especiales expresas". (Derecho Administrativo Chile. Edición de 1936).

El contrato celebrado por la Nación con la Andian National Corporation, Limited, para construcción y explotación de un oleoducto público, es un contrato de carácter administrativo. Sobre el particular no hay duda alguna para la Corte ni las partes tienen discrepancia en esa conclusión. Lo que es necesario examinar de acuerdo con la legislación colombiana, es si por ser de carácter administrativo el contrato, la Nación puede variar unilateralmente sus estipulaciones y hacer más gravosas para el concesionario las condiciones pactadas.

La Nación, como persona jurídica, puede celebrar contratos con particulares y contraer obligaciones, quedando sometida a las prescripciones del derecho común que gobiernan tales actos. Una vez perfeccionados los contratos administrativos, su ejecución y cumplimiento y las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan, se rigen por las disposiciones de los contratos civiles, sin que haya para los primeros otro privilegio que el de la caducidad administrativa, establecido en el artículo 41 del Código Fiscal.

Los requisitos de fondo, que según los expositores de la materia se exigen para la validez de los contratos administrativos, son los mismos que se exigen en la legislación colombiana para la validez de los contratos civiles: capacidad (es decir, que el funcionario que celebra el contrato sea competente), consentimiento (que se prueba por el cumplimiento de todas las formalidades exigidas por la ley para la celebración del contrato) y objeto y causa lícitos. (Art. 1502 del C. C.).

Las diferencias que en la legislación colombiana existen entre los contratos civiles y los administrativos, se pueden resumir en las siguientes: por el objeto; de forma; de jurisdicción para conocer de las controversias que de ellos emanen, y relativas a la caducidad.

El objeto—El objeto de los contratos administrativos son los servicios administrativos. En esta denominación se comprenden los servicios públicos, las obras públicas, los suministros, las concesiones, la prestación de servicios, etc.

Por medio de la concesión, el Estado, los Departamentos o los Municipios contratan con un particular, generalmente una compañía, el funcionamiento de un servicio público. Gastón Jéze estima que la concesión es un acto jurídico complejo, lo que significa que es un fenómeno jurídico que comprende actos jurídicos de diversa naturaleza. Estima el mismo autor que en la concesión es imposible revocar, derogar o modificar las situaciones jurídicas concretas de carácter individual que se crean con el pliego de condiciones y que por consiguiente no se puede tocar el acto jurídico contractual.

Para Roger Bonnard la concesión es también un acto complejo. Se constituye por varios elementos, que son: 1º Un acto reglamentario, que fija las reglas de organización y de funcionamiento del servicio y todos los poderes y deberes que se derivan para el concesionario y la autoridad concedente. 2º El acto-condición, que acompaña al acto reglamentario para atribuír al concesionario los poderes y deberes relativos a la organización y al funcionamiento del servicio. 3º El contrato, un acuerdo de voluntades, que crea para las dos partes una situación jurídica individual.

Conforme a la jurisprudencia francesa, la autoridad concedente puede unilateralmente introducir modificaciones en la organización y funcionamiento del servicio. Pero si las modificaciones imponen cargas nuevas al concesionario, éste puede exigir una indemnización o una modificación de las tarifas.

También ha establecido la jurisprudencia francesa que la concesión puede modificarse por causa de imprevisión. Se ha establecido que hay imprevisión por causa de los contratos administrativos, por eventos que no han podido ser previstos en el momento de la celebración del contrato, que no son el hecho de una de las partes y que hacen su ejecución imposible o más onerosa.

En la legislación de Colombia no hay diferencia entre los contratos administrativos

y la llamada concesión de servicios públicos.

El artículo 115 de la Constitución Nacional establece lo siguiente:

"Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:

"....

"14. Celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, con arreglo a las leyes fiscales y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias".

Esta disposición determina los contratos administrativos por su objeto, que es conforme a nuestra legislación la prestación de servicios y la ejecución de obras públicas.

La forma. En los contratos administrativos se exigen formas especiales de contratación en garantía del interés colectivo, que se explican por la finalidad de tales contratos. Se considera que éstos son esencialmente formales, ya que si se dejan de cumplir los requisitos especiales que para su celebración señalan las leyes, son nulos.

Se pueden separar en dos clases los contratos administrativos desde el punto de vista de la forma, conforme a la legislación colombiana: 1ª Los que se celebran en virtud de autorizaciones del Congreso. 2ª Los que se celebran sin autorizaciones o apartándose el Gobierno de las que se le han otorgado. Los primeros, si su valor es o excede de cinco mil pesos, deben remitirse, después de impartida la correspondiente aprobación ejecutiva, al Consejo de Estado, para que decida si están o no ajustadas a las autorizaciones legales, de acuerdo con los artículos 3º de la Ley 77 de 1926 y 3º de la Ley 13 de 1935. Los segundos requieren la aprobación del Congreso, según el artículo 69, numeral 13, de la Constitución, que dice así:

"Corresponde al Congreso hacer las leyes.

"Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

"....

"13. Aprobar o desaprobar los contratos o convenios que celebre el Presidente de la República con particulares, compañías o entidades políticas, en los cuales tenga interés el fisco nacional, si no hubieren sido previamente autorizados o si no se hubieren llenado en ellos las formalidades prescritas por el Congreso, o si algunas estipulaciones que contengan no estuvieren ajustadas a la respectiva ley de autorizaciones".

La Ley 13 de 1935, reformatoria del Código Fiscal, establece varios requisitos para la celebración de los contratos administrativos. El Artículo 1º dice que todos los contratos celebrados en nombre del Estado requieren la aprobación del Presidente de la República, con la firma del Ministro respectivo, con excepción de aquellos cuyo valor sea menor de mil pesos moneda legal, y los celebrados en licitación pública, cualquiera que sea su cuantía, los cuales sólo necesitan la aprobación del respectivo Ministro. Conforme al artículo 2º, cuando el valor del contrato excede de tres mil pesos, el Presidente no podrá impartirle su aprobación sin el previo dictamen favorable del Consejo de Ministros.

Otras leyes señalan formalidades para la celebración de contratos con el Estado: la Ley 66 de 1931, dicta medidas para la adquisición de bienes para obras públicas; si los contratos no pasan de dos mil pesos, los puede hacer el Gerente, Administrador o Director de la obra; si exceden de esa suma, sin pasar de cuatro mil pesos, necesitan la aprobación del Gobierno; cuando exceden de cuatro mil pesos, requieren la aprobación del Gobierno, previo concepto favorable del Consejo de Ministros. La Ley 106 de 1931, reglamenta lo relativo a la celebración de contratos para la conducción de correos nacionales. El Decreto número 251 de 1937, reorganiza la Sección de Provisiones del Gobierno Nacional y señala de conformidad con el artículo 5º de la Ley 152 de 1936, las normas para los negocios con esa sección, que son: **contratos,** en Bogotá; **pedidos,** en el interior del país, e **importaciones,** en el Exterior; las compras de cuantía inferior a dos mil pesos, se acreditan con la **orden de compra,** firmada por el vendedor; las de dos mil a cinco mil pesos, requieren la solemnidad del contrato cuando lo determine el Consejo Directivo, y las de cuantía superior a cinco mil pesos, necesitan contrato escrito con el concepto favorable del Consejo Directivo y la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público. El artículo 49 de la Ley 37 de 1931, establece que los contratos o permisos sobre petróleos, requieren para su validez la aprobación del Presidente de la República, oído el dictamen de la Junta Asesora de Petróleos, y previo concepto favorable del Consejo de Ministros, y la declaración hecha por el Consejo de Estado de que se ajustan a las disposiciones legales; cumplidos estos requisitos se elevan a escritura pública. El artículo 1º de la Ley 9ª de 1923, faculta al Gobierno para arrendar o dar en administración, por contrato directo, los bienes nacionales cuyo canon o producto anual, estimado por peritos nombrados por el Consejo de Estado, sea menor de dos mil

pesos; estos contratos sólo requieren para su validez la aprobación ejecutiva, previo concepto favorable del Consejo de Ministros. El artículo 16 del Decreto 223 de 1932 dice que la explotación de los metales preciosos en los lechos de los ríos navegables, podrá verificarse por medio de contratos celebrados por el Poder Ejecutivo, los cuales deberán ser sometidos a la aprobación del Presidente de la República, previo concepto favorable del Consejo de Ministros, y a la revisión ulterior del Consejo de Estado. El Código Fiscal reglamenta la enajenación de los bienes fiscales y otras leyes señalan condiciones especiales para la celebración de determinados contratos con el Estado. El Decreto Legislativo número 911 de 1932, establece que en la celebración de todo contrato que represente una obligación de más de mil pesos, es indispensable la presentación de un certificado, expedido por la Contraloría General de la República, en que conste que en cada vigencia presupuestal que afecte el proyectado contrato, existe partida suficiente y disponible para atender al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Gobierno. De lo contrario, el contrato es nulo.

Lo anterior demuestra que la cuestión formal es una diferencia sustancial entre los contratos civiles y los administrativos.

La jurisdicción. La tendencia moderna de algunos tratadistas de Derecho Administrativo, es la de establecer una jurisdicción especial para el conocimiento de las controversias que emanen de los contratos administrativos, tal como existe en Francia. Se pretende dar a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo el conocimiento exclusivo de tales asuntos.

En el Congreso Nacional cursa actualmente un proyecto de ley sobre contratos administrativos, que intenta dar a los Tribunales Administrativos jurisdicción para conocer de todo lo relativo a las controversias que emanen de tales contratos. En la exposición de motivos dice el señor Ministro de Gobierno lo siguiente, para explicar la parte relativa a la jurisdicción:

"Se trata con este proyecto de definir nítidamente como sea posible, tal como se ha hecho en Francia desde hace muchos años a virtud de la bienhechora influencia de su Consejo de Estado, el sistema de nuestro régimen administrativo, en el sentido de determinar como es debido, y como lo aconsejan las conveniencias públicas, el campo de competencia de la justicia ordinaria y de la contencioso- administrativa en los negocios relativos a los servicios públicos.

"El proyecto se inspira en las ideas modernas al respecto, según las cuales todo cuanto se refiera a la organización y funcionamiento de los servicios públicos que el Estado organiza y controla para satisfacer las necesidades de interés general del pueblo, deben ser de la competencia de los Jueces de lo contencioso-administrativo; y todo cuanto ataña únicamente al derecho civil y a los litigos que surgen de los negocios privados de las entidades públicas con los ciudadanos, debe asignarse a la justicia ordinaria".

En la actualidad no existen en la legislación colombiana diferencias sustanciales entre los contratos civiles y los administrativos en lo relativo a la jurisdicción para conocer de las controversias que de ellos surgen, ya que el conocimiento de tales negocios está adscrito al Orgado Judicial, cualquiera que sea la característica jurídica del contrato. Existen, sinembargo, modalidades distintas en cuanto a la entidad judicial encargada de dirimir las controversias por razón de contratos en que tenga parte el Estado. Se ha querido dejar el conocimiento de estos asuntos al Tribunal más alto en la jerarquía judicial, como se verá a continuación.

El artículo 40 del C. J. establece:

"La Sala Civil de Unica Instancia conoce privativamente en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquiera entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos".

La Sala Civil de Unica Instancia se compone de cinco Magistrados, así: los tres de la Sala de Negocios Generales y dos de la Sala de Casación Civil, tomados para cada negocio, por turno, conforme al orden alfabético de apellidos. (Art. 3º de la Ley 11 de 1931).

Toda discrepancia entre los contratantes acerca de la interpretación de los contratos de petróleos, y toda diferencia o controversia sobre su ejecución, resolución, o caducidad, que no sean dirimibles por medio de peritos en los casos previstos por la ley, son decididos de modo definitivo por la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena en lo Civil y en una sola instancia, conforme al artículo 8º de la Ley 37 de 1931. Para los efectos de este artículo se entiende por Sala Plena en lo Civil, la compuesta por la Sala de Negocios Generales, y por todos los Magistrados de la Sala o Salas de Casación en lo Civil.

Caducidad. La diferencia más importante que se registra entre los contratos civiles y los administrativos, conforme a la legislación de Colombia, es la de la caducidad administrativa, facultad que se concede al Estado, según el artículo 41 del Código Fiscal, que dice así:

"En todo contrato que se celebre en nombre del Estado, y que tenga por objeto la construcción de obras o la prestación de servicios, deben prefijarse en él claramente los motivos que den lugar a que se declare por medio de providencia administrativa que el contrato ha caducado.

"Como causales de caducidad, además de las que el Gobierno tenga por conveniente establecer, en orden al exacto cumplimiento del contrato, deben figurar precisamente las siguientes:

"a) La muerte del contratista, en los casos en que ésta debe producir la terminación del contrato, conforme al Código Civil; y

"b) La quiebra del mismo, judicialmente declarada".

La disposición anterior le deja al Gobierno la facultad de declarar la caducidad de los contratos administrativos, por los motivos que el mismo Gobierno haya creído conveniente establecer en el contrato, además de la muerte del contratista y de la quiebra del mismo. Esta atribución es de gran importancia para el Estado, porque le permite terminar unilateralmente los contratos sobre construcción de obras públicas o prestación de servicios, cuando el contratista no ha cumplido con las obligaciones de su cargo o han ocurrido las circunstancias que determina la ley. Se aplica, como lo ha establecido el Consejo de Estado, sin excepción alguna a todos los contratos que tengan por objeto la construcción de obras o la prestación de servicios y que se celebren en nombre del Estado. Tratándose de contratos celebrados con una sociedad, la ley prevé el caso de su muerte jurídica o disolución conforme a las reglas generales. (Resolución de 20 de marzo de 1915. Jurisprudencia, XXXV, 2).

En cuanto a la ejecución y cumplimiento de los contratos administrativos y a las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan, quedan sometidos a las disposiciones relativas a los contratos civiles. Así lo ha decidido la Corte y esta es la opinión de los principales expositores de Derecho Administrativo, que están de acuerdo en afirmar que los contratos administrativos quedan sometidos a la legislación civil, salvo disposiciones especiales.

La Ley 68 de 1870, que reglamenta lo relativo a la celebración de contratos por el Organo Ejecutivo, establece lo siguiente:

"Artículo 8º Las estipulaciones contenidas en contratos legítimamente celebrados por el Poder Ejecutivo, son de obligatorio cumplimiento para todas las partes contratantes. Ni el Gobierno, ni las personas con quienes contrate, pueden novar por sí solas, anular ni desconocer las obligaciones contraídas por medio de los contratos que celebren en conformidad con las leyes civiles.

"Artículo 9º Las disposiciones de la presente ley se tendrán como cláusulas especiales de todos los contratos y se considerarán siempre como incluídas en ellos".

La Ley 68 de 1870 está vigente. Así lo estimó la Corte en sentencia dictada el 4 de abril de 1914. (Gaceta Judicial números 1139 y 1140, páginas 385 y siguientes). Lo mismo en sentencia de fecha 23 de noviembre de 1916 (Gaceta Judicial, número 1334, página 11, 3ª) y en la de fecha 12 de abril de 1935, ya citada en este fallo.

Pero aun en el supuesto de que se considerara derogada la ley citada, conforme a la legislación existente y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ni el Gobierno ni las personas con quienes contrate, pueden por sí solas desconocer, anular ni modificar las obligaciones contraídas por medio de contratos celebrados legalmente.

En sentencia de 13 de noviembre de 1924, la Corte dijo lo siguiente:

"Tratándose de contratos que el Gobierno celebre con particulares o compañías, el Estado contratante se coloca en igual situación jurídica que el contratista; aparece como persona jurídica, y como tal ni manda, ni obliga. Es decir, el Estado en estos casos no puede proceder en ejercicio del derecho de imperio, obrando como autoridad política que provee, manda y ordena".

La Sala de Negocios Generales de la Corte, en el fallo de fecha 6 de septiembre de 1935, (Gaceta Judicial, números 1901 y 1902, página 599), sentó sobre el particular la siguiente doctrina:

"Hay que considerar: cuando el contrato se ha realizado definitivamente, aunque sea administrativo, constituye una norma convencional que debe mantenerse, ya que si se suprimiera esa norma se alteraría la convención en sus fundamentos: primero, haciendo desaparecer las garantías, que en los contratos se basan precisamente en su estabilidad; y segundo, porque se alteraría la equidad, desnivelando el principio de la igualdad

de las partes ante el derecho, y porque se rompería la norma, si ella dejara de ser convencional, al permitirse que una sola de las partes la destruyera contra el principio de que el cumplimiento de la convención no puede dejarse al arbitrio de una sola de ellas. Todo esto, por la razón de que realizado en su totalidad el contrato administrativo, él mantiene su inflexibilidad. 'Ya las normas generales dictadas al efecto previenen el cumplimiento exacto y literal de las obligaciones estipuladas', dice Fernández de Velasco, quien continúa: 'Esta ejecución normal se refiere al plazo, a la exacta interpretación del contrato, a la determinación de las obras que son de abono y a la forma del pago'.

"De forma que perfeccionado el contrato administrativo, debe aceptarse un mismo criterio para los dos tipos de contratos (el administrativo y el privado), y, por consiguiente, será de rigor aplicar lógicamente las consecuencias que de ese principio se derivan, como que las condiciones establecidas en ellos son ley para las partes, cualesquiera que sean las entidades jurídicas que en ellos intervengan".

De cualquier clase que sean los contratos que celebre el Estado, por medio de ellos se obliga. Sobre el particular dice Duguit: "El carácter obligatorio de los contratos del Estado no es discutible, y esta afirmación constante y unánime del lazo que imponen al Estado, demuestra una vez más la eliminación del concepto de poder".

Sentado lo anterior, se concluye que en cuanto falten en nuestra legislación disposiciones de carácter especial, quedan los contratos administrativos sometidos al régimen ordinario de los contratos civiles. Están, por tanto, comprendidos en el mandato del artículo 1602 del Código Civil, que establece lo siguiente:

"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Conforme a la disposición anterior, los contratos pueden disolverse o extinguirse de dos maneras: por el mutuo consentimiento de las partes, o por causas legales.

Si la creación del contrato se debe a la voluntad de las partes, lógicamente se concluye que esa misma voluntad puede dejarlo sin efecto. Por eso una de las maneras de extinguir los contratos es el mutuo consentimiento. Este modo de disolver los contratos por el mutuo consentimiento de las partes es lo que los tratadistas de derecho civil llaman **resiliación**, que puede definirse según el señor Arturo Alessandri Rodríguez, comentador del Código Civil Chileno, origen del Código Civil Colombiano, como "el acto por el cual las partes deshacen un contrato que han celebrado"; o como "la destrucción de un contrato por el mutuo consetimiento de las partes". Se diferencia de la resolución y de la rescisión: la resolución es el efecto que produce el evento de la condición resolutoria y la rescisión es la anulación de un contrato que adolece de un vicio de nulidad relativa. Las diferencias de la resiliación con la resolución y la rescisión de los contratos, las determina el señor Alessandri así:

"En cuanto a las causas, se diferencian en que la resiliación no es producida por una causa legal, sino por la voluntad de las partes; mientras que en la resolución y en la rescisión hay una causa legal de disolución de los contratos; además, la resiliación de un contrato supone su validez, y si se le deja sin efecto es porque así lo han querido las partes, sin que el contrato esté afectado por ninguna condición resolutoria ni por ningún vicio de nulidad.

"Se diferencian en cuanto a sus efectos en que la resolución y la rescisión operan retroactivamente, en forma que todos los efectos que el contrato haya producido caducan y se extinguen; mientras que la resiliación no opera nunca en efecto retroactivo".

Son causas legales para la terminación de los contratos: la resolución, la nulidad y la rescisión. En los contratos administrativos debe agregarse la declaración de caducidad administrativa.

Las causas legales para la extinción de una obligación están enumeradas en el artículo 1625 del C. C. Son las siguientes: 1ª Por la solución o pago efectivo. 2ª Por la novación. 3ª Por la transacción. 4ª Por la remisión. 5ª Por la compensación. 6ª Por la confusión. 7ª Por la pérdida de la cosa que se debe. 8ª Por la declaración de nulidad o por la rescisión. 9ª Por el evento de la condición resolutoria. 10ª Por la prescripción.

Son causas legales ordinarias para la disolución de los contratos: la resolución, la muerte de una de las partes (en la sociedad colectiva y en el mandato), la llegada del plazo o término extintivo, la nulidad y la rescisión. En los contratos administrativos debe agregarse la declaración de caducidad administrativa como elemento sobreentendido del contrato.

En el presente caso ninguno de los motivos anotados concurre para la alteración de la situación jurídica creada por un vínculo contractual entre el Estado y la Compañía demandada.

VI

El contrato de la Andian

La Ley del Petróleo establece una diferencia entre regalía e impuesto. La primera es la participación que en el producto bruto o en dinero le da a la Nación el concesionario de exploración o explotación de petróleo de propiedad nacional. El impuesto es la cantidad de petróleo que paga al Estado todo explotador de petróleo de propiedad privada. (Artículos 31 y 35 de la Ley 37 de 1931).

Se ha considerado que en términos generales impuesto es la contribución de cada cual para proveer a las obligaciones comunes y a los gastos de la nación. (Clímaco Calderón, **Economía Política**).

Los economistas distinguen entre impuestos y tasas, las que pueden llegar a ser impuestos especiales. Estas distinciones dependen de la legislación de cada país.

El Código Fiscal Colombiano establece en su artículo 5º que el Tesoro Nacional se compone del dinero que ingrese a las oficinas nacionales, a cualquier título, y, especialmente, del producto de lo siguiente: **a)** Los bienes nacionales. **b)** Los servicios nacionales como los de correos y telégrafos. **c)** Los impuestos. **d)** Los aprovechamientos y reintegros; y **e)** Los arbitrios fiscales y las operaciones de crédito.

El artículo 153 del mismo Código dice que son impuestos "las cantidades que exige el Estado para subvenir al servicio del Tesoro Nacional".

Según lo anterior, la llamada regalía, entra en el producto de los bienes nacionales. Las cantidades que ingresan al Tesoro por razón de exploraciones y explotaciones en terrenos de propiedad particular y por transporte por oleoductos de uso público, pertenecen a la categoría de impuestos y así los designa la ley.

El impuesto de transportes sobre oleoductos de uso público, es un impuesto especial y en cierta forma retributivo. No recae sobre todos los ciudadanos, sino sobre las personas o empresas que explotan la industria y a quienes se ha concedido un permiso especial por el Estado.

Antes de la Ley 37 de 1931, no había legislación especial sobre la construcción de oleoductos. El artículo 10 de la Ley 120 de 1919, consagró en favor de las explotaciones de yacimientos de hidrocarburos el derecho de establecer la servidumbre de oleoductos, comprendiendo en ella el terreno suficiente para las estaciones de bombeo y demás dependencias necesarias a su debido funcionamiento, lo mismo que el de establecer muelles, cargaderos y tuberías submarinas y subfluviales, todo con previo permiso del Gobierno. La misma disposición dijo lo siguiente:

"De iguales derechos disfrutarán aquellas personas o entidades que sin tener empresas de explotación de hidrooarburos, celebren contratos con el Gobierno, u obtengan permiso de él para la construcción de oleoductos".

La Ley mencionada no señaló la retribución que debía tener el Estado por razón del establecimiento de los oleoductos públicos destinados al transporte de petróleo por compañías no explotadoras.

El 1º de octubre de 1923, escritura pública número 1463 de la Notaría 4ª de Bogotá, el Gobierno celebró con el apoderado de la Andian National Corporation, Limited, domiciliada en Ottawa, Dominio del Canadá, un contrato para construír, mantener y administrar un oleoducto, que partiendo de un punto de la costa atlántica, entre Bahíahonda y la Bahía de Cispatá, termine en un punto del río Magdalena a una distancia de 800 metros aproximadamente del punto de partida. Se reconoció a la Compañía el derecho de usar el oleoducto en el transporte del petróleo y sus derivados de propiedad de la Compañía, que ésta adquiriera por contrato o por explotación, y la Compañía se obligo a transportar a los precios fijados por la tarifa regular, el petróleo y sus derivados de otras personas naturales o jurídicas. En la cláusula cuarta se dijo lo siguiente:

"La Compañía transportará mensualmente por el oleoducto, a título gratuito, una cantidad de petróleo y sus derivados de propiedad del Gobierno equivalente a la capacidad transportadora del oleoducto hasta por diez y ocho horas, las cuales no serán acumulables de un mes a otro".

Las diez y ocho horas de servicio gratuito estipuladas en favor del Estado en el contrato del oleoducto celebrado con la Andian, no pueden considerarse como una regalía, según la acepción jurídica del vocablo, no obstante su frecuente empleo para denominar la expresada contribución, porque no se trata de la participación en la explotación de un bién del Estado, sino de la retribución o

tributo pagado por el permiso concedido para la explotación y beneficio de una industria. El oleoducto no pertenece a la Nación ni en todo ni en parte, pues ni siquiera existe en el contrato la cláusula de reversión; fue construído a sus expensas por la Compañía concesionaria y a ella pertenece. Lo que se da a la Nación, estipulado en el contrato en determinadas horas de servicio y hoy pagado en dinero por convenio con la Compañía, es la compensación de la licencia concedida, el tributo aceptado voluntariamente por la entidad mencionada, por la concesión del Estado, otorgada en una convención que es hoy ley para las partes contratantes.

Posteriormente a la celebración del contrato mencionado, la Ley 37 de 1931, reglamentó lo relativo a la construcción de oleoductos. El artículo 36 estableció lo siguiente:

"Toda persona que explote petróleo, bien sea de la Nación o de propiedad particular, tiene derecho a construír y beneficiar uno o más oleoductos para el servicio de su propia explotación y durante el término de ésta.

"Cuando haya concesionarios de explotación que individualmente no alcancen a producir petróleo en cantidad suficiente para abastecer un oleoducto hasta puerto de embarque, hecho que deberán probar a satisfacción del Gobierno, podrán asociarse para construír un oleoducto común que servirá exclusivamente sus respectivas concesiones.

"Pueden asímismo construír y beneficiar oleoductos las compañías no explotadoras de petróleo, previo contrato con el Gobierno y de acuerdo con las disposiciones de esta ley.

"El Gobierno también podrá construírlos o contratar la construcción y explotación de ellos".

La Ley fijó las condiciones requeridas para la celebración del contrato y señaló en el artículo 42 para los oleoductos de uso público un impuesto de transporte igual al dos y medio por ciento (2½%) del valor resultante de multiplicar el número de barriles transportados por la tarifa vigente para cada oleoducto. Ninguna otra compensación o retribución se exige por la ley para las Compañías que construyan oleoductos públicos o para las que conviertan oleoductos privados en públicos.

Si se interpreta la Ley del Petróleo en el sentido de que la Andian National Corporation Limited debe pagar el impuesto de los oleoductos públicos que establece el artículo 42, además del gravamen que paga conforme al contrato de 1923, se llegaría a la conclusión de que una Compañía que estableciera un oleoducto público sujetándose a la Ley 37 de 1931, sólo pagaría el impuesto que esa ley establece, en tanto que la Andian debería pagar ese impuesto más la retribución estipulada en la concesión. Esta conclusión pecaría sin duda contra la equidad y contrariaría el espíritu del contrato celebrado por el Gobierno y la Compañía, que quiso colocar a ésta en el mismo pie de igualdad que las demás empresas que se establezcan en el país, ya que en la cláusula VIII del contrato se dijo que a aquélla se otorgarán las ventajas y derechos que se concedan a otras Compañías en contratos similares. También sería contraria esa conclusión al espíritu de la Ley 37 de 1931 y a la interpretación que a ella le dio el Gobierno hasta el momento en que el Ministro de Hacienda ordenó el cobro del impuesto, como se verá más adelante.

Estima el señor Procurador que la Andian National Corporation Limited está exenta del pago de toda clase de impuestos departamentales y municipales, del impuesto fluvial y de cualquier impuesto que grave la exportación de los materiales de su oleoducto en los casos de caducidad del contrato o de vencimiento del término, según el tenor estricto y literal y la enumeración taxativa de los artículos 14, 38 y 43 del contrato, y mientras dura la vigencia de las leyes que autorizan tales exenciones; pero que no está exenta, según el contrato celebrado con el Gobierno Nacional, del pago del impuesto de transporte del petróleo de que trata el Art. 42 de la Ley 37 de 1931. Dice el señor Procurador:

"Según la letra y el espíritu del artículo 14 del contrato, el objeto de la exención es de dos clases: bienes o cosas, y hechos. Las cosas comprendidas en la exención son: las tuberías, la maquinaria y demás elementos necesarios para la construcción y mantenimiento del oleoducto. Los hechos comprendidos en la exención son: la construcción misma, el mantenimiento y la explotación del oleoducto, así como el transporte de sus productos.

"Estas cosas y estos hechos están exentos, de acuerdo con la respectiva estipulación contractual, de los impuestos departamentales y municipales de que habla el artículo 35 de la Ley 120 de 1919. Es decir, aquellos bienes y aquellos hechos de toda clase de impuestos departamentales y municipales. De donde se deduce rectamente que los mismos bienes y hechos no están exentos de impuestos nacionales, puesto que si el propósito de los contratantes hubiera sido

eximirlos de impuestos nacionales, nada más fácil habría sido para ellos que decirlo expresamente".

Más adelante agrega:

"Además, las cláusulas de un contrato pueden ser interpretadas por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra. Tan ajustada a la intención y al espíritu del pacto es la interpretación que vengo dando a su artículo 14, que las mismas partes no le han dado nunca diferente aplicación práctica. En efecto, es tanto más cierto que las partes no han entendido que la exención se refiera a ninguna clase de impuestos nacionales, que la Compañía demandada ha venido pagando, no solamente el impuesto sobre la renta, sino también el impuesto nacional de aduanas".

El señor Procurador acoge y prohija los siguientes apartes de la exposición hecha por el Ministerio de Hacienda para sustentar los fundamentos jurídicos del crédito de la Nación contra la Andian por el concepto del impuesto de transportes por su oleoducto:

"Estas son las únicas estipulaciones que el contrato con la Andian contiene, relacionadas con exenciones de impuestos. En ninguna de ellas se halla comprendida, siquiera en forma virtual, la exoneración del que hoy se le exige. Siendo ello así, la exigencia de este gravamen, cuya exención no fue ni podía constitucionalmente ser materia del contrato con ella celebrado, en nada altera la esencia, la naturaleza o los accidentes del mismo; y su carácter de vínculo sinalagmático entre las partes en nada se afecta por aquel hecho, el cual no viene a constituír así mutación unilateral de lo pactado en la convención misma.

"El Poder Ejecutivo, por otra parte, no habría podido en aquel pacto eximir por sí a la Andian de futuros impuestos de la Nación, porque ello rebasa la órbita de sus facultades constitucionales ya que, en épocas normales, según lo prevenido en el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución Nacional, corresponde al Poder Legislativo "establecer las rentas públicas", atribución a que es inherente la de señalar aquello que ha de quedar libre de ellas.

"Esta la razón para que el Gobierno Nacional, al celebrar con la Andian la Convención de 1º de octubre de 1923, se limitase a declarar en ella las exenciones de derechos fiscales que habrían de favorecerla en el ejercicio de su industria, a virtud de lo establecido en leyes preexistentes; pero sin crear a su favor una situación privilegiada, merced a la cual pudiera hallarse libre de las contribuciones de carácter general con que el legislador considere conveniente gravar en lo futuro esta clase de actividades".

Se observa:

Se fundan principalmente tanto el señor Procurador como el señor Ministro de Hacienda para sostener que el impuesto del artículo 14 de la Ley del petróleo le es aplicable a la Andian, en que en el artículo 14 del contrato celebrado por ésta con el Gobierno en el año de 1923 no está expresamente incluído el impuesto de transporte del petróleo entre las exenciones allí concedidas a la Compañía.

El impuesto referido grava un hecho: el transporte del petróleo por el oleoducto. El contrato de la Andian fue celebrado para construír un oleoducto y usarlo en el transporte del petróleo y sus derivados. Entre las prestaciones de la Compañía está estipulada la de dar al Gobierno gratuitamente diez y ocho horas mensuales de la capacidad transportadora del oleoducto, como compensación o retribución por el derecho otorgado por el Estado; es decir, quedó establecido un gravamen por el hecho de transportar el petróleo. No era, por consiguiente, necesario que se excluyera a la Compañía en el contrato del pago del impuesto de transporte del petróleo, porque precisamente el pago de tal impuesto quedaba acordado y reglamentado de manera expresa en el contrato. No se puede perder de vista en la decisión de este negocio la siguiente disposición del Código Civil:

"Art. 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella".

Si se estima que el impuesto que se pretende cobrar equivale a un aumento del gravamen, la interpretación además de inequitativa, como se ha visto, sería ilegal, porque el tributo del transporte fue fijado de manera contractual, mediante la autorización que tenía el Gobierno conforme al artículo 10 de la Ley 120 de 1919 para conceder permisos para la construcción de oleoductos, y es obvio que el Estado no puede unilateralmente variar las condiciones de un contrato celebrado con la plenitud de las formalidades legales. En otra parte de este fallo se demuestra que el espíritu del legislador no fue el de darle al artículo 42 de la Ley 37 de

1931 el alcance que le reconoce el señor Procurador.

Aceptada por el Estado una obligación contractual, su cumplimiento es ineludible, sin que puedan interpretarse las leyes nuevas expedidas con posterioridad a la celebración del contrato, en el sentido de hacer más gravosas las prestaciones a que está obligada la parte contratante. Eso equivaldría a modificar unilateralmente el contrato, lo cual se opone a los principios de derecho, a la equidad y a la estabilidad de las instituciones jurídicas.

VII

La Ley aplicable

Es principio aceptado generalmente que a los contratos debe aplicarse la ley vigente en el momento de su celebración y que las leyes nuevas no pueden alterar las relaciones contractuales. Este principio tiene necesariamente sus excepciones, como cuando no han sido totalmente realizados los actos adquisitivos del derecho a la prestación. Pero tratándose de contratos perfeccionados, celebrados con las formalidades legales, y que han tenido su cumplimiento normal, la ley aplicable es la que regía en el momento en que se celebró la convención.

Los contratos deben tener estabilidad y no pueden estar sujetos al proceso mudable de la legislación de un país.

Pascuale Fiore, en su importante obra "De la irretroactividad e interpretación de las leyes", dice lo siguiente:

"Los derechos que traen su origen de un acto humano, son los que con preferencia a todos los demás deben ser considerados como derechos adquiridos, cuando el autor de tales hechos, de los cuales provienen dichos derechos, no puede por su sola voluntad destruír o modificar los efectos jurídicos que son consecuencia de los mismos, ni las obligaciones que de ellos se derivan en favor de otras distintas personas; de modo, que dicha relación jurídica forma, por decirlo así, un título irrevocable. En este caso se encuentran los derechos que nacen de los contratos, de los cuasi-contratos, de los delitos y de los cuasi-delitos.

"Constituyendo las obligaciones un vínculo jurídico que crea una relación entre dos personas, en virtud de la que una de ellas (que es la que viene a ser acreedora) puede exigir de la otra (que se convierte en deudora) la prestación objeto de la misma, y no pudiendo nacer este vínculo jurídico más que en el momento en que tiene lugar el concierto de ambas voluntades, parece desde luego que todo debe depender en esta materia de la ley bajo cuyo imperio se hubiere llevado a cabo dicho concierto, y por lo tanto, no puede existir duda racional alguna de que sobre tal relación jurídica no debe tener autoridad la ley posterior.

"Parece, pues, fuera de toda controversia la regla de que las obligaciones y cuanto concierne a su existencia, su validez y sus efectos, deben quedar bajo el imperio de la ley que estuviere en vigor en el momento en que la obligación tuvo su origen, y que no puede aplicarse la ley nueva a las obligaciones nacidas antes de ella, sin dar a la misma una injusta retroactividad".

Merlín, citado por Fiore, sienta como regla que todos los derechos que tienen su origen en los contratos, ya sean eficaces y efectivos desde luego, ya eventuales o meras expectativas, deben ser regidos por la legislación anterior, y deben estar a cubierto de cualquiera innovación introducida por la ley posterior. Bianchi sostiene la misma opinión.

La cláusula 35 del contrato celebrado entre la Andian y la Nación, establece: "La Compañía se somete a la legislación existente en Colombia, especialmente a las leyes 120 de 1919, "sobre yacimientos o depósitos de hidrocarburos', y 14 de 1923; a la 145 de 1888, 'sobre extranjería y naturalización', y a las demás que sean aplicables al caso".

En relación con las estipulaciones contractuales debe entenderse que la cláusula anterior al mencionar la legislación "existente", quiso referirse a la que existía en la época de la celebración del contrato, y no a las leyes nuevas que pudieran establecer modificaciones sustanciales a las prestaciones de las partes, distintas de las inhherentes a las facultades que el Estado tiene para velar por la eficacia de los servicios públicos. Las disposiciones posteriores a que la Compañía quedó sujeta, se determinaron con claridad en la cláusula 25 del contrato, que dice así:

"En la construcción y explotación del oleoducto la Compañía estará sujeta a los reglamentos generales que el Gobierno dicte para velar, en empresas de esta clase, por la seguridad pública y privada y por la vida y salud de los trabajadores empleados en ella".

De manera que la Compañía concesionaria no quedó sometida a las leyes futuras que establecieran modificaciones a lo pactado en el contrato, y por tanto, no le es aplicable el impuesto establecido por el artículo 42 de la Ley 37 de 1931, impuesto que no regía en la época de la celebración del con-

trato y que, como se ha visto en otra parte de este fallo, haría más gravosa la situación de la Compañía con relación a lo pactado con el Estado.

El señor Procurador, en el capítulo V de su alegato, manifiesta lo siguiente:

"Ha pretendido el representante de la Compañía en el juicio, que ésta sólo se encuentra sometida a la legislación "que existía en el momento de celebrar el contrato" (contestación al hecho 3º de la demanda) y no a las leyes que el Organo Legislativo del Poder Público haya dictado o dicte posteriormente.

"En primer lugar, debo manifestar con todo respeto que la noción menos exigente del patriotismo, de la soberanía y de la independencia nacionales se rebela contra la singular pretensión de exigir para una compañía, por fuerte y respetable que sea, un régimen de privilegio que la Constitución y las leyes niegan en absoluto, aparte de que en una organización democrática como la nuéstra, que se funda en el principio de la igualdad ante la ley, todo propósito de sustraer al imperio de la ley una actividad cualquiera, resultaría no sólo contrario al reinado del orden y la justicia, sino aún en pugna manifiesta con las normas constitucionales vigentes".

En relación con estas terminantes declaraciones del señor Procurador, la Corte observa:

El legislador de 1931 encontró que la Compañía estaba sujeta ya por un contrato a la tributación que aquél estableció en ese año en forma general, y de este hecho se deduce que si se acogiera la demanda del presente pleito, se le duplicaría el tributo, sin que el Legislador tal haya ordenado.

Esa tributación originariamente señalada en forma que pudiera decirse en especie, vino a quedar convertida por convenio de las partes en su equivalente en dinero, en las condiciones que ese convenio estipuló.

Ya se vio que los contratos administrativos en cuanto a las consecuencias jurídicas que de ellos emanen, se rigen por las leyes civiles, salvedad hecha de sus respectivas peculiaridades. De manera que no se trata aquí de consagrar un privilegio para una compañía, sino de respetar un contrato que liga al Estado y el cual no puede ser modificado unilateralmente, aplicándole una disposición legal que haría más gravosas las prestaciones a que está obligada la parte contratante, como ya se ha demostrado.

Como es obvio, cuanto se refiere en este capítulo a la ley aplicable, debe entenderse en relación con el impuesto de que trata el artículo 42 de la Ley 37 de 1931, y no con otros tributos del Estado que no estén comprendidos en las obligaciones contractuales.

VIII

El Gobierno y el impuesto sobre el transporte del petróleo

Antes de la Resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de que se ha hecho mérito en este fallo, el Gobierno sostuvo que el artículo 42 de la Ley del Petróleo no podía aplicarse a la Andian, interpretando así el espíritu del legislador al aprobar la mencionada disposición, como se verá más adelante al hablar de los antecedentes legislativos del expresado artículo.

El Gobierno dictó, con fecha 21 de julio de 1931, el Decreto número 1270, por el cual se reglamenta la Ley 37 de 1931. Fue firmado por el doctor Enrique Olaya Herrera como Presidente de la República y por el doctor Francisco José Chaux, como Ministro de Industrias. El artículo 91 de dicho Decreto establece lo siguiente:

"Para el cobro del impuesto establecido en el artículo 42 de la Ley del Petróleo, los empresarios de oleoducto de uso público deberán estar sujetos a la inspección de los agentes que determine el Gobierno, y ella se efectuará **en la forma que se estipule en cada contrato**".

Los términos en que está concebida esta disposición indican que se refiere el impuesto a los contratos celebrados después de la vigencia de la ley.

En el cuaderno de pruebas de la Compañía demandada, figura un certificado del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, expedido con fecha 24 de noviembre de 1936, en el cual afirma dicho funcionario "que en el lapso comprendido entre el primero de mayo de 1931 y el primero de julio de 1934 el Ministerio de Hacienda no recibió ninguna solicitud o insinuación del Ministerio de Industrias para que se cobrara el impuesto creado por la Ley 37 de 1931 a la Andian National Corporation, Limited".

Durante el término de prueba rindió declaración, a petición del apoderado de la Compañía demandada, el doctor Esteban Jaramillo, ex-Ministro de Hacienda y Crédito Público. La declaración fue extendida el cuatro de febrero de 1937 y en ella dijo lo siguiente el doctor Jaramillo:

"Es verdad que en mi carácter de Ministro de Hacienda y Crédito Público consideré que el impuesto del artículo 42 de la Ley 37

de 1931 no era exigible a la Andian National Corporation Ltd., no sólo porque estimaba que según los términos de esa disposición y de los principios generales de derecho, ella forzosamente debía referirse a oleoductos que se construyeran en lo futuro y no a los establecidos por contratos que determinen las obligaciones y derechos de las partes, sino por una razón que me pareció concluyente, y es ésta: la Ley 37 de 1931 fue el primer estatuto legislativo que reglamentó completamente la materia de los oleoductos, y en esa ley la única compensación pecuniaria que se exige a las empresas que ejecuten y exploten tales obras es el impuesto establecido en el artículo 42, y como la Andian National Corporation Limited, tenía y tiene un contrato en virtud del cual está obligada a transportar gratuitamente, durante diez y ocho horas mensuales, el petróleo del Gobierno, concesión que se tradujo después en el pago de una suma de dinero que según entiendo es mayor que el monto del impuesto referido, no pude creer que el legislador del año de 1931 hubiera tenido la intención de que a esa empresa se le hiciera efectivo al mismo tiempo el impuesto del artículo 42 y la concesión pecuniaria a favor del Estado a que se obligó por virtud de su contrato, lo que habría implicado el colocar a dicha Compañía en condiciones mucho más onerosas que las que debían regir para las nuevas empresas.

"Por las razones anotadas no se incluyeron en los presupuestos nacionales en cuya presentación y expedición intervine como Ministro de Hacienda y Crédito Público entradas probables sobre la base de dicho tributo, puesto que no existían oleoductos gravables".

De lo anterior se desprende con toda nitidez el pensamiento del Gobierno que presentó en el Congreso el proyecto de la Ley del Petróleo y que intervino en su expedición y en su ejecución, con relación al impuesto del artículo 42, que el Organo Ejecutivo estimó inaplicable a la Andian National Corporation Limited.

IX

Antecedentes del impuesto sobre el transporte de petróleo

En el proyecto de ley presentado por el Gobierno en el año de 1928, el Estado se reservaba para sí el transporte del petróleo y sus derivados. En el año de 1929 se acordó por el Ministerio de Industrias con la Comisión de expertos extranjeros, una fórmula para otorgar concesiones de oleoductos por períodos de treinta años, dándoles a los concesionarios las ventajas inherentes a la declaración de utilidad pública. El impuesto señalado era el cinco por ciento de las entradas brutas de la Compañía.

Del estudio atento de todos los antecedentes de la disposición que estableció el impuesto sobre el transporte, se lleva a la conclusión de que la idea del Gobierno y de los expertos que intervinieron en el estudio del proyecto, así como la de las Cámaras al aprobar el artículo 42 de la Ley 37 de 1931, fue la de que se respetara el contrato celebrado con la Andian y que el impuesto sólo se aplicara a los oleoductos que se construyeran en el país de conformidad con la Ley citada.

Los expertos extranjeros señores S. González Cordero, doctor Aurel Iancoulesco y H. Foster Bain, acordaron como resultado de los estudios practicados en el Ministerio de Industrias y de las opiniones emitidas por ellos y por el representante del Gobierno las bases para el proyecto de Ley del Petróleo. Las relativas a la construcción de oleoductos están comprendidas en los números 47 a 57 del memorándum respectivo. En ellas se acordó lo siguiente:

"55. No se modifican los contratos hechos con anterioridad a la aprobación de esta ley". (Documentos referentes a la Ley del Petróleo, Tomo III, página 211).

El proyecto fue presentado a las Cámaras el 22 de julio de 1929 y en él se incluyó esta disposición:

"No pagará impuesto de transporte el petróleo explotado y transportado por oleoductos pertenecientes a la misma empresa, o explotado en virtud de contratos anteriores y transportado por oleoductos que estén en servicio al entrar en vigencia esta Ley".

El proyecto fue estudiado por la Comisión Interparlamentaria en el año de 1930. El doctor Luis Felipe Latorre, Abogado de la Presidencia de la República, propuso la siguiente modificación al artículo 44 del proyecto, que fue aceptada por la Comisión y aprobada por las Cámaras, quedando adoptada en los mismos términos como artículo 42 de la Ley 37 de 1931:

"El artículo 44 quedará así:

"Establécese un impuesto de transporte por oleoductos de uso público igual al dos y medio por ciento (2½%) del valor resultante de multiplicar el número de barriles de petróleo transportados, por la tarifa vigente para cada oleoducto.

"Este impuesto se cobrará por trimestres vencidos".

Como explicación de la modificación, el doctor Latorre expuso lo siguiente:

"Hallándose la industria petrolífera en sus primeros pasos en Colombia, es eminentemente peligrosa toda medida encaminada a dificultar su desarrollo con el fin de crear prematura e inconsideradamente un arbitrio fiscal. Los altos impuestos se justifican tratándose de industrias desarrolladas, maduras, fuertes; pero establecer esas cargas antes del nacimiento de los negocios, es provocar su aborto". (Documentos referentes a la Ley del Petróleo, Tomo V, folio 162).

El artículo anterior sobre impuesto de transporte, no fue incluído en el proyecto aprobado por el Senado. La Comisión de la Cámara de Representantes lo propuso, en los términos del 41 del proyecto primitivo y la corporación lo aceptó sin discusión. (Documentos referentes a la Ley del Petróleo, Tomo VI, folios 40 y 114).

En la sesión del 27 de febrero de 1931 se aprobó en el Senado la modificación de la Cámara de Representantes. (Obra citada, folio 145).

La disposición que se ha estudiado fue aprobada por las Cámaras sin discusión. El debate sobre ella se verificó en la Comisión Interparlamentaria de hidrocarburos. En autos figura una declaración del doctor Aníbal Cardoso Gaitán, rendida por medio de certificación jurada ante el Magistrado sustanciador, a petición del apoderado de la Andian, en la cual se determina el alcance de las discusiones sobre el punto cuestionado. Dice así el testimonio citado:

"Si es cierto que en el año de 1930, siendo yo abogado jefe del Departamento de Minas y Petróleos del Ministterio de Industrias, sustenté ante la Comisión Interparlamentaria de Hidrocarburos del Congreso la tesis de que el impuesto de oleoductos que se iba a establecer debía ser pagado por la Andian National Corporation Limited y de que con ese sentido o alcance debía expedirse la ley. La tesis que sustenté ante la Comisión, a que se refiere la pregunta anterior, no fue acogida por ella ni en todo ni en parte".

De lo expuesto se deduce claramente que ni la intención del Gobierno al presentar el proyecto de la Ley del Petróleo, ni la del Congreso al expedir dicha Ley en el año de 1931, fue la de que se cobrara a la Andian National Corporation Limited el impuesto sobre transporte del petróleo establecido en el artículo 42, además del gravamen fijado en el contrato; mejor dicho, el propósito del legislador fue el de que se respetara el vínculo contractual del Estado con la mencionada Compañía. El espíritu de la disposición de la ley nueva es el de que se cobre a las compañías que establezcan oleoductos públicos de conformidad con la reglamentación señalada por el legislador del año de 1931, un impuesto equivalente al que paga la Andian, con el fin de que las empresas que tengan a su cargo en el país el transporte del petróleo, se encuentren en igales condiciones.

La equivalencia de la cantidad que paga la Andian según su contrato con el impuesto del dos y medio por ciento fijado en el artículo 42 para las nuevas empresas, quedó establecida en las conferencia del Gobierno con los expertos extranjeros que estudiaron el proyecto sometido al Congreso. En la sesión del día diez de mayo de 1929, Mr. H. Foster Bain, experto norteamericano, dijo lo siguiente:

"Refiriéndome al contrato del oleoducto de la Andian, el Gobierno tiene derecho a un transporte de diez y ocho horas mensuales, que equivale al 2 y medio por 100 del total recibido por la empresa". (Documentos de la Ley del Petróleo, Tomo III, página 59).

En el cómputo que hace el señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato, resulta el impuesto fijado en la Ley del petróleo inferior al gravamen que paga la Andian conforme al contrato. Dice así:

"Puede verse en el gráfico siguiente la relación entre las utilidades líquidas de la empresa, lo que paga al Gobierno como equivalente de las 18 horas de transporte mensual gratuito y lo que vendría a representar para ella el impuesto que se discute. Todo en número redondo. Renta líquida anual, $ 6.694.676. Equivalente de las 18 horas, $ 238.407. Impuesto de transporte anual, $ 214.226".

Como conclusión de esta parte del fallo se tiene que, ya se acepte el método clásico de interpretación consistente en buscar la intención legislativa tal como surge de los antecedentes del texto, o la nueva hermenéutica de desentrañar el fin de la ley mediante el análisis de todas sus disposiciones, resulta evidente que el artículo 42 de la Ley 37 de 1931, que establece el impuesto sobre el transporte del petróleo, no puede aplicarse a la Andian National Corporation Limited, cuyas relaciones con el Estado se regulan por medio de un contrato celebrado con anterioridad a la expedición del expresado mandato legal.

X

Las peticiones de la demanda

Primera petición—La primera petición tiende a que se haga la siguiente declaración: "Que en el contrato celebrado entre la Nación, por una parte, y la "Andian National Corporation, Limited", por otra, de que da cuenta la escritura pública número mil cuatrocientos sesenta y tres (1463) otorgada el primero (1º) de octubre de mil novecientos veintitrés (1923) ante el Notario cuarto de Bogotá, no se establece, ni de él se deduce, que la Nación, o sea la República de Colombia, no puede gravar el petróleo que se transporta por el oleoducto de la "Andian National Corporation, Limited" con impuesto de transporte de petróleo por oleoducto de uso público".

En primer lugar, se observa que los términos en que está redactada esta primera petición la hacen improcedente, porque el artículo 42 de la Ley 37 de 1931, al cual se refiere la controversia, no grava el petróleo, sino el hecho del transporte, como se desprende de los términos claros de la referida disposición.

Pero prescindiendo de los términos improcedentes de la petición y modificándola de conformidad con el texto y el propósito de la demanda, del contrato celebrado por la Nación con la Andian National Corporation, Limited, sí se deduce que el gravamen establecido por el artículo 42 de la Ley 37 de 1931 no puede aplicarse a la mencionada Compañía, como se ha visto por lo expuesto anteriormente. Por consiguiente, no puede la Corte hacer la declaración solicitada en la demanda, por las razones que detenidamente se han expresado y que pueden condensarse en las siguientes conclusiones:

1ª El contrato celebrado por la Nación con la Andian National Corporation, Limited, es un contrato de carácter administrativo para la construcción de un oleoducto de uso público.

2ª Los contratos administrativos, conforme a la legislación colombiana, se diferencian de los contratos civiles por el objeto, por la forma, por la competencia de determinadas entidades para conocer de las controversias que de ellos emanen y por las reglas relativas a la caducidad. Pero en cuanto a la ejecución y cumplimiento y a la consecuencias jurídicas que de ellos se derivan, los contratos administrativos están sometidos a las disposiciones que rigen los contratos civiles, salvedad hecha de sus respectivas peculiaridades.

3ª Como consecuencia del punto anterior, los contratos administrativos no pueden modificarse unilateralmente por una de las partes. Esto, tratándose de concesiones, debe entenderse con relación a la parte contractual del acto de concesión.

4ª En el contrato celebrado por la Nación con la Andian National Corporation, Limited, se determinó el gravamen a que queda sometida la Compañía por razón de la concesión otorgada para la construcción y explotación del oleoducto público destinado al transporte de petróleo, y por consiguiente, a dicha Compañía no le es aplicable el impuesto fijado por el artículo 42 de la Ley 37 de 1931 para las empresas establecidas con posterioridad a la vigencia de dicha Ley.

5ª Si se cobrara a la Andian, además del gravamen a que está sometida por razón del contrato, el impuesto que señala el artículo 42 de la Ley 37 de 1931, quedaría obligada a pagar un doble tributo, a tiempo que las demás compañías establecidas o que se establezcan en el país, sólo deben pagar el impuesto que señala el artículo citado, lo cual sería contrario a la equidad y al espíritu del contrato, que quiso dejar a la Andian en igualdad de condiciones con las demás empresas que se dediquen al transporte del petróleo.

6ª Tanto el Congreso, al expedir la Ley 37 de 1931, como el Gobierno Nacional, que dictó el Decreto reglamentario de dicha Ley, entendieron que la disposición del artículo 42 sobre impuesto de transporte por los oleoductos de uso público, no era aplicable sino a los oleoductos construídos con posterioridad a la vigencia de la ley y no a las empresas que habían estipulado en forma contractual con la Nación, las prestaciones a que quedaban obligadas con ésta, en época en que en la legislación colombiana no estaba establecido el impuesto referido de transporte por oleoductos de uso público.

Segunda petición—Dice así: "Que del contrato celebrado entre la Nación y la "Andian National Corporation, Limited" antes mencionado, no se deduce que dicha Sociedad tenga derecho a acogerse a lo establecido en el artículo XIII del contrato celebrado con posterioridad por la Nación con las Compañías "Colombian Petroleum Cº" y "South American Gulf Oil Cº", aprobado por la Ley 80 de mil novecientos treinta y uno (1931)".

Esta petición es improcedente, porque ninguna acción se ha iniciado por la Andian National Corporation, Limited, para acoger-

se a la cláusula citada por el señor Procurador, y es obvio que la declaración que se solicita no puede hacerse sino como consecuencia de la litis que se establezca para tal fin.

El señor Procurador, en su alegato de conclusión, considera prematura la petición segunda de la demanda y deja al criterio de la Corte decidir si es o no oportuno resolver sobre la cuestión propuesta. Esta manifestación del señor Procurador es la aceptación de que la petición referida es improcedente y basta por sí sola para que se declare que no es el caso de resolver sobre ella. Dice así el señor Procurador:

"En consecuencia, tiene interés jurídico actual la Nación en que se haga la declaración segunda pedida en el libelo? En el estado presente de las relaciones contractuales entre el Gobierno Nacional con la Andian por virtud del contrato de 1º de octubre de 1923, y con la Gulf en virtud del pacto aprobado por la Ley 80 de 1931, tal vez resulte prematuro plantear la cuestión en la forma en que fue planteada en la demanda".

Más adelante agrega:

"Por lo demás, no será este Despacho quien niegue a la Andian la facultad que le fue concedida en el artículo 8º del contrato para acogerse a las ventajas superiores que se otorguen a otras compañías que se encuentren en un caso idéntico, siempre que se den las mismas condiciones que en el citado artículo se determinan; sólo se observa, basado en las razones que se han expuesto, que toda controversia al respecto es prematura.

"Mas en el evento de que la Corte considere oportuno estudiar y decidir en el fondo el problema a que se refiere la petición segunda de la demanda, las conclusiones a que se llegó en el capítulo anterior no se desvirtuarían en lo mínimo, cualquiera que fuese el fallo que dicte la Corte sobre este punto".

Entre las pruebas pedidas por la Compañía figura el siguiente certificado expedido por el Ministro de Industrias y Trabajo:

"No existe en el Ministerio documento alguno en que aparezca que la Andian National Corporation, Limited, haya solicitado del Ministerio de Industrias la aplicación de la cláusula de la Compañía más favorecida (artículo 8º del contrato), pero sí existe copia de un alegato firmado por el doctor Manuel Casabianca, en su condición de apoderado especial de la Andian, en el juicio que la Nación adelantó contra dicha Compañía en el Juzgado 1º de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, alegato en el cual invoca el apoderado el referido artículo 8º del contrato para pretender que se reconozcan a la compañía los derechos, ventajas y exenciones que, según él, se otorgan en el contrato aprobado por la Ley 80 de 1931". (Cuaderno 3, folio 10).

También en la contestación de la demanda dice el apoderado de la Compañía que la Andian sostiene en el debate que del artículo 8º del contrato se deduce que tiene derecho a acogerse a las concesiones más favorables que contenga la cláusula XIII del contrato celebrado con la Gulf. Pero, como lo dice el señor Procurador, de que la Compañía sostenga que tiene aquel derecho, no se infiere que haya iniciado acción alguna para que se haga la declaratoria correspondiente. Por tanto, lo solicitado en la petición segunda de la demanda, es una cuestión prematura, que no puede ser materia de una declaración en el presente juicio.

Peticiones tercera y cuarta—La petición tercera del libelo está concebida así:

"Que en consecuencia, la Andian National Corporation, Limited, no se halla eximida, por el contrato celebrado el 1º de octubre de 1923 con el Gobierno, del impuesto establecido de manera general en el artículo 42 de la Ley 37 de 1931, sobre transporte de petróleo por oleoductos de uso público, y por tanto la Compañía demandada está obligada a pagar a la Nación dicho impuesto, a partir del día en que entró en vigencia la expresada Ley".

La petición cuarta dice así:

"Que se condene a la Compañía demandada a las costas del juicio, si se opusiere a lo solicitado en esta acción".

Las dos peticiones anteriores no pueden prosperar, negadas las otras, porque son una consecuencia de la primera. Establecido que del contrato celebrado por la Andian con la Nación sí se deduce que la Compañía no está obligada al pago del impuesto fijado por el artículo 42 de la Ley 37 de 1931, la petición tercera debe ser negada. Lo mismo ocurre con la cuarta, que trata de la condenación en costas, lo cual sólo puede ocurrir, conforme al artículo 575 del C. J., cuando el litigante sostiene temeraria o maliciosamente, sin razón o fundamento apreciable, cualquiera acción, excepción, oposición, o incidente, caso que no se contempla en este juicio.

Durante la tramitación del juicio manifestaron estar impedidos para actuar en él los honorables Magistrados doctores Arturo Tapias Pilonieta y Aníbal Cardoso Gaitán. La Sala consideró legales los impedimentos y declaró a dichos Magistrados separados del

conocimiento. Para reemplazarlos, fueron sorteados Conjueces los doctores Carlos Bravo y Gustavo A. Valbuena, respectivamente, quienes intervienen en tal carácter en el presente fallo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F a l l a :

Primero—No es el caso de resolver sobre la petición segunda de la demanda.

Segundo—No se hacen las declaraciones solicitadas en las peticiones primera, tercera y cuarta del libelo, y en consecuencia, se absuelve a la Compañía demandada de los cargos en ellas contenidos.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo—El Conjuez, Carlos Bravo — Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica—Hernán Salamanca—Eleuterio Serna R.—El Conjuez, Gustavo A. Valbuena—Pedro León Rincón, Srio.

INDICE

Pág.

EDITORIAL.—DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION, por Lorenzo de la Maza Rivadeneira 381

SALA PLENA

LEY 78 DE 1935, ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL EN SU ARTICULO 1º, ORDINAL 4º—Derogado como está el ordinal 4º de la Ley acusada, se declara que no hay lugar a hacer la declaratoria de inexequibilidad demandada. — Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias 386

PROYECTO DE LEY POR LA CUAL SE DISPONE QUE LOS EMPLEADOS SUBALTERNOS DE LAS FISCALIAS DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS SUPERIORES SEAN DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION DE LOS FISCALES RESPECTIVOS, OBJETADO POR EL GOBIERNO COMO INCONSTITUCIONAL.—Se declara que es exequible. Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias 389

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

DEMANDA SOBRE LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD.—SOCIEDAD EN LIQUIDACION.—REGISTRO DEL EXTRACTO DE ESCRITURA SOCIAL.—CARGO SOBRE INCONGRUENCIA.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en el ordinario del señor Ricardo Pinzón contra la sucesión del señor Francisco Serrano. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 397

ORDINARIO SOBRE POSESION DE UNA MINA.—EXCEPCION DE ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto en el ordinario seguido por Max Chaves contra la sociedad minera "El Canadá" y "La Sonrisa".—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 403

NOTIFICACION DE SENTENCIAS POR EDICTO.—Se declara admisible el recurso de casación interpuesto por Joaquín Mora contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona en el ordinario de Ponciano Mora contra Joaquín Mora G.—Magistrado ponente, doctor Miguel Moreno Jaramillo ... 410

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—ERROR DE HECHO.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en el ordinario de José J. Atehortúa contra la sucesión de Enrique Rendón.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 412

ACCION SOBRE PAGO DE SERVICIOS PROFESIONALES MEDICOS. — FACULTAD JUDICIAL DE ESTIMAR LA PRUEBA PERICIAL. — NATURALEZA JURIDICA DE LA PRUEBA PERICIAL. ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA. QUIEN PUEDE ALEGAR ERROR DE HECHO COMO BASE DE CASACION. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali en el ordinario del doctor Luis H. Garcés contra la Compañía Minera Chocó-Pacífico. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 416

ACCION DE DOMINIO—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga en el ordinario de Mariano Alvarez contra Marceliano Alvarez y otros. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 426

RECURSO DE HECHO.—Se admite el recurso de hecho en el ordinario del señor Alfredo Prieto contra la sucesión del señor Cristóbal Rodríguez.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza ... 429

ACLARACION DEL MAGISTRADO DOCTOR ARTURO TAPIAS PILONIETA ... 432

ACCIONES DE NULIDAD Y OTRAS.—EMBARGO.—EMBARGO DE BIENES RAICES Y PROHIBICION DE ENAJENACION DE ELLOS DURANTE EL EMBARGO.—PACTO DE RETROVENTA.—PACTO COMISORIO Y PACTO DE RESERVA DEL DOMINIO.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario de Eulogio Cubillos contra Pedro Chedraue.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 433

Pág.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

DEFICIENCIA DE LA PRUEBA EN UN RECURSO DE REVISION.—Se niega la revisión demandada por Balvino Zambrano contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto que lo condenó por delito contra empleados públicos. — Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez 441

NO ES UNA TERCERA INSTANCIA EL RECURSO DE REVISION.—Se niega la revisión demandada por Rodolfo Hernández contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó por el delito de heridas.—Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez 442

UN CASO DE APLICACION DEL ARTICULO 604 DEL CODIGO PENAL.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en la causa contra Fidel Martínez por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez 443

APELACION DE UN AUTO.—Se declara que no es admisible el recurso de apelación interpuesto de hecho contra la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, relacionado con una recusación de Angel María Rojas al Magistrado doctor Dionisio Arango Vélez.—Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias 447

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LA APELACION DE UN AUTO.—Se declara que la Corte no es competente para conocer de la apelación del auto ejecutivo interpuesta por el señor Julio Vásquez G. en el juicio que le adelanta el Recaudador de Hacienda Nacional de Salamina.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 449

EXCEPCIONES. — EXTENSION DE LA FIANZA.—Se confirma el fallo del Tribunal de Manizales que declara probadas las excepciones propuestas por la señora Ana González v. de Arango en el juicio que le adelantó el Departamento de Caldas como fiadora del señor Luis Arango González, con la única reforma de que no se declara probada la primera excepción sobre extinción de la obligación principal.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 450

ACCION SOBRE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO Y SOBRE PAGO DE PERJUICIOS. — MONOPOLIO FINANCIERO. RENTA DE BEBIDAS FERMENTADAS. LICENCIA DE FABRICACION.—CONCESION DE FABRICACION.—CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en el ordinario del señor Gregorio Jaramillo contra el Departamento de Boyacá.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 453

SALA PLENA EN LO CIVIL

DEMANDA SOBRE PAGO DE UN IMPUESTO.—JURISDICCION DE LA SALA PLENA EN LO CIVIL DE LA CORTE EN ASUNTOS DE PETROLEOS.—CONTRATO CIVIL Y CONTRATO ADMINISTRATIVO.—SUS DIFERENCIAS CONFORME A LA DOCTRINA DE LOS AUTORES. DIFERENCIAS CONFORME A LA LEGISLACION COLOMBIANA.—REQUISITOS DE FONDO PARA LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.—CONCESION. — CONCESION DE SERVICIOS PUBLICOS. — REQUISITOS PARA LA CELEBRACION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.—REQUISITOS PARA LA CELEBRACION DE LOS CONTRATOS SOBRE PETROLEOS. EJECUCION Y CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. VIGENCIA DE LA LEY 78 DE 1870.—RESILIACION Y SUS DIFERENCIAS CON LA RESOLUCION Y LA RESCISION. REGALIA E IMPUESTO Y SUS DIFERENCIAS.—LEY APLICABLE A LA CELEBRACION DE LOS CONTRATOS. Se declara que la Andian National Corporation se halla eximida, por el contrato celebrado el 1º de octubre de 1923 con la Nación, del impuesto establecido por el artículo 42 de la Ley 37 de 1931, declaración hecha en el juicio adelantado por el Gobierno Nacional contra dicha compañía.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 460

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas.—Ley XIII).
"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVI | BOGOTA. JUNIO DE 1938. | NUMERO 1936

DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

(Continuación)

POR

LORENZO DE LA MAZA RIVADENEIRA

CONCEPTO DEL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR—SINTESIS.

SUMARIO — 7.—Las obligaciones. 8.—Efecto de las obligaciones. 9.—Derecho secundario del acreedor: La indemnización de perjuicios. 10.—Definición del caso fortuito o fuerza mayor. 11.—Fórmula de Bonnecase. 12.—¿Existe diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor? 13.—En la legislación chilena. 14.—Requisitos para que un hecho constituya caso fortuito o fuerza mayor. 14. — Efectos del caso fortuito o fuerza mayor.

7.—Antes de entrar propiamente en materia, hemos creído conveniente precisar con claridad el concepto del caso fortuito o fuerza mayor, porque de no hacerse así, el estrecho margen que existe entre éste y la noción de imprevisión llevaría seguramente a lamentables confusiones.

Con tal objeto y aunque se trata de nociones muy conocidas, haremos previamente un brevísimo resumen del concepto y elementos de la obligación; señalaremos en síntesis sus efectos; aludiremos a la indemnización de perjuicios, y terminaremos este capítulo precisando, también en resumen, la idea del caso fortuito o fuerza mayor.

"La obligación, en el sentido jurídico de la palabra, puede ser definida como un vínculo de derecho por el cual una o varias personas determinadas quedan civilmente ligadas respecto de una o muchas otras, igualmente determinadas, a dar, hacer o no hacer alguna cosa." (1)

Nuestro Código Civil ha señalado algunas

(1) **Baudry-Lacantinnerie et Barde**: Traité theorique et practique de Croit Civil. Des obligationes. T. I. pág. 1.

de las características jurídicas de la obligación al definir el contrato en su artículo 1438; pero no ha dado una definición de aquélla. Sin embargo, la obligación es cosa bien diferente del contrato. Mientras éste es una de las causas que lo producen, una de las fuentes de donde emana; aquélla es el efecto propio del contrato.

En virtud de la obligación quedan ligadas por un vínculo de derecho dos partes determinadas: el sujeto que tiene la facultad, el derecho de exigir; el paciente o sujeto pasivo, colocado en la necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer. Para la primera, la obligación constituye un derecho que aumenta su patrimonio; para la segunda, importa una carga que restringe su libertad y grava o disminuye su patrimonio.

Fuera de estos elementos, la obligación tiene otro: el objeto, o sea la prestación o la abstención que el acreedor tiene derecho a exigir y a que se obliga el deudor.

8.—La obligación hace que el sujeto pasivo o deudor se encuentre en la necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer algo que el acreedor puede exigir en virtud del vínculo de derecho que los liga.

Creado este vínculo, el legislador ha supuesto, como regla general, que el deudor lo cumplirá voluntariamente ejecutando la prestación o absteniéndose de aquello que se obligó a no hacer.

Puede suceder y sucede a menudo que el deudor no cumpla la obligación, la ejecuta imperfectamente o retarda su cumplimiento. En estos casos, la ley, a cuyo amparo se formó la obligación, ha debido proteger el derecho del acreedor y al efecto le ha otorgado ciertas facultades que le permiten obtener el cumplimiento forzado de la obligación o una prestación en dinero equivalente al beneficio que el cumplimiento perfecto de aquella le habría reportado. Son los efectos de la obligación.

Llamamos, entonces, efectos de la obligación, al "conjunto de derechos qne la ley confiere al acreedor para exigir al deudor el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación, cuando éste no la cumple en todo o parte o está en mora de cumplirla." (1)

Estos derechos pueden ser agrupados en tres categorías:

a) Un derecho principal, que faculta al acreedor para obtener el cumplimiento forzado de la obligación;

b) Un derecho secundario, que lo faculta para exigir indemnización de perjuicios en caso de inejecución o de mora;

c) Derechos auxiliares, que permiten al acreedor rescindir ciertos actos o contratos del deudor, impetrar providencias conservativas de sus bienes, solicitar la separación de patrimonios o ejercitar ciertas acciones del deudor, derechos, en suma, que le permiten dejar afecto el patrimonio del deudor al cumplimiento de la obligación.

9.—Cuando el deudor no cumple EN FORMA REAL Y EFECTIVA LA OBLIGACION o cuando la cumpla imperfecta o tardíamente, el acreedor suele ser privado de los beneficios, de las ventajas patrimoniales que le habría reportado el cumplimiento perfecto y sufre una lesión en su patrimonio.

Ahora bien, "como nadie puede ser lesionado en su patrimonio por un acto ajeno", el daño, la lesión que sufre el acreedor y los beneficios que deja de percibir a consecuencia del incumplimiento del deudor, en una palabra, los perjuicios que sufra deben serle reparados por éste.

Se llama, entonces, indemnización de perjuicios al "derecho que tiene el acreedor para exigir del deudor el pago de una cantidad de dinero equivalente a la ventaja o beneficio que le habría procurado el cumplimiento efectivo y oportuno de la obligación." (1)

La indemnización de perjuicios de que tratamos es la resultante de la inejecución de las obligaciones emanadas de contratos, de cuasi-contratos o de la ley. Tratándose de obligaciones emanadas de delitos o cuasi delitos, lo referente a la indemnización de perjuicios está tratado por los arts. 2314 y siguientes de nuestro Código Civil; pero, en nuestro estudio no nos interesan, pues, como luégo veremos, esta clase de obligaciones, por lo general no quedan comprendidas dentro del dominio de aplicación de ta teoría de la imprevisión.

Hemos visto que la indemnización de perjuicios procede cuando el deudor no cumple o cumple imperfectamente la obligación o cuando retarda el cumplimiento de ésta llenándose ciertos requisitos determinados por la ley. En el primer caso nos encontramos frente a la indemnización de perjuicios compensatorios; en el segundo, frente a la indemnización de perjuicios moratoria.

Se llama indemnización de perjuicios compensatoria la que se debe al acreedor en ra-

(1) Alessandri R. Arturo: Obligaciones, pág. 55.

(1) Alessandri R, Arturo: Obligaciones, pág. 60.

zón del incumplimiento de la opligación; "bajo su forma ordinaria, no es otra cosa que la avaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuera ejecutada; la compensación, en consecuencia, de los perjuicios que la inejecución le causa. Se llama moratoria, cuando se debe al acreedor en razón del simple retardo culpable en la ejecución, y no es otra cosa que la avaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuera ejecutada en la época en que debía serlo." (1)

Los requisitos necesarios para que el acreedor pueda exigir una u otra son los siguientes:

a) Que el deudor no haya cumplido la obligación o que sólo la haya cumplido imperfectamente (artículo 1556 del Código Civil);

b) Que la infracción de la obligación sea imputable al deudor (artículos 1547 y 1558 del Código Civil;

c) Que la infracción perjudique al acreedor, que haga disminuír su patrimonio, sea real y efectivamente, sea imponiéndole la pérdida de una ventaja (artículos 1542 y 1539, Nº 2, A CONTRARIO CENSU, del Código Civil);

d) Que el acreedor esté en mora de cumplir la obligación (art. 1557 del Código Civil), o sea, que culpablemente haya retardado el cumplimiento más allá de la época fijada por la voluntad manifiesta del acreedor. (2)

10.—El tercero de los requisitos necesarios para que el acreedor pueda exigir indemnización de perjuicios es, según hemos visto, la necesidad de que la infracción de la obligación sea imputable al deudor, sea de su responsabilidad. Pero, esta facultad que tiene el acreedor de exigir que se le indemnicen los perjuicios que se le han causado, cesan cuando éstos provienen de un hecho extraño a la voluntad del deudor que hace imposible el cumplimiento perfecto de la obligación, cuando provienen de caso fortuito o fuerza mayor.

En este caso, la inejecución o retardo dejan de ser imputables y dejan de ser, por consecuencia, de su responsabilidad, salvo que la convención o la ley lo hagan expresamente responsable.

Así lo establecen los artículos 1547, inc. 2º, y 1558 de nuestro Código Civil, que liberan de responsabilidad al deudor en caso de sobrevenir un caso fortuito o fuerza mayor, "sin perjuicios de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes" (artículo 1547 del Código Civil).

"Se llama fuerza mayor o caso fortuito, dice el artículo 45 de nuestro Código Civil, el imprevisto a que no es posible resistir"; o en otros términos y tratándose ne obligaciones, todo hecho imprevisto, ajeno a la voluntad del deudor, que hace imposible el cumplimiento de la obligación.

11.—Julien Bonnecase resumiendo sus explicaciones acerca del caso fortuito, da la siguiente fórmula, como él la llama, que deja ver bien claramente los requisitos y precisa el concepto del caso fortuito o fuerza mayor:

"Se entiende por caso fortuito o fuerza mayor, una variedad de hecho jurídico de orden legal, material o puramente humano que pertenece más particularmente al derecho de las obligaciones, e impide sea la ejecución, sea el nacimiento de una obligación, en razón de la imposibilidad absoluta en la cual se ha encontrado sin su culpa, el deudor o el que pasa por tal, de triunfar de la fuerza del acontecimiento constitutivo del susodicho hecho jurídico." (1)

12.—"En el lenguaje de la ley, dice Baudry-Lacantinerie, las expresiones caso fortuito o fuerza mayor son sinónimas." (2)

Otros en cambio sostienen que son dos conceptos análogos pero distintos en cuanto a sus causas o en cuanto a sus efectos. Sin embargo, la mayoría de los autores, entre los cuales citaremos a Bonnecase, que ha estudiado particularmente esta materia, llegan a la misma conclusión que Baudry-Lacantinerie, es decir, sostienen que caso fortuito y fuerza mayor son sinónimos. (3)

13.—En la legislación chilena la cuestión es clara, según nosotros.

"Se llama caso fortuito o fuerza mayor...", dice el artículo 45 de nuestro Código Civil, haciendo sinónimas ambas expresiones. En seguida, este mismo artículo, al citar algunos ejemplos en su segunda parte da a entender que, en concepto del legislador, nada importa que se trate de un hecho del hombre o de un accidente natural; en ambos cas s hay fuerza mayor, en ambos caso fortuito.

Por otra parte, nuestro Código Civil, al señalar los efectos del caso fortuito o fuer-

(1) **Baudry-Lacantinnerie** et. Barde: ob. cit. páginas 492 y 483.

(2) **Ureta E. Arturo**: Apuntes de Derecho Civil tomados en su clase, pág. 75.

(1) **Bonnecase**: Supplément au Trité de Baudry-Lacantinnerie. T. IV, Nº 291.

(2) **Baudry-Lacantinerie et Barde**: ob. cit. página 485.

(3) **Bonnecase**: ob. cit. pág. 85.

za mayor no hace diferencia entre ambas nociones; generalmente emplea la expresión caso fortuito y jamás deja traslucir que se pueda hacer la distinción que algunos creen ver.

Así lo han sostenido siempre, además, nuestros profesores de Derecho y la Jurisprudencia de nuestrso Tribunales. (1)

14.—Hemos dicho (Nº 10) que tratándose de las obligaciones, caso fortuito o fuerza mayor es todo hecho imprevisto, ajeno a la voluntad del deudor, que hace imposible el cumplimiento de la obligación.

De esta definición se desprenden los requisitos necesarios para que un hecho o acontecimiento constituya caso fortuito o fuerza mayor:

a) Que se trate de un acontecimiento imprevisto, es decir, cuyo advenimiento no haya sido conocido dentro de los cálculos ordinarios del hombre normal. Exige este requisito el artículo 45 de nuestro Código Civil;

b) Que trate de un hecho a que es imposible resistir, de un acontecimiento insuperable, que haga imposible, en absoluto, el cumplimiento de la obligación. También contiene este requisito la definición del artículo citado;

c) Que se trate de un hecho ajeno a la voluntad del deudor, que provenga de causa extraña a la acción y responsabilidad de éste.

El hecho o acontecimiento debe ser imprevisto. En último término, todos los acontecimientos pueden ser previstos por el hombre; pero no se trata de eso. Basta, a nuestro juicio, que se trate de acontecimientos poco frecuentes, de aquellos que sólo por excepción suelen sobrevenir, y que este acontecimiento no haya sido tomado en cuenta por las partes en el momento oe contratar. Naturalmente, la apreciación de estas circunstancias queda entregada al criterio de los Tribunales, pues se trata de apreciaciones y, en último término, de una cuestión de orden psicológico por más que en algunos casos puedan servir de base para la apreciación de los términos empleados al contratar, las circunstancias en que se contrata, etc.

Debe tratarse, en seguida, de un hecho que haga imposible el cumplimiento de la obligación, de un acontecimiento al cual sea imposible resistir, como dice el artículo 45 de nuestro Código Civil. No basta, en consecuencia, la simple dificultad, la mera imposibilidad relativa, pues ésta supone la posibilidad mediante un esfuerzo. (1). También es ésta una cuestión que queda entregada en la práctica a la apreciación de los Tribunales.

Es preciso, además, que se trate de un hecho completamente ajeno a la voluntad del deudor. Si la imposibilidad de ejecución proviene de un hecho voluntario del deudor, fruto de su intención positiva de dañar al acreedor, o de su negligencia e imprudencia, el hecho viene a ser consecuencia del dolo o culpa de aquél y no nos encontramos ya frente al caso fortuito o fuerza mayor.

Este último requisito no lo contiene la definición del artículo 45 citado, pero es generalmente admitido como de evidente necesidad; tan evidente que el legislador no creyó necesario mencionarle. En efecto, de no exigirse, el deudor podría librarse de la obligación por su sola voluntad y la obligación perdería así su fuerza obligatoria, su eficacia; dejaría de ser obligación.

No existe, por consecuencia, caso fortuito o fuerza mayor, cuando el cumplimiento de la obligación se hace solamente más difícil o más oneroso. (2) Esto debemos tenerlo muy en cuena al tratar de la teoría de la imprevisión, pues, la dificultad o el excesivo gravamen que importa en algunos casos el cumplimiento de la obligación constituyen uno de los elementos esenciales que la forman.

Según lo acabamos de ver, corresponde en último término a los Tribunales determinar si concurren los requisitos necesarios para que un hecho o acontecimiento constituya caso fortuito o fuerza mayor. (3)

15.—En principio, el efecto propio del caso fortuito o fuerza mayor es eximir de responsabilidad al deudor por el incumplimiento de la obligación y exonerarlo de la obligación de indemnizar los perjuicios que

(1) **Ureta E. Arturo**: ob. cit. pág. 71.

(1) La sentencia Nº 1066, por ejemplo, publicada en la Gaceta de 1910, tomo 2º, estableció, de acuerdo con lo que hemos dicho, que el hecho de no conseguir carros de ferrocarril para entregar cierta cantidad de harina en tiempo oportuno, no constituía una imposibilidad absoluta. Como se ve la jurisprudencia de nuestros Tribunales está orientada en el sentido de no admitir como constitutivos de fuerza mayor, sino los acontecimientos que material y absolutamente hagan imposible la ejecución de la obligación. No creemos necesario citar más sentencia al respecto.

(2) **Demogue**: Traité des obligaciones en general, tomo VI, pág. 686.
Baudry-Lacantinerie et Barde: ob. cit. página 486.

(3) **Baudry-Lacantinerie et Barde**: ob. cit. página 486.

sufra el acreedor, ya que falta en este caso uno de los requisitos cuya concurrencia sepamos como necesaria para que esta indemnización procediera.

En otros términos, la fuerza mayor o caso fortuito libera al deudor de toda obligación, lo hace irresponsable de su incumplimiento, sin perjuicio, naturalmente, "de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes" (artículo 1547, inciso final del Código Civil).

En nuestra legislación rigen estos mismos principios generales, según lo demuestran, entre otras, las siguientes disposiciones de nuestro Código Civil, artículos 799, 943, 1588, 1672, 1983, 2015, 2016, 2150, 2153, 2178, 2230, 2242, 2248, etc.

Los casos de excepción a que antes nos referimos y en que el deudor es responsable del incumplimiento no obstante provenir de caso fortuito o fuerza mayor, pueden ser agrupados en la forma siguiente:

a) Cuando el deudor, mediante una estipulación expresa con su acreedor, se ha constituído responsable de todo caso fortuito o de alguno en particular (artículos 1547 y 1673 del Código Civil);

b) Cuando la ley dispone expresamente que el caso fortuito o fuerza mayor o mejor dicho, el incumplimiento que proviene de caso fortuito o fuerza mayor, sea de cargo del deudor (artículos 147, inciso final, 1938, inciso 1º, 1676 del Código Civil);

c) Cuando el caso fortuito o fuerza mayor sobrevienen por culpa del deudor (artículos 1547, inciso 2º, 1672, 1590, inciso 1º del Código Civil). En estos casos no existe propiamente hablando caso fortuito o fuerza mayor, pues falta uno de los requisitos que anotamos en el Nº 14.

d) Cuando el caso fortuito sobreviene durante la mora del deudor (artículos 1672, 1590, inciso 1º, 1547, inciso 2º del Código Civil).

Con el resumen, materia de este capítulo, hemos precisado la noción de fuerza mayor o caso fortuito y nos encontramos, por consecuencia, en situación de abordar propiamente el tema que nos hemos propuesto.

(Continuará)

De la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, de Santiago de Chile.

COLABORACION JURIDICA

LA GUARDA DE LA CONSTITUCION

Antes de dar lectura al estudio reglamentario para tomar posesión de miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, quiero dejar constancia de mi agradecimiento profundo por el alto honor que me ha discernido esta docta corporación al acordarme con obligante gentileza para integrar la lista de los jurisconsultos que a ella pertenecen.

El trabajo que tendré ocasión de leer en esta sesión, es fragmento de un ensayo más completo sobre el interesante tema de la guarda de la Constitución, que es motivo de meditación patriótica para todos los que se interesan por las cuestiones del Derecho Constitucional. Me permito dedicarlo respetuosamente a todos los miembros de la Academia, a quienes pido indulgencia para las deficiencias que en él observen.

En algunos países se considera al Congreso como el único intérprete de la Constitución. Por consiguiente, en ellos toda ley se presume constitucional. Entre éstos figuran en primera línea en Europa, Inglaterra, Francia e Italia.

Inglaterra es el único país que vive bajo el régimen de la legalidad constitucional. Tiene una Constitución flexible, que puede modificarse en cada instante por una ley ordinaria. La Constitución inglesa es el conjunto de leyes, en parte de carácter consuetudinario y escritas otras, que regulan su estado social, lo cual equivale a decir, según opinión de eminentes tratadistas, que, concebida como estatuto formal, Inglaterra no tiene Constitución. El sistema inglés excluye la distinción entre el poder legislativo y el constituyente e implica la soberanía del Parlamento, que lo puede todo, más que la de la Nación.

En Francia las leyes se consideran constitucionales y los jueces no pueden dejar de aplicarlas. Allí existe sobre el particular una severidad tan grande, que según dice Hauriou, se ha atemorizado al juez francés, tremolando frente a él una enseña tan desplazada como los textos revolucionarios o postrevolucionarios. Esos textos son los que consideran como delito de prevaricación el hecho de que un Tribunal impida o suspenda la ejecución de las leyes.

El sistema de Italia difiere del inglés en que allí existe una Constitución escrita, establecida como Estatuto especial, pero que puede sin embargo ser modificada por leyes ordinarias, sin procedimiento alguno. La Constitución italiana de 4 de marzo de 1848, no ha sido derogada. Pero el fascismo ha establecido un régimen político nuevo que no tiene nada que ver con ella. La Constitución del Estado fascista resulta de una serie de leyes y decretos.

Algunos países de América siguen el sistema francés.

Otros países proveen en sus legislaciones la manera de defender la Constitución, considerándola como la ley suprema y estableciendo el principio de la superlegalidad constitucional.

Hay dos sistemas para realizar el control jurisdiccional de inconstitucionalidad de las leyes: el que admite la plena competencia de los jueces ordinarios o encargados de aplicar las leyes para decidir las cuestiones de constitucionalidad que suscite un caso sometido a su competencia, y el que crea una jurisdicción especial y encarga a un Tribunal Supremo la decisión sobre inconstitucionalidad de las leyes.

Los Estados Unidos ofrecen el ejemplo más claro de los países donde se practica el primer sistema. La Constitución de los Estados Unidos es la suprema ley. Las leyes del Congreso y las constituciones y las leyes de cada Estado deben pasar por el criterio constitucional, es decir, que serán válidas o

nulas según que estén o no de acuerdo con la Constitución general. La Corte Suprema de Justicia tiene la facultad de decidir si una ley es constitucional o no, para aplicarla a determinado caso que llega a su conocimiento. Para fijar el alcance de la atribución de la Corte de los Estados Unidos en relación con la guarda de la Constitución, se insertan las opiniones de Benjamín Harrison, ex-Presidente de la República, tomadas de su libro "Vida Constitucional de los Estados Unidos":

"La Corte Suprema de los Estados Unidos, un tribunal judicial de la más alta dignidad, tan retirada como pueden estarlo los hombres del poder, de las pasiones y de los prejuicios, y colocada bajo la sanción de las más altas obligaciones que pueden imponerse a los hombres para ejercer la justicia sin temor ni favor, fue encargada de cuidar por la conservación del arca de nuestro contrato social. El poder de declarar si una ley es o no conforme a la Constitución no está limitado a las leyes de los Estados, sino que incluye las leyes del Congreso. Este poder debe ser ejercido por algún cuerpo o tribunal, si la 'suprema ley' ha de ser suprema. Goúverneur Morris decía: 'Tal poder en los jueces es peligroso; pero a menos que exista en alguna parte, el tiempo empleado en hacer una declaración de derechos y una forma de gobierno fue completamente perdido."

"La primera decisión de la Corte Suprema declarando que una ley era inconstitucional se dictó en 1803. (Marbury **versus** Madison, I Cranch, 137). La sentencia fue redactada por Marshall. En el curso de ella dice: 'Así pues, si una ley es opuesta a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución se aplican a un caso particular, de modo que, la Corte tiene que decidir ese caso conforme a la ley haciendo a un lado la Constitución o conforme a la Constitución haciendo a un lado la ley, la Corte tiene que decidir cuál de esa reglas opuestas debe regir el caso.' Nada puede agregarse a estas luminosas palabras. Tenemos una ley suprema y una ley inferior. Cuando ambas se aplican a un caso judicial, la ley suprema debe prevalecer: es la ley del caso, y los tribunales deben seguir los dictados de la ley. La manera como se ejerce esta alta facultad tiende a hacerla más efectiva y a evitar fricciones que de otro modo habrían existido. No se traen las leyes del Congreso y las de los Estados para que la Corte Suprema les ponga la marca 'constitucional' o 'inconstitucional', según el caso y volverlas al cuerpo legislativo. La Corte no toma en consideración las leyes hasta que se traen ante ella en un 'pleito', en una controversia real entre partes. Ella no contesta cuestiones en principio, no decide casos abstractos."

La Constitución americana es la de 1787 y no ha tenido sino muy pocas enmiendas. Se compone de escasos artículos y en ella sólo se consagran los principios fundamentales del derecho. En lo relativo al control constitucional, sus disposiciones son muy vagas y por eso la práctica actual es obra de la doctrina, conforme a la cual no sólo la alta Corte tiene la facultad para decidir en casos concretos sobre la constitucionalidad de las leyes, sino también los tribunales superiores. El artículo III, sección I, dice que 'se deposita el Poder Judicial de los Estados Unidos en una Corte Suprema y en los tribunales inferiores que en lo sucesivo cree y establezca el Congreso.' Los artículos que se han interpretado en el sentido de darle al Poder Judicial la facultad de apreciar la constitucionalidad de las leyes, para casos determinados y no por vía de interpretación general, son los siguientes:

"Artículo III, sección 2. El Poder Judicial se extenderá a todos los casos, con derecho y equidad que dimanen de la Constitución y de las leyes de los Estados Unidos, así como de los tratados ya celebrados o que puedan celebrarse en lo sucesivo bajo su autoridad; a todos los casos que afecten a los embajadores, demás ministros diplomáticos y los cónsules; a todos los casos de la jurisdicción del almirantazgo y marina; a las controversias en que los Estados Unidos sean una de las partes; a las controversias entre dos o más Estados; entre un Estado y ciudadanos de otro; entre ciudadanos de diferentes Estados; entre ciudadanos del mismo Estado que reclamen terrenos bajo concesiones hechas por diversos Estados; y entre un Estado o sus ciudadanos, y Estados, ciudadanos o súbditos extranjeros.

"(2) La Corte Suprema tendrá jurisdicción privativa en todos los casos que afecten a los embajadores y ministros diplomáticos, lo mismo que a los cónsules y en aquellos casos en que un Estado sea parte interesada. En todos los demás casos ya mencionados, la jurisdicción de la Corte Suprema será de apelación, tanto respecto de la ley como del hecho, con las restricciones y según las disposiciones reglamentarias que el Congreso estableciere."

"Artículo VI, sección 2. Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se dictaren y todos los tratados celebrados o que se celebraren bajo la

autoridad de los Estados Unidos serán ley suprema del país. Los jueces de cada Estado estarán sujetos a lo que ella disponga, sin que obsten la Constitución o leyes de cada Estado."

Algunos países de América siguen el sistema de los Estados Unidos, que deja al Poder Judicial la facultad de apreciar la constitucionalidad de las leyes.

Entre los países que han confiado a un tribunal especial la jurisdicción constitucional, figura la República Española. La Constitución de 9 de diciembre de 1931, establece en el artículo 121, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tiene entre otras atribuciones, la de conocer del recurso de inconstitucionalidad de las leyes. Este tribunal está compuesto por el siguiente personal: un Presidente designado por el Parlamento, sea o no Diputado; el Presidente del Alto Cuerpo Consultivo de la República; el Presidente del Tribunal de Cuentas de la República; dos Diputados libremente elegidos por las Cortes; un representante por cada una de las regiones españolas, elegido en la forma que determine la ley; dos miembros nombrados electivamente por todos los colegios de abogados de la República y cuatro profesores de la Facultad de Derecho, designados por el mismo procedimiento entre todas las de España.

Con arreglo al artículo 123, pueden acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales: 1º El Ministerio Fiscal. 2º Los Jueces y Tribunales en el caso del artículo 100; 3º El Gobierno de la República; 4º Las regiones españolas; y 5º Toda persona individual o colectiva, aunque no hubiere sido directamente agraviada. Como se ve, en España existe la mayor amplitud para el ejercicio de la acción, pues no solamente la tienen los particulares, sino también el Gobierno, los Jueces y Tribunales y el Ministerio Público. La ley ha señalado la extensión y efectos del recurso de inconstitucionalidad.

El Poder Judicial en España no puede dejar de aplicar una ley que considere inconstitucional. Existe el siguiente recurso, consagrado en el artículo 100:

"Cuando un Tribunal de Justicia haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales."

En la expedición de la Constitución española intervinieron los más eminentes y versados expositores de Derecho Constitucional, por lo cual merece citarse, no obstante la actual situación de la vida jurídica en la Península. Consiguieron en lo relativo a la guarda de la Carta fundamental, condensar un sistema moderno y admirable que es una verdadera garantía para la estabilidad del estatuto. Los Jueces se limitan a suspender el procedimiento, mientras el Tribunal de Garantías Constitucionales decide en definitiva, en los casos de leyes que se consideren contrarias a la Constitución. Con esta facultad concedida al Poder Judicial y con la amplitud que se ha dado para el ejercicio de la acción ante el Tribunal de Garantías, se establece un verdadero control para contener los abusos del Parlamento y a la vez se evitan los inconvenientes de dejar a los Jueces el derecho de apreciar la constitucionalidad de las leyes.

En Colombia existe un sistema mixto para el control constitucional de las leyes: el artículo 150 de la Carta (4º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910), establece que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales, dejando así a los juzgadores la facultad de decidir en cada caso cuál es el texto aplicable; el art. 149 (41 del Acto citado), confía a la Corte la guarda de la integridad de la Constitución en estos términos:

"A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

"Decidir definitivamente 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, previa audiencia del Procurador General de la Nación."

Además de la acción popular que aquí se consagra para los ciudadanos, corresponde también a la Corte decidir sobre la exequibilidad de los proyectos de ley objetados por el Gobierno como inconstitucionales, cuando las Cámaras insisten. En ese caso, el proyecto pasa a la Corte y el fallo afirmativo de ésta, obliga al Presidente a sancionar la ley. Antes de fallar, se oye el concepto del Procurador. Después la Corte tiene el plazo de seis días solamente para dar su decisión, fijado por el artículo 83 de la Constitución.

Son importantes unas breves consideraciones sobre el origen de la disposición del artículo 40 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910.

El artículo 5º de la Ley 57 de 1887, estableció lo siguiente:

"Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla."

Esta disposición quedó tácitamente derogada por el artículo 6º de la Ley 153 de 1887, que determinó lo siguiente:

"Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino obscura o deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe."

Establecida la constitucionalidad de las leyes expresas, surgió una controversia de muchos años sobre la conveniencia de esta doctrina que permitía al legislador cometer abusos contrariando los preceptos constitucionales, sin que existiera control alguno para evitarlos.

Entre los defensores de la disposición mencionada, figura el doctor Manuel J. Angarita, quien en sus comentarios sobre el Código Civil considera que hay más probabilidad de acierto en la interpretación **legislativa** de la Constitución, que en la interpretación **judicial** de la misma, tanto por el mayor número de individuos que concurren a la expedición de las leyes, como por la circunstancia de requerirse la voluntad de la mayoría de dos Cámaras, cuyos miembros son elegidos de diversa manera; también por la serie de debates que son necesarios; por la diversidad de opiniones respetables que se emiten en el curso de la discusión; por la oposición de la minoría, y finalmente, por la acción benéfica de la prensa, que se ejerce con mayor expansión que se ejercería respecto de las decisiones judiciales, porque éstas se elaboran, no a la luz de la publicidad, como sucede con las leyes, sino bajo la sombra de la más estricta reserva.

Contra el art. 6º de la Ley 153 de 1887, hubo una fuerte reacción. Eminentes jurisconsultos de todos los partidos expresaron su opinión adversa y hasta los Directorios políticos exteriorizaron su deseo de que fuera derogado. Se decía que la Constitución quedaba en el hecho suplantada por la ley, porque ésta podía contener principios de obligatorio cumplimiento contrarios a la Carta. El artículo 40 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 fue la culminación de una campaña intensa adelantada para conseguir la derogatoria del mandato del legislador de 1887.

El doctor Francisco de P. Pérez en muy erudita y reciente publicación sobre la supremacía de la Constitución, y el doctor Miguel Moreno Jaramillo en sus admirables obras "Ley de Leyes" y "Sociedades", consideran el artículo 40 de la reforma de 1910 como una conquista republicana de amplias proyecciones en la vida jurídica del país, que complementa de modo acertado la disposición sobre guarda de la Constitución consagrada en el artículo 41 del Acto Legislativo citado. Sostiene igual opinión el doctor José Antonio Archila en su interesante estudio sobre "Justicia Administrativa."

El doctor Eduardo Rodríguez Piñeres por su parte dice que la reacción contra el artículo 6º de la Ley 183 de 1887, se llevó a un extremo a que no debió llegarse; que la adopción conjunta del sistema del artículo 41 y la del sistema norteamericano contenida en el 40, tiene graves inconvenientes.

Ciertamente, el constituyente de 1910 en el deseo de asegurar la supremacía de la Constitución, fue demasiado lejos: dejó a las autoridades encargadas de aplicar la ley la facultad de desecharla si la juzgan inconstitucional. No solamente al Poder Judicial, sino a todos los empleados encargados de aplicar la ley. De manera que los Alcaldes o los Inspectores de Policía pueden entrar a calificar la constitucionalidad de la ley y abstenerse de aplicar ésta, escudados en el precepto que les otorga esta incomprensible y peligrosa atribución.

En relación con el alcance del artículo 40, el doctor Carlos E. Restrepo opinaba que las autoridades deben tener toda ley por constitucional, dejando a la Corte la atribución de declararla inexequible. Decía que sólo en el caso de una verdadera y flagrante incompatibilidad entre la Constitución y las leyes, en que de modo deliberado y sistemático se pretenda con éstas suplir el imperio de aquélla, pueden las autoridades aplicar de preferencia la Constitución, en defensa de los derechos individuales y de las garantías sociales. Comentaba así el ilustre tratadista:

"Piénsese en la anarquía judicial y administrativa, en el caos nacional que se seguiría de admitir que cualquier empleado o funcionario público, hasta los agentes de policía, tuvieran la facultad de negarse a cumplir las leyes porque las juzgan incompatibles con los preceptos constitucionales."

Además de los abusos que se han podido constatar en numerosos casos, ocasionados por la interpretación del artículo 40, la for-

mación de una jurisprudencia razonada y científica sobre la interpretación constitucional se hace imposible, por la diversidad de opiniones, expresadas con autoridad legal por funcionarios de todas las categorías y condiciones.

La reacción contra el artículo 6° de la Ley 153 de 1887, tiene su explicación histórica, porque en la Constitución de 1886 no existía disposición alguna que estableciera una entidad encargada especialmente de la guarda de la Constitución y que tuviera la facultad de poner freno a los posibles abusos del legislador. Conforme al artículo 151, sólo podía la Corte decidir sobre la exequibilidad de actos legislativos objetados por el Gobierno como inconstitucionales; pero respecto de las demás leyes y decretos violatorios de la Constitución no había acción alguna para los ciudadanos. Era natural que se mirara con recelo el precepto que consagraba la constitucionalidad de las leyes, sin recurso alguno para defender la integridad de los cánones constitucionales. Pero establecida en el artículo 41 del Acto Legislativo N° 3 de 1910 la facultad de acudir a la Corte para acusar las leyes y decretos contrarios a la Carta, no se explica que se deje además a los empleados encargados de aplicar la ley la atribución trascendental de apreciar su contitucionalidad.

En relación con la conservación de las facultades que da el artícolo 40 comentado, es jurídica la observación de que debe ser la Corte la única entidad encargada de resolver la alta y delicada cuestión de la constitucionalidad de las leyes. Corresponde al constituyente enaltecer cada día más esta noble atribución, que no puede dejarse a merced del criterio empírico de autoridades inferiores. Estas no deben quedar facultadas para desconocer el imperio de la ley, o al menos, limitar la facultad a los casos excepcionales de incompatibilidad manifiesta entre la ley y la Constitución. Pero es necesario a la vez en el caso de supresión del artículo 40, perfeccionar más los medios de obtener de la Corte la decisión sobre inexequibilidad en forma que garantice plenamente los derechos de los ciudadanos. Entre las medidas que pueden aconsejarse para obtener este fin, están las siguientes:

Primera.—Cuando algún Juez o Tribunal al aplicar la ley estime que es contraria a la Consttiución, debe suspender el procedimiento y dar aviso a la Corte para que decida el punto en forma definitiva. Una disposición análoga contiene el artículo 100 de la Constitución española, como ya se ha visto.

Segunda.—Extender al Procurador General de la Nación, **motu proprio** o por orden del Gobierno, la facultad de demandar la inexequibilidad de las leyes o decretos.

Tercera.—Establecer la suspensión provisional de los actos acusados, decretada por las dos terceras partes de los miembros de la Corte.

El artículo 41 del Acto Legislativo N° 3 de 1910, que establece la acción pública para pedir la inexequibilidad de leyes y decretos, se limita a consagrar el derecho, sin señalar los requisitos de la demanda ni otra formalidad que la audiencia previa del Procurador.

La Corte actual ha interpretado con amplitud esta disposición para no hacer nugatorio con un rigorismo procedimental el derecho de los ciudadanos. En auto de 5 de agosto de 1936 dijo lo siguiente: "Basta que se determinen con claridad la disposición o disposiciones que se acusan y los preceptos constitucionales que se consideren infringidos y que se expongan además los motivos fundamentales de la acción, para que se deba admitir la demanda, sin que sea necesario sujetar ésta a las ritualidades procesales exigidas para las demandas civiles en general." La Ley 96 de 1936 señaló el procedimiento para los juicios de inexequibilidad y se inspiró en los propósitos de la Corte para hacer eficaz y sencillo el ejercicio del derecho de defensa de la Constitución otorgado a los ciudadanos.

El artículo 1° establece que la sustanciación y preparación de los proyectos en los negocios de inexequibilidad, corresponderá por turno a todos los Magistrados y no solamente a los de la Sala de Negocios Generales como establecía el artículo 49 del C. J., que quedó derogado. Esta medida era necesaria, para distribuir en forma más equitativa el trabajo de la Corte y también por la importancia que tiene para el cumplimiento de la labor de la Corte como guardián de la Constitución la intervención de todos los Magistrados en la elaboración de los proyectos de inexequibilidad, que son sin duda los más trascendentales.

El artículo 2° dice que la demanda de inexequibilidad debe contener: 1° la transcripción literal de la disposición o disposiciones acusadas como inconstitucionales; 2° el señalamiento o designación de los textos constitucionales que se consideren infringidos, y 3° las razones por las cuales dichos textos se consideran violados. Quedó, pues, definida

en forma precisa la manera como debe hacerse la petición de inexequibilidad, para evitar interpretaciones que pudieran perjudicar la acción concedida por el artículo 41 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910. La demanda, como lo había interpretado ya la nueva Corte, no tiene por qué sujetarse a los requisitos de la demanda ordinaria.

El parágrafo del artículo 2º contiene una disposición de gran trascendencia, que viene a definir una cuestión sobre la cual no había sido uniforme el criterio de la Corte. Dice así:

"Pero si la Corte al fallar el negocio encontrare que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos a los invocados en la demanda o que éstos lo han sido por causa o razón distinta a la alegada por el demandante, dicha entidad estará siempre obligada a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad."

Esta disposición le da más amplitud a la misión augusta de la Corte porque le permite estudiar la constitucionalidad de la disposición acusada por todos los aspectos, sin sujetarse a los términos de la demanda. Esta reforma está de acuerdo con la importancia de la facultad otorgada a la Corte y consulta más la grave responsabilidad que ésta tiene en los fallos de inexequibilidad, porque obligada a ceñirse a los términos del libelo, ocurriría el caso de tener que abstenerse de declarar una inconstitucionalidad notoria sólo porque los motivos alegados eran distintos o las disposiciones infringidas no eran las mencionadas por el actor.

La tramitación de impedimentos era uno de los motivos de demora en los juicios de inexequibilidad. No había disposición que señalara los motivos de impedimento y recusación de los Magistrados y esto daba lugar a actuaciones dilatadas y discutidas. El artículo 3º establece con buen acierto que en la tramitación de los asuntos de inexequibilidad no habrá más incidentes que los de impedimentos y recusaciones, y el artículo 4º fija como únicas causales de impedimento y recusación las siguientes: haber conceptuado el Magistrado sobre la constitucionalidad de la disposición acusada; haber dictado dicha disposición; haber sido miembro del Congreso que la dictó o estar dentro del cuarto grado de parentesco de consanguinidad o segundo de afinidad con el demandante o con su apoderado.

El artículo 5º determina que en estos asuntos actuará como Secretario el de la Sala de Casación Civil.

La ley comentada será de gran importancia para la guarda de la Constitución, porque a la vez que simplifica el procedimiento, señala con claridad la manera como se debe ejercitar el derecho de acusar las leyes y decretos considerados como violatorios de la Carta fundamental.

Es de trascendencia para este estudio echar una breve ojeada histórica para conocer las disposiciones que han regido sobre la defensa de la Carta fundamental a través de nuestra vida constitucional.

La Constitución de Cundinamarca, del año de 1811, contenía una disposición importantísima, que puede considerarse como la base histórica de las reformas constitucionales sobre la guarda del estatuto. Es la siguiente:

"9.—Habrá un Senado de censura y protección, compuesto de un Presidente, que lo será el Vicepresidente de la Representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que de oficio o requerido por cualquiera ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que sea contra el tenor de la Constitución."

Al Poder Ejecutivo correspondía la ejecución de las leyes; pero en caso de oposición de una ley directa o indirectamente a la Constitución, debía devolverla con el decreto de "devuélvase por inconstitucional." El artículo 25 establecía que si la ley era derogatoria de algún artículo o artículos de la Constitución, no valía en su favor que el tiempo la hubiera ejecutoriado, y el Senado "tomaría la mano para impedir su ejecución."

Los miembros del Senado, que tenía como fin principal "velar sobre el cumplimiento exacto de la Constitución", eran además del Presidente, cuatro Senadores, renovados por mitad cada dos años.

Esta Constitución la expidieron Jorge Tadeo Lozano, Camilo Torres, Manuel Camacho y Quesada, Vicente de la Roche y otros próceres ilustres. La llamaron "pequeño Código de las primeras y fundamentales leyes de nuestra sociedad", y la terminaron con esta invocación al patriotismo de los ciudadanos:

"Ciudadanos de la Provincia de Cundinamarca, Ministros respetables del Santuario, padres de familia: veis aquí al americano por la primera vez en ejercicio de los derechos que la naturaleza, la razón y la religión le conceden, y de que los abusos de la tiranía le habían privado por espacio de tres siglos. No es ésta la voz imperiosa del despotismo

que viene del otro lado de los mares: es la voluntad de los pueblos de esta provincia, legítimamente representados. No es para vivir sin ley para lo que habeis conquistado vuestra libertad, sino para que la ley, hecha con vuestra aprobación, se ponga en lugar de la arbitrariedad y los caprichos de los hombres. Leedla, estudiadla, meditadla; y, luégo que en los corazones de vuestros parroquianos, de vuestros hijos y de vuestros domésticos se hayan profundamente grabado los santos misterios y las máximas del cristianismo, poned en sus manos este volumen, enseñadles a apreciar el dón que hemos adquirido, y hacedlos sensibles a los intereses de la libertad y felicidad de su patria!"

La Constitución de la República de Cundinamarca de 1812, conservó las mismas disposiciones y le dio al Senado el carácter de "conservador de la Constitución" y estableció que su principal instituto y obligación era el de velar sobre el cumplimiento de ella.

La Constitución de Cartagena de 1812, le dio similares atribuciones al Senado conservador.

La Constitución de Mariquita de 1815, considerada como la más importante de las que se expidieron en las provincias antes de 1821, especialmente por su admirable título de **Declaración de Derechos**, decía en el artículo 18 del título XVIII:

"El Magistrado deberá seguir en todo la letra de la ley; determinar su espíritu cuando fuese dudoso pertenece privativamente al poder de que dimana, a quien deberá consultarse en los casos que la letra ofrezca dudas o perplejidades.

La Constitución de 1821, no contenía ninguna disposición de interés especial sobre gaurda de la Constitución. El art. 189 daba al Congreso la facultad de resolver cualquiera duda sobre la inteligencia de sus disposiciones.

Conforme al proyecto del año de 1826, o sea, la Constitución Boliviana, correspondía a la Corte Suprema "oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar al Ejecutivo para que promoviera la conveniente declaración en las Cámaras." Esta disposición fue consagrada en el artículo 110, numeral 9° de la Constitución de 1830 y conservada en la de 1832, artículo 131, numeral 9°.

El artículo 169 de la C. de 1843 estableció que las dudas que ocurrieran sobre la verdadera inteligencia de cualesquiera disposiciones de ella, podían ser resueltas por una ley especial y expresa.

Como se ve por lo anterior, las Constituciones citadas desde el año de 1821, no ofrecen texto de importancia sobre la cuestión materia de este estudio. En el año de 1853, se le dio a la Corte Suprema de la Nación, por el artículo 42, numeral 6° de la Carta, la atribución de resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales, contrarias a la Constitución y a las leyes de la República.

Donde se encuentra ya una iniciativa de trascendencia relativa a la guarda de la Constitución, es en la del año de 1858. El artículo 50 estableció:

"Corresponde a la Corte Suprema suspender la ejecución de los actos de las Legislaturas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la Confederación; dando cuenta de la suspensión al Senado, para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos."

Conforme al art. 51 la Corte oía las consultas de los Jueces y Tribunales sobre la inteligencia de las leyes nacionales, y las dirigía al Congreso expresando su opinión sobre el modo de resolverlas.

En el régimen federal, artículos 51, numeral 5° y 72 de la Constitución de 1863, correspondía a la Corte Suprema suspender, por unanimidad de votos, a pedimento del Procurador General o de cualquier ciudadano, la ejecución de los actos legislativos de las Asambleas de los Estados, en cuanto fueran contrarios a la Constitución o a las leyes de la Unión, y al Senado decidir definitivamente sobre su nulidad.

La Constitución de 1886 le dio a la Corte la atribución de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y la de decidir sobre la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales que hubieren sido suspendidas por el Gobierno o denunciadas ante los Tribunales como lesivas de derechos civiles (art. 151).

La reforma de 1910 consagró la guarda de la Constitución por la Corte en el art. 41 ya transcrito.

La cuestión del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, es canon fundamental de los modernas Constituciones y motivo de estudio preferente para los tratadistas de derecho. Sea creando una jurisdicción especial, como en Colombia, o bien, dejando a las entidades supremas encargadas de aplicar las leyes, la facultad de decidir las cuestiones de inconstitucionalidad que

suscite un caso sometido a su competencia, como en los Estados Unidos, la defensa de la Carta fundamental de los Estados va cobrando cada día mayor relieve en el derecho positivo.

El problema de la superlegalidad de la Constitución en comparación con la legislación ordinaria, lo define así L. Duguit:

"Primero, la ley suprema, superior a todas las otras, la declaración de derechos. Bajo ésta, las leyes constitucionales rígidas que le están subordinadas, pero que son superiores a las leyes ordinarias. Y estas últimas, que no pueden dictar ninguna disposición contraria a las leyes constitucionales o a la declaración. El sistema constituye una poderosa protección a favor del individuo contra la arbitrariedad legislativa."

El señor B. Mirkine-Guetzevitch, en su obra "Las Nuevas Constituciones del Mundo", anota como una gran conquista del derecho constitucional el hecho de que varias constituciones de la post-guerra hayan reconocido el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, como las de Irlanda, Rumania y Grecia, donde se ha adoptado el sistema americano, y las de Austria y Checoeslovaquia, donde se ha creado un organismo especial de control constitucional, el cual funciona no a iniciativa de las personas privadas, sino a requerimiento de las instituciones del Estado. Pues bien: en Colombia existe el control jurisdiccional de la Constitución, desde el año de 1910, en que el art. 41 del Acto Leyislativo Nº 3 le dio a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Carta, a petición de los ciudadanos, dando así intervención a éstos para velar por el estricto cumplimiento de los principios fundamentales de derecho en que se apoyan la nacionalidad y las garantías individuales. Después la ley 96 de 1936, completó esa institución jurídica, señalando las reglas procedimentales que la hacen eficaz. Ya se ve, con esta ligera anotación, que en muchos aspectos de la vida del derecho vamos a la vanguardia de las naciones civilizadas del mundo.

Ojalá todos los ciudadanos de Colombia realizaran el bello ideal que en el artículo 127 de la Constitución de Grecia del año de 1927, está escrito en estos sugestivos términos:

'La custodia de la Constitución se confía al patriotismo de los helenos."

Pedro A. Gómez Naranjo

Bogotá, mayo de 1938.

SALA PLENA

DECRETO No. 450 DEL 25 DE FEBRERO DE 1937, REGLAMENTARIO DE LA LEY 187 DE 1936. ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, junio diecisiete de mil novecientos treinta y ocho.
(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

> **Al determinar el acto acusado que el Tribunal Seccional Contencioso Administrativo de Medellín continuaría conociendo de los negocios electorales del Chocó con motivo de la elección de Representantes al Congreso, dejó llenado el vacío que en ausencia de tal disposición se presentaba en relación con la competencia para decidir esos negocios; en esa virtud el acto está dentro del molde de las autorizaciones y por ende también de las pautas constitucionales que delimitan el campo de acción de cada uno de los poderes públicos.**

El doctor Manuel A. Chaparro, en ejercicio de la acción popular que consagra el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, presentó demanda ante la Corte Suprema de Justicia para que se declare inexequible por inconstitucional el artículo 6º del decreto ejecutivo número 450 de 25 de febrero de 1937, reglamentario de la Ley 187 de 1936 sobre elecciones para Representantes al Congreso en la Intendencia Nacional del Chocó.

Antecedentes

La citada Ley 187 de 1936, "sobre elecciones", dispone así en su artículo 11:

"Artículo 11. Cuando una Intendencia o Comisaría tenga más de cincuenta mil habitantes, de conformidad con el censo de población vigente, formará una circunscripción electoral independiente, con los organismos legales adecuados, para la elección de Representantes.

"Para el cumplimiento de este mandato queda autorizado el Gobierno para señalar las corporaciones electorales, el sistema de voto y demás requisitos que deban llenarse."

El Gobierno, en ejercicio de las autorizaciones conferidas en la última parte del artículo anterior, promulgó el decreto número 450 de 25 de febrero de 1937 "por el cual se reglamenta el artículo 11 de la Ley 187 de 1936." Dispuso allí erigir en circunscripción electoral independiente la Intendencia del Chocó, determinando el número de Representantes que debía elegir, el sistema de voto, las entidades encargadas de hacer los escrutinios, y añadió en el artículo 6º:

"Artículo 6º El Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Medellín continuará conociendo de los negocios electorales del Chocó suscitados con motivo de la elección de Representantes al Congreso."

Acusación de inconstitucionalidad

El demandante dice que el motivo para su demanda de inexequibilidad se desprende de haberse extralimitado el Poder Ejecutivo en las funciones reglamentarias que le confirió la Ley 187 de 1936, en su artículo 11, variando una jurisdicción contencioso-administrativa —la de Cali— y adscribiendo a una nueva —la de Medellín— el conocimiento de los negocios electorales de la Intendencia Nacional del Chocó en la elección de Representantes al Congreso.

Cita como violados los artículos 5º, 69 y 164 de la Constitución nacional, porque en sentir del actor corresponde al Congreso por medio de leyes establecer y reformar las otras divisiones territoriales de que trata el artículo 6º de la Constitución, establecer y organizar la jurisdicción contencioso-administrativa de las Intendencias. Y como en el artículo acusado el Presidente de la República reglamentó estas materias que están atribuídas privativamente al Congreso, se extralimitó en el ejercicio de la potestad

reglamentaria que tiene según la Constitución misma.

Cita también el demandante varias disposiciones legales para establecer que, según determinación expresa de la ley, corresponde al Tribunal Administrativo de Cali, con residencia en la ciudad del mismo nombre y jurisdicción en el Departamento del Valle y la Intendencia del Chocó, el conocimiento de los negocios contencioso-administrativos que puedan suscitarse con motivo de la elección para Representantes al Congreso en dicha Intendencia, y no al Tribunal Administrativo de Medellín, como erróneamente dispónelo el artículo 6º acusado, extralimitando así, seguramente en forma involuntaria, las atribuciones reglamentarias que al Gobierno otorgó el artículo 11 de la Ley 187 de 1936. El señalamiento de la autoridad o tribunal que deba tener jurisdicción para fallar un asunto contencioso, corresponde por ministerio de la Constitución privativamente al Congreso, y excepcionalmente al órgano ejecutivo, sólo cuando de una manera expresa y extraordinaria le delega el Congreso esa atribución.

Concepto del Procurador General de la Nación

El señor Procurador General de la República emitió su concepto en un sentido contrario a las pretensiones del demandante.

Después de hacer dicho funcionario un recuento de la doctrina general acerca de la potestad reglamentaria del órgano ejecutivo, alude a la Ley 93 de 1922 sobre división territorial electoral, que dispuso que el distrito electoral de Medellín quedara integrado por el Departamento de Antioquia y la Intendencia del Chocó; a los artículos 1º, incisos d) e i) y 13 de la Ley 25 de 1918, "reformatoria de la Ley 130 de 1913"; a los dos últimos incisos del artículo 2º del Acto Legislativo número 1º de 1936; al artículo 11 de la Ley 187 de 1936; y, por último, a la disposición ejecutiva acusada; para concluír, sobre la base de todas estas disposiciones, así:

"Resulta a la simple vista que el Ejecutivo no se extralimitó en el ejercicio de la facultad reglamentaria que en el caso concreto de la Ley 187 podía ejercer tanto por ser materia administrativa, en la cual el Presidente de la República tiene poder reglamentario emanado de la Constitución, como porque la misma ley le dio expresamente la facultad de hacerlo. Y dentro de los amplios límites que anteriormente se estudiaron de la potestad reglamentaria, era deber del Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, hacer uso —en defecto de las disposiciones legislativas expresas— de la facultad reglamentaria que le atribuye el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución de 1886 para aclarar —en beneficio de la buena administración de justicia electoral— el punto relativo a la competencia del Tribunal que debía conocer de las demandas a que dieran lugar las elecciones para Representantes en la Intendencia del Chocó."

Examen de la demanda

Por mandato constitucional las porciones del territorio nacional conocidas con el nombre de **intendencias** y **comisarías** están colocadas bajo la inmediata administración del Gobierno central, siendo al mismo tiempo de la competencia exclusiva del legislador dictar las normas superiores con que ha de guiarse esa gestión administsativa, y además "darles estatutos especiales y reglamentar su organización electoral, judicial y contencioso-administrativo", conforme el último inciso del artículo 5º de la actual Constitución colombiana.

Actividad propia de la función legislativa es pues el señalamiento de la extensión y límites de la jurisdicción de los organismos electorales, judiciales y contencioso-administrativos de las Intendencias y Comisarías, con lo cual apenas se consagró para dichas entidades el mismo régimen de derecho aplicable en el resto de las secciones.

Elementos esenciales de toda jurisdicción, como función de soberanía, son, de una parte, la delimitación territorial dentro de la cual le corresponde actuar al respetivo Juez o funcionario, y, de otra parte, la competencia, tomado el vocablo en su acepción técnica, esto es, en cuanto significa la facultad que tiene el órgano jurisdiccional del poder público para conocer y decidir, con autoridad plena, en determinado negocio.

De consiguiente, ambos elementos, como integrantes de la jurisdicción, sólo pueden ser tratados y desarrollados en normas legislativas por el Congreso. Es decir que en el Congreso reside la potestad privativa de dictar normas destinadas a regular todo lo relativo a la jurisdicción y competencia de los organismos electorales, judiciales y contencioso-administrativos de Intendencias y Comisarías, y que estas dos materias por su índole y naturaleza sustantivas están sustraídas de la esfera de acción propiamente gubernativa.

Empero, por excepción, el Gobierno puede

tener la facultad de dar, dentro de la órbita constitucional, normas obligatorias de carácter sustantivo, y por consiguiente, de expedir estatutos reguladores de la jurisdicción, por delegación expresa del Congreso. En tal caso el Gobierno, a su ordinaria función administrativa y reglamentaria, aúna la de establecer reglas de derecho o determinar la organización de la institución encargada del cumplimiento de la norma, según sea la extensión de la delegación y de la materia u objeto a que se refiera y esté dentro del pensamiento del legislador.

Por el artículo 11 de la Ley 187 de 1936 el legislador dispuso que cuando una Intendencia o Comisaría tenga más de cincuenta mil habitantes, debe formar una circunscripción electoral independiente, con los **organismos legales adecuados,** para la elección de Representantes; y delegó en el Gobierno la facultad de dictar normas tendientes a darle cumplimiento a ese mandato, señalando las corporaciones electorales, el sistema de voto y demás requisitos necesarios.

Por tal mandato el Congreso, pues, estatuyó una norma general, y para desenvolverla y darle vida en el terreno de la práctica, delegó en el Gobierno la función legislativa encaminada a crear los organismos legales adecuados para obtener su cumplida ejecución. Esta delegación, de contenido preciso y determinado, entraña por sí misma todas las facultades indispensables para poner en movimiento el mecanismo electoral en la Intendencia del Chocó en la elección de Representantes, dentro de los principios jurídicos y ordenaciones legales que regulan en todo el país el régimen del sufragio; por consiguiente comprende, o tiene que comprender, desde la organización de las corporaciones encargadas de la percepción y vigilancia del voto hasta la potestad de subsanar los vacíos u oscuridades de la ley en lo relativo a la jurisdicción y competencia de los tribunales a cuyo conocimiento corresponde decidir las contiendas electorales, sin los cuales, o sin su definida intervención en los pleitos que puedan suscitarse, queda desamparada de garantías la etapa culminante y definitiva de cualquier elección popular.

Para la Corte los términos del segundo aparte del artículo 11 de la Ley 187 de 1936 no le vedaban al Gobierno intervenir en la determinación de las cuestiones de competencia para conocer de los pleitos electorales; ante la nueva situación creada tales cuestiones eran susceptibles de quedar inciertas y vagas con detrimento de la justicia y de la pureza del sufragio, una y otra buscadas por el legislador como fin primordial de todo sistema eleccionario. Desde que las autorizaciones se otorgaron para el debido cumplimiento del querer del legislador, a ese propósito debió subordinarse y dirigirse la acción gubernativa, y esa es la idea que debe considerarse, sin miramientos hacia la aparente expresión literal de los vocablos que la contienen, de los cuales por otra parte tampoco se infiere la limitación sustentada por el demandante, como quiera que el precepto remata con una frase que da a comprender que el legislador pretendió poner al Gobierno en capacidad de crear todos los medios adecuados para obtener el funcionamiento regular y correcto del sistema electoral en la Intendencia del Chocó, en la elección de Representantes: "Para el cumplimiento de este mandato —dispuso el Congreso— queda autorizado el Gobierno para señalar las corporaciones electorales, el sistema de voto y **demás requisitos que deban llenarse.**"

Entre esos medios conducentes no pueden excluírse el concerniente a poner en claro la competencia del tribunal que debe fallar los pleitos electorales suscitados en la Intendencia del Chocó con ocasión de la elección de Representantes, porque para que una elección traduzca la auténtica manifestación de la voluntad popular exige como requisito primordial que los ciudadanos conozcan de antemano ante qué autoridad del orden contencios-administratibo deberán demandar la elección viciada.

Al determinar el acto acusado que el tribunal seccional contencioso-administrativo de Medellín continuaría conociendo de los negocios electorales del Chocó suscitados con motivo de la elección de Representantes al Congreso, dejó llenado el vacío que en ausencia de tal disposición se presentaba en relación con la competencia para decidir esos negocios; en esa virtud el acto está dentro del molde de las autorizaciones y por ende también dentro de las pautas constitucionales que delimitan el campo de acción de cada uno de los poderes públicos.

Y el vacío se hubiera presentado; en efecto:

El artículo 2º de la Ley 93 de 1922 sobre divisón territorial electoral, demarcó el distrito de Medellín para la elección de Representantes al Congreso integrándolo con el Departamento de Antioquia y la Intendencia del Chocó.

Luégo la Ley 25 de 1928, artículo 1º, inciso D), fijó la jurisdicción del Tribunal Contencioso Administrativo de Cali sobre el Departamento del Valle y la Intendencia del Chocó. Pero el artículo 13 de la misma ley

agregó esta excepción: "De los juicios de nulidad de la elección de Representantes conocerá el tribunal de la capital del distrito electoral." Y como en lo electoral para la elección de Representantes, el Chocó pertenecía a Medellín, según la citada Ley 93 y luégo el decreto 713 de 1931, el Tribunal de Medellín debía conocer de los respectivos pleitos electorales, quedando derogada para esos negocios la competencia del Tribunal de Cali (arts. 9º y 14 de la Ley 153 de 1887).

El Acto Legislativo Nº 1º de 1930 ordenando que cada departamento constituya una circunscripción para la elección de Representantes (art. 1º, parágrafo único), no modificó esta situación, porque en el mismo acto encuéntrase el art. 4º que dispone que la ley agregará a las circunscripciones electorales el territorio de las Intendencias y Comisarías; y en desarrollo de tal precepto vino el decreto ejecutivo citado, Nº 713 de 1931, que agregó la Intendencia del Chocó al distrito electoral de Medellín, para la elección de Representantes.

De esta manera el principio consagrado en el artículo 13 de la Ley 25 de 1928, en cuanto al territorio del Chocó, se había conservado en plena vigencia hasta el momento de consumarse su independencia como circunscripción electoral, por mandato del art. 11 de la Ley 187 de 1936.

Mas por efecto de la citada emancipación electoral del Chocó, lógicamente volvíase incierto el punto de la competencia del Tribunal Seccional Contencioso Administrativo de Medellín en lo relativo a demandas por razón de la elección para Representantes, incertidumbre que acertadamente vino a disipar el artículo acusado como inconstitucional.

Por último, respecto del desistimiento de la acción hecho por el demandante, la Corte Plena, para desatenderlo, repite lo ya expresado en fallo de 10 de marzo último: "Aun cuando es ineficaz la renuncia de un derecho público, sin embargo, puede en doctrina el titular de éste prescindir de su ejercicio, siempre que tal derecho no envuelva un deber, y, además, que el ordenamiento jurídico no prohiba expresamente esa forma de renuncia. Ahora bien. Entre nosotros el art. 14 de la Ley 25 de 1928 prohibe, sin excepción, el desistimiento en las acciones de carácter público, motivo por el cual no se ha accedido a decretarla." (Gaceta **Judicial** Nº 1934, pág. 196, col. 2ª).

Resolución

La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, oído previamente el parecer del Procurador General de la Nación, decide, en ejercicio de las funciones que le asigna el artículo 149 de la Constitución nacional, que es exequible el artículo 6º del decreto ejecutivo Nº 450 de fecha 25 de febrero de 1937.

Publíquese, notifíquese, cópiese, dése cuenta al señor Ministro de Gobierno, e insértese copia del fallo en la **Gaceta Judicial.**

Pedro A. Gómez Naranjo.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Salvador Iglesias.—Fulgencio Lequerica Vélez.—José Antonio Montalvo.—Juan Francisco Mújica. — Pedro Alejo Rodríguez.—Hernán Salamanca.— Eleuterio Serna R.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION CIVIL

RECURSO DE SUPLICA

En el traslado ordenado por el artículo 530 del C. J. debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 374 del mismo Código.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el juicio ordinario entre Ezequiel Hoyos y Rafael Navia Belalcázar, hoy en la Corte por casación contra la sentencia del Tribunal de Cali, el magistrado sustanciador se negó a declarar desierto el recurso interpuesto por Hoyos, no obstante haberse presentado la demanda de casación después de los treinta días del art. 530 del C. J., porque lo fue antes de vencerse la adición correspondiente al número de fojas del proceso mayor de ciento, a razón de un día por cada cincuenta hojas excedentes, según el artículo 374 de ese Código. Contra la providencia a que acaba de aludirse, que es de 6 de los corrientes, el abogado de la parte opositora, solicitante de la declaración de estar desierto el recurso de casación, interpuso el de súplica para ante el resto de la Sala.

Arguye que la disposición del art. 530 es especial y por lo mismo prevalente sobre la general del art. 374, a más de corresponder aquélla a la reglamentación de un recurso extraordinario para la cual ha hecho siempre casilla aparte nuestro procedimiento civil. Y sostiene que se violaría el art. 5º de la Ley 57 de 1887 al interpretar estas disposiciones del modo que lo hace la providencia reclamada, por cuanto se desatendería lo que ordena en el sentido de que prevalezca la disposición especial, a que añade que el orden numérico de esas dos disposiciones concurre también a lo que el recurrente solicita.

Para resolver se considera:

El Código reglamenta en forma general los términos en el Título IX de su Libro 2º, título que se abre con el art. 366, según el cual se les define como "los plazos señalados por la ley o por el juez para que dentro de ellos se dicte alguna providencia, se haga uso de un derecho o se ejecute algún acto en el curso del juicio."

Al referirse ese título sobre términos a los traslados, pronuncia el aumento del término para alegar como ya se vio al citar el art. 374.

Así las cosas, para entender que el término de un traslado para alegar no está cobijado por esta disposición, sería preciso que la ley expresamente lo exceptuara. Y no hay disposición que tal pronuncie respecto del traslado para alegar en casación.

Si determinada extensión en el número de fojas de un proceso produce proporcional aumento en el número de días del traslado para alegar y si esa extensión no cambia por la clase de alegato, es claro que no por ser éste de casación en un caso dado, haya de reputársele en situación distinta, cual si el legislador hubiese establecido una distinción o clasificación que brilla por su ausencia.

El art. 530, a la manera de otros tantos análogos, fija un término al tralasdo respectivo, y por su lado el art. 374 provee separada e independientemente al detalle de la mayor extensión del proceso y a la consiguiente proporcional ampliación del plazo. No se advierte en esto contradicción alguna, sino tan sólo la previsión de modalidades diferentes, no en el fondo, sino en el detalle de la duración.

Por estas razones se insiste ahora en la jurisprudencia uniforme y sostenida de la Corte al respecto, a la que se ajustó la providencia reclamada.

El haber entrado la Sala a conocer del presente recurso indica que estima acertado el concepto del reclamante sobre procedencia de aquél ante los arts. 511 y 466 del C. J.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma el auto reclamado.

Cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Juan Francisco Mújica.—Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

ACCION DE PERJUICIOS POR CAUSA DE UN INCENDIO.—CULPA EXTRACONTRACTUAL.— A QUIEN CORRESPONDE LA CARGA DE LA PRUEBA DEL DAÑO.—RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS FERROVIARIAS EN CIERTOS CASOS.—PAGO DE INTERESES EN EL CASO DEL ARTICULO 1617 DEL CODIGO CIVIL

1.—El artículo 2356 del C. C. establece una presunción de responsabilidad que origina y da nacimiento a la presunción de culpa. La carga de la prueba no corresponde al damnificado, en casos como el de autos, sino al agente negligente, imprevisivo y descuidado que por malicia o negligencia causó el daño. 2.—Las empresas ferroviarias están obligadas a proceder con la mayor diligencia a fin de prevenir los daños que puedan ocasionar sus locomotoras. 3.—Si de acuerdo con la ley 76 de 1920 se prohibe a toda clase de personas el establecimiento de plantaciones dentro de la zona por la cual ha de pasar un ferrocarril, con más razón constituye un deber para las empresas ferroviarias hacer desaparecer las causas de peligro de daños a los predios, tales como las malezas que pueden ser incendiadas por las chispas de las locomotoras. 4.—Para aceptarse que un hecho dañoso ha originado un perjuicio cuya reparación es materia de controversia, es suficiente una relación necesaria entre la culpa y el perjuicio. Si el daño no proviene de una causa única, basta que entre las diversas causas exista una que tenga carácter inicial en la relación de causalidad y que pueda imputarse a culpa de una persona determinada para que ésta en principio se repute obligada a indemnizar. 5.—Nuestro Código Civil, en el título 12 del libro 4º establece primero normas generales sobre indemnización según los diversos tipos de obligaciones y sus causas genitoras. Pero al finalizarlo, sólo cuando se trata de la obligación de pagar una cantidad de dinero, sea ésta determinada, determinable o indeterminable, es cuando consagra un estatuto peculiar y excepcional contenido en el art. 1617, cuyas características jurídicas especiales para tal régimen podrían sintetizarse así: a) cuando es procedente la indemnización en dinero, asume siempre la calidad de moratoria y nunca la de compensatoria; b) la ley no impone la necesidad de probar la existencia de perjuicios, que se presume por la naturaleza fructuaria que corresponde al dinero; c) es suficiente el hecho del retardo, para cuyo reconocimiento no son indispensables demanda ni requerimiento.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, mayo dieciocho de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes

1º El 25 de enero de 1931 la máquina del Ferrocaril del Nordeste que conducía el tren de pasajeros en la línea de Bogotá hacia Tunja, al pasar a eso de la una de la tarde por la vereda de Chinitá, en jurisdicción del municipio de Chocontá, produjo incendio en dos potreros denominados "Los Arrayanes", sobre los terrenos de Lisandro Saboyá y Jacinto Torres, donde el arrendatario de éstos, señor Angel María Torres, tenía nueve montones de trigo hacinados y listos para trillar, junto con un montón de abono y unos pastos y unos postes para cerca, todo lo cual fue destruído a consecuencia del incendio.

2º El Ferrocarril del Nordeste al cual pertenece la máquina mencionada, es de propiedad de la "Societé Nationale de Chemins de Fer en Colombie", sociedad anónima legalmente domiciliada en la República.

3º Con motivo del daño ocasionado, el damnificado Angel María Torres presentó al gerente de esa empresa, general Eduardo Briceño, el reclamo oportuno, solicitando el pago oportuno de la respectiva indemnización y no obstante esa petición y el aviso oficial que del accidente tuvo el mencionado gerente no quiso atender esa reclamación y subsanar los perjuicios producidos por el incendio.

4º Angel María Torres afirma que el incendio se produjo a causa de las chispas que arrojaba la locomotora y que éste principió dentro de la zona del ferrocarril, la que a su decir estaba cubierta de una maleza seca, y lo imputa a culpa o descuido de los empleados de la empresa. Fundado en tales hechos pide que se le paguen los perjuicios producidos en el siniestro denunciado.

Juicio ordinario

Como consecuencia de los hechos anteriores Angel María Torres promovió demanda ordinaria ante el Juzgado 6º del Circuito de Bogotá contra la "Societé Nationale de Chemins de Fer en Colombie", solicitando que previos los trámites legales se hagan las siguientes declaraciones:

'1º Que la Sociedad demandada debe pagar a mi poderdante, en dinero o en especies de igual calidad, lo siguiente: ciento diez cargas de trigo, apreciado a razón de doce peso carga; una pastada de valor de ciento cincuenta pesos; cincuenta y seis carretadas de abono a razón de cinco pesos la carretada; cincuenta postes para cerca de valor de diez pesos; todo lo cual fue incendiado y destruído por una máquina del Ferrocarril del Nordeste, el 25 de enero del año de 1931, en el sitio o vereda de Chinatá y en jurisdicción del municipio de Chocontá.

"2º Que la empresa o sociedad demandada debe pagar, junto con lo que resulte comprobado que destruyó o incendió una de sus máquinas, los demás perjuicios que provengan del incendio mencionado, comprendiendo el lucro cesante y daño emergente, los intereses de las sumas que salga a deber, gastos de reclamación y demás prestaciones dependientes del incendio causado.

"3º Que la empresa del Ferrocarril del Nordeste y su dueño la 'Societé Nationale de Chemins de Fer en Colombie', es responsable civilmente del daño o incendio, causado por una locomotora del ferrocarril llamado del Nordeste, en la línea férrea que parte de Bogotá hacia Boyacá, pasando por Chocontá, la cual conducía el tren de pasajeros, ocurrido el día veinticinco de enero de mil novecientos treinta y uno, al pasar por el sitio o vereda de Chinatá, en jurisdicción del municipio de Chocontá, donde se encontraban los bienes de mi poderdante que le fueron destruídos a eso de la una de la tarde del día mencionado.

"4º Que el señor general Eduardo Briceño personalmente, por no haber querido atender al reclamo que se le hizo oportunamente en su calidad de administrador o gerente de la empresa y por haber evadido por su cuenta solucionar este reclamo, es responsable de que la sociedad demandada no hubiera pagado los perjuicios a que se refiere la presente demanda y el valor de las cosas destruídas, y, en el caso de que no se puedan hacer las anteriores declaraciones o condenar a la sociedad demandada al pago mencionado, debe pagar dicho valor a mi poderdante."

El juez de primer grado desató la litis negando todas las peticiones solicitadas y absolviendo a la sociedad demandada de todos los cargos incoados en el proceso.

Contra esta providencia se alzó en apelación el actor ante el Tribunal Superior de Bogotá y esta superioridad en sentencia fechada el día 26 de marzo de 1936 decidió la segunda instancia haciendo las declaraciones condenatorias que pasan a transcribirse:

"1º La sociedad demandada es responsable civilmente de los daños causados en la propiedad de Angel María Torres por causa del incendio ocurrido el 25 de enero del año de 1931 en la vereda de Chinatá, municipio de Chocontá, y de que da cuenta el expediente.

"2º Condénase a la misma sociedad a pagar a Angel María Torres la suma de cien pesos ($ 100:00) moneda corriente, valor de la pastada de los terrenos incendiados, al tenor del avalúo judicial practicado.

"3º Condénase a la entidad demandada a pagar al demandante el valor de nueve montones de trigo, el de abono y el de los postes que resultare comprobado mediante el procedimiento propio de la ejecución de la presente sentencia, más los intereses legales de la suma que por el motivo anterior se determinare, a partir de la fecha del siniestro, y a las costas del presente juicio.

"4º No hay lugar a estudiar las peticiones de la demanda en lo que se refieren al demandado general Eduardo Briceño."

Recurso de casación

La sociedad demandada interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación y acusa la sentencia de segundo grado por diversos motivos legales, comprendidos en el artículo 520 del Código Judicial y que pueden sintetizarse así:

A) La tesis errónea de la presunción de culpa llevó al tribunal a dar por probada la existencia de culpa a cargo de la empresa por el incendio del trigo y demás objetos a que este juicio se refiere. Por eso incurrió en error de derecho en cuanto a la prueba de la referida culpa y este error lo llevó a la violación de los artículos 2341 del Código Civil y 26, inciso d) de la Ley 76 de 1920 sobre régimen policivo de ferrocarriles.

B) La sentencia acusada al deducir de los artículos 4º y 5º de la Ley 76 de 1920 la obligación para la empresa demandada de mantener limpia de maleza toda la zona del ferrocarril y al imputarle culpa por no hacerlo así, violó esas disposiciones, dándoles una extensión y un sentido que ellas no tienen. Consecuencialmente quebrantó el art. 2341 del Código Civil y el 26 de la Ley 76 mencionada partiendo del supuesto equivocado de que existía culpa de la empresa por el motivo antes indicado.

D) En el supuesto —que no acepta el recurrente— de que fuera procedente la condenación en perjuicios que el fallo formula, se incurrió en violación de ley sustantiva por

infracción directa, al no dársele aplicación al artículo 2357 del Código Civil que dispone que la apreciación del daño está sujeto a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente. Hay error de derecho al omitir por completo la apreciación de los testimonios aducidos por la parte demandada y con los cuales se demuestra la imprudencia del demandante y la falta de observancia del artículo 3º, inciso 2º, de la Ley 76 de 1920.

E) La sentencia del tribunal, al aplicar contra la empresa el artículo 1615 del Código Civil, imponiéndole la obligación de abonar intereses legales desde el día del incendio, violó ese artículo por errada interpretación e indebida aplicación.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

— A —

Presunción de culpa

No rechaza el recurrente que en autos aparezca plenamente demostrado que el incendio se produjo por el hecho de haber comunicado las chispas despedidas por la locomotora fuego a las malezas cercanas. Tampoco discute que el actor haya demostrado suficientemente ser el propietario de los elementos incinerados, o sea una cantidad determinada de trigo listo para trillar, de abonos, de postes para cercas y la pastada que al colectarse el trigo quedaba sobre el piso del potrero. No es el caso de resolver sobre el valor jurídico probatorio del avalúo pericial de tales objetos, ya que los testimonios aducidos en juicio y que sirven de base fundamental demostrativa de los hechos de la demanda no determinan la cantidad precisa de efectos destruídos y mal puede saberse cuál sea su valor determinado. Basta aceptar que numerosos testimonios presentados por el actor y no acusados por el recurrente en casación dejan plenamente establecida la verdad judicial de tales hechos.

Pero en cambio rechaza la tesis sostenida por el sentenciador de segundo grado, consistente en la presunción de culpa que pesa a cargo de la empresa del ferrocarril, fundado en que en el caso de autos se está en presencia de una posible culpa extracontractual —**culpa aquiliana**— en la cual no cabe tal presunción sino que la prueba del hecho dañoso corre exclusivamente a cargo del actor que la alega.

La Corte considera:

El artículo 1494 del Código Civil establece las fuentes de las obligaciones y allí sienta el principio de que éstas nacen —entre otras causas— a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona. Dedúcese de lo dicho que la obligación, como vínculo jurídico, puede tener como única razón o causa un acto realizado contra el derecho ajeno o fuera de la extensión normal permitida para el justo ejercicio del que nos corresponde; por eso toda culpa es el hecho dañoso perpetrado fuera del límite del derecho..

Cuando en el título 12 del libro 4º del Código Civil se trata "del efecto de las obligaciones", es claro y natural que incluye entre éstas las que se han originado en un hecho que ha inferido daño a un tercero, dado que allí se establecen normas generales para todas las obligaciones civiles, cualquiera que sea su fuente genitora, sin hacer distinción alguna entre éstas. De no aceptarse esta hipótesis, habría que concluír que en nuestro derecho positivo no existen normas especialmente destinadas a regular los efectos jurídicos de las obligaciones extracontractuales, en cuyo caso sería de rigor aplicar por analogía los preceptos que determinan aquéllos que nacen del acuerdo de voluntades.

Y si esto es así, hay que aceptar el extremo de que le es aplicable a la culpa nacida extra contrato la regla consagrada en el inciso 3º del artículo 1604 del Código Civil, en virtud del cual la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, por ningún motivo al que la alega.

La culpa extracontractual tiene como fundamento jurídico la realidad objetiva de la vida social y los deberes imperativos que a los asociados imponen las múltiples relaciones de convivencia. Si el sér humano vive en sociedad con sus semejantes, para ejercitar sus derechos y facultades debe emplear la mayor diligencia y el mayor esmero y cuidado, a efecto de que su actividad individual no vaya a lesionar el derecho ajeno o a perturbar el normal equilibrio que debe presidir las relaciones jurídicas de convivencia.

Pero hay algo más: el artículo 2341 del Código Civil sienta el principio básico de la responsabilidad por culpa extracontrato, según el cual el que ha cometido culpa que ha inferido daño a otra persona está obligado a la indemnización.

Como complemento de la norma anterior y de la teoría que ella consagra, el artículo 2356 ibídem establece la regla general e invariable de que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Se deduce

de la letra y del espíritu de ese precepto que tan sólo se exige que el daño causado fuera de las relaciones contractuales **pueda imputarse**, para que ese hecho dañoso y su probable imputabilidad al agente contraventor constituya la base o fuente de la obligación respectiva.

Como corolario de lo dicho anteriormente, hay que aceptar que el citado artículo 2356 establece una presunción de responsabilidad que origina y da nacimiento a la presunción de culpa extracontractual que niega el recurrente y que aparece consagrada en los preceptos normativos antes citados. Y de los anteriores principios hay que deducir que la carga de la prueba no corresponde al damnificado sino que corre de cargo del agente negligente, imprevisivo y descuidado que por malicia o negligencia causó el daño.

Con esta hermenéutica no se pretende destruír el concepto universal sobre presunción de inocencia, interpretación ya bien definida y explicada por la Corte en casos semejantes; sino que se hace necesario en las sociedades modernas acompasar la jurisprudencia a las actividades y adelantos del mundo moderno, procurando que ese cúmulo de nuevas energías e iniciativas y la profunda intensidad de las fuerzas mecanizadas no vengan a producir un hondo desequilibrio en la vida social y a perturbar las normales relaciones de convivencia, sobre todo en los centros habitados por densos núcleos sociales.

La tesis antes expuesta adquiere plena oportunidad en el caso de autos, donde se dilucida la responsabilidad civil por daños causados por una locomotora de ferrocarril. Bien está que se afirmen y vinculen a la vida nacional esos nuevos factores de progreso, que tanto contribuyen al desarrollo y mejoramiento del medio colectivo y a facilitar el trabajo humano. Pero debe reconocerse plenamente que la aplicación de esos elementos a la vida nacional lleva consigo, por su propia índole, factores predominantes de peligrosidad que ocasionan necesariamente perturbaciones en las relaciones sociales y obligan a establecer un régimen jurídico severo que asegure la integridad patrimonial y garantice la indemnización por daños originados en una actividad peligrosa.

De aquí nace la moderna teoría de la presunción de culpa, según la cual el agente de la actividad peligrosa se presume responsable de sus consecuencias, habida consideración a los daños que de su natural actividad pueden originarse. Circunscribiendo esta tesis al pleito que es materia del recurso, hay que aceptar que una locomotora alimentada con carbón produce chispas al hacerse la combustión, y esas chispas, al salir por la chimenea y ser aventadas por las corrientes atmosféricas pueden hallar materia combustible en las malezas circundantes y ocasionar incendios en los bienes y propiedades aledaños. Si esto es así, con estricta aplicación de la teoría mencionada, hay que presumir la culpa del autor del daño, lo que le impone la obligación de destruír esa presunción demostrando la existencia de alguno de estos tres factores exculpativos: caso fortuito, fuerza mayor, intervención de elementos extraños..

Fortuna es, como lo ha expresado ya la Corte, que el artículo 2356 del Código Civil, fielmente interpretado dentro de una sana hermenéutica, permita prever y resolver con toda amplitud estos problemas que crean los modernos sistemas de vida y de locomoción. No se hace necesario crear por medio de un generoso criterio jurisprudencial fórmulas que apresten soluciones, sino que son preceptos objetivos de nuestra legislación los que vienen a tener fiel y oportuna aplicación a tales litigios.

Se desprende de lo dicho que se ajusta a derecho la conclusión de la sentencia recurrida en cuanto establece la presunción de culpa y no incide por lo tanto la primera causal de casación interpuesta por el recurrente ni se han violado por interpretación errónea o aplicación indebida los artículos 2341 del Cdigo Civil y 26, inciso d) de la Ley 76 de 1920.

— B —

Culpa del demandado

Así sintetiza la providencia acusada la causa del siniestro:

"Que el incendio se produjo por haber comunicado las chispas de la locomotora fuego a las malezas próximas a las carrileras del tren, no queda la menor duda: sobre el particular las declaraciones contestes de los señores Manuel Chaves, Rafael Alvarez, Juan Cortés Alvarez, Proto Alvarez, Anastasio Quintero, Juan Pinzón y Jacinto Chaves, recibidas todas en la primera instancia establecen este hecho con claridad indubitable, y lo ratifican en el término probatorio de la segunda instancia los declarantes José Sarmiento, Carlos Jiménez, Roso Chaves, Teodoro Merchán y Pedro Sarmiento. Es perfectamente inútil hacer transcripción alguna de los textos de las declaraciones citadas pues todas ellas acordemente afirman que el

incendio se produjo por obra de las chispas de la locomotora y al caer sobre las malezas de la vía."

Sostiene el recurrente que el tribunal violó por aplicación indebida o interpretación errónea los artículos 4º y 5º de la Ley 76 de 1920, al imponerle a la empresa demandada la obligación de mantener limpia de maleza la zona del ferrocarril.

Estudiados los dos preceptos alegados es indudable que en ellos no se impone de manera expresa a las empresas férreas la obligación de conservar la zona de tránsito limpia de malezas y demás vegetaciones similares, de germinación espontánea. Se refiere el segundo de esos textos a prohibir a tales empresas hacer plantaciones de árboles dentro de la zona y el primero a establecer la prohibición general para toda clase de personas de hacer plantaciones de árboles a una distancia menor de doce metros del eje de la vía, sin el consentimiento de la respectiva empresa.

Pero es lógico suponer que la conservación de esas malezas a distancia menor de doce metros del eje de la vía, sobre todo en determinada época del año, en que por falta de lluvias y por la acción del sol llegan a secarse y constituir fácil materia combustible, origina un grave peligro para los bienes y propiedades aledañas, ya que es un hecho que la locomotora arroja chispas de fuego y que tales chispas puedan llegar fácilmente hasta esa materia inflamable y producir la combustión originaria del incendio. Constituye un deber elemental de las empresas ferroviarias proceder con la mayor acucia, cuidado y diligencia en tales casos y prever las catástrofes de esa índole, obrando con el cuidado, diligencia y previsión que son de esperarse en casos semejantes a efecto de hacer desaparecer los factores y elementos que fatalmente puedan ocasionarlos. Si, pues, la actividad humana a que esos organismos se dedican, por su índole peculiar, crea fatalmente el riesgo, nada más natural dentro de los principios sentados en esta providencia que exigir a las sociedades explotadoras de vías férreas el mayor cuidado y diligencia para evitar tales siniestros y hacer desaparecer los factores que puedan originarlos.

Con vista de tal teoría, hay que concluír que si la empresa demandada creó el daño y no hizo lo conveniente para evitarlo, debe soportar las consecuencias de éste e indemnizarlo debidamente. Y es también evidente que si los dos preceptos indicados como violados prohiben plantaciones de árboles a toda clase de personas dentro de la zona y en la medida en ellos señalada, con más razón constituye un deber para la empresa demandada hacer desaparecer las malezas en aquellos sectores de su propiedad donde su presencia haya creado el peligro.

En nada aminoraría la conclusión que acaba de sentarse el hecho de que efectivamente no hubieran existido malezas secas en la zona de la vía férrea. Es suficiente la demostración de que la locomotora, en el día y hora indicados, produjo el incendio a consecuencia de las chispas y de que tal siniestro ocasionó la destrucción de los efectos de propiedad del demandante, para que se presuma la negligencia y falta de cuidado de los empleados de la empresa y de que tal hecho dañoso puede serle imputado, ocasionando la consiguiente reparación civil del daño (arts. 2341 y 2356 del C. C.). Sólo la existencia de algún hecho exculpativo, como fuerza mayor, caso fortuito o intervención de elementos extraños, podrían reducir o hacer desaparecer esta responsabilidad civil de la entidad propietaria y eximirla en todo o parte del deber de subsanar los perjuicios ocasionados.

No incide, por lo tanto, el segundo motivo de acusación de la sentencia y es procedente desestimarlo.

— C —

Falta de protectores contra las chispas en las chimeneas de la máquina

La providencia que se revisa, para formular el cargo de negligencia a la entidad demandada, argumenta de este modo:

"El descuido se hizo luégo más patente aún, ya que a pesar del verano y viendo todos los días que la maleza se secaba hasta convertirse en materia fácil a la acción del fuego, no la hizo retirar, para prevenir así los peligros que pudieran ocasionarse al caer sobre esas materias perfectamente secas las chispas encendidas de las locomotoras que arrojan incesantemente por no estar provistas las chimeneas de los protectores correspondientes y que elemental prudencia aconseja que se empleen."

El recurrente en casación rechaza esta afirmación del sentenciador y dice que las chimeneas de la locomotora sí estaban provistas de un dispositivo para chispas cuya finalidad es la de retener las brasas encendidas de mayor tamaño. Tal dispositivo no puede en forma alguna detener la salida de las chispas menores, porque el resultado sería entonces impedir la salida del vapor que mueve la máquina así como de los gases de

combustión que dan la presión a la caldera. Sin duda quiso aludir al tiraje.

Arguye que en la sentencia se dieron por demostrados esos hechos, de los cuales no hay asomo de prueba en los autos y sin que se efectuara un examen pericial de la locomotora, con lo cual se incurrió en error de derecho que lo condujo a la violación del artículo 705 del Código Judicial.

Anota la Sala:

Se acepta que tal precepto tiene carácter sustantivo y puede servir de fundamento para una acusación en casación.

Es indudable que el tribunal sentenciador no debió llegar de manera tan enfática y explícita al extremo de aceptar que se hizo patente el descuido de la empresa por no estar provistas las chimeneas de los protectores correspondientes, sin que en los autos existiera la prueba suficiente de tal aseveración condenatoria. La falta de ese elemento demostrativo debió aconsejar al mencionado juzgador a guardar silencio sobre este punto pertinente, ya que había de llegar a las mismas finalidades consagradas en su providencia, por otros cauces y con razones distintas de la enunciada.

Pero es oportuno observar que correspondía precisamente a la sociedad ferroviaria hacer uso de la facultad otorgada por tal disposición legal y solicitar en su defensa la prueba pericial a que alude el recurrente, dado que la demostración de la existencia de esos dispositivos en las chimeneas de las locomotoras podía conducir a evidenciar que la empresa explotadora había adoptado medidas como la anotada, que demostraban diligencia y cuidado para cortar los peligros naturales inhernetes a esta actividad de la locomoción a vapor, intentándose destruír con esa y otras probanzas similares la presunción de culpa.

Por lo demás, la ausencia de la prueba pericial sólo conduce a rectificar el razonamiento del tribunal, sobre plena comprobación de descuido por parte de la empresa al no proveer las locomotoras de tales protectores. Pero concurriendo los demás elementos probatorios a evidenciar la responsabilidad de la sociedad propietaria en la perpetración del daño, no puede acogerse la tesis del recurrente sobre existencia de error de derecho **"en la apreciación de las pruebas del expediente."** Todos los elementos de probanza traídos a los autos quedan en pie sin que se les haya atacado por error de derecho ni por violación de ley sustantiva. Con lo cual hay que finalizar que no incide este cargo en casación y que es de rigor desestimarlo.

— D —

La culpa del demandante

En este capítulo de su demanda de casación el recurrente formula así su acusación contra la providencia que se revisa:

"La sentencia del tribunal que es materia de recurso de casación se detuvo con todo el espacio que el sentenciador tuvo a bien, en deducir contra la empresa demandada el cargo de haber incurrido en culpa por infracción de la ley de policía de ferrocarriles, en cuanto no cuidó de mantener limpia de pasto y de malezas las zonas, sobre todo habiéndose secado aquél y ésta por obra del verano, circunstancia que hacía más fácil el incendio. Pero al razonar así no tuvo en cuenta el tribunal que la ley de policía de ferrocarriles no se dictó sólo para las empresas de vías férreas sino también para toda clase de personas. El artículo 3° de esa ley, que manda no mantener materias inflamables a una distancia de veinte metros a partir del eje de la vía, era estrictamente obligatorio para el señor Angel María Torres, demandante en este juicio y colindante que era de la zona del ferrocarril en el lugar del siniestro por haber tomado allí en arrendamiento unos potreros. Se verá después si aquél cumplió esa obligación."

No comparte la Sala esta tesis, que se hace consistir en que la supuesta culpa del demandante hace desaparecer la de la empresa ferroviaria o hace necesaria una reducción en la apreciación del daño, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil, por las razones que someramente pasan a expresarse, a saber: a) Porque la causa eficiente y formal del siniestro fue indudablemente la negligencia y descuido de la sociedad propietaria de la vía férrea; b) Por que para exonerar de responsabilidad a dicha sociedad sería menester una ausencia absoluta de culpa de su parte, vale decir del ilícito civil imputable a la referida empresa.

Al efecto, para aceptarse que un hecho dañoso ha originado un perjuicio cuya reparación es materia de controversia, es suficiente una relación necesaria entre la culpa y el perjuicio. Si el daño no proviene de una causa única; como lo sostiene el recurrente, basta que entre las diversas causas exista una que tenga carácter inicial en la relación de causalidad y que pueda imputarse a culpa de una persona determinada para que ésta en principio se repute obligada a indemnizar. Si efectivamente se contemplara en este litigio un caso de pluralidad de causa, es suficiente —para establecer la relación

de causalidad ya mencionada— que aparezca demostrado que sin la culpa de la empresa ferroviaria demandada no se habría producido el daño, porque es indudable que en la hipótesis de pluralidad de causas quien creó por su culpa la causa fundamental, sin la cual no se habría prdoucido el perjuicio, está obligado en principio a repararlo. En el curso del respectivo estudio se establecerá si esa obligación queda o no totalmente en pie.

De manera tal que para precisar el alcance del artículo 2357 del Código Civil, hay que concluír que este precepto tiene oportuna aplicación, como reza su propio texto, cuando el damnificado se expuso al daño con manifiesta imprudencia, como acontecería con el individuo que se reclinara a dormir sobre los rieles del ferrocarril o el ciclista o chofer que ignorara el manejo de esos vehículos y se lanzara a manejarlos por vías de intenso tránsito contribuyendo eficientemente al accidente. En tales casos, es indudable que la aprecaición del daño estaría sujeta a reducción, con estricta aplicación de la tesis compensatoria de culpas que consagra tal disposición legal; pero en el negocio que se falla no se contempla una hipótesis semejante ni ella se compadece con los fundamentos ya expuestos sobre la presunción de culpa y la responsabilidad civil del agente que ha creado el daño.

No incide, por lo tanto, el cargo formulado y no sirve de fundamento a la acusación del fallo recurrido.

— E —

La condenación al pago de intereses

Así razona el recurrente para refutar esta parte de la sentencia:

"Como en el título del Código Civil que trata de la **responsabilidad común por los delitos y las culpas no** existe absolutamente ninguna regla sobre el abono de intereses en los casos de indemnización que ese título regula, he acudido a otras prescripciones de la misma obra en busca de la que haya podido servir de apoyo al tribunal en la condenación a intereses y he encontrado la siguiente: **"Artículo 1615.** Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituído en mora, o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención."

No estima la Corte procedente la condenación accesoria por los intereses legales, porque lo que define la sentencia es la responsabilidad civil de la empresa férrea por los daños causados en la propiedad del actor y como consecuencia condena a la entidad demandada a pagar el valor de las cantidades indeterminadas de trigo, de abonos y de postes destruídos por el fuego, cuya fijación en cantidad líquida habrá de hacerse posteriormente, por acuerdo de las partes o en el juicio correspondiente.

Ahora bien: nuestro Código Civil, en el título 12 del libro 4º, que regula el efecto de las obligaciones, establece primero normas generales sobre indemnización según los diversos tipos de obligaciones y sus causas genitoras. Pero al finalizarlo, sólo cuando se trata de la obligación de pagar una cantidad de dinero, sea ésta determinada, determinable o indeterminada, es cuando consagra un estatuto peculiar y excpecional contenido en el artículo 1617, cuyas características jurídicas especiales para tal régimen podrían sintetizarse así: a) Cuando es procedente la indemnización en dinero, asume siempre la calidad de moratoria y nunca la de compensatoria; b) La ley no impone la necesidad de probar la existencia de perjuicios, que se presume por la naturaleza fructuaria que corresponde al dinero; c) Es suficiente el hecho del retardo, para cuyo reconocimiento no son indispensables demanda ni requerimiento.

Sentadas las anteriores premisas, hay que llegar al extremo de que en este litigio se trata de establecer una indemnización compensatoria por el daño imputable a culpa del demandado, pero no una indemnización moratoria como sería aquella que se derivara de la obligación originaria de pagar una suma de dinero, sea ésta determinada o indeterminada. Sólo en este último caso podía ser procedente la aplicación del estatuto peculiar sobre perjuicios consagrado en el art. 1617 del Código Civil, que mira exclusivamente a las obligaciones de pagar una cantidad de dinero. Condenar en el caso de autos al pago de intereses legales equivaldría a acumular una indemnización moratoria sobre otra anterior compensatoria, lo que repugna a los principios que informan nuestro derecho privado en esta materia.

Pero conviene advertir que el pago de tales intereses legales sí viene a ser procedente desde el día en que deba tener efectivo cumplimiento la sentencia que se revisa, al tenor de los preceptos procesales que regulan su ejecución, porque desde esa fecha es indudable que el demandado queda obligado a pagar la cantidad determinada de dinero en que se hayan avaluado los perjuicios decretados en esa providencia y desde ese día queda constituído en mora para sa-

tisfacerlos. Si no lo hace en esa oportunidad nace **ipso-jure** la indemnización moratoria y tiene aplicación inmediata el artículo 1617 antes mencionado.

Las razones anteriores sirven de fundamento a la Sala para acoger el motivo de acusación a que se viene haciendo referencia, lo que conduce a casar parcialmente la providencia que se estudia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **casa** parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el día 26 de mayo de 1936, y la reforma en el sentido de suprimir la condenación al pago de los intereses legales que figura en la tercera de sus declaraciones condenatorias.

No hay lugar a condenar en costas en este recurso.

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

Arturo Tapias Pilonieta—Ricardo Hinestrosa Daza. — Liborio Escallón. — Fulgencio Lequerica Vélez. — Hernán Salamanca.— Juan Francisco Mújica—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

NULIDAD DE UN CONTRATO, RESTITUCION DE BIE NES, PERJUICIOS.—DIVIDENDOS EN LAS COMPAÑIAS ANONIMAS.—REGISTRO Y TRASPASO DE LAS ACCIO NES.—DOLO.—SOCIEDADES ANONIMAS. — DERECHOS DE LOS SOCIOS DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS.— TEORIA DE LA IMPREVISION.

1.—En las compañías anónimas los dividendos son los beneficios líquidos obtenidos en los negocios sociales, condicionados a cómputos y operaciones previas, respaldados en los inventarios y balances. 2.—El registro es el único elemento esencial, de acuerdo con el art. 576 del C. Co., para el perfeccionamiento del traspaso y tradición de las acciones nominativas de las compañías anónimas. Los requisitos mayores o menores con que cada compañía en sus estatutos exige se haga la inscripción, miran a garantizar la autenticidad de los traspasos en orden a conjurar dudas y dificultades, de manera que es a la compañía a quien interesa el cumplimiento de todos y cada uno de esos requisitos. La ausencia de algunos de ellos no puede alegarse entre comprador y vendedor para pretender la ineficacia de un traspaso, cuando de otro lado la formalidad esencial del registro de la cesión ha tenido cumplimiento y el nuevo socio asume sin obstáculos de la sociedad ni del vendedor la función que como a tal le compete. La expedición material del título tampoco es esencial para la validez del traspaso de las acciones nominativas, según el citado art. 576. El título es el comprobante de la acción, pero no de la cesión o traspaso. El accionista nominativo tiene esa calidad cuando habiéndola adquirido legítimamente como socio fundador, o de otro socio, figura efectivamente en la nómina de los accionistas, aun cuando esté desprovisto del título material de sus acciones, por haberlo perdido, no haberlo reclamado, o haber faltado la sociedad, sin el reclamo de los socios, al deber de expedir los respectivos certificados destinados a comprobar ante terceros —no ante la sociedad— el interés de cada socio en la sociedad. 3.—El dolo presupone la intención pervertida y dañada de causar daño a otro, usando a ese fin de maquinaciones manifiestamente ilícitas y torcidas. Intención que ni remotamente se advierte en el simple hecho de que el vendedor deje de entregar lo que vende, o que la cosa carezca del valor intrínseco o extrínseco que se le ha asignado. En tales eventos antes que la acción por dolo surgiría la resolución por incumplimiento del contrato, la de rescisión por lesión enorme, o la de error respecto de una de las calidades de la cosa. 4.—En Colombia puede afirmarse que cuando el art. 472 del Código de Comercio, que establece la nulidad, se refiere a los arts. 469 y 470, no comprende el segundo inciso del art. 470, cuya inobservancia, por no tener como sanción expresa la nulidad y ser en tal caso esta sanción extravagante y desproporcionada a la gravedad de la falta cometida, engendra muy otras consecuencias legales. La sanción tendría que ser el derecho de los terceros perjudicados por la omisión para demandar indemnización de perjuicios contra la sociedad o las personas responsables. La omisión del oportuno registro de la sociedad en el domicilio principal y de origen constituye, en Colombia, nulidad absoluta. 5.—En las sociedades anónimas todo accionista, por el mero hecho de serlo, disfruta de ciertos derechos esenciales, intangibles e inviolables por la norma social, pudiendo reducirse ellos a cuatro categorías, a saber: 1º el derecho de percibir una parte proporcional en los beneficios; 2º derecho a participar en el gobierno de la sociedad mediante el voto en las asambleas generales o cuerpo legislativo de la sociedad; 3º derecho a recibir una parte proporcional en el activo social en caso de liquidación de la sociedad; y 4º derecho a negociar el título según las formas comerciales. 6.—El derecho de negociar el título, tratándose especialmente de acciones NOMINATIVAS, puede someterse por la sociedad a restricciones particulares, como el de aviso previo a la sociedal o a los demás accionistas para que éstos tengan opción de compra, etc., naturalmente sin que la cortapisa envuelva la anulación del derecho cardinal de negociar, porque entonces adolecería de nulidad, por contraria a una prerrogativa individual inherente a la calidad de accionista. 7.—En las sociedades anónimas las utilidades sociales repartibles en calidad de dividendos de las acciones, o las pérdidas, se van liquidando sucesiva e irrevocablemente en los respectivos períodos estatutarios, de suerte que no es posible, por ejemplo, compensar las utilidades habidas en un período con las pérdidas sufridas en otro período distinto; el accionista, por no estar obligado a reintegrar a la caja social las cantidades que hubiere recibido a título de beneficio de sus acciones (art. 580 del C. Co.), adquiere de manera irrevocable los dividendos que la asamblea general de accionistas vaya decretando en el curso de la vida scoial, así como también, correlativamente, establecido que en un período dado no hay beneficios repartibles, la sociedad queda para siempre liberada con el accionista de toda responsabilidad y de todo crédito por utilidades correspondientes a ese período. 8.—La teoría de la imprevisión supone como subentendida en los contratos la cláusula "rebus sic stantibus" y requiere que se trate de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificulta en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc. 9.—La teoría de la imprevisión, alegada en un juicio por vez primera en el recurso de casación, sin que se haya debatido en las instancias, constituye un medio nuevo incompatible con la técnica de este recurso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

-I-

Causa y origen de la controversia judicial desatada en primera instancia por el Juez primero del circuito civil de Medellín, y luégo en segunda instancia por el Tribunal Superior del distrito del mismo nombre, y de que da cuenta este voluminoso proceso, es el siguiente contrato extendido en documento privado, de fecha 15 de febrero de 1928, suscrito en Medellín entre don Pablo Rodríguez H. y la sociedad denominada F. Bravo & Cía. S. A.:

"Conste por el presente documento que nosotros, F. Bravo & Co., S. A. (Sociedad Anónima), con domicilio en esta ciudad y Pablo Rodríguez H., varón mayor de edad y vecino de este municipio, hemos celebrado el siguiente contrato: **Primero.** F. Bravo & Co., admiten como empleado, para manejarles sus negocios en la ciudad de Medellín y para dirigir y administrar las demás oficinas que tiene y que pudiere abrir la firma, al citado señor Rodríguez H., haciéndole nombramiento de primer Vicepresidente de ella, con las atribuciones y obligaciones consiguientes, conforme las condiciones que estipule el Presidente de la Sociedad en este sentido, al hacerle tal nombramiento y sometido Rodríguez H., en todo sentido a los Estatutos de la Sociedad, conforme escritura pública Nº 2687, del 21 de octubre de 1926, otorgada ante el Notario 4º del circuito de Medellín; **Segundo.** La Sociedad fija un sueldo para dicho empleado, de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00), oro legal colombiano, mensuales; y conviene en que el Presidente de la Sociedad venda a dicho señor Rodríguez H., veinte (20) acciones de la serie Nº 1-A, de las que posee en la Sociedad, al precio de ciento cincuenta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 157.50) oro legal colombiano, cada una, o sea por un total de tres mil ciento cincuenta pesos ($ 3,150.00) oro legal, con todas sus obligaciones y derechos, a partir del día primero (1º) de enero del presente año, para que goce de las utilidades obtenidas por la Sociedad hasta hoy. El traspaso se hará por carta y se asentará debidamente en los libros de la Sociedad en Bogotá. Conviene. además, la Sociedad, en permitir que Rodríguez H. retire mensualmente, por concepto de utilidades sobre esas veinte acciones, la suma de cien pesos ($ 100.00) oro legal, que se le debitarán en cuenta de anticipos a utilidades por dividendos, sin intereses. Esto será entendido hasta que Rodríguez H. hubiere retirado hasta la cantidad de tres mil doscientos pesos ($ 3,200.00), por concepto de utilidades anticipadas, en esa forma, puesto que al completar esa cantidad, seguirá sometido al reparto de dividendos que hiciere la Sociedad cada año, como lo estimare conveniente. Tercero. Rodríguez H., por su parte, se compromete: a) A trabajar muy activamente por todos los negocios de la Sociedad y a exclusión absoluta de todo otro negocio particular o de terceros y a defender y proteger los intereses de la Sociedad como si fueran los suyos propios y a seguir en todo las normas, principios, etc., establecidos por la Sociedad, siguiendo, además, todas las instrucciones que reciba del Presidente de la Sociedad en todo tiempo; b) A preocuparse no sólo por los negocios de la oficina donde trabaje, sino también por la buena marcha en todo sentido, de las demás oficinas de la Sociedad; c) A no retirar mayor suma de la indicada en este documento, como sueldo o anticipo, salvo que tenga la autorización del Presidente de la Sociedad, ya sea por aumento de sueldo o por otro concepto; d) A comenzar labores desde el día primero de marzo del presente año; e) Si en cualquier tiempo, después del primer año, que trabajará con la firma, se retirare de ella, queda comprometido a no aceptar la representación de ninguna de las casas extranjeras que hubiere representado la Sociedad o que representara al tiempo de él retirarse, ya sea que se la ofrezcan o en cualquier forma y ya sea para sí personalmente o para otra sociedad a que entrare a pertenecer como socio o empleado o para terceros, de cualquiera manera que fuere. Si contraviniere a esta cláusula, se compromete a pagar a F. Bravo & Co., S. A., por vía de multa o a quien los represente legalmente, la suma de dos mil pesos oro legal, más los costos y costas de la cobranza o juicio, si fuere necesario y para lo cual renuncia a toda ley que pueda favorecerlo; y f) A pagar las acciones que toma, al contado. **Cuarto.** Este contrato es fijo por un período de doce (12) meses, contados desde el primero de marzo del presente año, hasta el veintiocho (28) de febrero de mil novecientos veintinueve (1929) y no será cancelable por ninguna de las partes, salvo falta de cumplimiento de una de ellas a este contrato. Para continuarlo, como es el ánimo de ambas partes, se hará por medio de una acta de la Asamblea General de Accionistas y por cinco años más. Para constancia, firmamos

ambas partes un ejemplar de este contrato, en Medellín, a quince (15) de febrero de mil novecientos veintiocho (1928), ante dos testigos. F. Bravo & Co., S. A.—F. Bravo N., Presidente. Pablo Rodríguez H.—Testigo: Juan de Greiff."

Este contrato fue luégo modificado en los términos de la siguiente carta convenida entre las partes, dos días después:

"Medellín, febrero 17 de 1928—Señor don Pablo Rodríguez H.—E. S. M. — Muy estimado amigo: Nos referimos al contrato que tuvimos el gusto de cerrar con usted el 15 de los corrientes, para agregarle una cláusula o aditamento, sobre el punto que usted nos acaba de mencionar, relacionado con su posible necesidad de retirar una suma a buena cuenta de utilidades, una vez que haya retirado la suma total de $ 8,200.00, que mencionamos en la cláusula segunda de este convenio, así: Es entendido que usted cuando ya tenga retirada aquella suma y de allí en adelante, quede autorizado para retirar hasta la cantidad de $ 50.00, además de su sueldo, por concepto de anticipo sobre sus utilidades, cuya cantidad le debitaremos en cuenta, cargándole interés del 10 por 100 anual sobre tales retiros. Como siempre, a sus gratas órdenes, tenemos el gusto de suscribirnos, muy attos. amigos y ss. ss., F. Bravo & Co., S. A. (firmado) F. Bravo N. Presidente. — P. D.—Le rogamos firmar el original de esta carta, para agregar al contrato y la cópia se la damos firmada por nosotros, para su constancia.—Vale."

Con base en la anterior convención don Pablo Rodríguez H. demandó en juicio ordinario a don Francisco Bravo Nicholls, personalmente, y a la socieda anónima F. Bravo & Co., S. A., domiciliada principalmente en Medellín, hoy en liquidación, y representada por su liquidador el mismo señor Bravo N., para obtener una o varias de las siguientes condenaciones:

Principales:

1º Nulidad absoluta del contrato y consecuencial restitución de las cosas a su estado anterior, debiendo obligarse a Bravo N. o a éste y a la Sociedad F. Bravo & Co., S. A., solidariamente, a devolver a Rodríguez los $ 3,150.00 oro legal valor de las 20 acciones que compró.

2º Que por haber obrado de mala fe el señor Francisco Bravo Nicholls en la celebración del contrato, está obligado personalmente, o solidariamente con la Sociedad, a pagar a Rodríguez intereses sobre los $ 3,150, valor de las veinte acciones, a la rata corriente más alta, o a la rata legal del 6 por 100 anual.

3º Que Bravo Nicholls, personalmente, o él y la sociedad, solidariamente, deben pagarle a Rodríguez los perjuicios por no haberle cumplido el contrato sobre prestación de servicios contenido en el documento y carta transcritos.

Subsidiaria

Que se declare que Bravo Nicholls, o éste y la Sociedad, solidariamente, deben pagarle a Rodríguez nueve mil pesos, o lo que fijen los peritos, como valor de los perjuicios que se le causaron con los actos dolosos denunciados en la demanda.

Más subsidiariamente

Que está resuelto el contrato preinserto, con la condenación consecuencial a cargo de los demandados solidariamente, o de Bravo Nicholls, personalmente, al pago de los perjuicios por el incumplimiento, más la devolución de los $ 3,150 valor de las acciones, con sus respectivos intereses.

Y más subsidiariamente

Que se declare que fue indebidamente pagada la suma que dio Rodríguez al señor Bravo Nicholls como valor de las veinte acciones, debiendo éste devolver esta suma con sus intereses legales, con la obligación además de pagar el segundo los perjuicios por el incumplimiento del contrato, los cuales valen $ 1,034.65 y sus intereses.

Hechos de la demanda

De la prolija y extensa relación de hechos propuestos como fuente de la acción, la Corte hace una breve síntesis de la sustancia de ellos:

A.—A principios del año de 1928 don Francisco Bravo Nicholls proyectó un viaje a Europa, viéndose así obligado a buscar una persona competente y honorable que le manejara los negocios de la sociedad F. Bravo & Co., S. A., sociedad de la cual era gerente y poderoso accionista. Propuso así a don Pablo Rodríguez que prestara sus servicios a la casa, haciéndose al mismo tiempo socio de ella, manifestándole que él prefería accionistas para empleados de categoría y hablándole muy bien del negocio que tenía establecido mediante la sociedad.

B.—Don Pablo, que ganaba a la sazón un sueldo de doscientos ochenta pesos

($ 280) como empleado del Ferrocarril Troncal de Occidente aceptó el contrato que luégo extendióse por escrito, para cuyo cumplimiento tuvo necesidad de tomar dinero a interés a altos réditos hipotencado su casa de habitación para adquirir las veinte acciones a que se comprometió en la cláusula segunda, cuyo valor de tres mil ciento cincuenta pesos ($ 3,150.) pagó inmediatamente de contado al señor Bravo Nicholls, con lo cual quedó con una deuda que aspiraba a cubrir en los 32 meses en que se le permitía retirar los cien pesos a cuenta de utilidades de las veinte acciones, a más de su sueldo.

C.—Sin embargo de estos últimos hechos, que fueron suficientemente conocidos por don Francisco Bravo, éste nunca le hizo trasmisión de los títulos de las veinte acciones, sabiendo como sabía que para las cesiones de los accionistas son indispensables los títulos y, además, la inscripción en los libros de la compañía aceptada por la asamblea general de accionistas y firmada por el propietario que menciona el título, por el presidente y por el secretario contador de la sociedad.

D.—Fuera de que el señor Bravo dejó de cumplir con el traspaso de las acciones, ni él ni la compañía cumplieron tampoco con la obligación que contrajeron de permitirle a don Pablo retirar cien pesos mensuales a cuenta de utilidades hasta completar tres mil doscientos pesos ($ 3,200), según la misma cláusula segunda, pues sólo pudo retirar mil cuatrocientos pesos ($ 1,400) por ese concepto, desde el 30 de abril de 1928 hasta el 30 de mayo de 1929.

E.—En mayo de 1929, poco tiempo después de regresar el señor Bravo de Europa y después de imponerse bien del estado de los negocios de la sociedad de F. Bravo & Co., S. A., le notificó a don Pablo Rodríguez, en carta del 23 del mismo mes, que la sociedad tenía que privarse de sus valiosos servicios; no sin declararle expresamente que "usted desempeñó el puesto de gerente de esta oficina con entera eficiencia y de manera muy honorable; su actuación fue siempre activa y de una constancia intachable; y, por último, lo que para nosotros vale siempre mucho: fue usted un compañero leal y noble hasta lo más. Le deseamos mucho éxito en lo que emprenda ahora y que siempre cuente con nuestra amistad y aprecio."

F.—Algunos días después de haberse retirado don Pablo de la sociedad y después de varias reclamaciones que él formuló al señor Bravo sobre el pago del saldo de los tres mil doscientos pesos, garantizados como utilidades de las veinte acciones en 32 meses, a dicho señor Bravo se le ocurió convertir en deuda a cargo de Rodríguez la cantidad que éste había retirado a cuenta de utilidades, según el contrato, exigiéndole a la vez la declaración de que le cediera a la sociedad de F. Bravo & Co., S. A., las acciones que le habían prometido venderle, en pago de tal deuda, según precio que a él le plugo fijar y que fijó en mil novecientos once pesos ($ 1,911), de manera que Rodríguez todavía quedaba debiendo dinero.

G.—La sociedad de F. Bravo & Co., S. A., nunca ha existido legalmente, porque no se llenaron todas las formalidades que nuestro Código de Comercio exige para que una sociedad anónima quede legalmente organizada y tenga personería jurídica. El extracto de la escritura social no fue registrado ni publicado en todos los domicilios de la sociedad. Además, varias de las cláusulas de los estatutos le quitan el carácter de sociedad anónima, para convertirla simplemente en una sociedad de hecho. También en la escritura social, artículo 6º, se dice que Bravo Nicholls pagó $ 16,500 oro por valor de 165 acciones que suscribe, y este hecho es inexacto.

H.—El contrato sobre venta de acciones que se hizo constar en el documento privado de 15 de febrero de 1928 no recayó propiamente sobre un objeto, puesto que aunque el señor Francisco Bravo convino en vender las veinte acciones de la serie 1-A de las que decía poseer, esta sociedad no tuvo existencia jurídica, ni real, y por consiguiente las tales acciones no existían. Pero en caso de que las acciones hubieran existido hubo error de hecho de parte de Rodríguez al contratar, proveniente de los informes que le dio Bravo, en cuanto a la calidad de las acciones que dijo venderle, puesto que el primero entendió que compraba acciones de una sociedad anónima debidamente constituída y con existencia real, y ni fue debidamente constituída la sociedda F. Bravo & Co., S. A., ni tuvo existencia real, porque el señor Bravo no pagó los $ 16,500 oro de las acciones que suscribió, ni hizo el traspaso de representaciones de casas extranjeras o del país.

J.—El señor Bravo obró con dolo al inducir a contratar a Rodríguez. Ese dolo consiste en no haber hecho el traspaso de las acciones que dijo venderle. En que esas acciones no tenían valor real. Y en que la sociedad no estaba en capacidad de pagarle cien pesos de utilidades hasta completar tres mil doscientos pesos, y esto lo sabía el señor Bravo.

Demanda de reconvención

Hubo demanda de reconvención de don Francisco Bravo Nicholls en su carácter de liquidador de la sociedad anónima demandada. Fundóse ella en el mismo documento y carta adicional presentados por Rodríguez como base de sus pretensiones.

En la contrademanda la sociedad suplica se condene a don Pablo Rodríguez al pago de las siguientes cantidades:

a) Mil cuatrocientos pesos ($ 1,400) por concepto de anticipos a utilidades por dividendos que la sociedad le permitió retirar a Rodríguez y para debitarlos a su cuenta como accionista de las veinte acciones que tomó de la citada sociedad; b) Novecientos treinta y cinco pesos con cuarenta y cuatro centavos ($ 935.44), por concepto de mercancías que Rodríguez retiró del muestrario de la sociedad y por importe de pedidos al exterior, sin el consentimiento de la sociedad; c) Ciento cincuenta y cinco pesos doce centavos ($ 155.12), importe de ventas hechas a parientes y relacionados de artículos del muestrario de la sociedad; d) Trescientos cincuenta pesos ($ 350) por valor de siete meses de noviembre de 1928 a mayo de 1929 en que dejó de reducirse el sueldo, habiendo recibido la orden del caso; e) Sesenta pesos treinta y seis centavos ($ 60.36), suma que le faltó en caja a Rodríguez al hacer entrega de ella y de la cual no dio cuenta ni razón; f) Intereses sobre todas estas sumas a la rata más alta del comercio; y g) Perjuicios por siete mil pesos ($ 7,000) o lo que fijen los peritos como indemnización por el descuido con que manejó los intereses de la sociedad, por no haberse preocupado de la buena marcha de las demás oficinas de la compañía, por no haber seguido las instrucciones del presidente de ésta y por haber violado la estipulación de la letra c) del numeral **tercero**, del contrato de 15 de febrero de 1928.

Sentencias de instancia

La del juez negó los pedimentos de la demanda y de la contrademanda. Por tanto ambas partes salieron absueltas de los recíprocos cargos que se formularon. El tribunal en cambio, revocando la del juez, declaró incumplido el contrato por parte de la sociedad e hizo la declaración consiguiente, acogiendo únicamente esa solicitud de todas a las que aspiró el demandante Rodríguez. A su turno Rodríguez fue declarado deudor de la sociedad. Los siguientes son los términos de la parte resolutiva de la sentencia, sometida hoy a casación:

"1º No están probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda;

"2º Está resuelto el contrato de 15 de febrero de 1928 en cuanto a las prestaciones determinadas en este fallo;

"3º Que como consecuencia de la declaratoria anterior la sociedad en liquidación de F. Bravo & Co., S. A., debe indemnizar perjuicios al demandante principal, perjuicios que se fijarán en juicio aparte, en el cual no se discutirá el derecho a cobrarlos sino la cuantía de ellos, teniéndose en cuenta la suma que recibió el demandante por concepto de anticipo de dividendos;

"4º Absuélvese a F. Bravo N. & Co., S. A., de los demás cargos de la demanda principal;

"5º Absuélvese al señor Francisco Bravo N. de todos los cargos que le deducen en el libelo de demanda principal;

"6º Pablo Rodríguez H. es deudor de la sociedad en liquidación de F. Bravo N. & Cº, S. A., de la cantidad de $ 910.39 más los intereses legales desde el 1º de mayo de 1929;

"7º Absuélvese al señor Pablo Rodríguez H. de los demás cargos contenidos en el libelo de contrademanda; y

"8º No se hace condenación en costas."

Contra este fallo recurrieron en casación tanto el demandante Pablo Rodríguez como el personero de la sociedad contrademandante de F. Bravo & Co., S. A., en liquidación.

Los trámites del recurso de casación están agotados Por ello corresponde ahora a la Corte examinar los diferentes cargos que se formulan a la sentencia del tribunal. Pero antes es necesario destacar los razonamientos esenciales del sentenciador con los cuales llegó a las conclusiones concretas del fallo, y que son impugnados en casación. Se prescinde de razones que no son materia de cargos.

Razones del tribunal

Esas razones por lo que atañe a la demanda principal son:

1º En lo relacionado con el cumplimiento de las fomalidades externas para la constitución de la sociedad anónima, en los autos hay prueba de que se consumaron, salvo la publicidad de los extractos sociales en las ciudades de Bogotá, Cali y Barranquilla, donde funcionaron oficinas de la compañía. Empero sí es verdad que la ley mercantil "exige la publicidad de los extractos en los lugares donde una sociedad comercial abra operaciones, la omisión de esta formalidad no instituye causal de nulidad absoluta o relativa."

2º Examinando los estatutos de F. Bravo & Co., S. A., se concluye que la enajenación de las acciones en dicha sociedad restringióse tanto, que prácticamente quedó prohibida, esto es, establecida la inalienabilidad de ellas. Según el artículo 10 de los estatutos la cesión no podía operarse sin el consentimiento de la asamblea general de accionistas, pudiendo ésta negar el permiso, resolver "quedarse con las acciones para sí o para uno de los accionistas, obligar al accionista a conservar las acciones o venderlas por el valor nominal más lo que pueda corresponderle por una tercera parte de los beneficios o utilidades acumuladas en los fondos de reserva de la sociedad, a excepción del fondo de reserva legal.....; y como la asamblea general de accionistas se rige por la mayoría de las acciones, éstas imponen su voluntad y el demandado tenía la mayor parte de ellas, es claro que él dominaba, que de él pedendía exclusivamente la enajenación o no enajenación de las acciones pertenecientes a socios distintos del señor Bravo." Si la sociedad anónima es una asociación de capitales mediante la reunión de un número determinado de acciones, representadas por accionistas, por personas que están cambiando a cada momento, es claro que la alienabilidad de las acciones es condición de la constitución y desarrollo de tales organismos. Después de otros razonamientos concluye así el tribunal: "Sin embargo, si el cargo estudiado tiene fundamento, a juicio del tribunal, por fuerza de lo razonado, téngase presente que el demandante principal no solicita en su libelo la declaratoria de nulidad absoluta de la sociedad de F. Bravo & Co., S. A., o del contrato que la instituyó, sino que la primera petición se refiere es a la nulidad radical del contrato de venta de acciones y arrendamiento de servicios celebrado en febrero de 1928, y equivaldría a fallar ultra petita aceptándose o declarándose la nulidad del contra social, por motivo de las cláusulas maracaydianas (sic) que contienen los estatutos."

3º El cargo de que Bravo N. dejó de hacer el traspaso legal de las veinte acciones que vendióle a Rodríguez, carece de fundamento. Si es verdad que no se expidió el título definitivo de las acciones, en cambio de los autos aparece la carta de traspaso suscrita por el vendedor señor Bravo y aceptada por Rodríguez como comprador o cesionario, y además aparece el título provisional. Los peritos de la inspección ocular de la primera instancia afirman en su dictamen que los traspasos anotados en el libro de registro de acciones de la sociedad, incluyéndose la cesión hecha a favor del demandante, están debidamente asentados.

4º El tribunal interpreta así el pacto de 15 de febrero de 1928: Este contrato consta de dos partes principales: una, el ingreso de Rodríguez como vicepresidente de la sociedad, con las obligaciones consiguientes del contrato y de los estatutos, mediante el pago de un sueldo mensual de $ 250; y la otra, el traspaso de las veinte acciones hecho por Bravo a Rodríguez, con el compromiso para la sociedad de permitirle al segundo, el retiro, por concepto de utilidades, sobre las veinte acciones de la suma de cien pesos mensuales hasta completar $3.200 y luégo $ 50, también mensualmente." Las voces de la estipulación que se deja copiada son demasiado claras, en sentir de la Sala, para poner de manifiesto que en el contrato que se interpreta la suma de $ 100 mensuales, primero, y luégo la de $ 50, según la carta de 17 de febrero que es parte integrante hasta completar la suma de $ 3,200, la intención de las partes contratantes fue la de fijar o establecer un anticipo fijo, simple, no sujeto a las eventualidades o contingencias de los negocios de la compañía; que el derecho a percibir tales anticipos fue el motivo determinante que movió al actor para celebrar tal convenio, para comprar las veinte acciones, y para tomar dinero a mutuo, con hipoteca, y renunciar el puesto que tenía en el Ferrocarril Troncal Occidental." Luégo agrega el tribunal que no es válido el argumento de que los anticipos por dividendos son contrarios a la ley, porque Rodríguez no fue el autor de la carta social de F. Bravo & Co., S. A., la cual no prohibía el reparto de dividendos anticipados, ni a él se le puede hacer víctima de la violación de la ley por la sociedad.

Las razones del tribunal en vía a resolver los cargos de la demanda de reconvención son:

Primer cargo.—Absolvió, en razón de que la suma retirada por Rodríguez a cuenta de utilidades, lo fue con todo derecho. Es más bien a la sociedad a la que se le deduce la obligación de pagar a Rodríguez perjuicios por el incumplimiento del contrato.

Segundo cargo.—Con la confesión del demandado y con el dictamen pericial de segunda instancia compruébase que la cuenta especial de Pablo Rodríguez, en los libros de la sociedad, arroja un saldo débito de $ 910.39, por concepto de mercancías retiradas del muestrario de la compañía y de importe de pedidos hechos por el demandante, saldo que el tribunal acogió, porque lo halló debidamente establecido.

Tercer cargo.—El tribunal absuelve por el importe de ventas hechas a parientes y relacionados, porque según las pruebas aducidas, entre las cuales están las inspecciones oculares sobre los libros de la sociedad, y los dictámenes periciales respectivos, sólo se puede acreditar contra don Pablo Rodríguez la partida a que se alude en el cargo anterior.

Cuarto cargo.—El señor Rodríguez obró correctamente al desatender la exigencia del señor Bravo tendiente a que se rebajara el sueldo, porque esa rebaja era un atentado contra la letra y el espíritu del convenio que le fijó contractualmente a aquél un sueldo fijo al cual tenía derecho durante la vigencia del contrato.

Quinto cargo.—Salvo el crédito de $ 910.-39 a que fue condenado Rodríguez ningún otro crédito le fue establecido.

Sexto cargo.—Las pruebas acompañadas por ambas partes, los documentos, cartas, etc., no ofrecen base ninguna para declarar que don Pablo Rodríguez incurriera en descuidos graves y en violación de sus deberes como empleado de la sociedad. Al contrario, todo tiende a poner de relieve su actividad y preocupación por el buen desempeño de sus funciones. La carta de despido que la compañía dirigióle a don Pablo es la mejor prueba de que aquélla carece de razón en su reclamo.

-II-

Interpretación del contrato de 15 de febrero de 1928.

Para metodizar el estudio y antes de proceder al análisis de las causales de casación propuestas por los recurrentes, precisa anticipar la interpretación que a la Corte le merece el contrato de 15 de febrero de 1928, motivo de las diferencias entre don Pablo Rodríguez y la sociedad demandada por él. Ese examen previo es necesario, como quiera que siendo el significado y alcance del contrato, según como a su modo lo entiende cada una de las partes, la base principal en que los recurrentes edifican sus respectivos recursos, de acuerdo con lo que adelante tendrá ocasión de verse, la solución que adopte la Corte, acorde con uno cualquiera de los dos puntos de vista contrapuestos y controvertidos en el juicio, lógicamente derrumbará, dejándolas sin sostén, las acusaciones que directa o indirectamente tengan apoyo en el contrario extremo.

De esa solución también depende el orden en que la Corte avoque el estudio de los dos recursos. De sostenerse la interpretación que el tribunal dióle al contrato, el método impone a esta Sala el deber de determinar en primer término la fuerza y legalidad de las causales de casación planteadas por el apoderado de don Pablo Rodríguez, tendientes todas a conseguir por distintos caminos la condenación personal de don Francisco Bravo Nicholls, a responder solidariamente con la sociedad de las obligaciones deducidas contra ésta en la sentencia del tribunal. En tanto que de llegar a conclusiones contrarias a las de dicha sentencia, aquellas causales perderán como es obvio toda su importancia como motivos de casación; y en ese evento lo indicado es que el memorial en que hállanse consignadas se considere y estudie en la sentencia de instancia, cuando la Corte trate de examinar, desechada la acción acogida por el tribunal, cuáles de las demás acciones ejercitadas en la demanda principal tienen fundamento en la ley.

El significado del pacto de 15 de febrero de 1928, celebrado entre don Pablo Rodríguez H. de una parte, y Francisco Bravo Nicholls y la sociedad anónima de F. Bravo & Co., S. A., de otra, es claro y nítido en sentir de la Corte, sin que en su interpretación haya por qué apelar a forzar el alcance de unas cláusulas que no dan cabida a dudas acerca de la intención que los contratantes tuvieron al firmarlo.

Sintetizando para mejor entendimiento las estipulaciones origen de la disputa, en virtud de ellas F. Bravo & Co., S. A., comprometióse con Rodríguez a emplearlo como primer vicepresidente de la sociedad, por el término de un año fijo y con las atribuciones y obligaciones inherentes al cargo conforme los estatutos de la corporación. Por sus honorarios ésta señalóle un sueldo fijo a Rodríguez de doscientos cincuenta pesos ($ 250) mensuales. Convino además en que el presidente de la sociedad, don Francisco Bravo Nicholls, le vendiese veinte acciones de la serie Nº 1-A de las que poseía en la compañía, al precio de ciento cincuenta y siete pesos con cincuenta centavos ($157.50) oro legal colombiano cada una, o sea por un total de tres mil ciento cincuenta pesos ($ 3,150), con todas las obligaciones y derechos de accionista a partir del primero de enero del mismo año, en adelante. Convino también la sociedad en permitirle a Rodríguez que retirase mensualmente por concepto de utilidades sobre esas 20 acciones la suma de cien pesos ($ 100) oro legal, que se le

debitarán en cuenta de anticipos a utilidades por dividendas, sin intereses. Esto será entendido hasta que Rodríguez hubiere retirado hasta la cantidad de tres mil doscientos pesos $ 3,200), **por concepto de utilidades anticipadas**"; y completada esta suma podía seguir retirando hasta cincuenta pesos ($ 50) además del sueldo, también por concepto de anticipo de utilidades, **"cuya cantidad le debitaremos en cuenta, cargándole interés del 10 por 100 anual sobre tales retiros."**

La compañía adquirió, pues, dos obligaciones para con don Pablo Rodríguez: primera, colocarlo en la compañía con determinado cargo y con un sueldo mensual fijo de doscientos cincuenta pesos ($ 250), por el término de un año; segunda, la de que con el carácter de dueño de veinte acciones de la serie 1-A pudiera retirar mensualmente cien pesos hasta completar la cantidad de $ 3.200, y de ahí en adelante cincuenta pesos ($ 50), por concepto de utilidades de las veinte acciones. utilidades que se le debían cargar en la cuenta de anticipos a utilidades por dividendos, sin intereses hasta que completara los $ 3.200 y con intereses del 10 por 100 anual sobre los subsiguientes retiros.

La primera obligación concierne directamente a la remuneración de un servicio pactado por tiempo determinado. Es un sueldo.

La segunda obligación prácticamente tradúcese en la facultad conferida por tiempo indefinido a uno de los accionistas de la empresa de retirar mensualmente determinada suma a cuenta de dividendos de sus acciones, sin esperar a la época fijada para la repartición de las utilidades. No se trata de consiguiente de un sueldo ni de un complemento de sueldo. Son verdaderos avances que la sociedad promete hacer mensualmente al accionista, indicando la forma y fuente de amortizarlos: compensándolos con las utilidades efectivas de las acciones. No otra cosa significa el que los retiros sean "por concepto de utilidades anticipadas" y se le apunten en cuenta al responsable como dividendos anticipados, sin intereses hasta completar cierta suma y con determinado interés de esa suma en adelante.

No cabe en mente humana el que para prometer un ingreso mensual fijo e irrevocable de cierta suma y por determinado concepto, se empleen expresiones totalmente contrarias a esa promesa, reveladoras de algo inestable y contingente, de algo que está sometido necesariamente a la incertidumbre del futuro, como es el hacer depender los retiros de la noción demasiado clara de utilidades o dividendos provenientes de un cierto número de acciones de empresa mercantil. Ni tampoco se compagina el propósito claramente expresado de dos contratantes de que uno de ellos reciba del otro mensualmente sumas de dinero anotándolas en los libros de cuentas bajo una imputación que equivale a crear una deuda a cargo del que recibe, que empieza a devengar intereses de cierta cuantía en adelante, con la idea de que tales entregas de dinero mensuales no son otra cosa que entregas incondicionales y sin reservas, destinadas a aumentar a título de remuneración, el patrimonio del que recibe.

Las frases **anticipación de utilidades, anotación en cuenta de anticipos, debitar sin intereses o cargando intereses del 10 por 100 anual,** usadas con marcada insistencia en las cláusulas del contrato que confieren el derecho a Rodríguez de retirar primero cien pesos y luégo cincuenta. además de su sueldo, son voces que fatalmente conducen a establecer la idea de que en los contratantes prevaleció el ánimo de hacer depender la irresponsabilidad de los retiros de aquellas cantidades, de la liquidación general y definitiva de dividendos anuales. Es decir que Pablo Rodríguez quedaba sometido en cada retiro que hiciera a que los dividendos efectivamente se produjeran. Si no se obtenían, debía reembolsar a la sociedad los que hubiera deducido en exceso anticipadamente. Reembolso que le correspondía verificar, sin intereses, hasta completar cierta suma y, después, con intereses del diez por ciento anual.

El contrato de prestación de servicios pactóse por un año. Podía o no prorrogarse. Si no se prorrogaba, Rodríguez dejaba de devengar el sueldo fijo asignado, pero como accionista que seguía siendo conservaba el derecho consiguiente a los dividendos del caso.

De consiguiente es imposible darle al contrato una interpretación distinta de la que sin mayor esfuerzo dedúcese de su claro tenor literal, conforme en todo caso con la intención que manifiestamente guió a las partes al contratar.

El que uno de los móviles determinantes en don Pablo Rodríguez a celebrar el contrato, fuese la seguridad que abrigó de que percibiría durante largo tiempo provechosas utilidades por sus acciones, con las cuales pondríase fácilmente en capacidad económica de amortizar en determinado tiempo la

deuda que contrajera para adquirirlas, en nada modifica la interpretación anterior.

Ese móvil, al igual de ese otro consistente en las halagueñas perspectivas económicas que advirtió en el negocio de ingresar en calidad de accionista y empleado de una empresa estabilizada, de seguro y envidiable porvenir, y que lo indujo a abandonar la colocación bien remunerada de que disfrutaba en el Ferrocarril Troncal de Occidente. en busca de alcanzar más amplios horizontes de independencia personal y creciente holgura pecuniaria, no fueron ciertamente la finalidad inmediata y directa de la obligación, querida por ambos contratantes al obligarse, o mejor la contraprestación que siquiera tácitamente se deduzca del contrato, o de sus antecedentes, tal y como aparecen acreditados en el acervo probatorio, la cual estuviera a cargo de la compañía o de don Francisco Bravo Nicholls, a cambio de los servicios que en calidad de empleado iba a prestarles don Pablo Rodríguez. Esos móviles, si como es obvio suponer, inspiraron íntimamente a don Pablo, no fueron sin embargo de tal índole que a ellos se sometiese precisamente, implícita o explícita, la existencia misma del contrato. A' no dudarlo fueron los motivos comunes y generales de lucro. variables en cada contratante según el grado de su optimismo y el prospecto del respectivo negocio, que impulsan con más o menos vigor a todo negociante cuando quiera que intenta y resuelve celebrar un negocio de decisiva trascendencia personal. A que se agrega en este caso el importante detalle de ser don Pablo quien iba a administrar la sociedad y a dirigir sus operaciones durante la ausencia del gerente.

Fijado así por la Corte, el alcance preciso del contrato materia de la discusión, en sentido contrario y por ende desfavorable a la pretensión de don Pablo Rodríguez. corresponde ahora sí avocar el examen de las causales de casación, empezando por la demanda del apoderado de F. Bravo & Co. S. A., invirtiendo así el orden que, sin una solución contraria a la que acaba de encontrar la Corte, se impondría en el estudio del recurso.

III

Demanda de casación del contrademandante y recurrente F. Bravo & Co., S. A.

El recurrente ataca por tres diferentes aspectos legales la interpretación que el tribunal le dio al contrato. Con esa interpretación estima violados tres grupos de disposiciones, así: primero, artículos 89 de la ley 153 de 1887, 23 de la ley 51 de 1918, y 1602 1621 y 1622 del código civil; segundo, artículos 568 y 588 del código de comercio, y 38 de la ley 153 de 1887; y tercero, el artículo 1546 del código civil.

El recurrente refiriéndose a la violación del art. 588 del código de comercio, dice que lo sostenido por el tribunal viola la noción jurídica de dividendo, contenida en aquella disposición.

Para la Corte el cargo de violación del mencionado artículo 588, y de otras de las disposiciones en que el recurrente se apoya, es evidente. Hay un error de interpretación manifiesto que produce tal quebranto.

En primer lugar el tribunal buscándole un alcance al contrato, distanciado de la clara intención de sus cláusulas, violó los artículos 1621 y 1622 del código civil, destinados a dar reglas de hermenéutica contractual, en orden a que ante todo se garantice y se respete la genuina intención de las partes al contratar. No otra cosa significa el mandato legislativo del primer artículo, según el cual en las cláusulas dudosas debe estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato; y del segundo artículo, que quiere que las cláusulas de un contrato se interpreten unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

La naturaleza del contrato materia del pleito es esencialmente de prestación de servicios entre la sociedad y don Pablo, en que aquélla le facilita además unas sumas de dinero, adelantándoselas mensualmente mientras se verifica el reparto de dividendos anuales. El tribunal perdió de vista estas dos modalidades distintas, cada una de las cuales tiene su propio y peculiar alcnace. Dándole absoluta prevalencia a la primera anuló la segunda, dejándola sin efecto, al estimar, contra lo estipulado, que la autorización para retirar mensualmente las sumas de dinero a cuenta de dividendos de acciones, equivale a un complemento del sueldo fijado en el contrato al empleado. Violó el artículo 1621.

El contrato en su totalidad consta de tres partes: primera, prestación de servicios de don Pablo a la sociedad, mediante la suma fija de doscientos cincuenta pesos como remuneración mensual, durante el período fijo de un año; segunda, permiso de la sociedad a don Pablo de retirar, a buena cuenta de utilidades anticipadas sobre sus acciones, ciertas cantidades mensuales, primero sin interés y con recargo de intereses de

cierto tiempo en adelante; y tercera, compromiso particular de don Francisco de venderle a don Pablo, contando ya con el asentimiento de la sociedad, veinte acciones de las que el primero poseía en ella. Esta es la integridad compleja del contrato, contra la cual atentó el tribunal en su interpretación simplista y arbitraria. Violó así el artículo 1622.

El artículo 588 del código de comercio dispone: "Se prohibe la repartición de dividendos antes de completado el fondo de reserva. Si este fuere insuficiente para cubrir el déficit del capital, se aplicarán a este solo objeto todos los beneficios sociales. Los dividendos se deducirán exclusivamente de los beneficios líquidos, justificados por los inventarios y balances aprobados por la asamblea general de accionistas".

No obstante esta disposición reguladora de la noción jurídica del **dividendo** en las compañías anónimas, de la cual se desprende sin esfuerzo que en esta clase de asociaciones los dividendos son los beneficios líquidos obtenidos en los negocios sociales, condicionados y cómputos y operaciones previas, respaldados en los inventarios y balances, el tribunal estima que de manera irrevocable pueden pagarse dividendos antes de conocerse en cada período las verdaderas utilidades líquidas de la sociedad, pues a ese concepto equivale este pasaje de la sentencia; "Ni se explica el por qué en esta misma estipulación o en otra cualquiera no se dijo que los anticipos de dividendos eran condicionales, que quedaban sujetos al hecho contingente de que la sociedad diera utilidades efectivas."

El tribunal no paró mientes en que desde el momento en que en las estipulaciones del contrato se expresa reiteradamente que las sumas que la compañía permite retirar mensualmente al accionista **se le debitarán en cuenta de anticipos a utilidades por dividendos**, los contratantes subordinaron la firmeza del pago a la existencia real de dividendos en las épocas convenidas en el estatuto social para las respectivas liquidaciones. Imposible exigir mayor claridad en la descripción contractual de una estipulación.

Violó pues el tribunal el artículo copiado del código de comercio.

Impónese la infirmación parcial del fallo recurrido debiendo la Corte dictar la correspondiente sentencia de instancia.

IV

Sentencia de instancia

La sentencia del tribunal decretó la resolución del contrato por incumplimiento de F. Bravo & Co. S. A., basándose el fallador en la interpretación contractual que la Corte ha dejado destruída. Fue la acción acogida de la demanda principal. Las demás acciones o desecháronse o no hubo lugar a estudiarlas por ser subsidirarias de la de resolución. Pero derrumbada esa parte de la sentencia. la técnica del procedimiento impone ya en instancia que se avoque el estudio integral del libelo de demanda principal, a fin de determinar cuál de las demás acciones ejercitadas en ella, ora como principales, ora como subsidiarias, puede prosperar. Y este estudio debe iniciarlo la Corte antes de tocar con las acciones de la contrademanda, tanto porque ese es el orden lógico, como porque ese estudio servirá para dejar despejada de una vez la situación jurídica de don Pablo Rodríguez, en relación con los derechos que le asisten y con las defensas o excepciones que lo amparan, y que él ha intentado demostrar a todo lo largo del expediente.

Puntualizando los hechos principales que le sirven al demandante Rodríguez en orden al ejercicio de sus distintas acciones, pueden reducirse a estos:

A) En la escritura social de F. Bravo & Co. S. A., se dice que el socio fundador Francisco Bravo Nicholls pagó $ 16.500 oro por valor de 165 acciones que suscribió de la serie "Número 1-A", y este hecho es inexacto.

B) Don Francisco Bravo nunca le hizo a don Pablo Rodríguez la trasmisión de los títulos de las veinte acciones de la serie "Número 1-A" que le vendió, siendo así que para las cesiones que hagan los accionistas de la sociedad "F. Bravo & Cº, S. A." son indispensables los títulos y además la inscripción de la cesión en los libros de la compañía, aceptada por la asamblea general de accionistas y firmada por el propietario que menciona el título, por el presidente y por el secretario contador de la sociedad.

C) El señor Francisco Bravo obró dolosamente en la celebración del contrato con don Pablo Rodríguez. Ese dolo hácese consistir en que no hizo el traspaso de las acciones que dijo vender; en que las acciones no tenían valor real, por causa del hecho anotado en el punto A); y en que la sociedad no estaba en capacidad de pagar cien pesos de utilidades hasta completar los tres mil dos-

cientos pesos, y esto lo sabía [illegible]r Bravo;

D) El extracto de la escritura [illegible]al no fue registrado ni publicado en todo[illegible]s domicilios de la sociedad. Con lo cu[illegible] sociedad, de acuerdo con los precepto[illegible]e ha tenido existencia legal.

E) Varias de las cláusulas de los est[illegible]utos de la sociedad "F. Bravo & Cº, S. A." le quitan el carácter de sociedad anónima, co[illegible] virtiéndola simplemente en una sociedad de hecho.

1º Pago del valor de las acciones que suscribió F. Bravo N.

En los estatutos de la sociedad "F. Bravo & Cº, S. A.", artículo 6º, se dispone que el capital de la sociedad se fija en la cantidad de veinte mil pesos ($ 20,000) y se divide en ciento setenta acciones. (170) de a cien pesos ($ 100) cada una, que se distinguirán como acciones "Serie Nro. 1-A", las cuales quedan ya íntegramente suscritas y pagadas en forma aceptada por los fundadores así: $ 16,500 valor de 165 acciones que suscribió el señor Bravo Nicholls; Juan de Greiff quinientos pesos ($ 500), por valor de cinco acciones; y Manuel Bustamante tres mil pesos ($ 3,000) por valor de treinta (30) acciones de las llamadas "Serie Nro. 2-B".

El demandante según vióse en el punto A) niega que Bravo Nicholls pagáse efectivamente el valor de sus acciones.

Pero esa negación está plenamente desvanecida con abundante arsenal probatorio.

En primer lugar, en asocio de los peritos Jorge Gutiérrez y Pedro Luis Botero, practicóse por el juez de la primera instancia el día primero de abril de 1933 (fls. 21 y 22 del c. de p. de Pablo Rodríguez) una inspección ocular en los libros de contabilidad de la sociedad. El dictamen de dichos peritos que versó sobre diferentes puntos, contiene esta conclusión categórica deducida de los asientos de la contabilidad:

',El capital de $ 20,000.00 con que se constituyó la sociedad fue pagado íntegramente en la forma siguiente:

"En efectivo el 8 de septiembre de 1926 ... ...$	100.00
"En muestrarios de las varias oficinas	2.036.53
"En mobiliarios de las varias oficinas	1.820.05
"En m/cías. existentes en la oficina de Medellín	754.37
"En dinero según comprobante de caja 167 de octubre 21 de 1926	15.289.05
"Total ... ...$	20.000.00"

Este dictamen fue puesto en conocimiento de las partes, sin que sufriera ninguna observación del señor Rodríguez o de su apoderado.

Y hay más todavía: durante la segunda instancia ante el tribunal, medió nuevo dictamen rendido por los peritos señores Federico Lalinde y José M. del Valle. Entre los puntos sometidos a estudio de los expertos por don Pablo Rodríguez, estuvo nuevamente el relativo al pago de las acciones. Los peritos otra vez en presencia de los libros de contabilidad de la sociedad, fueron todavía más explícitos en el sentido de que el capital social fue efectivamente pagado por los accionistas. Así explican el hecho, en forma que de su realidad y acaecimiento no resta ya la menor duda (fls. 66 v. y 67 del c. de p. de Fco. Bravo en la 2ª instancia):

"Consta en los libros de F. Bravo & Co., S. A., que los $ 15.289.05 aportados por los accionistas en 21 de octubre de 1926, y que aparecen en el comprobante de caja número 167, lo fueron en efectivo y como constancia de que ese valor entró a la caja social lo atestiguan las firmas de la señorita cajera, doña Virginia Sanín U., del contador señor Ignacio Arriola, y del revisor fiscal, señor Luis A. Bravo A. Tanto en la relación de los comprobantes de caja de ese día como en los asientos verificados en los Libros Diario y Mayor, aparecen esas sumas acreditadas a accionistas por caja.

"No hay constancia en los libros de estimación, por parte de la Asamblea General de Accionistas, de los bienes raíces, créditos, mercedes y privilegios, porque no habiendo hecho cargo alguno anteriormente Bravo N. por concepto de representaciones que cedió, no había lugar a la estimación dicha por parte de la Asamblea General de Accionistas, ni tampoco había lugar a avalúo de mercedes y privilegios, ya que por ese concepto tampoco hizo cargo alguno el citado señor Bravo N. Por lo que hace a créditos y bienes raíces, como los accionistas no aportaron en pago de sus acciones créditos ni bienes raíces, no había motivo para avalúos por tales conceptos por parte de la Asamblea General de Accionistas. En

cuanto a muebles sí existe constancia por parte de la Asamblea al aprobar el balance general que aparece en el libro de inventarios. Por este concepto se hizo deducción del diez por ciento (10 por 100) del valor en que se tomaron al accionista Bravo N. como aporte de sus acciones."

Los peritos apuntan en seguida la forma como cada uno de los fundadores de la sociedad hizo entrega a la caja social de sus aportes. El señor Bravo Nicholls consignó, en efectivo $ 11,879.05; en muestrarios $ 2,036.53; y en muebles $ 1,820.05. Estos aportes dan la totalidad de las acciones por él suscritas.

El dictamen anterior tampoco mereció observaciones por parte de don Pablo Rodríguez.

Con este dictamen y el de los señores Botero y Gutiérrez, anotado en primer lugar, resulta plenamente rebatida la afirmación del demandante señor Rodríguez, consistente en que don Francisco Bravo Nicholls dejó de pagar el valor de sus acciones. Las pagó, y si es verdad que en seguida aparece en el debe de la cuenta "FRANCISCO BRAVO NICHOLLS — DEPOSITOS DISPONIBLES", retirando la suma de $ 15,289.05, que acababa de consignar, también lo es que poco después esa suma fue reembolsada a la sociedad, según pudieron comprobarlo los peritos, quienes en su informe tuvieron el cuidado de anotar (punto c) del interrogatorio de F. Bravo & Cº, fl. 62 v.), las fechas y las cantidades en que, según las constancias de los libros, hiciéronse los reembolsos, todos ya en dinero.

De manera que el fundamento de la demanda principal puntualizado bajo la letra A), está descartado como base de cualquiera de las acciones en el libelo ejercitadas.

2º—Traspaso de las acciones

Contra lo aseverado en la demanda, don Francisco Bravo cumplió con la obligación que a su cargo tenía de trasmitirle a don Pablo Rodríguez las veinte acciones de la "Serie número 1-A", que le vendió.

Las demostraciones del expediente en ese particular son palpables.

Con fecha 27 de febrero de 1928, don Francisco Bravo dirigió en Medellín la siguiente carta de traspaso a la sociedad "F. Bravo Nicholls & Cº, S. A." (fl. 57 c. de p. de F. Bravo en primera instancia):

"Les ruego se sirvan tomar debida nota de que en esta fecha he cedido al señor don Pablo [illegible]iez veinte (20) acciones de la Serie [illegible] 1-A de las que poseo en la sociedad

"C[illegible]quiera que los libros de la Casa está[illegible]a Oficina de Bogotá, la inscripción se d[illegible]á hacer en ellos allá al recibo de esta c[illegible]rta y por medio de la presente dejo co[illegible]ncia de que yo personalmente responde ante el comprador de ellas que esta cesión será aceptada sin obstáculo alguno.

"Además, el citado señor Rodríguez ha entrado a formar parte activa de la dirección de la firma como accionista de la Serie mencionada, con todas sus obligaciones y derecho confor (sic) contrato celebrado con él el día quince (15) de los corrientes".

Al final de esta carta hay una nota que dice "Estoy conforme", suscrita por don Pablo Rodríguez.

La autenticidad de esta carta no ha sido discutida por el demandante. El únicamente reclama la inobservancia del requisito del título y de la constancia de la cesión en los libros de la compañía "aceptada por la asamblea general de accionistas y firmada por el propietario que menciona el título, por el presidente y por el secretario contador de la sociedad".

En acatamiento a esta carta en el libro de Registro de Acciones de la sociedad, y con fecha 3 de marzo de 1928 se inscribió el traspaso de las veinte acciones a favor de Rodríguez. Este registro lleva la correspondiente nota de aceptación suscrita por don Francisco Bravo, seguida de esta otra autorizada igualmente por él: "En primera oportunidad, al llevarse los libros a Medellín, deberá firmar arriba, para buen orden, el señor don Pablo Rodríguez H. — Bogotá, abril 8 de 1928".

Estos antecedentes hiciéronles conceptuar a los peritos Gutiérrez y Botero (fl. 24 v. c. de Pablo Rodríguez) en el sentido de que "los distintos traspasos de acciones hechos en el 'Registro de Acciones', incluyendo particularmente el traspaso de las acciones que el señor Francisco Bravo Nicholls vendió al señor Pablo Rodríguez H. fueron hechos debidamente".

En realidad el traspaso de las acciones no merece observación seria. Porque además de las pruebas anotadas, figura en copia— fl. 62 cuaderno de la Acción Exhibitoria pedida por don Pablo Rodríguez — el acta de la asamblea general de accionistas en que al autorizar ésta el contrato de prestación de servicios con don Pablo convino también en que don Francisco le cediere al primero las veinte acciones.

De manera que se otorgó la carta de tras-

paso; y después en los libros se registró ese acto, bajo la firma del cedente. Qué más? Pero don Pablo apunta la ausencia de su firma en la anotación del registro, como lo ordena el artículo 10 de los estatutos, y que no se le entregó el título correspondiente a las acciones que compró.

En cuanto al primer reparo nótese que el cesionario, alegándolo, trata nada menos que de aprovecharse, en perjuicio ajeno, de su propia falta. En efecto. Don Pablo Rodríguez quien inmediatamente después del contrato con la sociedad asumió la gerencia de ella, en ausencia del presidente, por cerca de un año, tuvo en ese lapso a su disposición los libros de la compañía, durante el cual dependió de su sola y única voluntad suscribir la nota de registro.

Agréguese a lo anterior que el registro es el único elemento esencial, de acuerdo con la ley, artículo 576 del c. de c., al perfeccionamiento del traspaso y tradición de las acciones nominativas de las compañías anónimas. Los requisitos mayores o menores con que cada compañía en sus estatutos exige se haga la inscripción, miran a garantizar la autenticidad de los traspasos en orden a conjurar dudas y dificultades, de manera que es a la compañía a quien interesa el cumplimiento de todos y cada uno de esos requisitos. La ausencia de algunos de ellos no puede alegarse entre comprador y vendedor para pretender la ineficacia de un traspaso, cuando de otro lado la formalidad esencial del registro de la cesión ha tenido cumplimiento y el nuevo socio asume sin obstáculos de la sociedad ni del vendedor la función que como a tal le compete.

La expedición material del título tampoco es esencial para la validez del traspaso de las acciones nominativas, según el citado artículo 576. El título es el comprobante de la acción, pero no de la cesión o traspaso. El accionista nominativo tiene esa calidad cuando habiéndola adquirido legítimamente como socio fundador, o de otro socio, figura efectivamente en la nómina de los accionistas, aun cuando esté desprovisto del título material de sus acciones, por haberlo perdido, no haberlo reclamado, o haber faltado la sociedad, sin el reclamo de los socios, al deber de expedir los respectivos certificados destinados a comprobar ante terceros — no ante la sociedad — el interés de cada socio en la sociedad.

De otra parte, el artículo 10 de los estatutos permite las cesiones por simple carta de traspaso en tanto no se hayan expedido los títulos definitivos, y mientras no hayan salido las acciones del poder de los socios fundadores. Es decir que antes de la expedición de los títulos definitivos los socios fundadores podían hacer los traspasos por simple carta sin necesidad de complementarla con la expedición de certificados definitivos que no existieran. A la fecha de la cesión a don Pablo Rodríguez no existían aún los títulos definitivos. Y en el tiempo subsiguiente ignórase si fueron expedidos o nó.

Empero, aun sin el certificado de sus acciones don Pablo Rodríguez no solamente fue tenido como accionista por la sociedad, sino que él mismo así se reputó. Por tener el carácter de socio estuvo manejando la sociedad durante el año de la ausencia en Europa del director principal con quien mantuvo permanente intercambio de correspondencia, en la que informábale al socio ausente de la marcha y estado de los negocios sociales, sin que nada revele en esa correspondencia que él encontrara tropiezo alguno en sus actividades de accionista por la carencia de algún requisito en la forma como se perfeccionó la cesión. Al contrario, en carta del 2 de enero de 1929, dirigida desde Medellín por don Pablo a don Francisco (fls. 35-37 del c. de p. de Bravo en primera instancia), el primero le expresa al segundo su satisfacción por la celebración del negocio y se manifiesta "contentísimo" en la sociedad. Lo que prueba que no obstante los vicios que a la hora de nona ha visto don Pablo en la tradición de las acciones que le fueron vendidas para facilitarle el ingreso a la sociedad, él siempre disfrutó de todas las prerrogativas inherentes a la calidad de socio.

Así pues los hechos concretados bajo el punto B también carecen de fundamento, y en tal virtud de ellos nada favorable a las diferentes acciones ejercitadas en la demanda puede derivar el juzgador.

3º Acusaciones de dolo contra F. Bravo N.

El demandante Rodríguez deduce una acción de dolo contra don Francisco Bravo. Pero ese dolo lo hace consistir en lo siguiente, según el resumen del punto C:

En que no hizo el traspaso de las acciones que dijo vender. Ya tuvo ocasión de verse el ningún fundamento de esta aseveración.

En que las acciones no tenían valor real por causa de que don Francisco Bravo no había pagado el valor de sus aportes. Afirmación tan irrazonable como la precedente.

Y en que el señor Bravo sabía que la sociedad estaba en incapacidad de pagarle cien pesos de utilidades hasta completar los tres mil doscientos pesos. Tampoco es cierta esta base.

El mismo dictamen de los peritos señores Pedro Luis Botero y Jorge Gutiérrez, rendido en la primera instancia, y de que en capítulos anteriores ya hízose mérito, acredita en forma satisfactoria para la Corte el aparente estado próspero de la sociedad en la época — febrero de 1928 — en que celebróse el contrato con el señor Rodríguez. Los peritos hacen esta declaración terminante:

"c)—El resultado del Balance General practicado por la sociedad el 31 de diciembre de 1927 fue corriente y por la verificación que hicimos de las operaciones aritméticas, conceptuamos que fue real".

Más adelante los peritos anotan las siguientes observaciones que ellos deducen de la contabilidad de la sociedad:

"e) 1º Los Gastos Generales de la sociedad en el período comprendido entre el 8 de septiembre de 1926 al 31 de diciembre de 1927, según la cuenta respectiva en el libro 'Mayor', valieron $ 33,550.95; 2º Los mismos Gastos Generales, según el libro citado, en el período comprendido entre el 1º de enero de 1928 al 30 de abril de 1929, valieron $ 36,136.21; 3º Las comisiones obtenidas en el período comprendido entre noviembre 30 de 1926 a diciembre 31 de 1927, según la cuenta respectiva en el libro 'Mayor', valieron $ 55,495.64; 4º Las comisiones obtenidas por la sociedad en el período comprendido entre el 1º de enero de 1928 al 30 de abril de 1929, según la cuenta respectiva en el libro 'Mayor", valieron $ 51,699.06.

"Los siguientes números de la misma letra e), los contestamos así: 1) Creemos que la fuente principal de las utilidades de la sociedad sean las comisiones; 2) Promedio mensual de Gastos Generales de septiembre 8 de 1926 a diciembre 31 de

1927.. ... ...$	2.127.90
Promedio mensual de Gastos Generales de enero 1º de 1928 a abril 30 de 1929...	2.258.51
Promedio mensual de comisiones de noviembre 30 de 1926 a diciembre 31 de 1927..	4.257.90
Promedio mensual de comisiones de enero 1º de 1928 a abril 30 de 1929....	3.231.19

"f) Precio por acción, según Balance de diciembre 31 de 1927, $ 157.26, o sea valor de 20 acciones 3.145.20

"Precio por acción, según Balance de abril 30 de 1929, $ 95.55, o sea valor de 20 acciones.. ... 1.911.00"

Como se ve, los peritos son categóricos en afirmar que según el balance general de los negocios de la sociedad, en 31 de diciembre de 1927, el precio aproximado de cada acción de las de la serie número 1-A, era de $ 157.26, es decir el mismo precio, menos unos centavos, a que le fueron vendidas a don Pablo Rodríguez las veinte acciones. Lo que igualmente acredita que no era infundado el optimismo de don Francisco, el animador de la sociedad, cuando pensaba que los negocios sociales iban en éxito creciente hacia el futuro. Optimismo que también con fundamento compartió don Pablo Rodríguez, al suscribir el contrato con la idea de que aquella situación halagüeña iba a perdurar por tiempo indefinido durante el cual podía retirar mensualmente determinada suma a cuenta de utilidades, en la creencia arraigada de que éstas efectivamente íbanse a producir también indefinidamente.

El cargo pues no está comprobado. Bien al contrario se advierte la estricta lealtad con que ambas partes procedieron en la celebración del negocio cuestionado.

El ocuparse la Corte en el examen de la comprobación de los tres hechos en que el demandante se apoya para ejercitar la acción proveniente de dolo, no significa por eso que admita que tales hechos, conforme plantéalos el actor, tienen el carácter de dolosos. El dolo presupone la intención pervertida y dañada de causar daño a otro, usando a ese fin de maquinaciones manifiestamente ilícitas y torcidas. Intención que ni remotamente se advierte en el simple hecho de que el vendedor deje de entregar lo que vende, o que la cosa carezca del valor intrínseco o extrínseco que se le ha asignado. En tales eventos antes que la acción por dolo surgiría la de resolución por incumplimiento del contrato, la de rescisión por lesión enorme, o la de error respecto de una de las calidades de la cosa.

Pero como además de la acción por dolo se propusieron las mencionadas de resolución y error, que podrían generarse de los hechos propuestos en el caso de estar acreditados, por ello la Corte hizo el análisis de las respectivas pruebas, dejando así estudiados los cargos del libelo de demanda por su aspecto de existencia, que es el aspecto más cardinal.

4º Inexistencia de la sociedad por falta del registro y publicación de los extractos de la escritura social.

Afirma don Pablo Rodríguez que el extracto de la escritura social no fue registrado ni publicado en todos los domicilios de la sociedad. Con lo cual la sociedad de acuerdo con los preceptos carecía de existencia legal.

Este hecho tan sencillo y nimio en apariencia, ofrece sin embargo consecuencias trascendentales. Con ese cargo don Pablo pretende inferir la nulidad de la sociedad por ausencia de formalidades esenciales en su constitución, cuya falta hizo degenerar la sociedad de F. Bravo & Cía. en una sociedad de hecho.

De otro lado, como don Pablo Rodríguez entendió comprar acciones en una **sociedad legalmente existente**, y el vendedor a su turno ofreció acciones en esa sociedad, de vida completa y perfecta según los ritos propios de semejante clase de instituciones comerciales, el contrato de venta de las acciones conllevaría en concepto del demandante la acción resolutoria personal contra el vendedor por incumplimiento de la entrega; o en subsidio estaría viciado por un error en el consentimiento, puesto que las acciones lejos de corresponder a la cosa que entendió el comprador adquirir, eran acciones procedentes de una sociedad de hecho. En una o en otra eventualidad, reconocidas por la justicia las consecuencias jurídicas del hecho, impondríase lógicamente el decreto de resolución o de nulidad, en su caso.

El artículo 2º de los estatutos de la sociedad F. Bravo & Cía., S. A., dispone que el domicilio principal de la sociedad será Medellín, pudiéndose también fundar sucursales o dependencias en Cali, Bogotá, Barranquilla, Manizales, Cartagena y Cúcuta.

El alegato de segunda instancia ante el tribunal, fls. 151 a 158 del cuaderno principal, fue el escrito en donde el demandante vino a precisar formalmente cuáles eran los requisitos que la sociedad había dejado de llenar al constituirse, y cuya ausencia según el hecho 6º de la demanda, le restaban perfección legal. Según el demandante la sociedad tuvo también casas de comercio en Barranquilla, Bogotá y Cali, sin que en esos domicilios se hubiese registrado y publicado el extracto de la escritura social, en los términos y froma preceptuados en la ley comercial.

El tribunal en la sentencia observó que efectivamente no se había presentado la prueba del registro y publicación del extracto de la escritura social que echaba de menos el actor. Y agregó: "Sobre este particular es oportuno anotar, desde ahora, que si es verdad que la ley mercantil exige la publicidad de los extractos en los lugares donde una sociedad comercial abra operaciones, la omisión de esta formalidad no instituye causal de nulidad absoluta o relativa".

La insistencia del actor en encontrar nula la sociedad mercantil que omita el registro y publicación del extracto de la escritura social en los lugares donde abra sucursales, insistencia consignada en la demanda de casación ante la Corte, donde el recurrente ataca el trascrito concepto del tribunal, le brinda ocasión a la Corte para dilucidar el problema.

En la mencionada demanda, que ya en instancia corresponde apreciar libremente, sin las ligaduras de la técnica de casación, se lee lo siguiente: "El artículo 2º de los estatutos de F. Bravo & Cía., S. A., dice, que la sociedad tendrá domicilio en las ciudades de Barranquilla, Bogotá, Cali, Cartagena, Cúcuta y Manizales. Se probó en el juicio que F. Bravo & Cía., S. A., estableció oficinas en Bogotá, Cali y Barranquilla. En dichas ciudades no fue registrado y publicado el extracto social. De conformidad con las disposiciones que he citado es nula de nulidad absoluta dicha sociedad. El H. Tribunal Superior violó la ley al afirmar que la omisión del extracto y publicación 'no instituye causal de nulidad absoluta o relativa', y que 'se cumplieron todos los requisitos extrínsecos exigidos por las leyes para la constitución de una sociedad anónima como lo fuera la demandada en esta litis doble."

No se discute pues el que la sociedad dejara de cumplir las formalidades legales que se requerían en el domicilio principal, o sea Medellín. La impugnación refiérese a la falta de cumplimiento de esas formalidades en Bogotá, Cali y Barranquilla, donde la sociedad estableció sucursales.

El artículo 470 del código de comercio, dispone que el extracto de la escritura social previsto en el artículo inmediatamente precedente, deberá registrarse en la secretaría del juzgado — hoy la respectiva cámara de comercio por virtud del artículo 39 de la ley 28 de 1931 — del lugar en que se establezca el domicilio social. Y, "si la sociedad estableciere casas de comercio en diversos parajes del Estado, el registro y la publicación se harán en todos ellos dentro de los quince días precedentes a la apertura de la nueva casa".

Según el artículo 472 del mismo código "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"**, quienes no obstante responden solidariamente ante terceros de las obligaciones que se hubieren contraído a nombre y en interés de la sociedad de hecho.

Los artículos 469, 470 y 472 están colocados en el capítulo de las sociedades colectivas, más por disponerlo el artículo 2º de la ley 42 de 1898, son aplicables igualmente a las sociedades anónimas.

Según estas prescripciones las formalidades de registro y publiacción del extracto social son necesarias así en el asiento de la casa principal como en el de los lugares donde se vayan abriendo sucursales; lo cual se exige en uno y otros lugares en interés de los terceros, a quienes se deben dar a conocer no sólo la existencia misma de la sociedad sino también las bases esenciales de su funcionamiento, a efecto de que estén en capacidad de apreciar exactamente la organización y responsabilidad de esa persona cuando con ella lleguen a contratar.

En el caso de autos se sabe ciertamente que fuera de Medellín, sede principal de la sociedad F. Bravo & Cía., S. A., ésta tuvo también negocios en Barranquilla y Bogotá. Pero ignórase tanto la época en que la sociedad inició actividades en cada una de estas dos ciudades, como si en cada una de ellas también, la sociedad hizo registrar y publicar el extracto "dentro de los quince días precedentes a la apertura de la nueva casa", conforme prescríbelo el artículo 470.

De consiguiente, aceptando el significado aparentemente general de los preceptos mencionados, habría que aceptar también que la sociedad demandada está viciada de nulidad absoluta por el incumplimiento de esas ordenaciones en dos de las sucursales donde mantuvo negocios.

Es decir que, ascendiendo del caso particular de autos al campo general de la doctrina jurídica, podría llegarse entonces a sostener que aun cuando una sociedad comercial cumpla todos los ritos legales inherentes a su formación, como escritura pública y registro civil y comercial en los domicilios de origen, surgiendo por lo tanto a la vida plenamente regular y válida, basta con que posteriormente, en lapso que bien puede estar hasta muy remoto de la época del nacimiento de la compañía, se establezca una sucursal, aun prevista ya en los estatutos, respecto de la cual dejen de cumplirse aquellos requisitos, para que esa omisión, obrando sobre el pasado, genere la sanción de nulidad, convirtiendo la sociedad regular, válida y eficaz para todos, en sociedad de hecho.

Mas semejante solución, que podría fundarse en una interpretación rígida de los textos, choca abiertamente contra la noción jurídica de las nulidades absoluta y relativa, que se generan siempre en hechos concomitantes a la formación de los contratos; y contra el buen sentido, porque es inexplicable que un contrato de sociedad válidamente constituído, sin ningún vicio de origen que lo desfigure, que ha funcionado regularmente, trueque súbitamente su primitiva validez por nulidad, debido al incumplimiento de una formalidad sobreviniente, con manifesta desconexión entre la omisión cometida y la sanción, puesto que no es racional admitir para la falta de registro en las sucursales idéntica sanción que para esa falta en el domicilio o domicilios sociales de origen.

Tan evidente contraste entre el significado aparente de los textos y los sanos principios de razón, lleva al profesor Joseph Hémard en su obra **Théorie et Practique des Nullités des Sociétés et des Sociétés de Fait**, comentando las disposiciones del derecho francés sobre registro y publicación de sociedades mercantiles, disposiciones en su esencia y en su alcance exactamente iguales a las ya vistas anteriormente del derecho colombiano sobre la misma materia, a sostener una necesaria restricción, en cuanto la ley al erigir en nulidad la omisión de las formalidades de publicidad, dejó sin esa sanción la ausencia de publicidad en las sucursales, sanción que por su gravedad y naturaleza ha debido ser consagrada expresamente.

De la misma manera, siguiendo el pensamiento del ilustre profesor francés, compartido también por otros autores, aunque combatido por Houpin y Bosvieux en una breve nota del tomo décimo, página 934, de la obra **"Traité Géneral théorique et practique des Sociétés civiles et comerciales et des Associations"**, en Colombia puede afirmarse que cuando el artículo 472, que establece la nulidad, se refiere a los artículos 469 y 470, no comprende el segundo inciso del art. 470, cuya inobservancia, por no tener como sanción expresa la nulidad y ser en tal caso esta sanción extravagante y desproporcionada a la gravedad de la falta cometida, engendra muy otras consecuencias legales.

La sanción tendría que ser, como lo piensa el mismo autor, en el derecho de los terceros perjudicados por la omisión para de-

mandar indemnización de perjuicios contra la sociedad o las personas responsables.

"Esta sanción es exactamente apropiada a la gravedad relativa de la inobservancia, puesto que serán las personas a las cuales ha causado perjuicios la irregularidad las únicas que podrán obtener la justa reparación que les es debida. Al contrario, la sanción de nulidad de la sociedad sería desproporcionada con la poca importancia de esta irregularidad, porque toda persona que hubiera contratado con la sociedad podía perseguir la nulidad aunque el contrato hubiera sido concluído en el lugar de la sucursal, o en el domicilio social o en otro lugar, y aun cuando la publicidad apareciera de interés únicamente en relación con los contratantes de la sede de la sucursal".

El caso de autos es ilustrativo de la justicia y verdad de la observación anterior: una persona que contrató con la sociedad en el domicilio principal de ella, lugar donde no se discute que la sociedad cumpliera con las formalidades de registro y publicación del extracto social, y en donde por ende la sociedad funcionó regularmente, pretende aprovecharse de la omisión de formalidades en otros lugares en los cuales la publicidad carecía de interés para ese contratante. Su falta ningún perjuicio está comprobado que le causara ni le podía causar en relación con la ejecución del contrato.

Empero, suponiendo, en gracia de discusión, que la doctrina anterior no responda exactamente al pensamiento del legislador, como arguyen Houpin y Bosvieux, y que por ende la falta de publicidad legal y oportuna de la sociedad, mediante el registro comercial y la publicación en periódicos en las sucursales, produce la degeneración de la sociedad regular en sociedad de hecho, dando base a los terceros para invocar la nulidad; por otra senda distinta llégase a admitir la validez de la venta de las acciones en una sociedad comercial viciada de nulidad por falta de publicidad.

En efecto. De inmensa complejidad es el problema referente a la calificación de la verdadera naturaleza jurídica de la nulidad de las sociedades comerciales por ausencia de formalidades, especialmente las de publicación y registro.

En Francia, donde el problema ofrece exactamente la misma oscuridad que en Colombia, por la identidad del sistema jurídico en las dos legislaciones, el punto ha dividido a los tratadistas de derecho comercial. División que se advierte aun en las mismas soluciones jurisprudenciales.

Muchos de los escritores franceses consideran esta nulidad como absoluta y la declaran de orden público.

Para Houpin y Bosvieux, las reglas relativas a la publicación de las sociedades han sido, como las relativas a su constitución, establecidas en un interés de orden público. Así la nulidad resultante de la inobservancia de esas reglas es en principio de orden público, aproximándose mucho por este aspecto a la nulidad absoluta. Sin embargo, de ésta distínguese principalmente en que carece entre las partes de efecto retroactivo, en que no todos los interesados son admitidos a invocarla, y en que si los terceros tienen en ocasiones el derecho de hacerla prevalecer, los asociados en cambio nunca pueden oponerla a los terceros. Por este motivo para estos autores, tal nulidad es, como aquella que resulta del incumplimiento de formalidades constituivas, mixta o **sui generis.**

Para Cooper Royer la nulidad social, cualquiera que sea su origen no puede producir efectos sino para el porvenir, sin que pueda quitar ni añadir nada a lo que sucedió en el pasado. Un juzgamiento declarativo de nulidad no tiene efectos distintos de los que tiene un decreto de disolución; deja subsistir, por razón de los negocios anteriores, una comunidad de hecho que debe ser liquidada conforme a las intenciones recíprocas de las partes, es decir conforme al pacto social. (Traite de Sociétés Anonymes, tomo II, página 693).

Houpin y Bosvieux citan una sentencia de la Corte de Casación francesa, de fecha 27 de abril de 1931, en que se califica la nulidad relativa.

Para Hémard las dificultades que confrontan la doctrina y la jurisprudencia en este punto estriban en pretender aplicar a la nulidad de las sociedades comerciales por falta de registro la teoría general de las nulidades de derecho civil. Para este autor la palabra "nulidad" en ese caso no corresponde al pensamiento del legislador. Lo excedió. La imposibilidad de clasificar exactamente la nulidad por esa falta y de asignarle su puesto en la división bipartita de las nulidades ha conducido a muchos a darle el carácter de mixta o **sui generis.** La nulidad es mixta porque siendo absoluta respecto de terceros, no viene a ser sino relativa entre las partes. Pero esta clasificación no es suficiente a explicar ni el derecho de los terceros de tener la sociedad por válida, si esa es su voluntad, ni la ausencia de re-

troactividad de la nulidad entre las partes. Por ello para Hémard en lugar de nulidad más bien el fenómeno es de **inoponibilidad**. El contrato carece del grado de perfección suficiente respecto de terceros. Sólo los responsables de la irregularidad, los asociados, carecen del derecho de rechazar los efectos del contrato. La inoponibilidad no es entonces más que un retorno al principio legislativo del derecho civil, según el cual los contratos no tienen valor sino entre las partes contratantes, con esta diferencia, sin embargo — en la opinión corriente — que si esos contratos inoponibles a los terceros no pueden hacerles daño, éstos sí pueden en cambio aprovecharse de ellos.

Esta opinión coincide más o menos con la que ya antes había expresado Thaller.

En Colombia la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 10 de marzo de 1936 — Gaceta Judicial números 1909 y 1910, páginas 560 a 562 — estudiando el caso de omisión del oportuno registro de la sociedad en el domicilio principal y de origen, inclínase por la nulidad absoluta; dijo: "La omisión del oportuno registro comercial, que impide sea regular la sociedad, hace nulo el acto por falta de un requisito formal. Colocada esta nulidad en el cuadro ordinario de las nulidades, a pesar de que algunas consecuencias no encajan precisamente en ese cuadro, resulta absoluta. Aunque el texto legal no lo dijera tan expresamente como lo dice. Aquel requisito es un elemento indispensable para la existencia del contrato regular. Mira a su nacimiento más bien que a su duración. Por dirigirse el registro comercial a proteger a terceros, es una medida de interés general. La nulidad que sanciona su ausencia debe ser de orden público y por tanto absoluta. Su falta no puede ser suplida por otro procedimiento; no tiene equivalente. El cumplimiento tardío de las solemnidades prescritas, la ratificación expresa y la ejecución voluntaria del contrato, no lo purgan del vicio de nulidad (artículo 473 del C. de C.)".

El profesor de derecho comercial de la Universidad Nacional, doctor Alberto Zuleta Angel, hace la crítica de esta doctrina jurisprudencial. Sostiene que al contrario del pensamiento de la Corte no existe una rígida nulidad absoluta; y que la terminología que emplea la ley es de poca importancia, ya se diga nulidad, irregularidad, inoponibilidad. Lo que interesa primordialmente es determinar la naturaleza jurídica de esa situación y fijar las relaciones de los socios entre sí y de éstos con terceros, con lo cual sí es posible encontrar la verdadera naturaleza de esa sociedad. Para determinar esa naturaleza hay que distinguir lo futuro de lo pasado. El socio o un grupo de ellos, no pueden obligar a los demás a que permanezcan en una sociedad formada de tal manera, ni a que ella siga funcionando. Por lo que respecta al pasado, la sociedad existe mientras no se demande la declaración de nulidad o irregularidad de ella. Como la sociedad ha vivido, el socio puede exigir la liquidación de las operaciones sociales; que se le arreglen sus cuentas; que se determine exactamente su estado frente a ella; que se le entreguen sus beneficios, etc. Ese reclamo de los hechos pasados, se funda en la existencia de la sociedad y podrá el socio probar que ella existió, con todos los medios probatorios posibles, si no puede hacerlo ni con la escritura pública ni con el registro.

Se ha hecho este recuento de opiniones para poner de presente que, aun los propugnadores de la nulidad absoluta están de acuerdo en limitar o atemperar como dijo esta Corte en el fallo citado, el efecto retroactivo inherente a toda clase de vicio de nulidad en el campo del puro derecho civil. "Igualmente se atempera la nulidad en beneficio de los socios, puesto que en vez de hacer tabla rasa de todo lo pactado, deja en pie la sociedad de hecho. No queda una masa indivisa. Queda un patrimonio autónomo. Compréndese que la omisión del oportuno registro comercial no produce una nulidad que hiera el contrato como fuente de obligaciones, ni tampoco el contrato genérico de sociedad. Concierne a la constitución legal de la colectiva de comercio y de la anónima. De otra suerte no se concebiría la sociedad de hecho. Aparecería una comunidad lisa y llana." (Fallo citado).

De ahí, anota Copper Royer, que la validez y regularidad de las transacciones sobre acciones emitidas por una sociedad afectada de nulidad se reconoce aun por los autores que sostienen la teoría de la nulidad absoluta.

Porque como lo reconoció la Corte de casación francesa "No puede haber error en la venta de acciones de una sociedad nula, puestc que todos los derechos referentes a esa clase de intereses pueden ejercerse en la asociación de hecho que sustituye a la sociedad de derecho".

Esta solución por otra parte, es armónica con los principios generales de derecho civil en materia de cesión de créditos. Pues en el fondo la acción representa un título de crédito, y por este aspecto el traspaso de ac-

ciones encierra muchas analogías con la cesión de créditos.

Ahora bien, en materia de cesión de créditos, es regla general, salvo estipulación expresa, que el cedente garantiza la existencia misma del crédito, pero no garantiza la solvencia del deudor. En fuerza de ello es por lo que la negociación de acciones emitidas por una sociedad cuyo pasivo resulta superior al activo, de tal suerte que el capital social pueda considerarse perdido, reviste caracteres de validez y regularidad completas. Si en este caso no hay error en cuanto a la sustancia de la cosa vendida, menos podrá haberlo por parte de quien compra acciones emitidas por una sociedad comercial, afectada del vicio de nulidad por ausencia de formalidades.

En consecuencia por el aspecto examinado no existe base para deducir contra Bravo Nicholls una acción de restitución de lo pagado por las veinte acciones que le trasfirió a Pablo Rodríguez, provenientes de error de hecho en que éste incurriera por haberse propuesto comprar acciones en una sociedad debidamente constituída, y no en una sociedad de hecho.

5º Inexistencia de la sociedad por razón de contener los estatutos cláusulas que la convierten en sociedad de hecho.

A todo lo largo del juicio ha sostenido el apoderado de don Pablo Rodríguez que las restricciones consagradas en los estatutos de la sociedad F. Bravo & Cía., S. A., a la enajenación de las acciones le quitan el carácter de sociedad anónima, convirtiéndola en scoiedad de hecho.

Las principales restricciones a la enajenación de acciones están contenidas en los artículos 11 y 15 de los estatutos.

Según el artículo 11 la venta o cesión de acciones por parte de los accionistas debe someterse al conocimiento previo de la asamblea general de accionistas a efecto de que esta entidad resuelva si es el caso de aprobar la cesión, o si opta más bien porque la sociedad tome las acciones para sí o para uno de sus accionistas. De no convenirle a la sociedad ninguna de estas dos formas "el accionista tendrá que someterse a conservarlas en su poder, salvo que resuelva cederlas a la sociedad al precio nominal de ellas, más lo que les pueda corresponder por una tercera parte de los beneficios o utilidades acumuladas en los fondos de reserva". Para el pago del valor, la sociedad tiene derecho a tomarse el plazo de seis meses, según lo dispuesto en el artículo 15 de los estatutos.

El artículo 15 contempla el caso de muerte de un accionista; sus herederos deberán someter a la consideración de la asamblea general de accionistas por lo menos seis nombres de personas, para que dicha entidad decida a cuál de ellos acepta para inscribirlo como propietario de las acciones o representante único de los derechos de los herederos; y si a la sociedad no le conviniere esa inscripción en los términos dispuestos, tendrá derecho para tomar las acciones para sí o para uno de sus accionistas en las condicinoes señaladas en el artículo 11, gozando de un plazo para el pago, de seis meses, durante los cuales reconocerá un interés del seis por ciento anual.

Hay otro artículo en virtud del cual se le confieren al presidente de la sociedad facultades discrecionales para descalificar a un accionista y quitarle ese carácter si así conviniere a los intereses de la sociedad, obligándolo, bien a que cambie las acciones de la Serie Nº 1-A, por acciones de la Serie Nº 2-B, en los términos previstos en el artículo 23, o bien a vendérselas a la sociedad.

De la alinderación del concepto jurídico de las sociedades en general, contenido en el artículo 2079 del Código Civil, y del modo peculiar de constituírse el fondo común en las sociedades anónimas, mediante aportes limitados, representados en títulos de acción, los cuales, según el Código de Comercio, pueden ser nominales o al portador, dedúcese que todo accionista, por el mero hecho de serlo, disfruta de ciertos derechos esenciales, intangibles e inviolables por la norma social; pudiendo reducirse ellos a cuatro categorías, a saber: 1º el derecho a percibir una parte proporcional en los beneficios; 2º derecho a participar en el gobierno de la sociedad mediante el voto en las asambleas generales o cuerpo legislativo de la entidad; 3º derecho a recibir una parte proporcional en el activo social en caso de liquidación de la sociedad; y 4º derecho a negociar el título según las formas comerciales.

Los estatutos de la sociedad, que son a modo de la carta constitucional en las democracias, deben desarrollar estos cuatro principios cardinales, reglamentándolos mediante la consagración de fórmulas, con las cuales se definan y desenvuelvan esos derechos

en forma más o menos rigurosa, más o menos restrictiva, pero en todo caso dentro de límites que no impliquen o no conduzcan a su desconocimiento por caminos indirectos.

El caso particular del derecho a negociar los títulos de las acciones, que de manera especial consagra el art. 575 del C. de C., proviene de que tratándose de un aporte patrimonial, representa un bien sometido al imperio y a la libre disposición del accionista, negociable como sus demás bienes.

Pero es obvio que ese derecho de negociar el título, tratándose especialmente de acciones nominativas, puede someterse por la sociedad a restricciones particulares, como el de aviso previo a la sociedad o a los demás accionistas para que éstos tengan opción de compra, etc., naturalmente sin que la cortapisa envuelva la anulación del derecho cardinal de negociar, porque entonces adolecería de nulidad, por contraria a una prerrogativa individual inherente a la calidad de accionista.

Con todo, la circunstancia de que el pacto social conntenga estipulaciones carentes de fuerza obligatoria para los asociados, apenas significa que los socios aisladamente tienen poder jurídico suficiente para oponerse a su ejecución cuando con la estipulación pretenda arrebatárseles el ejercicio de un derecho legítimo; en manera alguna que la sociedad, por la existencia de semejantes cláusulas, degenere en sociedad de hecho, porque las fuentes de degeneración de las sociedades comerciales en sociedades de hecho están taxativamente indicadas en la misma ley comercial (arts. 472, 551 y 2º de la Ley 42 de 1898). Además nótese que la eliminación en el pacto social de cláusulas atentatorias del derecho de negociabilidad de los títulos de las acciones, deja intacto el edificio de la sociedad, lo cual quiere decir que la nulidad de dichas cláusulas es suficiente sanción, sin que necesariamente tenga por qué repercutir sobre la validez misma del contrato.

Además de la razón anterior tendiente a declarar inaceptable el punto de vista del demandante señor Rodríguez, que se está estudiando, existe la circunstancia de que, como ya antes se dejó demostrado, aun cuando las cláusulas restrictivas apuntadas trajeran la conversión de la sociedad F. Bravo & Cía., S. A., en sociedad de hecho, lo que no admite la Corte, la transferencia de acciones emitidas por una sociedad regular afectada del vicio de nulidad que la convierta en sociedad de hecho, es plenamente válida.

Con todo lo expuesto en este capítulo ha quedado establecido que la falta de derecho en todas y en cada una de las acciones ejercitadas por don Pablo Rodríguez en la demanda prnicipal, condúcelas fatalmente al insuceso. Deben negarse por no ser legales.

- V. -

Demanda de reconvención

La primera súplica de la demanda de reconvención tiende a que se condene a don Pablo Rodríguez a devolver a la sociedad los mil cuatrocientos pesos ($ 1,400) que retiró por concepto de anticipos a utilidades por dividendos de las veinte acciones de que era propietario.

Esta solicitud prospera en fuerza de las siguientes razones:

1º Por la interpretación que la Corte le da al contrato de 15 de febrero de 1928. Habiendo concluído la Corte por aceptar que los contratantes subordinaron la firmeza de los retiros a la existencia real de dividendos en las épocas prefijadas por la carta social para las respectivas liquidaciones, es forzoso admitir también que las cantidades que hubiese retirado don Pablo por concepto de anticipos y que por no haberse producido utilidades no alcanzaron a revestir el carácter de dividendos, están en su poder sin causa, convertidos en créditos a favor de la sociedad.

2º Porque los dividendos no pudieron producirse, ni por ende repartirse. Esto se establece con varios hechos: a) La litis-pendencia ha tenido que partir de la base de la inexistencia de dividendos, al afirmar don Pablo Rodríguez la legítima adquisición de las sumas que retiró, no por haberse producido los dividendos, hecho que descartó del debate, sino por virtud de la interpretación que él le da al contrato, asegurando que los avances de utilidades no estaban sometidos a condición; b) Don Pablo Rodríguez conviene, en el hecho tercero de la demanda y en el memorial de requerimiento de fl. 7 del cuaderno principal, que en el ajuste de sus cuentas con la sociedad él debe abonarle mil cuatrocientos pesos ($ 1,400), "suma retirada a cuenta de utilidades según el contrato desde el 30 de abril de 1928 hasta el 30 de mayo de 1929"; esta confesión es incompatible con la existencia de dividendos, pues

si éstos existieron en cuantía mayor o menor, no se explica por qué razón conviene en que, por el aspecto de utilidades, carece de título para retener las sumas retiradas; d) Como los dividendos se deducen de los beneficios líquidos, justificados por los inventarios y balances practicados en las épocas señaladas por los estatutos de la sociedad, para determinar si en una época dada los negocios sociales dieron o no utilidades líquidas, no es preciso esperar el resultado de la liquidación de la sociedad. En las sociedades anónimas las utilidades sociales repartibles en calidad de dividendos de las acciones, o las pérdidas, se van liquidando sucesiva e irrevocablemente en los respectivos períodos estatutarios, de suerte que no es posible, por ejemplo, compensar las utilidades habidas en un período con las pérdidas sufridas en otro período distinto; el accionista, por no estar obligado a reintegrar a la caja social las cantidades que hubiere recibido a título de beneficio de sus acciones (artículo 580 del C. de C.), adquiere de manera irrevocable los dividendos que la asamblea general de accionistas vaya decretando en el curso de la vida social, así como también, correlativamente, establecido que en un período dado no hay beneficios repartibles, la sociedad queda para siempre liberada con el accionista de toda responsabilidad y de todo crédito por utilidades correspondientes a ese período; e) Los peritos Pedro Luis Botero y Jorge Gutiérrez, en la parte del dictamen que ya fue trascrito en el capítulo IV, aparte 3º, están de acuerdo en reconocer, sin contradicción de nadie, que las acciones de la sociedad habían descendido de $ 157.26 que valían en 31 de diciembre de 1927, según balance, a $ 95.55. según balance de 30 de abril de 1929, lo que implica una pérdida considerable que afectó el fondo de reserva y de previsión.

De acuerdo con el contrato la suma cuya restitución se ordena no devenga intereses.

- 2º -

El tribunal condenó a don Pablo Rodríguez a pagar a la sociedad la cantidad de novecientos diez pesos ($ 910) m/c. más los intereses legales de esta cantidad desde el 1º de mayo de 1929, por concepto de mercancías retiradas del muestrario de la compañía y de importe de pedidos hechos al exterior por el señor Rodríguez.

En cambio lo absolvió por las demás prestaciones de la contrademanda, fundadas en créditos contra don Pablo provenientes de importe de ventas hechas a parientes y relacionados de artículos del muestrario de la sociedad; del valor de la rebaja del sueldo que don Francisco desde Europa le ordenó a don Pablo se hiciera, de noviembre de 1928 a mayo de 1929; de la suma que le faltó a don Pablo en caja al hacer entrega de ella; de los intereses sobre todas esas sumas a la rata más alta del comercio; y del valor de los perjuicios por no haber seguido don Pablo las instrucciones del presidente de la sociedad.

Don Pablo Rodríguez no formuló ningún cargo en casación contra la condena que le hiciera el tribunal. Por ende, para la Corte la sentencia, en esa parte, es intocable.

De la misma manera son intocables las absoluciones acerca de las prestaciones de la contrademanda, que no hayan sido atacadas en casación. En este recurso no es suficiente decir que a más de la suma a que condenó el tribunal a Rodríguez debe las otras de que fue absuelto, si no se concreta el cargo en la forma prevista en la ley, ya que la infirmación del fallo es parcial, lo cual significa que la sentencia de instancia dictada por la Corte debe circunscribirse a aquellas acciones que caigan necesaria e inevitablemente bajo su dominio por efecto de esa infirmación.

De las absoluciones del tribunal respecto de las súplicas de la contrademanda, el contrademandante forma capítulos especiales de acusación contra dos de ellas, acusaciones que pasan en seguida a ser examinadas por separado.

- 3º -

El tribunal refiriéndose al crédito de $ 350 por valor de siete meses de noviembre de 1928 a mayo de 1929 en que don Pablo Rodríguez dejó de reducirse el sueldo habiendo recibido la orden del caso, dice lo siguiente para justificar la negativa:

"El demandante procedió conforme a derecho no rebajándose el sueldo, porque éste hacía parte de un contrato, y una sola de las partes no puede romper, por su cuenta y riesgo, las obligaciones que le importan en una convención bilateral y conmutativa. El tribunal acoge en todas sus partes lo que dice el juzgado de la instancia sobre este punto".

El recurrente arguye que "si bien existe el artículo 1602 del código civil, que sería el aplicable como fundamento de lo sostenido por el tribunal, aunque expresamente no lo cita éste, tal disposición legal debe interpre-

tarse sin perder de vista la llamada teoría de la IMPREVISION, por una parte, y, aún más, sin perder de vista que el otro contratante haya obrado en virtud del cumplimiento de deberes jurídicos superiores. De manera que interpretar y aplicar el artículo 1602 del código civil sin tener en cuenta estas dos circunstancias de trascendencia suma, o sin tener en cuenta una de ellas, implica violación de la referida disposición legal. Y de ahí que por tal motivo sea casable y deba casarse la sentencia referida".

El recurrente, por lo tanto, estima que por la teoría de la imprevisión don Francisco Bravo Nicholls estuvo autorizado para ordenar la rebaja del sueldo asignado en el contrato a don Pablo Rodríguez, en la cuantía en que a éste se le ordenó, y que por no haber acatado el segundo tal orden debe reintegrar a la sociedad las correspondientes sumas.

El cargo no prospera.

La teoría de la IMPREVISION que según Demogue nació en el Derecho Canónico debido a los esfuerzos de los canonistas de la Edad Media que impusieron su aplicación por los tribunales eclesiásticos, impidiendo así el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, como algo contrario a la moral cristiana, supone como subentendida en los contratos una cláusula **"rebus sic stantibus"**, según la cual sus autores explicaban que las partes implícitamente se reputaban haber subordinado la subsistencia de sus respectivas obligaciones, en los términos en que se habían convenido, a la persistencia de las condiciones de hecho existentes el día del contrato. La fórmula completa es: **"Contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rebus sic stantibus inteliguntur"**.

Esta teoría, radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir que se trate de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye va la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc.

Acentada casi unánimemente esta teoría en los últimos años por la doctrina y la jurisprudencia extranjeras en el campo del derecho administrativo, no ha tenido sin embrago igual acogida en el campo del derecho civil, objetándose de contraria a la integridad y firmeza de los contratos. En Francia, la jurisprudencia de los tribunales civiles durante todo el siglo pasado rehusó aplicar la teoría, porque le daban primacía al principio de la auotnomía de la voluntad. Solamente en los años posteriores a la gran guerra, 1914-1918, los grandes tratadistas, a merced del abandono de la interpretación exegética de los textos, tratan de incrustarla dentro de la doctrina de los códigos de tradición napoleónica, aun cuando entre ellos surgen desacuerdos cuando se dedican a darle el verdadero fundamento científico. Así a la escuela espiritualista de Ripert, fundada sobre el predominio de la noción de moral, se oponen las opiniones de Bonnecasse y de Demogue, para quienes la noción de derecho y la función económica y social del contrato, bastan a justificar la teoría.

Precisamente el principio sentado en el código de Napoleón de que todo contrato celebrado es una ley para los contratantes (artículo 1,134, incisos 1º y 2º) principio repetido por el artículo 1602 de nuestro código civil, que es la disposición citada como violada por el recurrente, ha sido el grave escollo que muchos encuentran para aceptar la teoría de la imprevisión en las legislaciones de fuente francesa. Porque se alega que ese y otros preceptos ponen por sobre todo la intangibilidad de los contratos, haciendo de ese principio base esencial del orden económico y social, principio que le quita al juez todo poder de interpretación tendiente a modificar las estipulaciones libremente convenidas por las partes. La Corte de casación de Francia condenando esta teoría con motivo de algunas decisiones de tribunales y cortes de apelación que la habían acogido dijo lo siguiente: "La regla establecida por el artículo 1134 del código civil, es general y absoluta y rige tanto en los contratos de prestaciones sucesivas, como en los contratos de otra naturaleza; en ningún caso los tribunales, por justas que parezcan sus decisiones pueden tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones" (Corneliu Mihail Popescu —Essai d'une théorie de l'imprevision en droit francais et comparé — París — 1937, página 77).

De ahí que cuando se aspira a darle vida legal a la teoría se apela a otras disposiciones. En Francia ensáyase darle apoyo en el inciso 3º del artículo 1134 del código civil, se-

gún el cual las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe (artículo 1603 del código colombiano); otros lo encuentran en el artículo 1135, según el cual las convenciones obligan no sólo a lo que en ellas se expresa, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley atribuyen a la obligación según su naturaleza. (Artículo 1603, C. colombiano). Fyot invoca el artículo 1150 como base legal de la teoría; esta disposición limita la indemnización de perjuicios, cuando no se puede imputar dolo al deudor, a la cantidad que se previó o que pudo preverse en la época de la convención (artículo 1616 del código colombiano). Wahl y otros autores la fundan en el artículo 1156, cuyos términos estatuyen que en la interpretación de los contratos se debe buscar la común intención de las partes (artículo 1618 del código colombiano).

En Italia, una parte de la doctrina representada por varios de sus más eminentes expositores, aplica generalmente el artículo 1225 del código civil, según el cual las obligaciones deben ser ejecutadas con la diligencia de un buen padre de familia (artículo 1604 del código colombiano). Combinando este artículo con los dos siguientes, que se refieren a la fuerza mayor, los italianos concluyen que la imposibilidad de ejecución comienza donde termina la diligencia normal que emplea un buen padre de familia. Esta teoría, que entraña la atenuación de la noción de fuerza mayor, la combaten Bonnecasse y otros autores. Tampoco la admite la jurisprudencia italiana; y así la Corte de Casación romana en decreto de 25 de noviembre de 1919, proclamó su fidelidad a los principios tradicionales de respeto a los contratos, manteniendo firmemente el de que solamente la fuerza mayor, constituída por una imposibilidad absoluta de ejecución puede liberar al deudor de sus obligaciones. (Popescu, obra citada, página 167).

En consecuencia, la cita del artículo 1602 del código civil para deducir de ese precepto la teoría de la imprevisión es completamente inoperante.

De otro lado, la teoría de la imprevisión, alegada en un juicio por vez primera en el recurso de casación, sin que se haya debatido en las instancias, constituye un medio nuevo incompatible con la técnica de este recurso.

En efecto, mucho se ha discutido acerca del efecto concreto que tenga la aplicación práctica de la teoría. Para unos su efecto se asemeja al de la resolución del contrato por el evento de una condición resolutoria. Desaparecida la obligación y retrotraídas las cosas al estado que tenían al tiempo de nacer el vínculo jurídico, queda abierto a las partes el camino para llegar a un nuevo acuerdo sobre las circunstancias modificadas. Para otros el efecto sería la resciliación del contrato. El juez estaría facultado para determinar hasta qué momento obliga la ejecución del contrato y desde qué instante las partes quedan exoneradas en presencia de los acontecimientos constitutivos de la imprevisión. Y para la mayoría de los partidarios de la teoría, la solución más satisfactoria es la de la revisión de las condiciones del contrato como medio de adaptarlo a las nuevas necesidades, bien obligando el juez a las partes a convenir en las nuevas condiciones del contrato, amenazándolas con la resolución, o ya asumiendo el juez directamente la facultad de señalar esas nuevas condiciones, en ausencia del acuerdo de las partes.

Pero sea cualquiera el efecto que se le asigne a la teoría, la imprevisión tiene que formularse en instancia, probarse y debatirse ampliamente. Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias. Todo esto, como es obvio, requiere la concurrencia de un conjunto de hechos complejos y variados, que deben alegarse y probarse y ser materia de decisiones especiales de los jueces de instancia.

A todo lo cual cabe añadir, como observación final, que según lo dijo esta misma Corte en casación de 29 de octubre de 1936, la teoría de la imprevisión "no puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe, de suerte que por más que pudiera ampliársela no se podría llegar a la revisión del contrato por ministerio de la justicia, puesto que la teoría sólo se inspira en la idea del equilibrio contractual." **Gaceta Judicial** números 1918-1919, página 457).

4º

El apoderado del recurrente señor Bravo, dice que por lo realtivo a la condenación de

intereses el tribunal violó el artículo 219 del código de comercio "ya que nadie ha puesto siquiera en tela de juicio que se trata aquí de asuntos de comercio sometidos a la disposición legal que se acaba de mencionar. La violación consistiría en falta de aplicación de dicha disposición que es aplicable al litigio".

La Corte considera:

Ya se vio que el tribunal condenó a don Pablo Rodríguez a pagar intereses legales sobre el capital de los $ 910 a que lo condenó por valor de mercancías retiradas del muestrario de la compañía y de importe de pedidos hechos por él al exterior.

El reclamo del recurrente en lo referente a intereses de esta única partida global que dedujo el tribunal, es fundado.

Como se trata de ventas al fiado de artículos de comercio, de que, según concepto del tribunal no atacado en casación, debe responder don Pablo Rodríguez a la sociedad, cabe entonces la aplicación del artículo 219 de la misma obra, que autorizan en dichas ventas el cobro del mayor interés corriente en la plaza, cuando el rédito procede de demora en el pago del capital.

En consecuencia debe casarse esa parte del fallo, o en su lugar, condenar la Corte a pagar el mayor interés corriente en la plaza sobre el capital de los $ 910, en vez de simples intereses legales. Este mayor interés se determina conforme el artículo 173 de la ley 40 de 1907, disposición que está vigente, por establecer ella un medio especial de prueba acerca de determinada materia civil y comercial.

- VI -

Sentencia

La que ha de dictar la Corte debe reproducir, para mayor claridad, las condenaciones y absoluciones de la sentencia del tribunal, que quedan en firme.

Por lo tanto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º Cásase parcialmente la sentencia pronunciada en este juicio por el tribunal superior de Medellín, y, en su lugar, hácense las siguientes declaraciones, reproduciendo aquí también las que están en firme de dicha sentencia:

A) Niéganse todas las peticiones formuladas por el señor Pablo Rodríguez H. en el libelo principal contra la sociedad F. Bravo & Cía., S. A., y Francisco Bravo Nicholls, personalmente; en consecuencia se absuelve a aquélla y a éste de dichos cargos.

B) Pablo Rodríguez H. es deudor de la sociedad en liquidación de "F. Bravo & Cº, S. A.", de un saldo por la cantidad de novecientos diez pesos treinta y nueve centavos ($ 910.39).

C) Sobre este saldo Pablo Rodríguez está obligado a pagar el mayor interés corriente en la plaza de Medellín (artículo 219 del C. de C.) a contar del 1º de mayo de 1929. Para la regulación de este interés se estará a lo dispuesto en el artículo 173 de la ley 40 de 1907.

D) El mismo Pablo Rodríguez debe reintegrar a la sociedad F. Bravo & Cº, S. A., en liquidación, la suma de mil cuatrocientos pesos ($ 1,400) m. c. que retiró de la caja social por concepto de dividendos anticipados de sus acciones; sobre esta suma no hay lugar a decretar intereses.

E) Absuélvese a don Pablo Rodríguez de los demás cargos contenidos en el libelo de la contrademanda.

F) No hay lugar a condenar en costas a ninguna de las partes ni en la primera ni en la segunda instancia.

Tampoco hay costas en el recurso de casación.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en el próximo número de la Gaceta Judicial.

Arturo Tapias Pilonieta, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez, Juan Francisco Mujica, Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad."

DESISTIMIENTO

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

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Vistos el anterior memorial y el artículo 461 del Código Judicial, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, admite el desistimiento que hace, con poder suficiente para ello, el mandatario del recurrente Enrique González R. del recurso de casación que interpuso contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín el 20 de febrero de 1937, en el juicio ordinario entablado por él contra Tulia Puerta v. de Puerta y sus menores hijos, Hernando, Bety, Miriam e Inés Puerta Puerta; providencia que, por lo tanto, queda en firme (artículo 463 del C. J.)

Sin costas por haberlo convenido así válidamente ambas partes.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese en la **Gaceta Judicial** copia de la presente providencia.

Arturo Tapias Piloneta — Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mujica — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION DE NULIDAD DE UNAS ESCRITURAS DE HIPOTECA.—HIPOTECAS "A NON DOMINO"—HIPOTECAS DE CUOTA EN BIENES COMUNES.

De los principios consagrados en los arts. 2349 y 2443 del C. C. se deduce que la hipoteca sobre bien ajeno no está autorizada por la ley y es nula de nulidad absoluta. La hipoteca del comunero sobre su cuota se ha llamado SUI GENERIS por algunos autores, debido a la circunstancia de que su eficacia posterior queda completamente subordinada al resultado de la partición. La hipoteca constituída por un copropietario indiviso sobre mayor extensión de la que le corresponde en el inmueble común no es nula, sino de eficacia eventual por quedar subordinada a los resultados de la división. No existe nulidad por concepto de cosa ajena o A NON DOMINO en la hipoteca, de cualquier extensión, que un comunero constituye sobre el inmueble común. La suerte de este gravamen no puede determinarse mientras no cese el condominio por la partición correspondiente, a cuyos resultados, según expresas disposiciones del Código, queda completamente subordinada.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Admitido y legalmente tramitado el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia definitiva proferida por el Tribunal Superior de Cali el 22 de junio de 1937 en el juicio ordinario seguido por Eusebio Rojas contra Aquilino Soto, se pasa a decidir.

ANTECEDENTES

1. En la Notaría primera del Circuito de Cali, bajo la escritura número 680 de 17 de noviembre de 1906, se protocolizó el juicio sucesoral de los cónyuges Francisco Sánchez y Esperanza Bryon de Sánchez, en el cual se adjudicó a los asignatarios cuotas de dominio en el inmueble de El Tajo o Arroyohondo, ubicado en jurisdicción del Municipio de Palmira, Departamento del Valle.

2. Por escritura pública número 1888, pasada ante el Notario segundo de Cali el 6 de octubre de 1928, Clímaco Herrera y José María Bryon vendieron a Wenceslao Rojas los derechos que sobre el inmueble de El Tajo habían adquirido por compra a Rubén Bryon (escrituras 162 de 16 de mayo de 1922 y 790 de 26 de noviembre de 1918), quien a su turno los había comprado a Sara Sánchez Bryon, Saúl Sánchez Bryon y Rafael Sánchez Bryon (a éste a través de Teófilo Quintana), copropietarios indivisos de El Tajo por adjudicación que se les hizo en la liquidación de las sucesiones acumuladas de sus padres Francisco Sánchez y Esperanza Bryon.

3. Wenceslao Rojas vendió a Betulia Gómez R. los referidos derechos de dominio en la finca de El Tajo por escritura pública número 110 otorgada ante el Notario tercero de Cali el 29 de febrero de 1932.

4. Por escritura número 57 de 28 de junio de 1932, de la Notaría del Circuito de Pavas, Betulia Gómez R. vendió a Eusebio Rojas lo que ella había adquirido por el contrato referido en el numeral anterior.

5. Por medio de la escritura número 42, otorgada ante la Notaría tercera de Cali el 21 de enero de 1931, Wenceslao Rojas hipotecó a favor del Banco Alemán Antioqueño, sucursal de Cali, la finca de El Tajo, por su extensión total de 150 plazas, para garantizar una deuda por $ 20,000 y otra obligación de $ 6,000.

6. Por escritura pública número 109 de fecha 29 de febrero de 1932, pasada ante la Notaría tercera de Cali, fue reducida a la cantidad de $ 12,000 la obligación por $ 30,000 para cuya garantía Wenceslao Rojas, en su propio nombre, había hipotecado el inmueble de El Tajo a favor de Aquilino Soto.

7. Por escritura número 421 de fecha 18 de junio de 1932, Notaría segunda de Cali, el Banco Alemán Antioqueño cedió a título de venta a Aquilino Soto el crédito hipotecario por $ 6,000 contra Wenceslao Rojas, y de este modo Soto llegó a ser dueño de créditos hipotecarios sobre el terreno de El Tajo por la suma de $ 18,000.

8. Con fundamento en estos títulos hipotecarios Aquilino Soto inició juicio especial de venta del bien hipotecado contra su actual dueño Eusebio Rojas, y en este juicio se profirió sentencia en que se ordenó la venta en pública subasta del inmueble que previamente había sido embargado, su secuestro y avalúo, liquidación del crédito y pago al acreedor.

9. Así las cosas, en libelo de fecha 2 de mayo de 1934, repartido al Juzgado tercero del Circuito de Cali, Eusebio Rojas demandó a Aquilino Soto para que en sentencia definitiva de un juicio ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones: a) Que la hipoteca que se hizo constar en la escritura pública número 42, de fecha 21 de enero de 1931, de la Notaría tercera del Circuito de Cali, sobre el predio rústico denominado El Tajo, ubicado en el distrito de Palmira, alinderado como allí se expresa, es nula, salvo un pequeño lote determinado y circunscrito en la escritura número 1888, de 6 de octubre de 1928; b) Nulidad de la hipoteca que se hizo constar en la escritura número 421, de fecha 18 de junio de 1932, de la Notaría segunda de Cali, con la misma salvedad de la anterior; c) Nulidad de la hipoteca que se hizo constar en la escritura número 109 de 29 de febrero de 1932, Notaría tercera de Cali, con igual salvedad de las dos anteriores; d) Que son nulas o ineficaces, sin valor ni efecto alguno, las diligencias y actos practicados o que se practiquen con posterioridad a la sentencia de 24 de octubre de 1933, proferida en el juicio especial que para la efectividad de los créditos hipotecarios adelanta Aquilino Soto contra el demandante Rojas; e) La cancelación de las hipotecas, y f) Que se condene en costas al demandado.

10. La primera instancia del juicio fue decidida en sentencia de fecha 24 de julio de 1936, absolviendo de todos los cargos de la demanda al demandado y condenando en costas al actor. El Tribunal Superior de Cali confirmó esta sentencia al decidir el recurso de apelación que contra ella interpuso el demandante, por razones distintas de las que tuvo en cuenta el Juez a quo.

SENTENCIA ACUSADA

El fundamento esencial en que el demandante apoya las súplicas de su libelo de demanda lo hace consistir en el hecho, que el Tribunal da por bien probado, de haberse hipotecado el terreno de El Tajo como cuerpo cierto y en su totalidad por quien solamente tenía en él un derecho o cuota de copropietario indiviso. La absolución del primer grado obedeció, según se lee en la sentencia del Juzgado, a que no se estableció fehacientemente la existencia de la comunidad sobre el terreno de El Tajo como proveniente de la sucesión de Francisco Sánchez y su esposa Esperanza Bryon, sino que, por el contrario, de los títulos escriturarios aducidos, resulta que el citado fundo gravado con

hipotecas, fue determinado como de propiedad singular del constituyente e individualizado con su ubicación, cabida y linderos precisos. El Tribunal advierte que esta omisión probatoria quedó subsanada con los elementos de convicción traídos en la oportunidad del segundo grado al proceso, de los cuales resulta evidentemente que el predio rural de El Tajo hace parte de terrenos que permanecen aún en estado de indivisión; pero no obstante haber llegado a esta conclusión, coincidió con el fallo absolutorio del Juzgado de Circuito, porque consideró que la acción de nulidad de las hipotecas, instaurada por Eusebio Rojas es improcedente, toda vez que la ley autoriza al comunero para hipotecar su cuota antes de la división de la cosa común, y que existiendo cierto vínculo de dominio entre cada uno de los comuneros y la cosa poseída en condominio indiviso, no se puede decir que esté afectada de nulidad absoluta, como en el caso de cosa ajena, la hipoteca constituída por un comunero sobre el predio común.

En relación, pues, con los pedimentos de nulidad de las hipotecas, el tribunal confirmó la negativa por razones diferentes de las expuestas por el sentenciador de la primera instancia; y en lo tocante a la súplica de nulidad del juicio especial a que se refiere el aparte d) de las peticiones de la demanda, ninguna observación ni reparo consigna la sentencia acusada, que se limita en esta parte a la confirmación del fallo apelado.

El recurso

Se aducen por el recurrente para pedir la infirmación del fallo del tribunal la primera y la segunda de las causales de casación establecidas por el art. 520 del C. J.

I.—En la acusación contra la sentencia por ser violatoria de la ley sustantiva se señalan en el correspondiente capítulo de la demanda de casación, como infringidos directamente, los arts. 2443, 740, 673 y 756 del C. C., como consecuencia de aceptar el tribunal como válidas sobre todo el inmueble las hipotecas constituídas por un comunero, cuando es evidente, como se deduce clara y lógicamente del espíritu y letra del art. 2443 del C. C., que es nula con nulidad absoluta la hipoteca constituída sobre un inmueble ajeno o a **non domino**, por tratarse en este caso no de un requisito o condición que se refiera a la calidad o estado de las partes, lo cual viciaría de nulidad relativa el contrato, sino de un requisito que emana del fondo o esencia misma del acto, cual es el de que quien constituye un gravamen hipotecario tiene que ser dueño del bien que hipoteca para que jurídicamente exista la posibilidad de constituír el derecho real y de verificar su tradición legalmente. La ley no autoriza al comunero sino para hipotecar su cuota. "De la doctrina del tribunal resulta que la hipoteca constituída sobre un bien en el cual solamente se tiene una cuota confiere derechos sobre todo él, por un medio de adquisición del dominio desconocido y no previsto en el art. 673 del C. C."

Indica asímismo el recurrente como objeto de interpretación errónea y aplicación indebida los arts. 2438, 2441 y 2442 del C. C., y funda su concepto en las razones que en seguida se compendian:

El tribunal asimiló indebidamente el caso de hipoteca del bien común por un comunero, al de hipoteca de un bien sobre el cual el constituyente no tiene sino un derecho eventual, limitado o rescindible, pero sobre todo el inmueble y no solamente sobre una cuota de él, interpretando de este modo erróneamente el art. 2441 citado, al darle una extensión mayor de la que tiene y puede tener. También erró el sentenciador al aplicar al caso **sub judice** el art. 2442 "confundiendo la hipoteca de la cuota del inmueble que se tiene en comunidad con la hipoteca del inmueble común." Del propio modo se interpretó equivocadamente el art. 2438 al darle aplicación sobre el entendimiento de que se trataba de un derecho condicional hipotecado por el copropietario de una cosa indivisa, siendo inconfundible el derecho condicional con el que el copartícipe tiene en la cosa común. Finalmente, sobre el supuesto de que las hipotecas constituídas por Wenceslao Rojas a favor del Banco Alemán Antioqueño y de Aquilino Soto sean válidas en principio, afirma el recurrente que el tribunal dio aplicación indebida por errónea interpretación a los preceptos civiles precitados, pues estando la eficacia de tales gravámenes sometida necesariamente a los resultados de la partición de la finca común, ha debido el fallo condicionar la validez y extensión de las hipotecas con lo que resultara de la división, "pero no lo hizo así, sino que, por el contrario, declaró válidas las hipotecas constituídas sobre todo el inmueble pura y simplemente, pasando por alto el carácter de común del inmueble y las consecuencias posibles de una división pendiente."

La Corte considera:

De los principios consagrados en los arts.

2439 y 2443 del C. C. que establecen como requisitos indispensables para la constitución válida de la hipoteca que el constituyente sea dueño del inmueble que grava y que tenga capacidad para su enajenación, establecidos en consideración a que el gravamen hipotecario es un acto de dominio y el germen, por lo menos, de una enajenación, ya que al incumplimiento de la obligación garantizada el acreedor puede hacer vender el inmueble gravado (art. 2448 del C. C.), se deduce la consecuencia clara de que la hipoteca sobre bien ajeno no está autorizada por la ley y es nula de nulidad absoluta, porque cae bajo la sanción que corresponde a los contratos a que se refiere el art. 1523 del C. C., y porque, además, la naturaleza jurídica del contrato hipotecario no tolera su celebración sobre cosa ajena sin consentimiento del dueño, por que, a diferencia de lo que acontece en el contrato de venta que por generar solamente obligaciones personales puede recaer sobre bienes que no pertenezcan al vendedor, la hipoteca da nacimiento inmediato a un derecho real, jus in re.

Con estas condiciones de propiedad y capacidad en el constituyente, que son requisitos esenciales, de posibilidad legal, cuya ausencia determina vicio sustancial, la hipoteca es susceptible de asumir las modalidades que pueden afectar las obligaciones en general. No hay propiedad por limitada y eventual que sea que no pueda ser objeto de garantía hipotecaria, con la sola condición general de que el derecho real de hipoteca corre todas las contingencias del derecho de propiedad del constituyente y está sometido a todas sus limitaciones. Así, la hipoteca puede otorgarse bajo cualquiera condición, y desde o hasta cierto día; y puede hipotecarse la cosa sobre la cual sólo se tiene un derecho eventual, limitado o rescindible, con el entendimiento legal de que se grava con las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho, aunque así no se exprese, y en las circunstancias de publicidad relacionadas en el art. 1548 cuando el derecho en la cosa hipotecada está sujeto a una condición resolutoria. (Arts. 2438 y 2441 del C. C.).

Diferente completamente de todos estos casos, pero gobernado también por el principio general de que el derecho real hipotecario sigue y se somete a todas las modalidades y contingencias que pesan sobre el derecho de dominio del constituyente, es el previsto y definido en el art. 2442 del C. C., que establece para el comunero la posibilidad de hipotecar su condominio indiviso. Dice esta disposición: "El comunero puede antes de la división de la cosa común, hipotecar su cuota; pero verificada la división, la hipoteca afectará solamente los bienes que en razón de dicha cuota se adjudiquen, si fueren hipotecables. Si no lo fueren, caducará la hipoteca. Podrá con todo, subsistir la hipoteca sobre los bienes adjudicados a los otros partícipes, si éstos consintieren en ello, y así constare por escritura pública, de la que se tome razón al margen de la inscripción hipotecaria."

Esta especie de hipoteca se ha llamado sui generis por algunos autores, debido a la circunstancia de que su eficacia posterior queda completamente subordinada al resultado de la partición. Si se adjudica el todo o parte de la cosa común al comunero que constituyó la hipoteca, ésta se confirma retroactivamente y su fecha se cuenta desde la inscripción. La situación peculiar en que se encuentra vinculado el derecho de dominio de los partícipes en la cosa común en el cuasicontrato de comunidad, "sin dividirla, de modo que toda entera corresponda a todos, sin que ninguno pueda designar su parte" (tota in toto, et tota in qualibet parte), hace jurídicamente posible que cada uno de los copropietarios del inmueble indiviso pueda hipotecar, ya sea su parte o cuota indivisa, ya sea la totalidad o una parte determinada de la finca común, sometida en todo caso a las eventualidades de la partición, la cual, en virtud de su efectivo retroactivo y declarativo que le atribuye al adjudicatrio la posesión exclusiva del bien adjudicado desde el comienzo de la indivisión, como si los otros no hubieran tenido nunca parte en él (art. 779 del C. C.), le dará eficacia a la hipoteca en cuanto la adjudicación al comunero constituyente coincida con la parte o cuota del inmueble que sometió a gravamen hipotecario en estado de indivisión, y la dejará inválida en cuanto del bien se adjudique a los demás copartícipes, que no consientan en el gravamen. Estando el dominio del comunero, por así decirlo, disperso sobre todo el inmueble, no es pertinente ni acertado equiparar la hipoteca, de cualquier extensión que sea, que otorgue sobre la finca indivisa un copropietario, con la hipoteca sobre cosa ajena. En el cuasicontrato de comunidad ninguna fracción de la finca común puede decirse que sea ajena en relación con cada comunero; y de este principio se deduce lógicamente que la hipoteca constituída por un copropietario indiviso sobre mayor extensión de la que le corresponde en el inmueble común no es nula; sino de eficacia eventual por quedar subordinada a los resultados de la di-

visión. Los inconvenientes que se desprenden de la contingencia o incertidumbre de la garantía según esta interpretación que consulta los principios de nuestro sistema jurídico y la doctrina de los expositores, se contrarrestan con la capacidad permanente en que está todo presunto acreedor de averiguar exactamente el estado de la propiedad raíz en los registros públicos.

Decidida por virtud del efecto retroactivo que corresponde a la partición la suerte y el alcance de la hipoteca otorgada por un comunero o indivisario sobre la totalidad o una parte de la finca común, surge la noción de cosa ajena en favor de los copartícipes restantes, adjudicatarios de partes del inmueble gravadas hipotecariamente por otro comunero, y de esta manera se explica la caducidad de la hipoteca contemplada en el artículo 2442 del Código Civil. Viva la comunidad, no procede ninguna acción de nulidad de los comuneros por hipoteca a **non domino**, y cesado el condominio indiviso, el ejercicio de tales acciones no corresponde sino al dueño exclusivo en quien se radica el interés jurídico, es decir, a los adjudicatarios de lo que no corresponde al hipotecante; en ningún caso a este mismo. Es la aplicación de estos principios de derecho, acordes con el texto legal, lo que determina, en un sentido de eficacia o de invalidez, la suerte de una hipoteca otorgada por un comunero durante la indivisión, a pedimento oportuno de parte interesada o por las vías legales adecuadas, y no una sentencia judicial proferida en vida de la comunidad, como parece entenderlo el recurrente cuando le formula al fallo acusado el reparo de "no condicionar la validez y extensión de las hipotecas a los resultados de la división del inmueble". No es aceptable tampoco ante las conclusiones adoptadas, la aseveración que el recurrente formula en su demanda de que el tribunal "declaró válidas las hipotecas constituídas sobre todo el inmueble pura y simplemente". La sentencia dice: "No son nulas....", y entre estas dos fórmulas, analizadas a la luz de los principios expuestos en esta decisión, media una diferencia esencial: en principio, no existe nulidad por concepto de cosa ajena o a **non domino** en la hipoteca, de cualquiera extensión, que un comunero constituye sobre el inmueble común. La suerte de este gravamen no puede determinarse mientras no cese el condominio por la participación correspondiente, a cuyos resultados, según expresas disposiciones del código, queda completamente subordinada.

Aubry y Rau, Colin y Capitant, Planiol y Ripert, Baudry Lacantinerie, Josserand, interpretando textos legales equivalentes a los del Código Colombiano, están acordes en sostener que cada uno de los copropietarios de un inmueble, en estado de condominio indiviso, puede constituír hipoteca convencional sobre su cuota indivisa, o la totalidad, o una parte determinada de la finca común, con la explicación, como ya se ha visto, de que la suerte y efectos del gravamen quedan condicionados o subordinados a los resultados de la partición, como consecuencia de los efectos declarativos que entre los partícipes se producen retroactivamente por aquel acto terminal de la comunidad.

No encuentra la Corte, por lo expuesto, que el tribunal violara ninguna de las disposiciones sustantivas indicadas por el recurrente, al dictar la sentencia acusada, que no contiene tampoco conceptos que deban ser sometidos a rectificación doctrinaria.

II.—También por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes (motivo 2º del artículo 520 del C. J.), se ha acusado el fallo del tribunal, por no haber desatado todos los puntos de la controversia. "El numeral d) de la demanda, que pedía la nulidad o la ineficacia del juicio especial de venta — afirma el recurrente — no se resolvió por el tribunal. Este manifestó que se había apartado de las razones del Juez a **quo**, al motivar la sentencia, y, por consiguiente, no acogió los fundamentos de la sentencia de primera instancia en lo relativo a la citada petición d) de la demanda".

Los fundamentos que dio el Juzgado de Circuito para no acceder a la declaración de nulidad a que se refiere la letra d) de las súplicas de la demanda, están expuestos en el siguiente pasaje de su sentencia: "Como se ve claramente, en la parte petitoria de la demanda se pidió la declartoria de nulidades de distinta clase: unas adjetivas o procedimentales, que es a las que se refiere el ordinal d), y otras sustantivas, que son las consignadas en los puntos a), b) y c) del mismo libelo. Por esta razón se impone analizarlas separadamente. Es bien sabido que las nulidades pueden provenir de los actos o contratos y de los trámites creados para hacer efectivos los derechos y obligaciones reconocidos en la ley sustantiva. Las primeras se rigen por las disposiciones del C. C. y las otras por las disposiciones del C. J. Con relación a estas últimas, ha sido doctrina uniforme de nuestra Corte Suprema de Justicia, la de que las

nulidades adjetivas por faltas de procedimiento deben ser alegadas en el mismo juicio, y no son materia de acciones separadas después de terminado aquél. En cuanto a la causal de nulidad contemplada en el ord. 2º del artículo 451 del C. J., el inciso 2º del artículo 457 de la misma obra permite alegarla en juicio distinto con audiencia del rematante, constituyendo esta disposición un caso único en la regla general de que se hablaba antes. Por lo demás, aún aceptando en gracia de discusión que las nulidades adjetivas cuya declaratoria ha solicitado el señor Eusebio Rojas en el punto d) de la parte petitoria de su demanda, pudieran resolverse en el juicio ordinario de que se trata, de autos no aparece demostrada ninguna de las tres causales mencionadas en los artículos 448 y 451 del Código de Procedimiento Civil, esto es, las de incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad de las personerías de las partes o de quien pide como su apoderado o representante, la falta de citación o emplazamiento en la forma legal, o carencia de alguno de los requisitos especificados en los tres numerales contenidos en el artículo 451, arriba citado".

Es verdad que la sentencia acusada ninguna observación ni razón nueva añadió en torno a esta cuestión de la nulidad de las diligencias y actos practicados en el juicio especial de venta a que allí se hace referencia, y que se limitó, en esta parte, a confirmar lo decidido en el primer grado. Al hacer la síntesis de la sentencia acusada, se dejó advertido que las nuevas razones a que alude el tribunal, distintas de las que tuvo en cuenta el Juez de Circuito, para confirmar el fallo apelado, hacen relación exclusivamente a las nulidades de las hipotecas, que fue el punto o cuestión en que el tribunal rectificó los motivos de la absolución, de tal manera que debe entenderse que para el sentenciador de segunda instancia fueron acertadas y valederas aquellas razones y en ese concepto las ratificó al confirmar la resolución a que habían servido de base. En presencia de un fallo absolutorio en que se han estudiado todos los pedimentos del libelo inicial del pleito aparece completamente descaminada la acusación que se haga por el motivo segundo de casación (artículo 520 del C. J.)

Con apoyo en 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:

No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el veintidós de junio de mil novecientos treinta y siete, objeto de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mujica — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION PRINCIPAL DE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y SUBSIDIARIA DE RESCISION POR LESION ENORME.—PERSONERIAS SUSTANTIVA Y ADJETIVA.—SUCESION.—NO ES PERSONA JURIDICA.—TECNICA DE CASACION

1.—Es bien sabido que las dos clases de personería —la sustantiva y la adjetiva— tienen muy diverso origen en su estructura jurídica y muy diversa trascendencia en el campo de la técnica procesal, porque la primera se relaciona con el derecho mismo y la segunda mira a una cuestión rituaria, como es la representación en juicio. La sustantiva forma parte de la esencia o sustancia de la cuestión debatida y debe ser resuelta en el fallo definitivo de instancia. La adjetiva puede ocasionar una excepción dilatoria, que tiende a conservar la integridad legal del procedimiento, para suspenderlo o mejorarlo, y por esa circunstancia da lugar, en su caso, a un recurso exceptivo que exige previo y especial pronunciamiento. 2.—La Corte ha sentado la doctrina de que la sucesión carece en sí misma de personalidad jurídica. 3.—Hallando la Corte que es casable la sentencia recurrida y observando, sin embargo, que al casarla llegaría a la misma resolución del tribunal sentenciador, la técnica de casación exige en ese caso que no se case la sentencia, pues la misión de la Corte queda llenada con rectificar la doctrina del sentenciador de instancia y restablecer la recta aplicación de los textos violados. En ese caso no es jurídico condenar en costas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, mayo treinta de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Por escritura pública número 1450, otorgada ante la notaría 5ª del círculo de Bogotá, fechada el día 8 de noviembre de 1933, Teodolinda Hernández v. de Ramírez vendió a la señora Elisa Nieto una casa situada en esta ciudad, en el barrio de San Diego, ubicada entre las calles 25 A y 26, marcada con el número 433 en la nomenclatura antigua y hoy con el número 13 A-35 de la calle 26 alinderada como aparece en dicho instrumento, por la suma de seis mil pesos ($ 6,000.00) moneda corriente, pagaderos así: tres mil pesos ($ 3,000.00) al contado y que confiesa la vendedora haber recibido a su satisfacción, y tres mil pesos con seis meses de plazo que pagará a las personas en la susodicha escritura señaladas. La otorgante falleció pocos días después de la celebración del contrato mencionado.

JUICIO ORDINARIO

Las señoras Elisa Ardila, Mercedes Ardila de Casiano y María del Carmen Ardila de Gómez, invocando el carácter de herederas de la señora Teodolinda Hernández de Ramírez, como sobrinas legítimas de ésta, promovieron demanda ordinaria ante el Juez 2º del Circuito de Bogotá, contra la compradora señora Elisa Nieto de Torres, pidiendo en dicho libelo que se hicieran las siguientes declaraciones principales a favor de la sucesión ilíquida de la causante, representada por las demandantes:

"**Primera.**—Que queda resuelto, por falta de pago del precio estipulado, el contrato de venta consignado en la escritura pública número mil cuatrocientos cincuenta pasada ante la notaría 5ª de Bogotá con fecha ocho de noviembre de mil novecientos treinta y tres, según la cual la señora Teodolinda Hernández de Ramírez dijo vender a la demandada Elisa Nieto N. hoy de Torres, una casa situada en esta ciudad, en el barrio de San Diego, entre las calles 25-A y 26, marcada con el número 43-B en lo nomenclatura antigua y hoy con el número 13-A 35 de la calle 26, y alinderada así: 'Por el norte, con la calle 26 y propiedad de Norberto Forero; por el costado derecho, con casa del mismo Forero y José María Córdoba y casa y solar del mismo señor Córdoba; por el sur, con la calle veinticinco A, y por el costado izquierdo, con casa de Próspero González y Eliécer Rodríguez' ".

"**Segunda.**—Que como consecuencia de la resolución del contrato pedida en el punto anterior, la demandada señora Elisa Nieto de Torres, debe entregar dentro del término legal indicado por usted a la sucesión de

la señora Teodolinda Hernández de Ramírez, representada por sus herederos, el inmueble demarcado en el capítulo anterior, con todos sus accesorios inclusive los muebles de la casa que también aparecen como vendidos".

"**Tercera.**—Que también debe entregar la demandada a la entidad demandante, dentro del plazo legal que usted fije, el valor de los frutos civiles y naturales que la casa detallada en el punto primero haya producido o podido producir manejándola con mediano cuidado e inteligencia, durante todo el tiempo que transcurra desde que la recibió hasta cuando la entregue en cumplimiento de la resolución de la venta pedida en el primer capítulo de este libelo".

"**Cuarta.**—Que una vez decretada la resolución del contrato de venta, pedida en el primer punto, se ordene cancelar la inscripción del registro de la misma venta, efectuado en este circuito el 16 de noviembre del año próximo pasado", y

"**Quinta.**—Que en el caso de que la demandada se oponga a la presente acción se le condene a pagar a la parte demandante costas procesales".

Para el caso de negarse las súplicas principales, intentaron la acción subsidiaria de rescisión del contrato por lesión enorme y pidieron en consecuencia que quedara rescindida por esa causa la convención contenida en la escritura pública mencionada; que se decretara la restitución inmediata de la finca raíz con todas sus accesiones; que se le condenara a restituir los frutos naturales y civiles que el inmueble haya producido o podido producir durante el tiempo que ha permanecido en su poder; que se ordenara al registrador de Bogotá la cancelación de la respectiva inscripción sobre tradición inscrita y que en caso de oposición se le condenara a la demandada a pagar las costas del proceso.

Apenas admitida la demanda se presentó Paulina Hernández Lesmes, también sobrina legítima de la señora Teodolinda, pidiendo que se le tuviera como coadyuvante de la acción instaurada y así lo resolvió el juzgado del conocimiento.

El juez a **quo** falló la litis resolviendo que no estaba probada la acción que deducen las demandantes y su coadyuvante y absolvió, en consecuencia, a la demandada de todos los cargos de la demanda.

Apelada dicha providencia por la parte actora, el Tribunal Superior de Bogotá dictó sentencia con fecha 12 de marzo de 1937, confirmando el fallo absolutorio de primera instancia y condenando al apelante a las costas respectivas.

RECURSO DE CASACION

Contra esa providencia interpusieron oportunamente recurso de casación las demandantes. Invocaron como causal de acusación la primera que señala el artículo 520 del Código Judicial, por considerar que la sentencia recurrida es violatoria de ley sustantiva por infracción directa, por aplicación errónea e indebida y por apreciación errónea de las pruebas que acreditan el estado civil de las demandantes. A su juicio, se ha desconocido la consiguiente personería sustantiva que el sentenciador echa de menos para ejercitar con provecho la acción resolutoria incoada.

Sentado lo anterior, los motivos de acusación pueden sintetizarse así:

A)—El único fundamento que aduce el sentenciador para la absolución decretada es el de que no está legalmente acreditada la personería sustantiva de las demandantes, porque no existe en autos prueba de que éstas sean sobrinas legítimas de la difunta vendedora señora Teodolinda. Con este concepto incide el tribunal en error de derecho por cuanto desconoce al pedimento de la coadyuvante el carácter de verdadera demanda y viola los artículos 227 y 636 del Código Judicial, el primero por no haber sido aplicado al caso, y el segundo por aplicación indebida;

B)—En la sentencia se sostiene que en el supuesto de que las copias se hubieran traído al proceso en forma regular, tampoco podrían producir efectos jurídicos en este juicio, porque fueron producidos en otro juicio, en orden a fines jurídicos distintos de los que aquí se persiguen, y es principio fundamental que las pruebas deben limitar sus efectos al juicio dentro del cual se produce. La alegación del tribunal, aunque parte de un principio procesal de aplicación estricta lo generaliza en forma que resulta en oposición con lo que prescriben los artículos 395 del Código Civil y 632 del Código Judicial, que por ese motivo se han violado.

PERSONERIA SUSTANTIVA DE LAS DEMANDANTES. PRUEBAS DE LA FILIACION LEGITIMA

Como único fundamento de la absolución

decretada por el tribunal se aduce el de que las demandantes no han comprobado suficientemente su estado civil de sobrinas legítimas de la causante vendedora y que estuvieran investidas, por ende, de personería sustantiva para accionar en representación de la sucesión líquida de Teodolinda. Razona así el tribunal:

"Para acreditar en juicio dicho parentesco se necesita probar: que el pretendido sobrino es hijo legítimo, y que su padre o madre es hermano legítimo del causante. Pero para acreditar esto último es de todo punto indispensable probar la filiación legítima de los hermanos con respecto a sus pretendidos padres comunes; y como es factor insustituíble de la filiación legítima el **matrimonio** de los padres, síguese que sin probar legalmente dicho matrimonio, no queda plenamente acreditado el parentesco de sobrino legítimo."

"En el caso de autos se halla debidamente acreditado que quienes se presentan como demandantes en calidad de sobrinos legítimos de Teodolinda Hernández son hijos legítimos de Juan Ardila y Mercedes Hernández. Pero atribuyéndose, como se atribuye, a ésta última el parentesco de hermana legítima de Teodolinda Hernández, no se comprobó por los medios legales que Mercedes y Teodolinda sean hermanas legítimas entre sí, toda vez que no se trajo a los autos la partida de matrimonio de sus pretendidos padres comunes Narciso Hernández y Carmen Baquero, como tampoco se produjo la prueba supletoria del caso."

"Y no se diga que entre la documentación traída al juicio por la coadyuvante Paulina Hernández L. obra una copia tomada del juicio de sucesión de Narciso Hernández y Carmen Baquero, de la cual aparece que Teodolinda y Mercedes Hernández fueron declaradas herederas de Narciso Hernández y Carmen Baquero en calidad de hijas legítimas, con base en la prueba supletoria del matrimonio de los causantes, **prueba sumaria** que de la misma copia aparece (folio 20, Cdno. Nº 1). Pues teniendo calidad de documentos públicos las actuaciones judiciales, la copia en referencia no fue acompañada a la demanda, ni a su contestación, ni a los memoriales sobre excepciones, y de consiguiente ha debido traerse al juicio en la forma prescrita por el art. 636 del Código Judicial para que fuera tenida como prueba."

'Pero aun suponiendo que la documentación en referencia hubiera sido traída al proceso en forma regular, tampoco podrían producir efectos en el presente litigio ni la prueba sumaria del matrimonio de Narciso Hernandez y Carmen Baquero, ni la declaratoria de herederos que en aquel juicio de sucesión favoreció a Teodolinda y Mercedes Hernandez como hijas legítimas de los causantes, toda vez que aquellos elementos procesales fueron producidos en otro juicio, en orden a fines jurídicos distintos de los que aquí se persiguen, y es principio fundamental que las pruebas deben limitar sus efectos al juicio dentro del cual se producen y al fin jurídico que en él se persigue. Allí se trataba de recoger la herencia de Narciso Hernández y Carmen Baquero por Teodolinda y Mercedes Hernández, y aquí se trata de probar que las demandantes Elisa, Mercedes y María del Carmen Hernández son sobrinas legítimas de Teodolinda a efecto de representar la herencia de ésta para obtener a su favor las declaraciones pedidas en la demanda. Y obsérvese que la parte demandada no reconoció en la contestación ni en documento alguno del proceso la calidad de herederas alegada por las demandantes con respecto a Teodolinda Hernández."

"La prueba supletoria de testigos que en forma **sumaria** se produjo en el referido juicio de sucesión de Narciso Hernández y Carmen Baquero respecto de su matrimonio, no puede producir efectos en el presente juicio contradictorio, porque se violaría el principio de derecho procesal en cuya virtud las pruebas pedidas por una de las partes deben producirse previa citación de la otra, y porque, concretándonos al caso del pleito, se vulneraría el derecho de la parte demandada a repreguntar los testigos, tacharlos, etc."

El anterior razonamiento de la sentencia recurrida y su íntima relación con los motivos de acusación aducidos en este recurso plantearon el litigio **sub-judice** alrededor de dos cuestiones, una de hecho y otra de derecho, que conviene estudiar a espacio, separadamente, a efecto de decidir si incide alguna de las causales presentadas. A ello se procede mediante las siguientes consideraciones:

-A -

Cuestión de hecho

Tanto las demandantes Ardila como la coadyuvante Paulina Hernández han presentado en juicio, en oportunidad legal, las partidas eclesiásticas que como pruebas directas del estado civil acreditan en juicio la calidad de sobrinas legítimas de la causante Teodolinda Hernández v. de Ramírez. El

tribunal sentenciador les niega esa condición y el consiguiente estado civil, fundado en que al rastrear el parentesco colateral de consanguidad legítima entre éstas y la difunta Teodolinda, no se ha evidenciado en autos, en forma suficiente, el matrimonio de Narciso Hernández y Carmen Baquero, antepasados y tronco común del parentesco entre las actoras y la difunta.

Pero es el caso, al apreciar esta cuestión de hecho, que la parte demandante sí acompañó al libelo un certificado del párroco de Cáqueza, donde se hace constar que en los libros de aquella parroquia correspondeintes a los años de 1820 a 1856 no se encontró la partida de matrimonio de Narciso Hernández y Carmen Baquero.

Demostrada esa circunstancia esencial, era procedente darle estricta aplicación al art. 395 del Código Civil y suplir la prueba del referido matrimonio por otros documentos auténticos, tales como declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y en defecto de tales probanzas, por la notoria posesión de dicho estado.

Ese requisito y la consiguiente exhibición de la prueba supletoria del matrimonio de Naciso Hernández y Carmen Baquero, progenitores comunes de las herederas y de la causante, fue cumplido en dos ocasiones durante el juicio: la primera por Paulina Hernández al presentarse como coadyuvante de la parte actora, y la segunda por las Ardi la en el término probatorio del proceso y al sustanciarse la articulación sobre excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería. Los documentos exhibidos legalmente en juicio como prueba supletoria del mencionado matrimonio fueron: a) Las declaraciones de los testigos Antonio Baquero, Jenaro Díaz, Melitón Muñoz y Francisco J. Carrillo, de las cuales se desprende que tales antepasados fueron casados en Cáqueza, siempre vivieron como tales y en esa condición fueron recibidos y respetados por la sociedad en general, y b) El auto proferido por el Juzgado 1º del circuito de Oriente el 25 de febrero de 1890, en el juicio de sucesión acumulada de Narciso Hernández y Carmen Baquero, en el cual se reconoció a Mercedes Hernández, madre legítima de las demandantes Ardila, comó heredera de los causantes, en su calidad de hija legítima de dichos señores. Tales documentos fueron presentados en copia auténtica expedida por el secretario del mencionado juzgado y por haber venido al proceso en forma regular y oportuna hacen plena prueba, al tenor de lo estatuído en el art. 632 del Código Judicial.

Conviene advertir que los testigos Francisco Rojas R., Carlos Torres y Juan de J. Castro, abonan suficientemente la honorabilidad y corrección, lo mismo que el domicilio de los deponentes anteriores. Pero aun sin traer tales declaraciones el auto bastaría, porque acredita que sí se comprobó satisfactoriamente ese matrimonio, preconstituída como desde entonces quedó esa prueba supletoria.

Sentado lo anterior, hay que aceptar el extremo de que sí se ha demostrado en este juicio el matrimonio que sirve de base y de eslabón al parentesco que vincula a las demandantes y a la coadyuvante con la señora Teodolinda, porque debidamente demostrada la ausencia de la prueba principal, se sustituyó con la prueba supletoria suficiente que exige para esos casos nuestro Código Civil (art. 395). Vinieron en copia auténtica expedida por otro juzgado y hacen plena prueba en cuanto a su contenido, al tenor del art. 632 del Código Judicial a que antes se ha aludido.

Hay que aceptar el extremo de que Paulina Hernández L. al presentarse en el juicio como coadyuvante de la acción intentada, asumió la condición legal de coactora, al tenor del art. 233 del Código Judicial. Así lo reconoció el juez de primer grado al declarar infundada la oposición a dicha intervención y ratificarle su condición de coadyuvante del actor, providencia que vino a ser confirmada por el tribunal de fallo al decidir la apelación interpuestar por el demandado.

Si, pues, ha quedado establecido en juicio como verdad judicial ese carácter reconocido a Paulina Hernández L., los documentos presentados por ella con el libelo de coadyuvancia tienen el carácter de elementos probatorios y debe reconocérseles el valor demostrativo que la ley les otorgue. Por ese aspecto procesal del problema, se ha dado estricto cumplimiento al art. 636 del Código Judicial en cuanto a la forma y oportunidad en que han debido presentarse.

Entre esos documentos figura la copia auténtica expedida por el secretario del juzgado 1º del circuito de Cáqueza o de Oriente, copias que contienen los testimonios supletorios sobre el matrimonio de Narciso Hernández y Carmen Baquero, y el auto fechado el 25 de febrero de 1890, en el cual se declaró a Mercedes Hernández, madre de las demandantes, heredera de los mencionados causantes, en su condición de hija legítima

de éstos. Tales elementos probatorios fueron tenidos como pruebas a favor de la parte que hacía la petición, o sea la parte actora, en la articulación sobre oposición a que ya se ha hecho referencia.

Y si se demostró en forma legal la ausencia de la prueba principal del matrimonio de Narciso y Carmen; si se suplió esa falta con la prueba supletoria de testigos; si se exhibió en autos oportunamente una copia auténtica de la providencia judicial que en el juicio sucesorio acumulado de tales progenitores reconocía el carácter de heredero y de hija legítima a la madre de las demandantes, hay que concluír que se ha evidenciado suficientemente en juicio la filiación legítima de las señoras Ardila Hernández y su parentesco de consanguinidad con la señora Teodolinda Hernández de Ramírez.

- B -

Cuestión de derecho

Ya se ha visto que el fundamento de la absolución decretada en el fallo sometido a este recurso, es el de que las sobrinas demandantes carecen de personería sustantiva para accionar en representación de la sociedad ilíquida de Teodolinda y para pedir a favor de ésta.

Es bien sabido que las dos clases de personería —la sustantiva y la adjetiva— tienen muy diverso origen en su estructura jurídica y muy diversa trascendencia en el campo de la técnica procesal, porque la primera se relaciona con el derecho mismo y la segunda mira a una cuestión rituaria, como es la representación en juicio. La sustantiva forma parte de la esencia o sustancia de la cuestión debatida y debe ser resuelta en el fallo definitivo de instancia. La adjetiva puede ocasionar una excepción dilatoria, que tiende a conservar la integridad legal del procedimiento, para suspenderlo o mejorarlo, y por esa circunstancia da lugar, en su caso, a un recurso exceptivo que exige previo y especial pronunciamiento.

Ya el tribunal de fallo, al decidir el incidente de excepciones, rechazó la posibilidad de que se tratara de un caso de personería adjetiva de la parte actora. La sala acepta esta conclusión, pero se separa de la tesis final por la cula se negó a las demandantes personería sustantiva para accionar a nombre y a favor de la sucesión de Teodolinda. Antes bien, considera que sí están investidas de ese carácter y que pueden ejercitar el consiguiente derecho sustantivo, por las razones que pasan a exponerse:

Ha sido doctrina ya sentada por la Corte la de que la sucesión carece en sí misma de personalidad jurídica, porque en ella no se ve la existencia de un sér colectivo, ni un interés diferente de los intereses particulares, ni vida interna, ni nombre propio, ni gobierno, ni domicilio. Los bienes sucesorales vienen a ser en puridad de verdad bienes pertenecientes a los herederos, sobre los cuales no tienen éstos un mero derecho personal sino un derecho real denominado de herencia, que radica al principio sobre la universalidad jurídica para concretarse más tarde en el de dominio sobre uno o más bienes individualmente determinados.

De lo expuesto concluye la Corte: como las demandantes intentaron la acción en su carácter de herederas de la causante y **a favor** de la sucesión **ilíquida,** es claro que una vez demostrada la filiación y el parentesco, estaban investidas de personería suficiente.

Resultado del recurso

De lo expuesto anteriormente aparece que el tribunal incurrió en error de derecho al estudiar y estimar el mérito probatorio de los documentos exhibidos para evidenciar el matrimonio de los comunes progenitores Narciso y Carmen —origen de la filiación y estado civil de las demandantes Ardila y de la coadyuvante Paulina Hernández para con la difunta Teodolinda de Ramírez— dado que les negó el carácter de prueba plena. Por el mismo motivo desconoció la personería de las actoras. Al proceder así, violó por infracción directa, vale decir por no haberlos aplicado al caso **sub-judice,** los arts. 395 del Código Civil y 632 del Código Judicial, ambos de naturaleza sustantiva y señalados por el recurrente, incurriéndose por lo dicho en la segunda de las causales de acusación alegadas, dentro del motivo 1º del art. 520 del Código Judicial.

Pero como quiera que la sala, al estudiar en su fondo el fundamento y procedencia de las acciones principal y subsidiaria incoadas en este proceso, ha de llegar a las mismas conclusiones jurídicas del tribunal de instancia y a la consiguiente absolución de la parte demandada, no es el caso de casar la sentencia que ha sido materia del recurso, ya que ha sido doctrina invariablemente sostenida por la Corte la de que en tales ca-

sos la providencia acusada no debe ser infirmada en casación, sino que la misión crítica de esta superioridad queda llenada con rectificar la doctrina del sentenciador y restablecer la recta aplicación de los textos violados. Y no condena en costas, aplicando el art. 575 del Código Judicial, numeral 2º in fine.

Sentado lo anterior, es procedente pasar al estudio de fondo de la cuestión controvertida y de las dos acciones incoadas:

Acción resolutoria

La parte actora suplica en primer término la resolución del contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 1450, celebrado entre Teodolinda de Ramírez y la opositora en este juicio Elisa Nieto de Torres. Señala como razón legal la falta de pago estipulado y como fundamento único de la acción resolutoria indica en el libelo estos hechos terminantes, que también vienen a ser materia exclusiva de sus alegaciones:

"2º Aunque la suma de tres mil pesos que debía pagarse de contado, se dice haberla recibido la vendedora, lo cierto es que no la recibió entonces ni después. La compradora señora Elisa Nieto de Torres, está pues, en mora de pagar a los herederos de la vendedora la suma de tres mil pesos, moneda corriente que debía entregar en el acto de firmar la escritura precitada y que no entregó, ni ha entregado hasta la presente fecha.

"3º La vendedora señora Teodolinda Hernández de Ramírez, falleció ya y sin que la demandada le hubiera pagado los tres mil pesos que aquélla dijo recibir o haber recivido al firmar la escritura."

Resta sólo estudiar los elementos probatorios aportados al juicio, para decidir si se ha logrado demostrar plenamente los hechos transcritos, o sea que la compradora Elisa Nieto de Torres se ha constituído en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, base y fundamento de la resolución de la compraventa con resarcimiento de perjuicios (arts. 1609-1930 del C. C.).

En el instrumento público ya mencionado se dice que el precio de la venta es la suma de seis mil pesos moneda corriente ($ 6,000.00), que la compradora paga así: tres mil pesos ($ 3,000.00) al contado y que la vendedora confiesa haber recibido a su satisfacción de manos de la compradora, y tres mil pesos ($ 3,000.00) en seis meses de plazo, que pagará a las personas y en las cuotas allí determinadas. El pago de esa cuota inicial viene a ser la cuestión controvertida y la única materia de la litis pendencia, en el ejercicio de la acción principal.

Este concepto se deduce de los hechos transcritos; pero no sobra advertir que la demanda es de 27 de febrero de 1934 y que para los otros $ 3,000.00 hubo plazo de seis meses contados desde la fecha de la escritura (8 de noviembre de 1933), por lo cual no se vencía sino el 8 de mayo siguiente. Esta cita de fechas corrobora lo antedicho sobre que la falta de pago en que se basa la demanda es la de los $ 3,000.00 pagaderos al contado.

Para demostrar que la compradora no pagó la cuota-contado y al momento de perfeccionarse el contrato la cuota primera de tres mil pesos, la parte actora trae a los autos los siguientes elementos probatorios: a) Copia auténtica de las posiciones absueltas por la demandada Nieto de Torres ante el Juzgado 6º del circuito de Bogotá, el 19 de abril de 1934; b) Copia auténtica del testimonio en posiciones rendido por la misma demandada ante el Juzgado 2º del circuito de Bogotá el 8 de junio de 1934; c) Las declaraciones rendidas por los testigos Eliseo Mora, Abel Mora, Primitivo Aguas, Carmen Lavado, Hermelinda Hernández de Ardila, Marcelina Fuentes, Miguel Guavitas y Victoriano Pulido.

En ambas diligencias de posiciones y al contestar las preguntas pertinentes, la demandada manifiesta que al correrse la escritura no hizo el pago de los tres mil pesos en forma material e inmediata, porque había prestado sus servicios a Teodolinda durante más de veinte años, a razón de veinte pesos mensuales, salario que la vendedora fue guardándole periódicamente durante el largo lapso antes indicado. Agrega que también le daba a guardar el valor de sus costuras, porque siempre fue persona que negoció independientemente con su trabajo personal, y de esa manera la vendedora llegó a tenerle guardados en su poder más de tres mil pesos. Que como Teodolinda ya tenía recibido el dinero a su satisfacción, en la forma en que ha explicado, por eso se expresó en la escritura que lo tenía recibido a su satisfacción. Negó enfáticamente que el contrato fuera ficticio o simulado y también que haya dejado de pagar esos tres mil pesos, los que no pagó en la notaría porque la señora Teodolinda los tenía ya recibidos del valor de su trabajo.

Los testigos mencionados y presentados por el actor deponen contestes que durante el lapso de tiempo de más de diez años la señora Teodolinda de Ramírez era quien atendía a todos los gastos de alimentación,

vestuario y demás menesteres personales de Elisa Nieto, quien carecía de bienes de fortuna y no tenía profesión ni oficio conocidos que pudieran darle algún rendimiento pecuniario.

Al apreciar los anteriores elementos de probanza la Corte considera:

a) **Confesión de la demandada**—Bien estudiadas las declaraciones de la opositora en posiciones, ellas no constituyen en su fondo ni en su forma una contradicción, rectificación o modificación sustancial a lo expresado en la escritura de venta, respecto al pago de los tres mil pesos, como cuota parte del precio estipulado. Al efecto, en el instrumento de venta la vendedora declara que la compradora paga así: **"tres mil pesos al contado y que confiesa haber recibido a su satisfacción de la compradora."** En las posiciones expresa la compradora que no hizo ese pago en forma material e inmediata porque la vendedora le tenía guardados sus salarios por más de veinte años, además del precio de sus costuras, lo que constituían una suma mayor de los tres mil pesos; que como tenía recibido el dinero a su satisfacción, en la forma ya explicada, por eso fue que se expresó en la escritura que lo tenía recibido a su satisfacción.

Resulta evidente que ni de la letra ni del espíritu de esas dos deposiciones resalta con caracteres de evidencia la rectificación o modificación que alega el actor. Muy bien pueden armonizarse ambas e interpretarse la voluntad de los contratantes, que es ley suprema en esta clase de convenciones, en el sentido de que esa cuota del precio de venta sí se pagó; que ya estaba recibida por la vendedora y que por lo tanto no se está en presencia de una donación o de una compraventa simulada, sino de un efectivo traspaso del dominio. Siendo esas las únicas pruebas aportadas por el demandante, lejos de desprenderse de ellas las conclusiones que desea y la consiguiente causal de resolución, bien pueden aducirse como demostración de que la venta tuvo plena efectividad y de que ambos contratantes cumplieron las prestaciones contraídas. La expresión de que se **"pagó al contado"** bien puede deducirse del hecho no infirmado de que ya estaba en poder de Teodolinda la cantidad estipulada y por esa razón podía darla por recibida en esa forma. Sólo una plena comprobación de la tesis sostenida por las demandantes podría conducir al extremo de que tal cuota del precio no se había pagado y de que podía prosperar la acción resolutoria.

b) **Testimonios del actor**—Deponen tales testigos que Teodolinda atendía a los gastos de alimentación, vestuario y demás menesteres personales de Elisa Nieto, la que carecía de profesión o de oficio que le diera un rendimiento pecuniario. Aun aceptándose esa prueba testimonial como demostración plena de tales hechos, éstos no conducirían fatalmente a reconocerse y aceptarse como verdad judicial que no se pagó la cuota inicial del precio de la venta. Al efecto, lo que sostiene la demandada es que hizo tal pago al contado con el producto de su salario, devengado al servicio de Teodolinda durante más de veinte años, a razón de veinte pesos mensuales. Bien podía recibir la alimentación, vestuario y otros menesteres domésticos de manos de la señora de Ramírez, y a la vez haberse estipulado el salario mencionado, como compensación del arrendamiento de servicios. No repugna esa conclusión a la naturaleza, reglamentación y efectos del contrato y antes bien, es hábito frecuente en nuestro medio que el servidor perciba su salario en dinero, además de los alimentos, ropa y la satisfacción de otras necesidades de carácter doméstico. Con lo dicho concluye la sala que el más severo análisis crítico de esa prueba testimonial no puede conducir a aceptarse como plenamente demostrado que la señora Nieto de Torres no pagó o no pudo pagar el precio de venta y de que el incumplimiento de esa prestación contractual conduce a declarar resuelto el contrato de compraventa.

2º—Acción rescisoria por lesión enorme

Los fundamentos de esta acción subsidiaria no aparecen evidenciados en el proceso en forma alguna. El avalúo pericial de la propiedad raíz vendida no se efectuó y un certicado del catastro evidencia que durante el año de 1934 fue avaluado tal inmueble en seis mil setecientos pesos, para los efectos del cobro de tal contribución. Es de rigor decidir, por esa circunstancia, que deben negarse también las súplicas subsidiarias derivadas de tal acción.

Conclusión

No puede prosperar ninguna de las dos acciones incoadas y por esa circunstancia, aun cuando incide la segunda de las causales de casación interpuestas por el recurrente, no es el caso de casar la sentencia y de sustituírla por la que hubiere de proferir la Corte como tribunal de instancia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el día 12 de marzo de 1937, que ha sido materia de este recurso.

Sin costas en el recurso.

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

Arturo Tapias Pilonieta. — Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Juan Francisco Mújica.—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

RESPONSABILIDAD POR EL MANEJO DE MAQUINAS. —PRESUNCION DE CULPA EN EL AGENTE DE UNA ACTIVIDAD PELIGROSA

1.—No puede menos de hallarse en el art. 2536 del Código Civil una presunción de responsabilidad, de donde se sigue que la carga de la prueba, ONUS PROBANDI, no es del damnificado sino del que causó el daño con sólo poder imputarse a su malicia o a su negligencia. 2.—Quien ejercita actividades en el manejo de máquinas de la industria humana es el responsable del daño que por obra de ellas se cause y por lo mismo le incumbe, para exonerarse de esa responsabilidad, demostrar la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño que no le sea imputable, de que es ejemplo frecuente la culpa de la víctima misma.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Asunción y Petrona Bustamante, amparadas por pobres, demandaron, por la vía ordinario, a la empresa denominada "The Santa Marta Railway C° Limited", con negocios permanentes en la República, representada por Alberto V. Cooper, para que como hijas legítimas de su padre Antonio Bustamante, se les indemnizaran los daños y perjuicios sufridos por la muerte de éste, ocasionada por el atropello de un motor de la empresa demandada y manejado por un empleado o dependiente de la misma, atropello o accidente que tuvo lugar el 19 de febrero de 1933, en el switch en la línea recta, cerca del poste de concreto del kilómetro 43, entre Neerlandia y Colonia, en las horas comprendidas entre las seis de la tarde y las ocho de la noche de ese mismo día.

En tiempo oportuno el Juez 2° del circuito de Santa Marta, desató la litis en sentencia de 24 de octubre de 1936 y hallando comprobados los hechos fundamentales de la demanda, condenó a la empresa demandada a pagar a los demandantes los perjuicios causados por el atropello y muerte del señor Antonio Bustamante, perjuicios que serían fijados en la ejecución de la sentencia de acuerdo con los arts. 480 y 553 del C. J.

Este fallo fue apelado por el gerente de la compañía demandada y el Tribunal Superior del distrito judicial de Santa Marta decidió en segunda instancia, revocando el fallo del inferior, lo cual hizo en sentencia de 17 de febrero de 1937, que absolvió a la compañía.

Contra esa sentencia recurrieron en casación los demandantes, y como está surtida la tramitación legal del recurso, pasa a decidirse de éste.

La sentencia recurrida parte de la base de que el señor Antonio Bustamante fue atropellado en el día dicho por un motor de la compañía demandada, y que a consecuencia de las lesiones que recibió, aquél falleció en el hospital de la United Fruit Company en Santa Marta, donde había sido trasladado. Mas el tribunal negó en definitiva las peticiones de la parte actora, por cuanto en su

concepto "debieron probar las demandantes otros hechos de los cuales pudiera deducirse la falta de diligencia de parte del motorista para evitar el accidente. Si ello no se ha cumplido atribuída a The Santa Marta Railway Company Limited, no existe a los ojos de la ley."

En otros términos el fallador estima y en eso basó su fallo, que la falta de diligencia o cuidado por parte de la compañía demandada ha debido ser demostrada por la parte demandante.

El recurrente en las causales 8ª y 9ª de su recurso impugna el concepto básico de la sentencia y sostiene que hubo violación de la ley sustantiva por cuanto era la compañía demandada a quien incumbía demostrar que había tenido el cuidado necesario para evitar el accidente. El demandante en casación se expresa así: "la compañía no acreditó que había tenido el cuidado necesario, ni menos que había dado cumplimiento a las obligaciones de la ley, sobre ferrocarriles, luego el postulado del tribunal implica violación directa del art. 1604 del C. C. En la causal 8ª, condicionada al mismo concepto señala como violados varios artículos del C. C. sobre culpa extracontractual. Finalmente toda la acusación está basada sobre el motivo consagrado por el ordinal 1º del art. 520 del C. J.

El fundamento básico de la sentencia y el modo como ha sido acusada lleva a la Corte necesariamente al estudio de la responsabilidad basada en la culpa presunta y su conexión con la carga de la prueba a la luz de las disposiciones pertinentes del C. C., especialmente los arts. 2341 y 2356 de dicha obra. Nada más indicado que la reproducción de la doctrina sentada por la Corte en sentencia de 14 de marzo último y que en lo pertinente dice así: (**Gaceta Judicial** Nº 1934).

El art. 23 del C. C., que mal puede imputarse como repetición del 2341, ni interpretara en forma que sería absurda si a tanto equivaliese, contempla una situación distinta y la regula, naturalmente, como a esta diferencia corresponde. Así es de hallarse desde luego en vista de su redacción y así persuaden, a mayor abundamiento, los ejemplos que aduce o plantea para su mejor inteligencia, a manera de casos en que especialmente se debe reparar el daño a que esta disposición legal se refiere, que es todo lo que puede imputarse a malicia o negligencia de otra persona. Exige, pues, tan sólo que el daño pueda imputarse. Esta es única exigencia, como base de causa o fuente de la obligación que en seguida pasa a exponerse. Esos ejemplos o casos explicativos corresponden y hasta sobra observar, a la época en que el código se redactó, en que la fuerza del hombre, como elemento material y los animales eran el motor principal, por no decir único de la industria, en las labores agrícolas, en la locomoción, todo lo cual se ha transformado de manera pasmosa en forma que junto con sus indecibles favores ha traído también extraordinarios peligros. La teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y mira a las dificultades, que suelen llegar a imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas, los damnificados, por hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión del ejercicio de esas actividades. Un depósito de sustancias inflamables, una fábrica de explosivos, así como un ferrocarril o un automóvil, por ejemplo, llevan consigo o tiene de suyo extraordinaria peligrosidad de que generalmente los particulares no pueden escaparse con su sola prudencia. De ahí que los daños de esa clase se presuman en esa teoría, causados por el agente respectivo, como sería en estos ejemplos el autista, el maquinista, la empresa ferroviaria. Y de ahí también que el agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo a veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elementos extraños. A esta situación se ha llegado en algunos países por obra de una labor jurisprudencial ardua, en cuyo desenvolvimiento no han dejado de tropezar los juristas, en su camino hacia la humanización del derecho, con la rigidez de los textos legales. Fortuna para el juzgador colombiano es la de hallar en su propio código, disposiciones previsivas que sin interpretación forzada ni descaminada permitan atender al equilibrio a que se viene aludiendo o, por mejor decir, a la concordancia o ajustamiento que debe haber entre los fallos y la realidad de cada época y de sus hechos y clima. Porque a la verdad, no puede menos de hallarse en nuestro citado art. 2536 una presunción de responsabliidad, de donde se sigue que la carga de la prueba, **onus probandi**, no es del damnificado, sino del que causó el daño, con sólo poder imputarse a su malicia o a su negligencia. No es que con esta interpretación se atropelle el concepto informativo de nuestra legislación, en general, sobre presunción de inocente, en

cuanto parezca cerrarse la de negligencia o malicia, sino que simplemente, teniendo en cuenta la diferencia esencial del caso, la Corte reconoce que en las actividades características por su peligrosidad, de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el hecho dañoso lleva en sí aquellos elementos, a tiempo que la manera general de producirse los daños de esta fuente e índole, impide dar por previsto al damnificado de los necesarios elementos de la prueba. La máquina, en el estado actual de la civilización, es algo que sencillamente supera al hombre, lo que vale como decir, que él debe estar prevenido a este respecto, entre otros fines, con el de no perder el control indispensable sobre ella. Por él comienza la peligrosidad, quien la usa y maneja es el primer candidato como víctima.

En otros términos: La civilización contemporánea, los adelantos en la ciencia, en la industria, en la técnica, y la complejidad de relaciones sociales y económicas han determinado la creación y desarrollo de ciertas empresas que como las ferroviarias, entre otras, llevan en sí una actividad peligrosa, tanto para los que se sirven de ellas y las dirigen o manejan, como en ocasiones para los extraños a esas actividades, en el primer caso se presenta como típico el accidente causado por un descarrilamiento, el hundimiento de un puente, en que son víctimas los pasajeros y los que conducen la máquina; en el segundo, el atropello, la lesión y aun la muerte de un transeúnte causada por un tren, por un motor, por un autoferro, en general por una máquina.

Esos accidentes no son por lo general fruto de una acción maliciosa y voluntaria, sino regularmente contingencias que suelen presentarse con alguna frecuencia, y a que todos están sujetos. Pero quien ejercita actividades de ese género es el responsable del daño que por obra de ellas se cause y por lo mismo le incumbe, para exonerarse de esa responsabilidad, demostrar la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño que no le sea imputable, de que es ejemplo frecuente la culpa de la víctima misma.

A todo esto provee el art. 2356 del C. C., que se repite no es una reproducción ni repetición del art. 2341 de la misma obra; las dos disposiciones que acaban de citarse son bien distintas desde el punto de vista de los principios que las informan y de sus consecuencias. El art. 2341 se refiere a los casos en que la culpa no se presume y en que el demandado se exonera de su responsabilidad, demostrando su diligencia y cuidado y en que por lo tanto, la carga de la prueba corresponde al demandante. El art. 2356 parte de la base de la imputabilidad de culpa a quien ejerce una actividad peligrosa, por el solo hecho de ejercerla, y entonces solamente tres factores pueden eximir al demandado de su responsabilidad, a saber: a) Fuerza mayor; b) Caso fortuito, y c) Intervención de un elemento extraño no imputable al demandado y que haya originado la consumación del accidente. Ese elemento extraño puede ser un descuido de la víctima, o sea, la misma culpa de quien ha sufrido la lesión o el atropello. Mas así como en el caso del art. 2341 la carga de la prueba corresponde al demandante, en el caso del artículo 2356 esa carga corresponde al demandado, el cual para exonerarse de su responsabilidad debe demostrar, uno al menos, de los factores de que se acaba de hacer mérito. Los daños ocasionados por el ejercicio de una actividad peligrosa,..... su misma naturaleza, están pues bajo el imperio del art. 2356 citado en la forma y términos que acaban de expresarse, y la prueba se desprende en ese caso del demandante al demandado.

No siempre que un individuo sufre los daños por las empresas llamadas de riesgo éstas deben indemnizar perjuicios, porque puede suceder que alguno de los tres elementos apuntados, fuerza mayor, caso fortuito, error de conducta en la víctima, se interpongan para librar completamente a la empresa de toda responsabilidad o para atenuarla modificando la indeminización. De ahí el art. 2357 del C. C., que establece el principio de la reducción de la indemnización, de la compensación de ella, que puede llegar hasta la exoneración en la indemnización de perjuicios.

Si, pues, el tribunal partió de la base de que los actores han debido demostrar la falta de diligencia o cuidado en el motorista que conducía la máquina que atropelló al señor Bustamante y que no existiendo esa comprobación la responsabilidad atribuída a The Santa Marta Railway Company Limited no existe a los ojos de la ley y si como acaba de exponerse en el caso del art. 2356 del C. C. no son sino los elementos o factores de que se ha hecho mérito los que pueden exonerar de responsabilidad a las empresas llamadas de riesgo como los ferrocarriles, se concluye, y dados los motivos de la acusación, que es preciso casar la sentencia del tribunal y proferir la de instancia para lo cual se considera lo siguiente:

Sobre la base de que el día señalado en la demanda Antonio Bustamante fue atropellado por un motor de The Santa Marta Railway Cº y que a consecuencia de ese atropello sufrió graves lesiones que le causaron la muerte, puntos estos de hecho que están plenamente comprobados en los autos, es necesario considerar estos otros extremos: 1º Si Antonio Bustamante por un error de conducta se expuso voluntariamente al accidente; 2º O si hubo un elemento superior e invencible, fuerza mayor o caso fortuito, que hiciera inevitable la consumación del accidente.

Las pruebas presentadas por la compañía demandada, se reducen a una serie de testimonios, los de los señores Pedro Mojica H., José E. Torres, y Arturo Lizón (fojas 13 a 15 v.) del cuaderno de pruebas. El testigo Mojica declara "que por referencia conoce el accidente cumplido en el general Antonio Bustamante"; "pero que no le consta nada porque lo hubiera visto personalmente. Le consta sí que en época en que tuvo lugar el accidente había un desvío en la línea férrea que atravesaba el Río Frío, sobre un puente provisional, porque el puente permanente había sido derribado por una creciente del río, y estaba en reconstrucción." Declara además que el señor Bustamante era un anciano, pero no inútil ni inválido. El testigo José E. Torres tuvo conocimiento del accidente de que fue víctima el señor Bustamante, por referencias; no le consta que el puente sobre el Río Frío hubiera sido derribado; le consta que el señor Bustamante era un hombre de edad avanzada. El testigo Arturo Lizón declara que le consta, por haberlo visto, que el señor Antonio Bustamante fue hallado en el lecho del Río Frío bajo el puente del ferrocarril del Magdalena en la noche del 19 de febrero de 1933, ensangrentado, con una rodilla fracturada. Declara además que le consta que en esa época, es decir, en la del accidente, había un desvío de la línea que atravesaba el Río Frío, sobre un puente provisional, porque el puente permanente había sido derribado. Agrega además que el señor Bustamante era un anciano inútil e inválido.

Con estas declaraciones, a juicio de la Corte, no se comprueba que en el señor Antonio Bustamante hubiera habido un error de conducta constituído por una imprudencia o culpa de éste, suficiente para exculpar a la compañía, ni tampoco se demuestra que el accidente se hubiera producido por fuerza mayor o caso fortuito. Dos de los testigos no presenciaron el accidente y otro vio al señor Bustamante en el lecho del Río Frío, lesionado, cuando ya había pasado el accidente.

La parte demandante adujo una serie de pruebas, para demostrar su intención, que pasan a examinarse.

Presentó los testimonios de Gumersindo López, Víctor Mier, Miguel Serna y Gustavo Bernal (fojas 23 a 30 v. del cuaderno de pruebas).

El testigo López declara que le consta que el 19 de febrero de 1933, entre siete y ocho de la noche, venía de la roza de su hermano Juan de Dios López, situada en la región de Pantoja y que presenció que un motor de la propiedad de la empresa Railway Cº Limited, manejado por un empleado de la misma, atropelló en el switch de la línea recta, cerca del poste de concreto del kilómetro 43, entre Neerlandia y Colonia, al general Antonio Bustamante, quien venía como el declarante del sur, con dirección al norte, o sea por Ciénaga. Declara además que le consta que una vez atropellado Bustamante por el motor, fue recogido por los tripulantes de éste, y con él siguieron en la dirección que llevaba el vehículo. Afirma el declarante que el día del accidente la empresa no tenía celador o guardavía en el switch de la línea recta, cerca del poste número 43, entre Neerlandia y Colonia, que todavía no hay celador en la sección nombrada, lo que resulta peligroso a juicio del declarante. Este afirma que se encontraba en el momento del accidente a seis o siete metros de la línea del poste marcado con el número 43.

El testigo Víctor Mier declara que por encontrarse en el lugar del accidente, vio que un motor de propiedad de la empresa The Santa Marta Railway Cº., manejado por un empleado de la empresa, atropelló el día 19 de febrero de 1933, entre siete y ocho de la noche al general Antonio Bustamante, en la línea recta cerca del poste de concreto del kilómetro 43, entre Neerlandia y Colonia y que una vez atropellado fue recogido por el motor que causó el atropello. Declara asímismo que la comañía demandada no tenía esa noche en el lugar del accidente guardavía. El declarante afirma que se encontraba a cinco metros de distancia del lugar del accidente.

El testigo Miguel Serna declara que presenció el accidente en la fecha indicada, pues en ese momento venía de una roza que tenía al frente de Colonia, y que una vez atropellado Bustamante fue recogido por los tripulantes del motor; que la empresa demandada no tenía el 19 de febrero de 1933, fecha del accidente, ni cuando el declarante rindió

su declaración, guardavía en el lugar donde se verificó el atropello, en el switch de la línea recta, kilometro 43 y que se encontraba a unos cinco o seis metros del lugar del suceso.

Gustavo Bernal, empleado de la empresa demandada, el día del accidente, declara: Que es cierto que dicho día fue conducido por orden del gerente de la empresa al dispensario de la United Fruit Company el general Antonio Bustamante, quien había sido víctima de un accidente de tráfico, en la línea del ferrocarril de Santa Marta; que al declarante le tocó conducir al herido al dispensario para que fuera atendido por los médicos, como lo fue al efecto. Que cuando el general Bustamante sufrió el accidente la empresa no tenía ningún empleado para atender a los switch de Neerlandia y Pantoja, es decir, no tenía switcheros. La empresa, dice el declarante, había suprimido esos empleados.

El doctor Carlos García Mayorca, médico titulado, certificó bajo juramento que examinó al señor Antonio Bustamante y le encontró varias fracturas, que ponen en peligro su vida. En el mismo sentido declara el médico Francisco Navarro, quien asevera que a consecuencia de esas lesiones es casi seguro que fallezca Bustamante. El médico Octavio M. Tatis, declara que el 19 de febrero de 1933, el declarante desempeñaba las funciones de médico de la United Fruit Company. Que es cierto que el 28 de febrero de 1933, el señor Gustavo Bernal, inspector de tráfico de Ciénaga, le ordenó prestar sus servicios médicos a Bustamante, quien tenía varias lesiones y que después de haber sido atendido por la empresa The Santa Marta Railway C° murió en 20 de marzo a consecuencia de las lesiones recibidas.

El representante de la compañía demandada acepta el hecho de la muerte del señor Antonio Bustamante, en sus dos alegatos en cada una de las instancias del juicio.

En cuanto a la personería de la parte demandante, se observa: Al folio 5° del cuaderno principal, corre la partida de matrimonio eclesiástico que contrajo Antonio Bustamante, con Catalina Fajardo. Los contrayentes reconocieron como hijos suyos a Manuel F., Petrona, Asunción y Antonio Bustamante. Corre en autos (fojas 13 del cuaderno de pruebas) la partida de bautizo de Petrona Bustamante, como hija de Antonio Bustamante y Catalina Fajardo y fuera de esto ya se vio que fueron reconocidas las demandantes por sus padres.

Con las pruebas que figuran en el cuaderno respectivo, se comprueba que el día del accidente el motor que atropelló a Bustamante fue despachado por orden de la compañía demandada.

Resumiendo, pues, las pruebas de la parte actora se tiene esto: a) Que el señor Antonio Bustamante fue atropellado por un motor de la compañía el 19 de febrero de 1935 y que a consecuencia de ese accidente murió dicho señor. Las declaraciones traídas al respecto forman la convicción legal del caso al tenor del artículo 697 del C. J. b) que ésta no tenía vigilante o guardavía en el switch donde ocurrió el accidente y donde existió un puente que había sido derrumbado.

Siendo esto así y no habiendo la compañía presentado ninguna prueba que la exculpe la responsabilidad, en los términos expresados en este fallo, es preciso dar aplicación al artículo 2356 del C. C. y por lo tanto condenar a la compañía demandada.

No hay mérito en los autos para reducir la indemnización a que haya lugar más tarde al ejecutar este fallo y al tenor del artículo 2357 del mismo código, pues como se ha visto la compañía demandada nada demostró eficazmente en su defensa.

En cuanto al monto o cuantía de los perjuicios no habiendo datos en el proceso para que la Corte pueda fijarlos o dar las normas por lo menos para su fijación es necesario atenerse al artículo 553 del C. C. para que en oportunidad la parte actora amparada en él haga valer sus derechos al pedir el cumplimiento del fallo.

No estima por demás la Corte reproducir los siguientes apartes de la sentencia dictada por esta Corte el diez y ocho de mayo de mil novecientos treinta y ocho en el juicio seguido por Angel María Torres contra la empresa del Ferrocarril del Nordeste por perjuicios, pues dicho fallo, como el ya citado de catorce de marzo último, reafirma la doctrina sostenida en esta sentencia: "Como complemento de la norma anterior, dice el citado fallo, y de la teoría que ella consagra, el artículo 2356, ibidem, establece la regla general e invariable de que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Se deduce de la letra y del espíritu de este precepto que tan sólo se exige que el daño causado fuera de las relaciones contractuales — pueda imputarse — para que ese hecho dañoso y su probable imputabilidad al agente contraventor constituya la

base o fuente de la obligación respectiva. Como colorario de lo dicho anteriormente hay que aceptar que el citado artículo 2356 establece una presunción de responsabilidad que origina y da cimiento a la presunción de culpa extracontractual que niega el recurrente y que aparece consagrada en los preceptos normativos antes citados. Y de los anteriores principios hay que deducir que la carga de la prueba no corresponde al damnificado, sino que corre de cargo del agente negligente imprevisto y descuidado, que por malicia o negligencia causó el daño.... De aquí nace la moderna teoría de la presunción de culpa, según la cual el agente de la actividad peligrosa se presume responsable de sus consecuencias, habida consideración a los daños que de su natural actividad puedan originarse.... Fortuna es, como lo ha expresado ya la Corte que el artículo 2356 del C. C. fielmente interpretado dentro de una sana hermenéutica permita preveer y resolver con toda amplitud estos problemas que crean los modernos sistemas de vida y locomoción. No se hace necesario crear por medio de un generoso criterio jurisprudencial fórmulas que apresten soluciones, sino que son preceptos objetivos de nuestra legislación los que vienen a tener fiel y oportuna aplicación a tales litigios."

La Corte considera, por último, que tiene razón el opositor cuando llama la atención hacia el lenguaje impropio usado por el recurrente contra la compañía demandada. No sólo la serenidad que debe imperar en un proceso tanto por parte de los jueces como de los litigantes, como de una manera especial la técnica de casación se oponen a todo concepto que saliéndose de su objetivo sea desagradable para alguna de las partes.

Fallo

En virtud de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, o sea la de diez y siete de mayo de mil novecientos treinta y siete, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta y en su lugar resuelve:

1º Condénase a la empresa The Santa Marta Railway Company, arrendataria del Ferrocarril Nacional del Magdalena, a pagar a las señoras Asunción Bustamante y Petrona Bustamante, en su calidad de herederas del señor general Antonio Bustamante, en su calidad de hijas de éste, los perjuicios causados por la muerte de éste, a consecuencia del atropello de que fue víctima por un motor de la empresa The Santa Marta Railway Company, Limited, accidente que tuvo lugar el día diez y nueve de febrero del año de mil novecientos treinta y tres, en el switch de la línea recta cerca del poste de concreto del kilómetro 43, entre Ñeerlandia y Colonia en las horas comprendidas entre las seis de la tarde y las ocho de dicho día.

2º El valor o monto de los perjuicios a que se refiere el numeral anterior serán establecidos en la forma que preceptúa el artículo 553 del C. J.

3º No hay costas ni en el juicio ni en este recurso.

4º Queda en estos términos reformada la sentencia de primera instancia dictada por el Juez Segundo del Circuito de Santa Marta, con fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos treinta y seis.

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

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mujica— Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS, DAÑOS, ETC.—LIBERTAD CONTRACTUAL.—NORMAS DE ORDEN PUBLICO.—INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS. — COMBINACION DE DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS. — UNIONES DE CONTRATOS.—CONTRATOS TIPICOS CON PRESTACIONES DE OTRA ESPECIE.—CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES, HECHA POR DEMOGUE.—OBLIGACIONES DE MEDIO Y OBLIGACIONES DE RESULTADO.—NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES DEL ACREEDOR ANTICRETICO.—DISTINCION CON LAS DEL MANDATARIO.—NOCION DE LA CULPA EN LA APRECIACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.—NOCION DE LA OBLIGACION CONDICIONAL, ETC.

1.—Los artículos 15, 16 y 1602 del C. C. proclaman el principio de la libertad de estructuración del contenido de los contratos, generadores de obligaciones, salvo cuando normas imperativas, que no siempre se hallan concebidas en los mismos términos, restringen aquella libertad. 2.—En el derecho privado suelen entenderse como de orden público los principios en cuyo mantenimiento tienen un interés considerable tanto el Estado como la sociedad. Se consideran como imperativas, en principio, por razón de los derechos de la personalidad, las proposiciones jurídicas que protegen a la parte más débil desde el ángulo social o económico contra una limitación excesiva de su libertad o contra un ataque que la amenace en sus bienes más esenciales. En fin, si una estipulación contractual, al derogar un texto legal, ataca las buenas costumbres, esa norma suprimida reviste un carácter imperativo. 3.—Aunque la ley reglamenta ciertos tipos de contratos los hay que, si no encajan dentro de las normas tradicionales, deben apreciarse por analogía con los tipos comunes, sin violentar la voluntad libremente configurada de los contratantes. Procede observar que no pueden aplicarse en absoluto y sin excepción las reglas establecidas para un tipo determinado de contrato, cuando el que se celebró, no obstante corresponder en lo general a ese tipo, exija un contrato divergente, debido a su fin especial, articulado en la misma convención. Se reitera jurisprudencia, según la cual (con prescindencia de los contratos SUI GENERIS o atípicos, esto es, aquellas convenciones cuyo contenido es tan particular que no pueden asimilarse a ninguno de los contratos tipos), la combinación de diferentes tipos de contratos o de prestaciones correspondientes a diversos contratos tipos, se presentan en estas formas: 1ª Uniones de contratos; 2ª Contratos mixtos, y 3ª Contratos típicos con prestaciones de otra especie. 4.—En materia de responsabilidad civil contractual, la división clásica en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, y la posterior a ésta, en obligaciones positivas y negativas, no proporciona un método para la solución de los problemas referentes a la culpa y a la carga de la prueba. Débese a la clasificación introducida por Demogue en obligaciones de resultado y en obligaciones de medio, el que se haya logrado superar la mayor parte de las dificultades que a ambos respectos suelen presentarse. La obligación puede tener por objeto un hecho o un resultado determinado y entonces obliga al deudor a realizar ese hecho o a obtener ese resultado deseado por el acreedor. El hecho prometido por el deudor o la abstención a que él se ha comprometido, tienen las características de ser claros, precisos y de contornos definidos. Es deber del deudor obtener con su actividad ese hecho, tal resultado. En cambio, en las obligaciones de medios el deudor únicamente consiente en aportar toda la diligencia posible a fin de procurar obtener el resultado determinado por su actividad, sus esfuerzos y su diligencia, pero no a que éste se alcance. 5.—La obligación que contrae el acreedor anticrético de pagarse con los frutos de la cosa dada en anticresis es de resultado, debido a que pertenece a la definición de la anticresis servir de medio de pago, conforme al art. 2458 del C. C. La obligación del acreedor en la anticresis de conservar y mantener en buen estado el inmueble y de administrarlo para procurar frutos a fin de abonarlos a su crédito, es por su naturaleza distinta a la del mandatario, cuya prestación se limita a la diligencia y cuidado. Tal obligación constituye el correlativo del derecho de goce sobre la cosa, que, a diferencia del acreedor prendario, se radica en cabeza del anticrético. De ahí el texto del art. 2463 del C. C. que hace participar a la obligación que se analiza de la naturaleza de la prestación prevista en el art. 1996, que es de resultado. Por ello se explica que el art. 2467 conceda la facultad al acreedor anticrético de restituír el bien raíz en cualquier tiempo para liberarse de su obligación, salvo cuando se haya estipulado lo contrario. 6.—La culpa, tanto en materia contractual como delictual, continúa siendo la base para la responsabilidad civil.

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

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

Georges Maguin demandó a Rafael y Enrique Iregui C. ante el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, mediante las siguientes súplicas: Que como consecuencia del incumplimiento por parte de los demandados del contrato que consta en la escritura 1289, otorgada el 2 de noviembre de 1928 ante el Notario 4º de Bogotá, se les condene a pagar al actor: a) Tanto los daños provenientes de ese incumplimiento como los ocasionados con motivo de la cesión que hicieron al Banco de Colombia del contrato de anticresis, después de su vencimiento; b) Ocho mil ochenta y siete pesos cincuenta y tres

centavos ($ 8,087.53), monto de los intereses liquidados en el juicio sobre venta de la cosa hipotecada que contra los sujetos en el actual proceso entabló el Banco Hipotecario de Bogotá; c) Catorce mil cuatrocientos pesos ($ 14,400), precio de las mensualidades correspondientes al plazo del contrato de anticresis, a razón de cuatrocientos pesos ($ 400) cada una; d) Los deterioros causados en la mitad del cafetal, cuyo dominio es el del actor, durante los tres años que los demandados, a título de anticresis, lo ocuparon.

Consta en la escritura citada que Maguin, por medio de mandatario, celebró con los Ireguis un contrato de anticresis sobre la mitad de la finca denominada "La Arabia", en jurisdicción del municipio de Viotá, en el Departamento de Cundinamarca, finca cultivada de café y cuyos dueños en común fueron las partes en este proceso.

Afirmó el actor que los demandados no habían cumplido su obligación durante el plazo del contrato, que fue el de tres años, de servir la deuda de amortización gradual, con garantía hipotecaria de toda la finca, constituída a favor del Banco Hipotecario de Bogotá, motivo por el cual el acreedor obtuvo que se rematara judicialmente la hacienda. Además, los Iregui, acreedores anticréticos, cedieron al Banco de Colombia este contrato. El Banco, provisto de ese título, hizo tercería en el juicio mencionado del Hipotecario de Bogotá y remató la finca. Por esta circunstancia el actor pagó doblemente la misma deuda: "A los Iregui, con los frutos, y al Banco de Colombia con la finca".

Tampoco sirvieron los Iregui la renta mensual de cuatrocientos pesos ($ 400) a favor del actor que fue estipulada, y, por último, durante los tres años del contrato, a partir de noviembre de 1928, por culpas y descuidos de los demandados, la finca sufrió grandes deterioros.

Se transcribe, por ser pertinente, la síntesis del contrato que hizo el trbiunal en su sentencia: "Aparece de la escritura número 1429, otorgada ante el Notario 4º de Bogotá el 20 de agosto de 1926.... que entre Jorge Maguin por una parte, y Rafael y Enrique Iregui por la otra, se celebró un contrato en relación con la mitad proindiviso de la hacienda "Arabia" compuesta de los lotes "Arabia", "Carolina" y "Las Delicias", mitad proindiviso de que era dueño Maguin, siendo los Ireguis dueños de la otra mitad proindiviso. Las cláusulas respectivas establecen en lo pertinente y en síntesis que los Ireguis se comprometen a administrar la hacienda "Arabia", o, mejor, la mitad proindiviso perteneciente a Maguin, cuya tenencia tienen junto con la de todos sus enseres, maquinarais, herramientas, semovientes, etc., quedando los Ireguis con amplias facultades para vender la totalidad de las cosechas de café, de contado o a plazo, exportarlas, comprometerlas en prenda agraria, en suma hacer en la hacienda todo lo que juzguen conveniente como si en realidad fueran dueños exclusivos de toda ella; durante el término de ese contrato, que fue señalado en cinco años obligatorios para ambas partes, Maguin y su apoderado general podían hacer las indicaciones que consideraran oportunas para la mejor administración, sin que tales indicaciones fueran obligatorias para los Ireguis; se comprometieron los Ireguis también a llevar cuenta detallada y comprobada de los gastos de administración, y a abrir en Bogotá libros Diario y Mayor con tal objeto, formando el archivo de los comprobantes, y a comunicar mensualmente a Maguin al lugar que éste les indique la cuenta mensual de las operaciones y gastos y a enviarle anualmente la liquidación de utilidades o pérdidas que produjera la hacienda; se comprometieron los Ireguis a pagar las sumas que Maguin conjuntamente con ellos adeudan al Banco Central de esta ciudad, y a pagar el capital y los intereses o las cuotas de amortización correspondientes a la obligación hipotecaria que próximamente se proponían contratar todos ellos con garantía de la hacienda, pagos que debían imputar a la cuenta de Maguin en lo que a él corresponda, o sea la mitad, y pagos que serían deducidos en esa proporción de las utilidades que diese la hacienda y que le correspondan a Maguín; también se comprometieron los Ireguis a entregar mensualmente a Maguin en esta ciudad o a situársela en el lugar que éste les indique, la suma de cuatrocientos dollars ($ 400.00) imputables a Maguin en lo que a éste corresponda en los producidos de la hacienda; estipularon que en caso de que por una crisis comercial, baja en el precio del café, fuerza mayor o caso fortuito, las utilidades que correspondan a Maguin en la hacienda no fueren suficientes para atender a las erogaciones mencionadas, o sea, los pagos al Banco Central, el servicio de la obligación hipotecaria que se proponían negociar y el pago de los cuatrocientos dólares mensuales para Maguin, los Ireguis procurarán obtener dinero en préstamo para atender a esos gastos, siendo de cargo de Maguin el

pago de las sumas que tomen prestadas; estipularon que Maguin reconoce a Rafael y Enrique Iregui un sueldo mensual de ciento cincuenta pesos ($ 150.00) moneda corriente por los servicios de éstos como administradores de la mitad de la hacienda perteneciente a aquél, el que podían retirar mensualmente imputándolo a la cuenta de Maguin; estipularon también que tanto Maguin como los Ireguis, en caso de venta de su mitad de hacienda respectiva, preferirán en igualdad de condiciones al condueño, estipulación que garantizaron con una multa; y por último se comprometieron los contratantes a someter cualquier diferencia a la decisión de un tribunal de arbitramento."

"Aparece de la escritura número 2289, otorgada ante el Notario 4º de Bogotá el 2 de noviempre de 1928.... que Georges Barrault en su calidad de apoderado de Jorge Maguin, después de hacer constar Barrault que Maguin es dueño de la mitad proindiviso de la hacienda "Arabia", de hacer alusión al contrato de administración que consta en la escritura número 1429 de 20 de agosto de 1926 — a la cual se acaba de hacer referencia—, dijo que por razón de tal contrato de administración y por razón de dineros suministrados a Maguin, éste adeuda a los Ireguis la cantidad de veinticinco mil doscientos seis pesos veintiséis centavos ($ 25,206.26); Barrault reconoce en su carácter de apoderado de Maguin, la deuda de éste a favor de los Ireguis por la mencionada suma, proveniente de cantidades prestadas por los Ireguis para atender a la administración de la mitad proindiviso de la hacienda "Arabia" y para atender a las sumas que mensualmente le han estado remitiendo los Ireguis a Maguin, y dijo que esta suma adeudada por Maguin a los Ireguis debía ser pagada el día 20 de agosto de 1931 a más tardar, y que durante el plazo y en la mora devengará interés de 10% y del 12% anual, respectivamente; también reconoce Barrault que su poderdante Maguin está además obligado al pago de la mitad del crédito hipotecario constituído a favor del Banco Central, hoy Banco Hipotecario Central, hoy Banco Hipotecario de Bogotá, por escritura número 1640 de 9 de octubre de 1926, de la Notaría 3ª de Bogotá; reconoce que igualmente está obligado su poderdante Maguin al pago de la mitad del crédito a favor del Banco de Colombia, crédito constituído por escritura Nº 1445 de 5 de octubre de 1927, de la Notaría 3ª de esta ciudad, y que está garantizado con prenda agraria sobre las cosechas de la hacienda "Arabia"; manifiesta en seguida Barrault, en su carácter de apoderado de Maguin, haber convenido en dar en anticresis a los Ireguis la mitad proindiviso de la hacienda "Arabia", con todas sus maquinarias, enseres, herramientas, utensilios, semovientes, etc.; también manifiesta que los frutos de la mitad proindiviso de la hacienda "Arabia", mitad perteneciente a Maguin y que aquí se da en anticresis, se destinarán a pagar las cuotas hipotecarias del Banco Central, hoy Banco Hipotecario de Bogotá, a pagar al Banco de Colombia lo que corresponda a Maguin en ese crédito, a pagar a Rafael y Enrique Iregui el crédito de que se reconoce deudor Maguin en esta escritura y cualquiera otra suma que los Ireguis suministren de la fecha de la escritura en adelante para la explotación de la hacienda "Arabia", a pagar la mitad de los gastos de la adminsitración de la hacienda "Arabia", incluyendo el sueldo que por escritura Nº 1429 de 20 de agosto de 1926 se fijó a los Ireguis por sus servicios como administradores de Maguin en la mitad de la hacienda perteneciente a éste, y a pagar la pensión mensual de cuatrocientos pesos ($ 400) a Maguin estipulada en la mencionada escritura Nº 1429; manifiesta en seguida el orden en que deben hacerse los pagos que acaban de mencionarse, que no es otro que el en que aparecen relacionados, o sea primero se atenderá al pago de los créditos a favor de los bancos, luégo al pago de los créditos a favor de los Ireguis, después a los gastos de administración, y por último a la pensión mensual para Maguin; luégo manifiesta Barrault en su carácter de apoderado de Maguin, que para garantizar a los Ireguis la deuda por $ 25,206.26, además de la anticresis de que se habla en esta escritura, constituye hipoteca a favor de los Ireguis sobre la mitad proindiviso de "Arabia", hipoteca que garantiza también cualquier suma que de ahí en adelante suministren los Ireguis para la explotación de la hacienda y que de acuerdo con los libros que deben llevar y llevan dichos señores Ireguis resulte a cargo de Maguin; en seguida manifiesta Barrault que en lo que no apareciere modificado por este instrumento continuará vigente lo estipulado en la escritura Nº 1429 de 20 de agosto de 1926, de la Notaría 4ª de Bogotá; luégo dice que la anticresis que se constituye por medio de esta escritura terminará el 20 de agosto de 1931, y ese día se hará exigible cualquier cantidad que Maguin adeude a los Ireguis por concepto de la deuda que aquí se reconoce, o sea la de

$ 25.206.26, o por concepto de las sumas suministradas por ellos de la fecha de esta escritura en adelante, y siendo entendido que esa sumas que llegaren a suministrar ganarán intereses en el plazo y en la mora del 10% y el 12% anual respectivamente."

Sentencia acusada

El tribunal de Bogotá, el 15 de marzo de 1937, desestimó las peticiones del actor, confirmando así la sentencia de primer grado.

Consideró el tribunal que es incompatible la anticresis con las estipulaciones referentes a los pagos de las otras deudas; del sueldo de los Ireguis como administradores; de los gastos de la administración; y de la suma mensual para Maguin, tomándolo todo de los frutos de la finca correspondientes al actor.

Por lo tanto, para el tribunal, se trata de un simple contrato de administración y la violación de esas estipulaciones contractuales correspondía acreditarlas al demandante, trayendo al juicio "las pruebas que acrediten la sujeción de sus administradores a las estipulaciones contractuales, la violación de tales estipulaciones y bien puede traer la cuenta comprobada de esa administración para deducir saldo a cargo de los administradores, y pedir la indemnización consiguiente de perjuicios en dinero."

Maguin no demostró que los frutos de la hacienda "Arabia" fueron suficientes para servir sus deudas. Las obligaciones de los Iregui no eran "puras y simples" sino que estaban subordinadas "a la condición de la suficiencia de los productos o frutos o utilidades correspondientes a Maguin, condición que olvidó la demanda." Y como el demandante omitó esta condición cuando entabló esta acción, la prueba que él hubiera suministrado al respecto, habría sido, por consigueinte, inútil.

En cuanto a los deterioros de la finca, falta en absoluto la comprobación de su naturaleza, "y de que fueron debidos a causa imputable a los Iregui y que los haga responsables."

Respecto de la cesión del crédito de los Iregui hecha por éstos a favor del Banco de Colombia, para el tribunal, por falta de haberse estipulado que por la llegada del 20 de agosto de 1931 se extinguiese, no hay lugar a responsabilidad, porque no se presenta el fenómeno de su doble pago.

Contenido del recurso

Contra la sentencia interpuso recurso de casación el actor. De la correspondiente demanda se acogen los siguientes motivos:

El tribunal apreció erróneamente tanto el libelo como los contratos. A consecuencia de ese error de hecho, violó los arts. 1494, 1540, 1546, 1602, 1603, 1604, 1610, numeral 3º, 1613, 1618, 1620, 1622, 1795, 2142, 2146, 2150, 2157, 2183 y 2458 del C. Civil. Además quebrantó por aplicación indebida los arts. 66, 714, 715, 716, 717, 718, 1757, 1759, 1768 del Código Civil y 593, 595, 601, 660 y 661 del Código Judicial.

La errónea interpretación dada por el tribunal a las cláusulas contractuales se deduce, afirma el recurrente, ante todo de que Maguin entregó a los demandados la mitad de la finca "Arabia" para que, preferencialmnete, éstos sirvieran el crédito hipotecario con los frutos de ella; en segundo lugar porque el demandante facultó a los demandados para conseguir dinero a interés, con el fin dicho, en el supuesto de que los frutos no alcanzaren; en seguida porque los demandados se abstuvieron de pagar las cuotas y ellos, puede decirse, coadyuvaron a la ejecución e hicieron toda clase de esfuerzos para obtener que rápidamente se verificara el remate del inmueble.

Añade el recurrente que en la hipótesis errónea de la interpretación dada por el tribunal al contrato, la prueba de que los frutos de la "Arabia" fueron insuficientes o de la imposibilidad para conseguir dinero en préstamo, correspondía haberla suministrado a los Iregui, porque en tal caso éstos eran excepcionantes. Existe la presunción legal de que una finca produce frutos. Los demandados, en virtud del art. 2155 del C. C., eran responsables hasta de la culpa leve, en su calidad de administradores del actor y a ellos correspondía la demostración de que "aun habiendo puesto su esfuerzo la finca no produjo nada." Los demandados han podido dar cuenta de su administración. Ellos no se ciñeron a los términos del mandato. Por último, el actor demostró, sin corresponderle esa carga, que la finca sí produjo frutos: durante el secuestro judicial, se entregó por el secuestre la cantidad de $ 4,488.31, como producto líquido de ella.

Motivos

Los arts. 15, 16 y 1602 del C. C. proclaman el principio de la libertad de estructuración del contenido de los contratos, generadores de obligaciones, salvo cuando normas imperativas, que no siempre se hallan concebidas en los mismos términos, restringen aquella libertad.

Por regla general, un precepto legal es de derecho estricto cuando la derogación de su texto, por convenios particulares, sea contraria al orden público, a las buenas costumbres o a los derechos de la personalidad. En el derecho privado suelen entenderse como de orden público los principios en cuyo mantenimiento tienen un interés considerable tanto el Estado como la sociedad. Se consideran como imperativas, en principio, por razón de los derechos de la personalidad, las proposiciones jurídicas que protegen a la parte más débil desde el ángulo social o económico contra una limitación excesiva de su libertad o contra un ataque que la amenace en sus bienes más esenciales. En fin, si una estipulación contractual, al derogar un texto legal, ataca las buenas costumbres, esa norma suprimida reviste un carácter imperativo.

Bajo nuestro régimen jurídico, la ley reglamenta ciertos tipos de contratos, lo cual no impide al tráfico moverse dentro de especies de convenciones distintas que satisfagan necesidades presentes no previstas por el legislador, debido a que él, que obtiene sus materiales del pasado, se halla a menudo en retardo respecto de los hechos económicos.

Las relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contrato, se aprecian por analogía del tipo contractual afin al punto de vista jurídico pertinente, o por los principios generales del derecho de las obligaciones y contratos, y, a título complementario, por el arbitrio judicial. Bien entendido que éstos criterios no han de violentar la voluntad libremente configurada de las partes dentro de los amplios límites a ella trazados por el legislador.

Procede observar que no pueden aplicarse en absoluto y sin excepción las reglas establecidas para un tipo determinado de contrato, cuando el que se celebró, no obstante corresponder en lo general a ese tipo, exija un trato divergente, debido a su fin especial, articulado en la convención misma.

Se reitera jurisprudencia, según la cual (con prescindencia de los contratos sui géneris o atípicos, esto es, aquellas convenciones cuyo contenido es tan particular que no puedan asimilarse a ninguno de los contratos tipos), la combinación de diferentes tipos de contrato o de prestaciones correspondientes a diversos contratos tipos, se presentan en estas formas: 1ª Uniones de contratos; 2ª Contratos mixtos, y 3ª Contratos típicos con prestaciones de otra especie.

Las uniones de contratos se subdividen a su turno en tres especies: a) Unión simplemente externa. Los distintos contratos tipos, independientes unos de otros, aparecen unidos externamente sin que haya subordinación de los unos respecto de los otros. Por ejemplo, en una misma escritura pública concluyen las dos partes un contrato de compraventa de una cosa y de arrendamiento de otra. Esta unión no incide sobre la apreciación de las respectivas convenciones, cada una de las cuales sigue las pautas legales que le son propias. b) Unión con dependencia unilateral o bilateral. Los distintos contratos tipos que aparecen unidos exteriormente son queridos como un todo. Se establece entre ellos, por las partes, una recíproca dependencia en el sentido de que el uno o los unos dependan del otro o de los otros, pero no al contrario. Tal intención de los contratantes debe aparecer expresa o tácita. En este último caso, ella puede resultar de las relaciones económicas que medien entre las diferentes prestaciones. Por ejemplo, vendes una maquinaria para beneficiar el café y al mismo tiempo, mediante una suma, te obligas a su montaje. Salvo para los efectos de la validez y de la revocación, en los cuales la del uno implica también la del otro, se juzgan por las normas del tipo a que se ajustan. c) Unión alternativa. Una condición enlaza los distintos contratos en forma que si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo, se entienda concluído uno u otro contrato. Por ejemplo, compras un cafetal si para la cosecha que se beneficiará dentro de un mes el precio del grano se sostiene, y en caso contrario, lo tomas en arrendamiento por un año. En este supuesto, existe solamente aquel de los contratos que, desenvuelta la condición, las partes desearon y, por lo tanto, decide el derecho propio del contrato que ello determinó.

Los contratos mixtos se subdividen igualmente en tres especies: a) Los gemelos o combinados. En esta hipótesis, una de las partes se obliga a una contraprestación unitaria a cambio de varias obligaciones principales que corresponden a distintos tipos de contratos contraídos por la otra parte. Aquí no se da el fenómeno de los contratos unidos entre sí. Sólo se trata de dos o más tipos de contratos mezclados.

Su peculiaridad estriba, por lo tanto, en que no pueden distinguirse sino por las obligaciones de uno de los contratantes exclusivamente. El ejemplo clásico entre nosotros se encuentra en el contrato que las

empresas de navegación fluvial tienen establecido para el transporte en sus buques de personas por el río Magdalena. Este se revela como un contrato de obra combinado al del arrendamiento del camarote. Respecto de los alimentos, no existe la compraventa de ellos sino en el supuesto de que su suministro se ajustara como una prestación accesoria. Semejante clase de convenciones se trata por el tipo correlativo de contrato para las prestaciones principales en lo que se refiera únicamente a éstas. Cuando una disposición legal propia de una sola de las prestaciones combinadas debe afectar a la contraprestación única, solamente se aplica a ésta en proporción al valor de ambas prestaciones principales. Sin embargo de lo dicho, depende de la relación económica que enlace las distintas obligaciones del contrato gemelo el ser procedente decretar la extinción total de éste por una de las causas legales previstas para cualquiera de los contratos tipos allí combinados. De lo contrario, será pertinente la extinción de la parte del contrato correlativo. b) Contratos mixtos en sentido estricto en donde se da un elemento que corresponde a un contrato de otro tipo. Por ejemplo, la donación que te quiero hacer vendiéndote la cosa por menos de su valor. Estos contratos no deben desarticularse en dos partes, como si se tratase de contratos unidos, cuando los mismos contrayentes no las han distinguido. Por consiguiente, rigen para todo el negocio las normas legales pertinentes al tipo del mismo. Y siempre que no obste a ello la naturaleza de la convención considerada en su conjunto, se aplicarán al elemento integrante perteneciente a otro tipo de contrato, las reglas previstas para éste. c) Los contratos de doble tipo en los cuales su contenido se amolda a dos tipos de contrato distintos, de modo que todo el negocio se presenta como una convención que puede ser ya de la una o de la otra especie. Por ejemplo, el uso de una pieza a cambio de serviciso profesionales. Se aplican conjuntamente los textos legales de ambas clases de convenciones. Cuando se contradicen entre sí las disposiciones legales que regulan ambos tipos de contratos, deben analizarse los fundamentos sociológicos de aquellas para ver de aplicarlas o no a la correspondiente convención de doble tipo.

En cuanto a los contratos específicos con prestaciones subordinadas de otra especie, se caracterizan en que en su conjunto se amoldan únicamente a un solo tipo. Por ejemplo, te vendo un artículo empacado, siendo entendido que los empaques debes devolvérmelos. Esta prestación de otra especie, subordinada al fin principal de la convención, puede revelarse, bien en un sentido secundario a esa finalidad total del contrato, o bien como medio encaminado a facilitar o posibilitar la realización de la prestación principal. En ambos supuestos, se aplican los textos legales que rigen el contrato tipo. Excepcionalmente puede tratarse la prestación secundaria por analogía del contrato al cual pertenece.

De la doctrina expuesta fluye el error de hecho en que incurrió el tribunal en la estimación del contrato habido entre Maguin y los Iregui, porque no interpretó sino que desfiguró la voluntad manifestada de las partes al subsumir como lo hizo en uno de los tipos regulados de contrato el contenido complejo de ese negocio jurídico, violando así, entre los artículos citados por el recurrente, el 1602 y el 1618 del C. C.

Si se analiza el contenido de la convención que llevaron a cabo Maguin y los Iregui a la luz de la clasificación hecha, se observa que ella encaja en la subespecie de los contratos combinados o gemelos, perteneciente ésta a la clase de los mixtos en sentido lato. En efecto, los Iregui contrajeron las obligaciones principales de servir en su orden con los frutos del cafetal perteneciente a Maguin: el crédito hipotecario a favor del Banco Hipotecario de Bogotá; el crédito por veinticinco mil doscientos seis pesos veintiséis centavos ($ 25,206.26) a favor de ellos mismos, garantizado con hipoteca; el sueldo mensual de ciento cincuenta pesos ($ 150) que devengaban por su administración de la hacienda; los gastos proporcionales de la administración de la "Arabia"; y la cantidad mensual de cuatrocientos pesos ($ 400) para Maguin. De todas estas obligaciones, sólo la segunda corresponde al contrato tipo de anticresis y las demás al de mandato remunerado. Como única contraprestación, Maguin les entregó la finca, en la forma prevista por el art. 2460.

Ahor bien. En materia de responsabilidad civil contractual, la división clásica en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, y la posterior a ésta, en obligaciones positivas y negativas, no proporcionan un método para la solución de los problemas referentes a la culpa y a la carga de su prueba. Débese a la clasificación introducida por Demogue en obligaciones de resultado y en obligaciones de medios (sentencia del 30 de noviembre de 1935, Gaceta Judicial número doble 1905 y 1906) el que se haya logrado superar la

mayor parte de las dificultades que a ambos respectos suelen presentarse.

El contenido de cualquiera obligación consiste en la prestación que el acredor puede reclamar al deudor y que éste debe suministrar. La prestación, pues, o bien es una conducta del deudor en provecho del acreedor, o bien es un resultado externo que con su actividad debe producir el deudor en favor del acreedor. Dicho con otras palabras. La obligación puede tener por objeto un hecho o un resultado determinado y entonces obliga al deudor a realizar ese hecho o a obtener ese resultado deseado por el acreedor. El hecho prometido por el deudor o la abstención a que él se ha comprometido tienen las características de ser claros, precisos y de contornos definidos. Es deber del deudor obtener con su actividad ese hecho, tal resultado. En cambio, en las obligaciones de medios, el deudor únicamente consiente en aportar toda la diligencia posible a fin de procurar obtener el resultado que pretede el acreedor. El deudor sólo promete consagrar al logro de un resultado determinado su actividad, sus esfuerzos y su diligencia, pero no a que éste se alcance.

El contrato gemelo, fundamento de la presente acción, para quien lo examine con el referido criterio, se revela como contentivo de ambas clases de obligaciones. La obligación que contrajeron los Ireguis de pagarse a título de acreedores anticréticos con los frutos del cafetal, es de resultado, debido a que pertenece a la definición de la anticrésis servir de medio de paga. (Artículo 2458 del C. C.) La obligación del acreedor en la anticresis de conservar y mantener en buen estado el inmueble y de administrarlo para procurar frutos a fin de abonarlos a su crédito, es por su naturaleza distinta a la del mandatario, cuya prestación se limita a la diligencia y cuidado. Tal obligación constituye el correlato del derecho de goce sobre la cosa, que, a diferencia del acreedor prendario, se radica en cabeza del anticrético. De ahí el texto del artículo 2463 del C. C. que hace participar a la obligación que se analiza de la naturaleza de la prestación prevista en el artículo 1996, que es de resultado. Por ello se explica que el artículo 2467 conceda la facultad al acreedor anticrético de restituir el bien raíz en cualquier tiempo para liberarse de su obligación, salvo cuando se haya estipulado lo contrario.

Las obligaciones contraídas por los Ireguis, en su calidad de mandatarios, fueron de medios en cuanto se refieren a la circunstancia de gestionar diligentemente y con cuidado la empresa del cafetal, pero son de resultado en lo relativo a la aplicación convenida de todo lo obtenido en virtud de la administración. La demanda afirma que los Ireguis no entregaron al actor ni emplearon por cuenta de éste los dineros provenientes de los frutos del cafetal no consumidos normalmente en la administración del negocio.

La culpa, tanto en materia contractual como delictual, continúa siendo la base para la responsabilidad civil. Acontece que en materia contractual, cuando se trata de obligaciones de resultado, la noción de culpa es, si se quiere, menos importante que en el terreno de la responsabilidad delictual, porque es suficiente comprobar el incumplimiento de la obligación, que el resultado no ha sido obtenido por parte del deudor, para por esa misma circunstancia connotar la existencia de la culpa contractual: faltar a sus compromisos no es conducta propia de un hombre juicioso, diligente y avisado.

En las obligaciones de medios, el trabajo de apreciación por parte del juzgador es a menudo delicado, porque aquí no hay lugar a confundir el incumplimiento con la culpa. No basta para deducir la responsabilidad del deudor comprobar la existencia de una inejecución sino que se hace indispensable estimar si ella es culposa, para lo cual debe compararse la conducta del deudor con la que hubiera observado un hombre de prudencia ordinaria, normal y usual, colocado en la misma situación objetiva de aquél. Si el resultado de la comparación es desfavorable al deudor, surge entonces la responsabilidad.

En la aplicación de este método el juez goza de una gran libertad, y su severidad para con el deudor de una obligación de medios debe inspirarse en la utilidad social, sin traspasar estos límites generales señalados por la doctrina y por la jurisprudencia contemporáneas, de que en materia de actos ilícitos, como en materia de violación de un contrato, toda negligencia, cualquiera que sea su gravedad, entraña, en principio, la responsabilidad del autor.

El artículo 1757 del C. C. exige en principio a la persona que alega el derecho de la prueba de que se hallan reunidas todas las condiciones a las cuales subordina el ordenamiento jurídico la existencia de una obligación.

Cuando se pretende en juicio por el acreedor que el deudor ejecute su obligación, basta a aquél probar la existencia del contrato. No así cuando se demanda la reparación del daño ocasionado por la inejecución con-

sumada de la obligación o por el rehusamiento a ejecutarla que sea equivalente a aquello otro. Es de la presencia de cualquiera de estas dos circunstancias de donde nace la obligación de resarcir el daño, pero no, como erróneamente se sostenía, del contrato. Ello es muy claro: la responsabilidad civil sólo nace de la culpa. Esta, que en materia contractual consiste en la violación de la prestación convenida, origina la obligación de reparar el perjuicio, motivo por el cual la última no existe antes de la culpa. La prestación primitiva queda sustituída por esta otra obligación que surge de la culpa, sin que por ello sea dable confundirlas. Cuestión muy distinta es la de que la obligación contractual suela aparecer como una condición previa para la culpa y la obligación de reparar como la consecuencia de la culpa. De ahí que para la procedencia de la acción encaminada a indemnizar perjuicios contractuales, se requiera, además de la prueba de la obligación contraída, acreditar la violación de ésta, porque en esa forma se demuestra al mismo tiempo la existencia de la obligación de indemnizar, cuyo cumplimiento se persigue. Las dos obligaciones son diferentes: la una nace del contrato, la otra de su violación. Esto mismo también se piensa al decir que sus causas son distintas: de la una, la convención misma; de la otra, la culpa.

La distinta naturaleza por su contenido y origen de los dos géneros dichos de obligaciones, informa el principio jurisprudencial que niega la procedencia de la acción de indemnización de perjuicios cuando se ejercita como principal y no como accesoria del incumplimiento o de la resolución del contrato, en todos los casos en que la ejecución de la obligación convencional no se haya hecho jurídicamente imposible. Principio cuya única excepción se halla en la regla del ordinal 3º del art. 1610 del C. C.

Sentado que al acreedor incumbe en términos generales la prueba de la culpa contractual, se distingue para los efectos de su rigor entre las obligaciones de resultado y las obligaciones de medios. Siendo el incumplimiento del contrato un hecho, todos los medios de prueba son hábiles para establecerlo. Por lo tanto, cuando la obligación es de resultado, es suficiente la prueba del contrato, no por lo ya explicado, debido a que ella para ese caso sea completa, sino porque prácticamente, en el momento de la valoración del material probatorio, queda demostrada la culpa del deudor ante la ausencia de toda prueba en contrario. La prueba de lo contrario en esta clase de obligaciones no libera al deudor si se refiere a la ausencia de culpa sino que debe versar sobre el caso fortuito, la fuerza mayor o la existencia de una causa extraña que no le sea imputable.

Como se ha visto, las obligaciones de resultado y las obligaciones de medios son diferentes en cuanto a su contenido. El actor no afirmó que los Iregui hubieran imputado en forma distinta a la convenida el producido del cafetal, lo cual habría conducido a la violación de las obligaciones de resultado que ellos contrajeron.

Se reitera que Maguin afirmó que los frutos de la hacienda no le fueron entregados a él por los Iregui, ni tampoco éstos los emplearon por cuenta de aquél. De ahí que la violación pretendida haya sido únicamente la de la obligación de medios.

El tribunal, al analizar la naturaleza de las obligaciones generadas por el contrato, consideró erróneamente a las de resultado como condicionales. Para la ciencia del derecho privado, únicamente es obligación condicional la que subordina su existencia o su extinción a un acontecimiento futuro e incierto. Por lo tanto, los elementos constitutivos de la obligación condicional, son: 1º La necesidad de un acontecimiento futuro e incierto; 2º La sujeción de la obligación a este acontecimiento, y 3º El carácter voluntario, o sea convencional, de esta dependencia. Ninguno de estos factores se dan en el presente caso. En efecto. El acontecimiento futuro e incierto no puede consistir en una obligación sino en un hecho. La sujeción de una obligación a otra no constituye ese acontecimiento fáctico. La dependencia de las dos prestaciones no obedece a la voluntad de las partes sino a la naturaleza de ellas, dado el contrato que las originó.

Respecto de las obligaciones de medios, se hace indispensable para el demandante, no sólo acreditar la existencia del contrato, sino afirmar también cuáles fueron los actos de inejecución, porque el demandado no podría de otra manera contrarrestar los ataques que le dirige el actor, debido precisamente a la naturaleza de su prestación que es de lineamientos esfumados. Afirmado el acto de inejecución, incumbe al demandado la prueba de su diligencia y cuidado, conforme al inciso 3º del art. 1604, prueba suficiente para liberarlo, porque en esta clase de obligaciones basta para exonerar al deudor de su responsabilidad acreditando cualquiera de estos dos elementos, sino que le es necesario probar el caso fortuito, la fuerza

mayor o la intervención de una causa extraña que no le sea imputable.

De autos aparece probado por Maguin: la existencia de las obligaciones contraídas por los Iregui con la escritura en donde consta el contrato; y la inejecución de sus prestaciones de medios con la copia de las piezas pertinentes de los juicios acumulados de venta de la cosa hipotecada que ante el Juzgado 3º Civil del circuito de Bogotá entablaron el Banco Hipotecario de Bogotá, el 3 de junio de 1930, y el Banco de Colombia el 8 de marzo de 1932. Consta de tales piezas que desde el 9 de octubre de 1926 los Iregui no pagaron ninguna de las cuotas trimestrales, a razón de $ 1,702.70 del crédito bancario, y que tampoco efectuaron abonos a su propio crédito. El 24 de diciembre de 1931, los Iregui cedieron al Banco de Colombia, por valor recibido, el crédito a su favor y la hipoteca que lo garantizaba. El banco accionó por $ 25,206.26, sus intereses al 10% anual, desde el 2 de noviembre de 1928, fecha de la constitución de la anticresis, hasta el 20 de agosto de 1931, y desde este día en adelante hasta el en que se verificara el pago de los intereses moratorios estipulados a la rata del 12% anual. Asímismo se acredita allí que del 20 de agosto de 1931, día del secuestro de la "Arabia", hasta el 2 de agosto de 1933, fecha de la diligencia del remate, el cafetal produjo $ 4,488.01 líquidos.

No se justifica la conducta observada por los Iregui, si se tiene en cuenta que cedieron el crédito que estaba garantizado con anticresis por el monto total de los intereses y del capital y que no aportaron ninguna prueba que los exonerara de su deber de haber aplicado los frutos del cafetal a cualquiera de los créditos, el bancario y el personal, habiendo en cambio disfrutado de la hacienda durante todo el tiempo de la convención. A ello se añade que como demandados en el juicio especial de venta se apresuraron a convenir en todas las pretensiones de los acreedores y, lejos de defender los interese de Maguin, ya que no los suyos propios, se opusieron expresamente a la defensa intentada por éste, negándole todo fundamento legal a ella.

La falta de la diligencia y cuidado en la administración del cafeatl por parte de los Iregui, a quienes correspondía haber acreditado ausencia de culpa, constituye la violación de sus prestaciones de medios.

No probó Maguin, sobre quien pesaba la carga de ello, en qué consistieron los deterioros y menguas sufridos por el cafetal durante el tiempo que los demandados lo tuvieron a título de anticresis.

De autos se deduce que el daño sufrido por Maguin, a causa de la negligencia culposa de los demandados, culminó en la pérdida de su derecho de dominio sobre la "Arabia."

En cuanto al memorial de Maguin presentado en el mencionado juicio especial de venta de la cosa hipotecada, cuya copia adujeron los demandados, no es suficiente para liberarlos de su responsabilidad, porque en él exonera de ella a los dos bancos acreedores pero de ninguna manera el actor ha renunciado al derecho que le asiste de ser indemnizado por los actuales reos.

Los demandados son responsables, de acuerdo con el art. 2155, inciso 2º, del C. C., de la culpa levísima, según la definición que de ella da el art. 63 de la misma obra.

Resolución

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 en este juicio ordinario dictó el Tribunal Superior de Bogotá con fecha 15 de marzo de 1937, y en su lugar resuelve:

1º Infírmase la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado 6º Civil del circuito de Bogotá el 6 de diciembre de 1934;

2º Condénase a Rafael Iregui C. y a Enrique Iregui C. a pagar a Jorge Maguin, a título de indemnización de perjuicios, la mitad de los frutos líquidos que la hacienda de la "Arabia", singularizada en la escritura Nº 2289, del 2 de noviembre de 1928, pasada ante el notario 4º de Bogotá, debió haber producido, mediante la esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes, durante el lapso comprendido entre el día dicho, 2 de noviembre de 1928 y el 20 de octubre de 1931, fecha del secuestro de la finca.

3º El importe de esta condena se fijará de acuerdo con el procedimiento que establece el art. 553 del Código Judicial.

4º Se desestiman las demás súplicas de la demanda.

5º Sin costas.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese en la Gaceta Judicial copia de la presente providencia.

Arturo Tapias Pilonieta.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Juan Francisco Mújica.—Hernán Salamanca. — El Conjuez, Manuel Casabianca.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

SE DECLARA PRESCRITA LA ACCION PENAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintisiete de mayo de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Ha venido en apelación del Tribunal Superior de Tunja la sentencia por medio de la cual se condena al señor Antonio Reyes Castillo, en su carácter de secretario de ese Tribunal, a pagar una multa de cuatro pesos ($ 4.0), por delito de responsabilidad contemplado en el capítulo 5º, título 10º, libro 2º del Código Penal, y consistente el hecho en no haber pasado al estudio de uno de los señores Magistrados un memorial suscrito por la señora Filomena Camacho viuda de Martínez.

El señor Procurador Delegado en lo Penal conceptúa que debe declararse nulo el proceso a partir del auto de proceder, por cuanto durante la investigación se dejó de recibir indagatoria al sindicado.

Para resolver, la Corte considera:

Es innecesario abordar el estudio de fondo del asunto, así como también pronunciarse sobre las observaciones del señor Procurador, porque la Corte halla que la acción penal está prescrita en el presente caso, como pasa a verse:

El memorial de la señora Camacho, motivo del proceso, llegó a la Secretaría del tribunal el 20 de marzo de 1934. En esa misma fecha, el Secretario inscribió en el memorial la siguiente anotación: "Recibido hoy veinte de marzo de mil novecientos treinta y cuatro. No pasa al despacho por estar sacando en limpio en la Secretaría el auto que falla el recurso. — **A. Reyes Castillo**, Secretario."

También consta que el expediente respectivo fue cancelado en los libros del tribunal el día 3 de abril de 1934.

Así las cosas, como la disposición aplicable por el tribunal — artículo 528 del Código Penal, inciso 2º — comporta una pena no corporal, y así tenía que ser puesto que el juicio fue de responsabilidad por los trámites extraordinarios, hállase que está prescrita la acción penal por el transcurso de cuatro años a partir de aquel día 20 de marzo de 1934 cuando el Secretario del Tribunal de Tunja suscribió la nota arriba copiada (artículo 95 del Código Penal).

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **declara prescrita la acción penal** en el presente negocio, y **revoca** en consecuencia el fallo del Tribunal Superior de Tunja, fechado el treinta de marzo de mil novecientos treinta y siete, por el cual se impuso al señor Antonio Reyes Castillo una multa de cuatro pesos ($ 4.00) por delito de responsabilidad.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias — José Antonio Montalvo — Pedro Alejo Rodríguez — Alberto Malo B., Srio. en ppd.

ACTIVIDADES POLITICAS DE LOS MAGISTRADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El artículo 18 de la Ley 105 de 1931 no comprende sino a los funcionarios del órgano judicial y del ministerio público; y aun cuando el artículo 8º de la Ley 60 de 1930 erigió en causal de mala conducta ciertas actividades políticas de los funcionarios "de lo contencioso-administrativo", esas actividades están concretadas al hecho de formar parte de directorios o comités políticos o al de poner al servicio de la política las funciones que ejerzan.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintrés de junio de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Actuaciones públicas de carácter político, ejercidas al tiempo de estar investido de la magistratura del Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Cúcuta por el señor Augusto Mendoza Bonilla, dieron ocasión a una queja o denuncio que varios conciudadanos de Cúcuta elevaron ante el Procurador General de la Nación el 8 de marzo de 1937.

Con esa base se abrió la presente investigación sumaria.

La Corte es competente para conocer de este negocio, por tratarse de un magistrado de lo Contencioso Administrativo en ejercicio al tiempo mismo en que ejecutaba los hechos a que se refiere la denuncia. (Art. 33, Ley 105 de 1931):

El señor Procurador delegado en lo penal, en su vista analítica de los hechos denunciados y de las disposiciones legales referentes al caso, encuentra que las especiales actividades públicas y políticas del ex-Magistrado Mendoza Bonilla, no son punibles, no están erigidas en infracción que castigue la ley, por cuanto el funcionario denunciado no pertenece al Organo Judicial, ni al Ministerio Público.

La vista del señor Procurador Delegado dice así:

El señor Augusto Mendoza Bonilla cuando desempeñaba el cargo de Magistrado del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cúcuta, concurrió el 7 de marzo de 1937 a la convención liberal del círculo electoral de esa ciudad, como delegado principal por el Municipio de Ragonvalia; y el día 14 del mismo mes asistió a la asamblea liberal del Departamento de Santander del Norte.

"Por estos hechos y por el de haber enviado un telegrama político al candidato presidencial de un grupo de ciudadanos, se adelantaron las presentes diligencias sumarias.

"Se considera: Tanto la calidad de Magistrado, como la existencia de los hechos imputados están plenamente demostrados: aquélla con el acta de posesión y con el certificado de haber ejercido el cargo en esa época; éstos con las declaraciones de varios testigos, con las actas impresas y con la propia confesión del señor Bonilla.

"La Corte es competente para decidir de este asunto (artículo 33 del C. J.)

"El señor Bonilla se descarga de la imputación, en la indagatoria, diciendo: "Asistí a esa convención, convencido de que no infringía ninguna disposición legal, puesto que el artículo 8º de la Ley 60 de 1930 prohibe a los funcionarios del poder judicial, del contencioso-administrativo y del ministerio público, así como a cualquier empleado administrativo, nacional, departamental o municipal, formar parte de directorios o comités políticos, y poner al servicio de la política las funciones que ejerzan; y entendí que al hablar la ley de directorios y comités políticos, cuya característica especial es su permanencia, no había querido el legislador referirse o incluir dentro de esa prohibición, la asistencia a las convenciones políticas, que a su turno tienen la característica de ser absolutamente transitorias, y por lo cual considero que no pueden estar comprendidas por una prohibición, que es de interpretación taxativa."

"Tiene razón el sindicado: por una deficiencia legislativa no se prohibieron a los funcionarios de que habla el artículo 8º de la Ley 60 de 1930 otras actividades políticas que las de formar parte de Directorios o Comités políticos o las de poner al servicio de la política las funciones que ejerzan. Quizás para subsanar ese vacío, el legislador al expedir la Ley 105 de 1931 hizo extensiva la prohibición a toda intervención en debates públicos de carácter político. Pero, a tiempo que amplió la represión en cuánto al hecho, restringió la prohibición en cuan-

to al número de funcionarios, pues tan sólo se refirió a los empleados del orden judicial y del Ministerio Público. Se llenó un vacío, pero solamente para un grupo más pequeño de empleados.

"En tales circunstancias, es preciso concluir que por defecto de legislación, el hecho imputado al señor Mendoza no está erigido en delito. El pestilente contagio de la política puede afectar impunemente a los Magistrados de lo Contencioso Administrativo.

"Basta lo expuesto para que la Procuracuría concluya pidiendo respetuosamente a la H. Corte que sobresea definitivamente a favor del señor Augusto Mendoza Bonilla por los hechos a que se contrae este expediente".

Las razones expuestas por el señor Procurador no admiten réplica.

Sus conclusiones son ciertas.

La Corte las acoge como fundamento de este fallo.

El artículo 18 de la Ley 105 de 1931, referente a actividades públicas o políticas de la clase de las imputadas al sindicado, no comprende sino a los funcionarios del órgano judicial y del ministerio púplico; y aun cuando el artículo 8º de la Ley 60 de 1930 erigió en causal de mala conducta ciertas actividades políticas de los funcionarios "de lo contencioso administrativo", esas actividades están concretadas al hecho de formar parte de Directorios o Comités políticos o al de poner al servicio de la política las funciones que ejerzan.

Para que exista delito es necesario que haya violación de la ley positiva, escrita (artículo 1º, Código Penal).

Por ende la Constitución en el artículo 22 exige la preexistencia de la ley al acto que se impute.

De todo lo cual se concluye que en el presente caso no existe delito en el sentido legal, en el sentido formulario, aun cuando sí existe una contravención al decoro y a la ética.

Así es de aplicación al caso el inciso 2º del artículo 33 de la Ley 104 de 1922, que prevee el sobreseimiento definitivo cuando el hecho imputado no sea erigido formalmente en delito.

Empero, como la conclusión anterior muestra que hay un vacío en la legislación, deficiencia que debe llenarse, sancionando en toda clase de funcionarios públicos hechos que aunque humanamente explicables lesionan el decoro de la Magistratura, perjudican su independencia y la amenguan ante la opinión pública con la tacha de probable interés o parcialidad, cree la Sala que es el caso de hacer uso de la facultad que confiere el numeral 4º del artículo 41 de la Ley 105 de 1931 a la Sala de Gobierno de la Corte, para que ésta a su vez dé parte al Gobierno del vacío anotado, y se proponga una ley que lo colme.

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **sobresee definitivamente** en favor del señor Augusto Mendoza Bonilla, mayor de edad, ex-Magistrado del Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo de Cúcuta, por los cargos a que se refiere esta investigación, y **dispone**, además, pasar copia de esta providencia a la Sala de Gobierno de la Corte para los efectos del numeral 4º del artículo 41 de la Ley 105 de 1931.

Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y archívese.

Salvador Iglesias — José Antonio Montalvo — Pedro Alejo Rodríguez — Alberto Malo B., Srio, en ppd.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION SOBRE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO Y SOBRE PAGO DE PERJUICIOS.—MONOPOLIO FINANCIERO.—RENTA DE BEBIDAS FERMENTADAS.— LICENCIA DE FABRICACION. — CONCESION DE FABRICACION.—CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. Cuando el Estado se reserva para sí, como arbitrio rentístico, la producción y explotación de una industria, aparece lo que se llama el monopolio financiero, cuya implantación está autorizada por el art. 24 de la Constitución. La fabricación de bebidas fermentadas está sujeta a la voluntad soberana del Legislador, quien puede, en esta materia, dictar las normas restrictivas que le parezcan convenientes para los fines indicados. 2.—El Gobernador, como jefe de la autoridad administrativa departamental, es el que debe dar cumplimiento a las normas legales sobre bebidas fermentadas. 3.—En Boyacá la producción de fermentadas higiénicas es industria lícita. 4.—La facultad de recaudar, que hace parte de la administración, es un derecho del titular de la renta, lo cual se desprende como lógica consecuencia de la preciosa garantía consagrada en el artículo 50 del Acto Legislativo número 3 de 1910. 5.—Aunque la renta de bebidas fermentadas es propiedad de los Departamentos, de eso no se deduce que ellos tengan el monopolio de fabricación, pues tal conclusión llevaría a muchos ilogismos y absurdos. 6.—Por la concesión de fabricación se "cede a los particulares el uso de medios o condiciones para que desarrollen actividades de naturaleza especial, con referencia a obras o trabajos, ora de interés general, ora de carácter especial, y se refieren más que al medio jurídico y a la calificación del acto administrativo de que parte, a la naturaleza de la actividad desarrollada por quien se compromete a realizar la concesión, es decir, por el propio servicio público, que, aunque originariamente debiera encarnar en la Administración y depender de ella directamente, resulta realizado por una empresa o particular que obra en nombre y con las facultades correspondientes a la Administración misma." 7.—La caducidad es un medio estrictamente jurídico que el derecho administrativo concede a la entidad de derecho público, y tiene por objeto poner fin a las convenciones cuando el contratista o concesionario incurra en incumplimiento de importancia. Cuando la entidad administrativa considera prudente hacer uso de ese derecho, pone fin a la convención, sin que valga otro procedimiento que la derogatoria de la resolución de caducidad, o que ésta se anule por la autoridad competente cuando la nulidad se solicite dentro del término legal. Pero no puede el Gobierno aclarar su resolución en el sentido de que la caducidad sólo se refiere a una parte de la cláusula de un contrato cuando éste constituya una sola y única entidad. Proceder de otro modo es modificar el contrato, si no es que ese procedimiento constituye una novación. 8.—Cuando la Administración contrata como persona de derecho privado, sus actos son una ley para las partes; cuando celebra contratos, aunque tengan carácter administrativo, éstos también envuelven una norma convencional, por lo que, en este carácter, deben mantenerse rígidos e inflexibles, con excepción de las interpretaciones que, con cierta amplitud, les den las partes. La Administración tiene facultades discrecionales, que emanan naturalmente de la inspección y acción tutelar que ejerce para el mejor gobierno y defensa de los intereses que le están confiados, y en virtud de esas facultades ella puede unilateralmente obrar, modificando los contratos administrativos, cuando la modificación está autorizada por la ley, o cuando se acuerde con las mismas formalidades y garantías a que se ajustó para la celebración de ellos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo dos de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

En este juicio, de Gregorio Jaramillo contra el Departamento de Boyacá, existen los siguientes antecedentes:

El Secretario de Hacienda del Departamento demandado, doctor Fidel Perilla Barreto, y el Administrador General de Rentas, señor Rafael Vargas Páez, celebraron, el día once de noviembre de mil novecientos treinta y tres, con el señor Gregorio Jaramillo, el siguiente contrato, que fue aprobado por el señor Gobernador, doctor Guillermo Torres García, en su misma fecha:

"Los suscritos, Fidel Perilla Barreto, Secretario de Hacienda de Boyacá, Rafael Vargas Páez, Administrador General de Rentas, y Gregorio Jaramillo, varones mayores de edad y vecinos de esta ciudad, los dos primeros debidamente autorizados por el señor Gobernador del Departamento, y que en el texto de este contrato se llamarán 'El Gobierno', y el tercero en su propio nombre y que en adelante se llamará "El Contratista", declaran que han celebrado el contrato contenido en las siguientes cláusulas: Primera: El Gobierno, con el fin de obedecer

no solamente los preceptos de los arts. 5º y 7º de la Ley 88 de 1923, 15 de la Ley 88 de 1928 y 2º de la Ley 47 de 1930, todos de obligado cumplimiento para las autoridades, sino con el de procurar un rendimiento más eficaz de la renta de fermentados, chicha y guarapo, en el departamento estableciendo el verdadero control y una fiscalización más rigurosa sobre la producción y consumo de tales bebidas para que el impuesto de dos centavos por litro que fija el art. 4º de la mencionada Ley 47 de 1930 y 7º de la Ordenanza 33 de 1932, se recaude realmente sobre la cantidad de licores que se expendan y consuman, para que de esta suerte se evite que los fabricantes, productores y expendedores de tal licor, con notorio perjuicio para el fisco departamental y municipal, sigan confabulándose para impedir el alza de la renta como diariamente se viene observando en muchos municipios, y finalmente, con el objeto de atender a la prohibición del inciso a) del art. 9º de la renombrada Ordenanza 33 del año pasado, de que no podrán hacerse contratos sobre fermentados limitando o estableciendo un canon fijo como valor del impuesto que deba gravarlo, se compromete: a) A permitir y autorizar al contratista Jaramillo para que instale o monte las fábricas que sean necesarias para atender a la producción, expendio y consumo de bebidas fermentadas, chicha y guarapo, con las condiciones de salubridad e higiene señaladas por las leyes y ordenanzas vigentes, bebidas que deben ser del agrado y aceptación de los consumidores no sólo por su calidad sino por su precio equitativo en los municipios de Tunja, Santa Rosa, Belén, Cerinza, Paipa, Corrales, Guateque, Soatá y El Cocuy, donde actualmente funcionan las fábricas acordadas en contratos anteriores; b) A prestar al contratista todo el apoyo necesario de su autoridad para que él pueda cumplir sus obligaciones, especialmente prohibiendo e impidiendo que se funden y patenten dentro de los lugares determinados en este contrato, fábricas similares donde se produzcan y consuman bebidas fermentadas con un impuesto inferior al de dos centavos por litro, en desacuerdo con la base que fija la Ordenanza 33 del año pasado y sin los demás requisitos exigidos por las leyes y otras disposiciones vigentes, con grave perjuicio para la renta y para los intereses del mismo contratista, y finalmente, a sostener a éste al frente de sus empresas o fábricas por todo el tiempo estipulado en este contrato. **Segunda.** El contratista Jaramillo, por su parte, se compromete para con el Gobierno a producir en los lugares especificados, bebidas fermentadas que reúnan las mayores condiciones de aseo, salubridad e higiene que ordenan los artículos 5º y 7º de la Ley 88 de 1923, 15 de la Ley 88 de 1928 y 2º de la Ley 47 de 1930, bebidas que deben ser producidas en cantidad permanente y suficiente para atender a las necesidades del consumo. **Tercera.** Las fábricas o establecimientos que el contratista monte serán dirigidas y manejadas directamente por él, o por medio de empleados o administradores que designe al efecto, pero en todo caso, bajo su responsabilidad para el puntual cumplimiento para con el Gobierno de todas las obligaciones contraídas. **Cuarta.** El contratista Jaramillo se obliga, conforme a lo dispuesto por el artículo 4º de la Ley 47 de 1930 y 7º de la Ordenanza 33 del año pasado, a pagar en las recaudaciones municipales de rentas departamentales, por décadas vencidas, el impuesto de dos centavos por cada litro de guarapo o de chicha que se dé al consumo en los municipios determinados en este contrato. **Quinta.** En ningún caso el impuesto mínimum que pague Jaramillo será inferior en los municipios de Santa Rosa, Belén, Paipa y Corrales a la suma que se recaudaba mensualmente en dichos municipios al mes inmediatamente anterior al en que Jaramillo hizo el montaje de sus fábricas; en el municipio de El Cocuy este mínimum no será inferior a la suma de quinientos pesos ($ 500.00); en el de Cerinza, a la suma de seiscientos pesos ($ 600.00); en el de Guateque, a la suma de un mil doscientos pesos ($ 1,200.00); en el de Soatá, a la suma de cuatrocientos pesos ($ 400.00), y en el de Tunja, a tres mil ochocientos cincuenta pesos ($ 3,850.00). **Sexta.** Si por efecto de este contrato y de las fábricas que Jaramillo va a establecer se notare mejoramiento en la renta de fermentados, el Gobierno se compromete a darle licencia para establecer fábricas similares en los municipios de Duitama, Samacá, Tibaná, Ramiriquí, Turmequé y Ventaquemada. **Séptima.** Jaramillo se compromete a conservar el mayor aseo en todas las fábricas y expendios y a permitir todo el control que quiera establecer el departamento por medio de la administración o sección de rentas y todos sus agentes, de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre la materia y todo el que quiera ejercer no solamente sobre los productos sino sobre las materias primas y enseres que se empleen y a no permitir, en ningún caso, que se consuman licores dentro de las fábricas, se sustraigan de ellas las

guías respectivas sin el suficiente control ejrecido por los agentes de Jaramillo y por los del departameato. Octava. Jaramillo se compromete a llevar en cada fábrica un talonario de guías, de triple ejemplar, para amparar toda cantidad de licores que salgan de las fábricas y en que se especificarán la cantidad, la clase, el destinatario, la fecha y el lugar a donde se destine y el precio. Un ejemplar de cada guía lo llevará el interesado; otro pasará inmediatamente al recaudador de rentas respectivo y el otro quedará adherido al talonario. La administración general de rentas dará a Jaramillo el modelo de las guías y libretas. Novena. El término de este contrato será el de dos (2) años contados a partir de esta fecha. Transcurridos seis meses, el contratista se compromete a elevar los productos mínimos de que trata la cláusula quinta en un diez por ciento mensual, y transcurrido un año, a elevar los productos mínimos en un quince por ciento mensual. Décima. El contratista se compromete a suministrar a los industriales del respectivo municipio que así lo exijan para sus expendios, la bebida necesaria al precio equitativo que acuerden entre sí con el objeto de que sin exclusiones odiosas, haya trabajo para todos y se moralice y organice la renta dentro de normas que aseguren no solamente su estabilidad en el rendimiento actual, sino un aumento racional sobre las bases de apreciación que indica el artículo 9º de la Ordenanza 33 de 1932. Undécima. El precio del licor no podrá ser fijado por el Gobierno ni por ninguno de sus agentes, por ser un derecho del contratista, quien dentro de la libre competencia puede señalar el que imponga el mercado de cada lugar en relación con el valor de las materias primas, con los gastos de producción, con el importe del mismo impuesto, con el valor de los jornales, con la capacidad de los consumidores y, en general, con todos aquellos factores que regulen el movimiento ordinario y económico de industrias y negocios de esta naturaleza. Duodécima. El contratista Jaramillo podrá celebrar contratos parciales sobre fermentados, bajo su responsabilidad, y de acuerdo con el Gobierno, en los lugares que crea necesarios para atender al consumo y a la mejor organización comercial de las rentas. Décimatercera. El contratista se compromete a pagar toda multa que el Gobierno o sus agentes le impongan por falta de higiene en las fábricas y en las bebidas y a pagar, además, por vía de indemnización al Departamento, la cantidad de quinientos pesos ($ 500.00) moneda corriente, por el incumplimiento de este contrato en cada caso y en cada uno de los lugares donde dichas fábricas se establezcan. Décimacuarta. Para asegurar el debido cumplimiento de las obligaciones contraídas para con el Gobierno, el contratista da como fiador solidario al señor Luis M. Aristizábal..." En las cláusulas siguientes se establecieron las causales de caducidad y el modo como ésta debería declararse, y se dispuso que el contrato debería ser aprobado por la Gobernación, como así se hizo en la misma fecha.

El seis de agosto de mil novecientos treinta y cuatro el contratista Jaramillo presentó ante el Tribunal Superior de Tunja demanda ordinaria contra el Departamento de Boyacá, para que con audiencia del señor Fiscal de la corporación se hicieran las declaraciones siguientes:

Primera. La de que el Departamento demandado, por medio de hechos constitutivos de infracción cometidos por agentes regulares del Gobierno Departamental, ha faltado a las obligaciones que contrajo para con el demandante en el documento transcrito.

Segunda. Que en contraposición al incumplimiento del contrato por parte del Departamento, se encuentra el estricto cumplimiento que dio el demandante a las obligaciones correlativas que emanan del mismo contrato.

Tercera. Que como consecuencia de esas declaraciones, se condene al Departamento, al tenor del inciso segundo del artículo 1546 del Código Civil, al cumplimiento estricto del contrato con indemnización de perjuicios, para lo cual queda a cargo del Departamento la obligación de restablecer al demandante, en el término que señale la sentencia, "en el pleno ejercicio, y con exclusividad de toda otra persona", de los derechos que le confiere el contrato y en el ejercicio de todos los derechos que emanan de él y por el tiempo pactado en el mismo, con la exclusión del tiempo transcurrido de la fecha del contrato (11 de noviembre de 1933) al 24 de enero de 1934, fecha ésta de la primera infracción del contrato por parte del Departamento. Y que se declare que al demandante, con exclusividad de toda otra persona, es la único que le está permitida la instalación o montaje de fábricas necesarias para atender a la producción, expendio y consumo de bebidas fermentadas, con las condiciones previstas en el contrato, en los municipios a que éste se refiere.

Cuarta. Que, subsidiariamente, si no puede hacerse la declaración anterior, "se condene al Departamento a indemnizar a caba-

lidad los perjuicios causados, y los que en lo sucesivo se le causen, con las infracciones hechas al contrato". Y que "tanto en el caso que se condene al pago de perjuicios a cargo del Departamento y a mi favor, con arreglo a lo pedido en el punto tercero, como en el caso que se acceda a decretar la petición subsidiairia, dichos perjuicios se me deben por el Departamento, desde la primera contravención, o sea desde el 24 de enero de 1934".

Pidió condenación en costas para el caso de oposición.

Como hechos adujo los siguientes, que se resumen así:

Que el 12 de agosto de 1932, y con duración de un año, el señor Luis M. Aristizábal celebró con el Departamento de Boyacá un contrato (similar al transcrito — fs. 185 a 188 del cuaderno de pruebas de primera instancia—) para suministrar chicha y guarapo higiénicos en las ocho poblaciones mencionadas en el contrato que se celebró después con Jaramillo.

Que con base en ese contrato, Aristizábal y Jaramillo celebraron el 21 de abril de 1923 un contrato privado sobre montaje de ocho fábricas para producir chicha y guarapo higiénicos en las ocho poblaciones mencionadas.

Que el Gobierno de Boyacá y Aristizábal, por medio del documento de 30 de mayo de 1933 (fs. 179 a 182, íb.) declararon resuelto el contrato que habían celebrado el 12 de agosto de 1932, documento que fue luégo aclarado por el instrumento público número 342 de 13 de junio de 1932, pasado ante el Notario 1º de Tunja (fs. 182 vta. y 183, íb.), por el cual el Departamento se subrogó en todos los derechos y obligaciones que Aristizábal tenía.

Que con base en esta subrogación, el Departamento celebró con el demandante un contrato el 21 de junio de 1933, en el cual se sustituyeron los derechos de Aristizábal, lo cual autorizó éste.

Que el proceso de todos estos contratos culminó en el de 11 de noviembre de 1933 que quedó transcrito.

Que estando este contrato en plena vigencia, el Departamento — el 24 de enero de 1924—celebró un contrato similar con el señor Luis A. Buitrago, para montar una fábrica en el municipio del Cocuy (fs. 10 vta. a 13 del cuaderno 1º), y que así se consumó la primera violación del contrato "por cuanto ello implica el desconocimiento de su derecho de productor exclusivo de fermentadas".

Que el 13 de marzo de 1934, el Administrador General de Rentas, autorizado por el Gobernador, le comunicó al contratista Jaramillo una interpretación unilateral del contrato, con la cual insistió el Departamento en arrebatarle la exclusividad que le había dado para fabricar los fermentados en los municipios mencionados en el contrato (fs. 214 del C. de pruebas de 1ª instancia), diciéndole "que en ningún caso se había constituído a su favor un derecho eclusivo de producción", lo cual es una nueva violación del contrato, la que fue aunada con hechos positivos de desconocimiento de productor exclusivo.

Que el 21 de marzo de 1934 celebró el Departamento otro contrato similar al suyo, con Jorge Gutiérrez, por el cual se autorizó a éste para montar una fábrica en Tunja para producir fermentadas (fs. 8 a 9 del cuaderno 1º); que luégo (el 24 de junio de 1934, fs. 5 a 7, íb.) celebró otro cantrato de la misma naturaleza con Eduardo Riaño para la instalación de una fábrica similar a las que Jaramillo se había obligado, en el municipio de Tunja.

Que el 14 de mayo de 1934, por medio de una resolución (fs. 14 y 15 del C. 1º), la Gobernación le negó al demandante la protección que éste solicitaba, y que ella se solidarizó con la errada interpretación que al contrato le dio el Administrador General de Rentas en la nota de 13 de marzo de 1934.

Que él (Jaramillo), por instrumento número 352 de 4 de mayo de 1934 (fs. 79 y 80 del C. de pruebas de la primera instancia) dejó consignada su protesta por las infracciones anotadas.

Que a solicitud suya se practicó una inspección ocular en la fábrica que había instalado en Tunja; y que en esa inspección quedó parcialmente establecida la bondad y calidad, en general, de dicha fábrica; se hizo la descripción de la misma, con las características especiales y condiciones higiénicas en que se producen las fermentadas, y quedó fijado el avalúo comercial de todos y cada uno de sus componentes (fs. 30 a 35 del C. de pruebas de primera instancia).

Que él (Jaramillo), por su parte, ha cumplido con todas las obligaciones que emanan del contrato, a pesar del desconocimiento que de sus derechos hizo la Gobernación.

Que según la cláusula sexta del contrato, el Departamento se comprometió a darle licencia semejante a la concedida en el contrato, para establecer fábricas en otros municipios.

Que aunque en algunos de los municipios en que él tenía la exclusividad se había pro-

ducido un aumento en el consumo de fermentados, a pesar de sus solicitudes, el Gobierno no ha cumplido con la obligación de concederle esas licencias.

Tramitado el negocio, el tribunal, por sentencia de diez de marzo de mil novecientos treinta y seis, absolvió al Departamento de todos los cargos formulados en la demanda. Esta sentencia fue apelada por el demandante; y habiéndose en la Corte surtido todo el trámite legal, procede ya la decisión.

Son bases de la sentencia recurrida:

1ª La de que en el contrato no " se estableció privilegio alguno, ni el Gobierno seccional podría otorgarlo por no tener facultad legal para ello", por lo que el Departamento podía celebrar otros contratos para el establecimiento de nuevas fábricas, siempre que el impuesto que esas nuevas fábricas pagaran no fuera inferior a dos centavos ($ 0.02) por litro de fermentados, y que éstos fueran de condiciones higiénicas, de conformidad con las leyes existentes sobre la lucha antialcohólica.

2ª Que el contrato no hace referencia a un monopolio sino a una licencia; y que no puede tratarse de un monopolio porque el Departamento no podía concederlo legalmente por falta de facultades para ello. Se apoyó en el artículo 4º del Acto Legislativo número 3 de 1916.

3ª Que aunque la Ley 88 de 1928 autorizó a las Asambleas Departamentales para establecer el monopolio, la de Boyacá no lo había establecido cuando celebró el contrato con Jaramillo, ni tampoco posteriormente.

4ª La de que varios de los contratos que el Departamento celebró con otras personas no fueron aprobados por el Gobierno.

3ª Que si el Departamento violó el contrato al celebrar otros, ya Jaramillo lo había violado por su parte, al no cumplir con las cláusulas de pagar oportunamente el impuesto. Y que no vale la exculpación que hace el contratista de no haber pagado por la razón de que el Departamento había declarado caducado el contrato, porque éste no fue hecho invocado en la demanda.

La Corte, para decidir, hace las siguientes consideraciones:

Cuando el Estado se reserva para sí, como arbitrio rentístico, la producción y explotación de una industria, aparece lo que se llama el monopolio financiero, cuya implantación está autorizada por el artículo 24 de la Constitución. (Antes el artículo 4º del Acto Legislativo número 3 de 1910).

Desde la vigencia del Acto Legislativo número 1 de 1921, hasta el Código fundamental actual, "la ley podrá restringir la producción y el consumo de las bebidas embriagantes". Conforme a tal precepto, la fabricación de bebidas fermentadas quedó sujeta a la voluntad soberana del Legislador, quien puede, en esta materia, dictar las normas restrictivas que le parezcan convenientes para los fines indicados.

Primeramente, la Ley 12 de 1923 ordenó a las Asambleas que restringieran la producción, venta y consumo de fermentadas. Después tal Ley fue derogada por la 88 del mismo año, la cual dispuso que las Asambleas gravaran con impuesto de consumo las fermentadas; y las facultó también para que prohibieran la producción de ellas. Vino luégo la Ley 88 de 1928, la que en su artículo 14 dio autorización a dichas corporaciones para sustituir el impuesto por el monopolio de aquellas bebidas "sobre la base de la fabricación oficial de ellas".

La Ley 47 de 1930 no modificó, respecto de esto último, la legislación, y prescribió lo que va a verse:

"Las rentas de licores y bebidas fermentadas serán administradas directamente por los Departamentos, no pudiendo éstos establecer el sistema de remates, ya se trate de las rentas mismas o de la elaboración de licores y bebidas fermentadas, donde exista el monopolio de las últimas".

Prescribió en su artículo 2º que quedaban con fuerza obligatoria los preceptos que entrañasen "una cuestión no debatida de salubridad pública como los artículos 6º modificado por el 3º de la Ley 34 de 1925; 7º, 11 y 16 de la Ley 88 de 1923, y las establecidas en los artículos 15, 18 y 20 de la Ley 88 de 1928...." Adscribió el cumplimiento de estas disposiciones a las autoridades nacionales, departamentales y municipales.

Estando dentro de las cuestiones no debatidas de salubridad pública lo referente a la prohibición de fabricar fermentadas que contengan ptomaínas y carezcan de las condiciones señaladas por la Dirección General de Higiene, y haciendo la ley responsables, entre otras, a las autoridades departamentales en la observancia de estos preceptos, es forzoso afirmar que las medidas conducentes a dar cumplimiento a estas normas legales corresponden al Gobernador como Jefe de la acción administrativa departamental.

Así las cosas, la Asamblea de Boyacá dijo en la Ordenanza 33 de 1932 (C. 5º, fs. 251 vta. y 252):

"Artículo 9º El recaudo de las rentas de bebidas fermentadas deberá hacerse sobre la base de producción efectiva de licor de cada

fabricante. Para ello, el Gobierno reglamentará la materia y reorganizará la administración y control de la renta de bebidas fermentadas, teniendo en cuenta las siguientes normas generales:

"a) No podrán hacerse contratos con los productores de bebidas fermentadas, con el objeto de limitar o de establecer un canon fijo como valor del impuesto que deba gravarlos;

"b) ....;

"c) Si el Gobierno lo considera más conveniente, podrá establecer el cobro del impuesto de que se trata por medio de aforos, siempre que se regulen dentro de las siguientes normas: (En la primera, dispone que los aforos tendrán por base la declaración del dueño del establecimiento, en la que expresará la cantidad máxima que va a producir; y en la segunda, que la declaración puede ser controlada por los recaudadores, y que si el productor desea aumentar la cantidad, deberá hacer nueva declaración).

"d) Todo individuo o entidad que desee establecer un nuevo expendio o una nueva fábrica de bebidas fermentadas, deberá hacer una nueva solicitud al recaudador del municipio en cuya jurisdicción deba quedar radicado el establecimiento. El Gobierno reglamentará la forma y condiciones en que deban hacerse tales solicitudes y determinará de una manera general, y de acuerdo con los requerimientos de la ley, el número de expendios de bebidas fermentadas que puedan coexistir en el mismo municipio. Dicha reglamentación deberá hacerse en el mismo decreto orgánico de la renta que dicte el Gobierno en desarrollo de la presente ordenanza".

La Gobernación de Boyacá, con el fin de higienizar las fermentadas, y de cumplir con lo dispuesto por la Ley 88 de 1923 (arts. 5º y 7º), por la Ley 88 de 1928 (art. 15) y por el artículo 2º de la Ley 47 de 1930, celebró el contrato de que se está tratando. En la cláusula primera de éste se consignaron claramente el propósito y fines perseguidos por la negociación, que no fueron otros que higienizar las bebidas, dando cumplimiento a las leyes, lo cual incumbía al Gobernador, como lo prescriben tanto la Constitución como el Código Político y Municipal en su artículo 127.

El inciso 1º de la Ley 47 de 1930, que el Congreso aprobó tal como fue presentada por el señor Ministro de Hacienda, dice: "Las disposiciones sobre la lucha antialcohólica de que tratan las Leyes 88 de 1923 y 88 de 1928 quedarán desde la vigencia de la presente ley como facultad de los Departamentos para desarrollar la campaña antialcohólica en sus respectivos territorios".

Y en el artículo 2º, como ya se vio, hizo de obligatorio cumplimiento ciertas prescripciones. Siendo ellas de incumbencia de los gobernadores, es notorio que éstos, para hacerlas efectivas y eficaces, quedaron autorizados para emplear los medios conducentes a tal fin. Porque cuando una ley, como la que se acaba de citar, impone una obligación, hay que entender racionalmente que deja a la discreción de la autoridad sujeta a sus normas el escogimiento de las medidas apropiadas, sin que en el caso de que se trata fueran indispensables ordenanzas al respecto.

Siendo ello así, el Gobernador de Boyacá celebró el contrato que se cuestiona.

Por otra parte, la ordenanza boyacense número 23 de 1929, por la cual se organizó la Administración de las Rentas, dijo en su artículo 14 (fs. 106 del C. 5º):

"Toda persona que posea o que quiera fundar un establecimiento para producir y dar al expendio bebidas fermentadas, deberá denunciarlo en la respectiva recaudación municipal, con determinación, en litros, del máximo de producción diaria. El impuesto se pagará sobre la capacidad máxima denunciada, pero se rebajará el correspondiente a los litros no producidos, si el industrial se sujeta a lo prescrito en el artículo siguiente.

"Parágrafo. Queda prohibido el establecimiento de nuevos expendios de bebidas fermentadas, mientras el número de los existentes exceda de uno por cada mil habitantes. El recaudador municipal que violare esta disposición, sufrirá la pérdida del empleo".

Los artículos 15 a 24 de la misma ordenanza fijan reglas sobre permisos para la producción de las bebidas calidad de la materia prima, condiciones de higiene, requisitos para el caso en que el negocio se ceda, control del Gobernador sobre las cantidades, licencias, etc....

A primera vista podría decirse que el artículo 9º de la Ordenanza 33 de 1933, invocado en la convención con Jaramillo, contiene una autorización para contratar, por lo cual, para que ella se considere perfecta, parece que era necesario que hubiera sido apropada por el respectivo Tribunal de lo Contencioso-administrativo, como lo ordena el numeral a) del artículo 42 de la Ley 130 de 1913.

A esto se observa que tal artículo no implica sino una prohibición para celebrar contratos o hacer aforos con un impuesto infe-

rior a $ 0.02 por litro. La idea de autorización trae a la mente el concepto de una facultad para obrar, para proceder, para producir lagún efecto, savlar alguna dificultad u otras operaciones similares.

De esto se deduce que el susodicho contrato no era necesario someterlo a la revisión de que se ha hablado.

No se trata tampoco de un monopolio, pues si sobre eso se hubiera pactado, lo natural habría sido expresarlo en forma clara, y aún prescribir medidas para el respeto de los derechos anteriores, sin que sea preciso, para sacar esta conclusión, estudiar las ordenanzas de Boyacá, de las cuales se afirma que no contienen disposiciones sobre la implantación del monopolio.

Por tanto, no es pertinente aludir al arrendamiento de la producción de fermentados estableciendo analogías entre esta convención y el contrato sobre emisión celebrado entre la Nación y el Banco de la República.

Higienizar las bebidas y monopolizar, son cosas diferentes: lo primero mira a la salubridad; lo segundo es el aprovechamiento exclusivo de una industria como arbitrio rentístico.

En Boyacá la producción de fermentadas higiénicas es industria lícita.

En cuanto a la facultad para recaudar, que hace parte de la administración, es un derecho del titular de la renta, lo cual se desprende como lógica consecuencia de la preciosa garantía, consagrada así en el Art. 182 de la Constitución Nacional, que dice: "Los bienes y rentas de los Departamentos, así como los de los municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas particulares....".

Con todo, tratándose de fermentadas, la ley ha impuesto restricciones, siendo una de ellas la que prescribe la administración directa de esta renta, y, por consiguiente, la prohibición de delegar dicha administración (Art. 2º de la Ley 47 de 1930). Mas el contrato con Jaramillo no es una delegación para recaudar la renta, pues ninguna de sus cláusulas da base para esta interpretación.

Es cierto que la renta de fermentadas es propiedad de los Departamentos; pero de esto no se deduce forozsamente que ellos tengan el monopolio de fabricación, pues tal conclusión llevaría a muchos ilogismos y absurdos. Así, el Estado puede cobrar el impuesto a la renta, pero no por tal circunstancia podría él arrogarse la dirección y administración de los bienes particulares. En ninguna de las cláusulas del contrato se estipula un privilegio a favor de Jaramillo, pues si ello fuera así, tendría razón el Tribunal de Tunja, cuando dice, analizando este punto en la sentencia:

"El demandante, tanto en los hechos 1º a 5º inclusive de la demanda, como en su alegato de conclusión, afirma que el criterio del Gobierno de Boyacá al celebrar en épocas anteriores contratos de la índole del que aquí se analiza, fue el de establecer una exclusividad o monopolio a favor de los contratistas para la producción y expendio de los fermentados, y que tal aconteció con la convención pactada con el señor Luis M. Aristizábal, política o criterio que se extendió al contrato de once de noviembre de 1933.

"Pero se observa que ni aquellos antecedentes podrían servir de norma para interpretar ahora las cláusulas del contrato celebrado con el señor Jaramillo, ni tampoco es evidente que la política del Gobierno en este particular hubiera sido la de otorgar o conceder exclusividad o privilegios a los contratistas para la producción y venta de los fermentados en Boyacá. En efecto, el señor Administrador de Rentas del Departamento, en circular dirigida a los recaudadores de los municipios y fechada el 26 de octubre de 1932, visible al folio VII del informe que aquella Administración rindió a la Secretaría de Hacienda de Boyacá y correspondiente al año citado, informe que debidamente autenticado ha venido a los autos, se lee: "... Hago saber a usted que con el fin de darle cumplimiento en Boyacá a la disposición contenida en el artículo 15 de la Ley 88 de 1928, esta Administración, debidamente autorizada por el Gobierno, celebró un contrato con el señor Luis M. Aristizábal sobre higienización de las bebidas fermentadas.... Ante todo quiero hacerle notar de manera muy especial que dicho contrato no implica monopolio, ni es una administración delegada de la renta de fermentadas. Se trata únicamente de cumplir un mandato legal en el sentido de eliminar la fabricación y expendio de dichas bebidas con ptomaínas, tan nocivas al pueblo que las consume. Este punto es de vital importancia y usted debe tenerlo muy en cuenta para desvanacer cualquiera mala interpretación que quiera dársele al fin que persigue el Gobierno con el paso que ha dado...."

"Así, pues, el Departamento al celebrar los nuevos contratos con los señores Buitrago, Gutiérrez y Riaño, en la hipótesis de que los dos primeros fueran válidos, siguió la trayectoria que se había señalado en contratos de la misma naturaleza perfecciona-

dos en años anteriores, es decir, que no otorgaba monopolio o exclusividad en la producción y venta de los fermentados, y, por lo mismo, con la celebración de aquellas convenciones no pudo violar la pactada con el señor Jaramillo, ni por ello esquivó prestarle el apoyo necesario para que el actor cumpliera o hubiera cumplido oportunamente con las obligaciones a su cargo. En tal sentido la nota del Administrador de Rentas, distinguida con el número 1035 de fecha 30 de marzo de 1934 (hecho 7º de la demanda), como la Resolución de la Gobernación de 14 de mayo del mismo año (hecho 9º), documentos por los cuales el Departamento hace conocer del contratista Jaramillo sus puntos de vista jurídicos con respecto al contrato, tampoco constituyen un hecho violatorio del contrato en referencia.

"Las declaraciones de los señores Guillermo Torres García y Fidel Perilla Barreto en las cuales parece afirmarse, especialmente en la declaración alegato del último, que la intención del Gobierno departamental, al celebrar el contrato de 11 de noviembre de 1933, fue la de otorgar un monopolio al señor Jaramillo en la producción y expendio de fermentadas, no pueden desvirtuar el sentido obvio y literal de las cláusulas de aquel contrato. Además de que tales testimonios fueron rendidos cuando los deponentes ya no desempeñaban los cargos de Gobernador y Secretario de Hacienda, respectivamente, tales testimonios son contradictorios entre sí, puesto que el doctro Torres García afirma que '...si el contrato que celebró el Gobierno de Boyacá con el señor Jaramillo, para la higienización de las bebidas fermentadas en algunas poblaciones del Departamento daba al mismo señor Jaramillo el privilegio de producir dichas bebidas, esto dependía de que no había más productores que hubieran propuesto al Gobierno la producción de bebidas higiénicas, pero si se hubiera presentado entonces el caso de otros fabricantes de bebidas fermentadas igualmente higiénicas, el Departamento seguramente hubiera contratado con ellos la producción de dichas bebidas...', y en cambio el doctor Perilla afirma que la intención del Gobierno fue la de otorgar al señor Gregorio Jaramillo la exclusividad en la producción de las bebidas y 'dentro de las condiciones indicadas que le quitaban todo carácter de monopolio.'

"Si el señor Torres García afirma que al haberse presentado otros fabricantes que produjeran las bebidas fermentadas en iguales condiciones higiénicas que las estipuladas con el señor Jaramillo, el Departamento hubiera seguramente contratado con ellos la producción de dichas bebidas, cómo se podría explicar que el Secretario de Hacienda, su inmediato colaborador, pudiera traicionar la política y criterio definido del Gobernador concediendo u otorgando un monopolio para la producción y expendio de las mismas bebidas Y no se podría justificar esta disparidad de criterio o de orientación en una negociación de esta naturaleza y en altos funcionarios que representaban y consiguientemente asumían toda la responsabilidad en los compromisos adquiridos a nombre del Departamento, porque entonces ello implicaría que estando aquellos funcionarios obligados a cumplir la ley, la violaban a conciencia al otorgar un monopolio para lo cual no estaba facultado el Gobernador, o pretendían engañar al contratista o perjudicar los intereses del Departamento con las apariencias de un privilegio o exclusividad. Por lo demás, la entidad oficial Departamento, por medio de su representante genuino que lo es el Gobernador, interpretó y definió concretamente el alcance del contrato celebrado con el señor Jaramillo en la Resolución de 14 de mayo de 1934, interpretación que implicaba la misma línea de conducta adoptada por gobiernos anteriores en negociaciones de esta misma naturaleza, y dejó explícito su pensamiento en el sentido de que en ningún caso el Departamento había constituído a favor de Jaramillo derecho exclusivo de producción de fermentados, y 'que la obligación adquirida por el Gobierno de prohibir la fabricación de fermentadas a otras personas en los municipios comprendidos en el contrato, está circunscrita a aquella producción que por no reunir los requisitos legales higiénicos a que se obligara Jaramillo, constituyera una competencia comercial desfavorable. En identidad de condiciones higiénicas ninguna exclusividad consagró el Departamento a favor de Jaramillo y dejó la fabricación al libre juego de la competencia comercial exigiendo únicamente identidad en la exacción fiscal.'

"Por otra parte, los testimonios de los mentados doctores Torres García y Perilla Barreto recaen propiamente sobre apreciaciones, interpretaciones y argumentaciones de orden económico, y la jurisprudencia nacional y los expositores de derecho han estado uniformes en sostener que el testimonio humano no puede versar más que sobre cosas o hechos que puedan caer bajo la acción directa de los sentidos."

Lo que el Gobierno de Boyacá hizo no fue

otra cosa que conceder a Jaramillo (cláusula primera, numeral a)), una licencia para montar fábricas con las condiciones higiénicas señaladas por las leyes y ordenanzas vigentes.

Entre aforar diariamente como lo prescribe la Ordenanza 23 de 1929 o conceder permisos diarios por un determinado canon y determinada cantidad de licor, el Gobierno optó por una licencia pactada en forma más permanente, con el fin de asegurar sobre la base del producido un mínimo que no podía ser inferior al promedio más alto que tenía la renta en cada uno de los municipios de la negociación.

En la cláusula cuarta Jaramillo se comprometió a pagar en las recaudaciones municipales el impuesto a dos centavos ($ 0.02) por litro. En la quinta se determinó el promedio del impuesto que debía pagar el contratista, y en la novena, éste se comprometió a elevar, transcurridos seis meses desde la fecha del contrato, los productos mínimos de que habla la referida cláusula quinta, en un diez por ciento (10%) mensual, y, transcurrido un año, en un quince por ciento (15%).

Este promedio debió fijarse, indudablemente, como se fijó en el contrato celebrado con Aristizábal, teniendo en cuenta los promedios de los años anteriores, a partir del año de 1929, en adelante, promedios que se encuentran detallados circunstanciadamente por la Contraloría de Boyacá respecto de cada uno de los municipios a que se refiere el contrato celebrado con Jaramillo, y que esta entidad deduce, después de especificar cada una de las partidas recolectadas en todos y cada uno de los meses de los años de 1929 a junio de 1934, de la siguiente manera:

"Como puede verse de los anteriores datos, el mayor producto mensual de las rentas de fermentados en dichos municipios ha sido el siguiente: en Tunja, en el mes de agosto de 1930 ($ 4,964.00); en Santa Rosa, en el mes de septiembre de 1929 ($2,091.04); en Belén, en el mes de junio de 1934 ($ 1,650.00); en Cerinza, en el mes de mayo de 1933 ($ 700.00); en Paipa, en el mes de diciembre de 1933 ($ 1,463.16); en Corrales, en el mes de junio de 1934 ($ 880.00); en Guateque, en el mes de diciembre de 1931 ($ 2,024.00); en Soatá, en el mes de abril de 1930 ($ 1,011.50); y en El Cocuy, en el mes de diciembre de 1931 ($ 1,000.00)".

Por la cláusula décima Jaramillo se comprometió a suministrar para los expendedores la bebida necesaria, y por la duodécima se le autorizó para celebrar contratos parciales, "de acuerdo con el Gobierno, en los lugares que crea necesarios para atender al consumo y a la mejor organización comercial de las rentas .

En el cuaderno de pruebas de la primera instancia (fs. 109) la Recaudación de Rentas departamentales, certifica, refiriéndose a Tunja: "Que desde el mes de diciembre de 1933 hasta el mes de abril funcionaron veintisiete fábricas particulares y una del señor Gregorio Jaramillo en todo el municipio, por las cuales pagó el impuesto el señor Jaramillo.... '

A folios 121 del mismo cuaderno dice la Recaudación de Rentas departamentales de Santa Rosa:

"Con relación al inciso ñ) del anterior memorial, se advierte que en la Recaudación no se ha expedido patente alguna para productor distinto al señor Gregorio Jaramillo, y los que han existido, han sacado sus patentes de la Administración de la Fábrica de Fermentados en donde hacen sus consignaciones, limitándose la Recaudación únicamente a refrendar las patentes con el sello de la oficina: por consiguiente, la Recaudación no ha recibido dinero por concepto de la Renta de Fermentado sino únicamente del señor Gregorio Jaramillo, o de sus representantes en la Administración de la Fábrica, y los productores distintos a éste, hacen sus consignaciones en la Fábrica".

Agrega después esta misma Recaudación (fs. 122 vta., íb.):

"Nuevamente advierto que los productores distintos al señor Gregorio Jaramillo, hacen sus consignaciones en la Fábrica de Fermentados y allí les expiden sus patentes, las cuales van refrendadas por el sello de la Recaudación".

Las certificaciones copiadas patentizan cómo no existía un privilegio exclusivo a favor de Jaramillo, para la fabricación. Y si en la fábrica de éste se hacían las consignaciones de impuestos que otros productores pagaban, ello no demuestra plenamente que Jaramillo administraba la Renta. Querría decir que por medio de él llegaba el dinero a la Administración, sin que él tuviera la función de recaudarlo y ejercer la inspección y vigilancia.

En la cláusula duodécima se dice: "El contratista Jaramillo podrá celebrar contratos parciales sobre fermentados, bajo su responsabilidda, y de acuerdo con el Gobierno, en los lugares que crea necesarios para atender al consumo y a la mejor organización comercial de las rentas".

La intención que esta cláusula revela es que Jaramillo podría contratar con otros para realizar la venta de bebidas; pero de allí no se concluye que él fuera un delegado para la Administración de la Renta.

En cuanto al Departamento de Boyacá, sus obligaciones fueron: impedir que se establecieran fábricas similares a las del contratista en los que se produjeran bebidas fermentadas "con un impuesto inferior a dos centavos ($ 0.02) por litro", y "prestar al contratista todo el apoyo necesario de su autoridad para que él pudiera cumplir sus obligaciones".

Al pactar el Departamento de Boyacá con el señor Jaramillo, no le dio una concesión de fabricación, porque por ésta la entidad de derecho público "cede a los particulares el uso de medios o condiciones para que desarrollen actividades de naturaleja especial, con referencia a obras o trabajos, ora de interés general, ora de carácter especial, y se refieren más que al medio jurídico y a la calificación del acto administrativo de que parte, a la naturaleza de la actividad desarrollada por quien se compromete a realizar la concesión, es decir, por el propio servicio público, que, aunque originariamente debiera encarnar en la Administración y depender de ella directamente, resulta realizado por una empresa o particular que obra en nombre y con las facultades correspondientes a la Administración misma".

Si por las restricciones de la industria de bebidas, por la índole del contrato, por las exigencias de la higiene, se podía alejar la competencia de industriales, querría decir que aun podría llegar el evento de un monopolio de hecho o circunstancial, cosa que no existió, a juzgar por los datos constantes en el expediente.

Por esto, en el Informe Financiero de Rentas de Boyacá, de 6 de mayo de 1935 (fs. 289 vta. del cuaderno 5º), se lee:

"En la mayoría de los municipios existen contratos de administración. Este sistema alivia un tanto el trabajo de los recaudadores; pero no creo que sea el más ventajoso para los intereses del Departamento. Porque para celebrar los contratos no cuenta la administración con dato alguno sobre el consumo que haya en cada municipio. Naturalmente han de adolecer de falta de equidad entre los contratistas. No habiendo una verdadera estadística, ni siquiera un mediano conocimiento de los litros de chicha o guarapo que cada municipio consuma, es casi seguro que se engaña al Departamento o al contratista, con más seguridad al Departamento; el 99 por 100 de los casos el engañado es el Departamento.

"El alto precio de las materias primas que entran en la elaboración de la chicha y el guarapo, ha ocasionado una crisis en la renta; son contiuos los reclamos de los industriales para que le bajen el aforo, alegando que tienen pérdida constante en el negocio. He sido y soy de opinión que el Departamento asuma la administración directa de las bebidas fermentadas. Aún más: soy de opinión que el Departameto debe montar fábricas de chicha en los principales municipios. El sistema de contratos es prácticamente un monopolio que beneficia a unos pocos capitalistas, en detrimento del pueblo consumidor. Al asumir el Departamento la producción de chicha, como ha asumido la producción de aguardiente, tendría estas ventajas: estaría en condiciones de ofrecer una bebida más higiénica, toda vez que el montaje de las fábricas y preparación de las bebidas se haría en mejores condiciones que siendo de particulares. Estos no tienen más objetivo que el lucro personal, aun cuando sea a costa de la salud del pueblo. Al paso que el Gobierno tiene el deber de velar por la salud de los asociados. El precio del artículo sería más bajo, al costo. Con esta clase de administración no buscaría sino conocer el verdadero consumo para que el impuesto, que es a lo que tiene derecho, sea pagado religiosamente. En tanto que siendo por intermedio de industriales, éstos hacen pingiies utilidades a costa del pueblo pobre y trabajador. Conocido el verdadero consumo, la renta aumenta. De suerte que los municipios vienen a beneficiarse con una mayor entrada, y pueden así atender en mejores condiciones la administración de ellos".

En los hechos de la demanda se menciona una exclusividad de producción, pero al interpretarla en conjunto se ve que la exclusividad alegada consiste en el derecho de Jaramillo a que no se le hiciera competencia por medio de otros contratos con otros productores, y menos en condiciones de superioridad para ellos, de tal suerte que el impuesto pudiera venir a ser en la práctica inferior a dos centavos ($ 0.02) por litro.

Esta interpretación conviene bien con el espíritu de la demanda, teniendo en cuenta que se trata de un contrato al cual le son aplicables las reglas de interpretación de los contratos (artículo 1620 y siguientes del Código Civil).

Este contrato, atendiendo a su interpretación, según los artículos 1618 y siguientes del Código citado, debe producir algún efec-

to. Si él no constituye una exclusividad, ni un privilegio de fabricación, ni siquiera una administración delegada de la renta, entraña, como se ha dicho, una preferencia consistente en que el Gobierno de Boyacá aceptó y escogió al proponente Jaramillo. Y es evidente que para que tal contrato no sea un mero instrumento sin alguna seriedad, el Departamento debió adquirir la obligación de no contratar con otro en mejores condiciones, como ha ocurrido en el asunto que se estudia. Esta obligación de no contratar no envuelve privilegio, porque contratar es un derecho del Departamento y, por consiguiente, la obligación de no contratar podía pactarse, como se desprende del espíritu, de la intención de la convención, porque no se entendería cómo podía celebrarse un contrato como el de Jaramillo, si el Departamento quedaba con el derecho de celebrar contratos de esa misma naturaleza, en los mismos municipios, con otros proponentes.

Muy distinto sería el caso de un mero y simple permiso sin contrato, condición establecida para el ejercicio de la industria de fabricación de la chicha.

La intención del Departamento, al celebrar el contrato, fue la de conceder una preferencia, ya que Jaramillo fue quien hizo ofertas mejores y se presentó en condiciones de capacidad financiera más apreciables.

Para que se vea nítidamente cómo el Departamento quiso en este contrato, a la vez que velar por la higienización de la bebida, asegurar también el mejor producido de la renta, conviene transcribir las siguientes declaraciones:

El doctor Fidel Perilla Barreto, Secretario entonces de la Hacienda del Departamento, expone (folios 202 del cuaderno 2º):

"Este contrato (el celebrado con Jarmaillo) lo discutimos, acordámos y firmámos con el señor Gobernador y con el administrador general de rentas, después de un detenido estudio. Los motivos que indujeron al Gobierno en la forma que consta en el contrato, se dejaron claramente estipulados al suscribir y autorizar esa negociación y la intención de los que suscribimos ella, fue la de conceder al señor Gregorio Jaramillo el derecho de prdoucir él solo bebidas fermentadas de la clase estipulada en el contrato, y en los municipios allí determinados, con exclusión de otras personas. Las cláusulas del contrato así lo rezan de manera inequívoca. El Gobierno optó por esa clase de contratos, por las múltiples ventajas que ofrecía la organización de la renta, estando, como estaba, plenamente autorizado por los artículos 1º, 2º y 4º de la Ley 47 de 1930, para la campaña antialcohólica en todo el departamento y para adoptar en la administración de las rentas de licores y bebidas fermentadas, cualquier sistema que no fuera el de remates para los lugares donde exista el monopolio de las mismas. La misma Ley 47 hacía de obligado cumplimiento para el Gobierno departamental, del que yo formaba parte cuando se suscribió el contrato, los mandatos de las Leyes 88 de 1923 y 88 de 1928, que entrañan una cuestión no debatida de salubridad pública y la de asegurar el gravamen de dos centavos por cada litro de chicha o guarapo que se diera al consumo. Las ventajas inmediatas que el Gobierno previó al negociar con el señor Gregorio Jaramillo dándole la exclusividad determinada en el contrato y dentro de las condiciones indicadas que le quitaban todo carácter de monopolio, las puedo resumir así:"

Después de enumerar esas ventajas, continúa:

"Hago esta larga exposición a fin de ratificar una vez más el pensamiento que tanto el Gobernador doctor Torres García como el administrador de rentas departamentales, Rafael Vargas Páez, y el mío que fue el de autorizar al señor Gregorio Jaramillo, con exclusión al señor Gregorio Jaramillo, con el término o plazo estipulado, la instalación de fábricas higiénicas de bebidas fermentadas. Ese y no otro fue el sentido de la mayor parte de las cláusulsa del documento o contrato y así lo entendió y cumplió el gobierno del referido doctor Torres García, y así lo hizo saber a todos los visitadores, recaudadores de las rentas, en los lugares contratados. Sobre este particular ha habido en el Departamento, especialmente desde la celebración del antiguo contrato con el señor Luis Aristizábal, que hubo de terminarse por causas especiales, una verdadera práctica y jurisprcdencia uniformes como son las de que contratos como el celebrado con el señor Jaramillo daban á los contratistas exclusividad de producción en el respectivo municipio; así lo entendía y practicaba el administrador general de rentas, señor Rafael Vargas Páez...."

Interpretando el aparte b) de la cláusula primera del contrato, dice:

".... en tal inciso se comprometió el Gobierno a dar el apoyo de su autoridad al señor Jaramillo para que éste pudiera cumplir en toda su integridad el contrato, impidiendo naturalmente el establecimiento de fábricas similares con perjuicio de sus intereses y los del Gobierno, inciso que debe inter-

pretarse dentro del pensamiento general e inequívoco que movió a contratar a las partes y que fue el de autorizar por dos años al señor Jaramillo a producir él preferentemente bebidas fermentadas higiénicas y a pagar las sumas sobre bases tan ventajosas para el Gobierno, como son las estipuladas con una claridad irrefutable.... Sé y me consta directa y personalmente, que al suscribir y autorizar el citado contrato en el carácter oficial expresado, la intención inequívoca de las partes fue la de que el contratista Jaramillo era quien únicamente podía producir bebidas fermentadas, chicha y guarapo, en las condiciones y calidad claramente determinadas por el Gobierno, con exclusión de cualquiera otro industrial y por todo el tiempo o plazo acordado y en los municipios señalados por las partes".

Más adelante declara:

"Por las circunstancias expuestas, me consta directa y personlamente, que el contrato celebrado con el gobierno del departamento de Boyacá en el año de 1932, con el señor Luis M. Aristizábal para higienizar las bebidas fermentadas, se le concedió a dicho contratista la exclusividad de dicha producción, también con un canon mínimo mensual de impuesto, y me consta que en varias ocasiones hallándose vigentes contratos de igual índole, se suscribieron solicitudes para la explotación y producción de bebidas fermentadas, hechas dichas solicitudes por personas extrañas al contrato, habiéndoseles negado las licencias que pedían".

El señor Manuel José Bernal, a folios 205 del mismo cuaderno 1º, dice:

"En mi carácter de Administrador de Rentas de Boyacá celebré, con autorización el Gobierno del Departamento, el 12 de agosto de 1932, un contrato con el señor Luis M. Aristizábal por medio del cual éste se comprometió a pagarle al Departamento una suma mensual mínima de $ 56,850.96. En el texto del contrato, que se halla publicado en mi informe oficial correspondiente al año de 1932, están consagradas las cláusulas y condiciones en que se celebró ese pacto. Mientras duró en vigencia ese contrato, ni el Gobierno, ni la Administración de Rentas contrataron con otras personas; por el contrario, al señor Aristizábal se le subrogaron los contratos que antes existían y el Gobierno se comprometió a sostener al contratista al frente de su empresa de higienización de las bebidas fermentadas por el término de veinte meses y a prestarle todo apoyo moral y material para que pudiera cumplir lo que con él se pactó. Durante el tiempo que permanecí al frente del despacho de la Administración de Rentas de Boyacá se respetó el contrato celebrado con el señor Aristizábal y las personas interesadas en el negocio de producción y expendio de bebidas fermentadas se entendían directamente con él".

El doctor Guillermo Torres García declara (fs. 206 del mismo cuaderno):

"Siendo Gobernador de Boyacá autoricé al señor Fidel Perilla Barreto, Secretario de Hacienda, para que en unión del señor Rafael Vargas Páez, Administrador General de Rentas, estudiaran el contrato que el señor Gregorio Jaramillo proponía al Departamento, sobre producción de bebidas fermentadas higiénicas. Los términos de este contrato fueron ajustados por los dos funcionarios nombrados y sometidos a mi estudio y aprobación como Gobernador. El negocio fue ampliamente ventilado entre el señor Secretario de Hacienda, el señor Administrador General de Rentas, y yo, hasta que se firmó el contrato respectivo. El pensamiento que presidió a esa negociación, o sea, la intención de las partes, fue la de procurar, de acuerdo con las leyes, la higienización de las bebidas fermentadas en las poblaciones a que se refiere el contrato y a las cuales el contratista circunscribía el radio de sus actividades. Además de la higienización de las bebidas se perseguía cierta estabilidad en los rendimientos de la renta y naturalmente un mayor producto de ella. De todas maneras, la intención de las partes al celebrarse este negocio seguramente consta en los considerandos o motivos determinantes del contrato. Claro está que como se trataba por medio del negocio con el señor Jaramillo de proveer a la producción y expendio de bebidas fermentadas higiénicas, que son las autorizadas por la ley, y como por otra parte, para hacer efectivo ese fin el Gobierno se obligaba a prestar su apoyo al contratista, de ahí se deduce pue solamente el contratista señor Jaramillo podía producir bebidas higiénicas o, en otros términos, que las bebidas fermentadas que fueran tóxicas, producidas por otros industriales, eran incompatibles, dentro del contrato, con las que produjera el contratista señor Gregorio Jaramillo. Esto evidentemente establecía un monopolio de hecho autorizado por la ley, puesto que ella prohibe las bebidas fermentadas tóxicas y manda a las autoridades departamentales proveer a la higienización de las bebidas fermentadas."

De estas declaraciones resulta que la intención de las partes fue la de conceder una preferencia al contratista en la producción

y expendio de las bebidas. El testimonio honorable y sincero del doctor Perilla Barreto —que no es un alegato como lo considera el tribunal a quo, sino una declaración sobre hechos— sirve de base para interpretar lo que consta en el contrato, respecto a la preferencia expresada. Por lo demás, una práctica y jurisprudencia uniformes se habían establecido ya, como aparece de los antecedentes del contrato, como puede verse en las estipulaciones del que se celebró el 12 de agosto de 1932 con Aristizábal, en el cual se estableció que el contratista se obligaba a garantizar un rendimiento en la renta no menor al mayor promedio mensual del producto bruto que hubiera alcanzado desde su iniciación (1927), o sea, la cantidad de $ 56,850.96 mensuales. (El promedio más alto fue el de esta suma en los años de 1927 a 1932 en todo el Departamento. Véanse folios 182 del cuaderno 2º).

Por este contrato, Aristizábal se subrogó desde su fecha en los contratos parciales que tenía el Departamento y adquirió el carácter de Recaudador en los municipios en que no había contratos (cláusula tercera). El Gobierno se comprometió a sostener al contratista al frente de la empresa de higienización durante el término del contrato, y "a prestarle todo su apoyo moral y material, en caso necesario, para el fiel cumplimiento de sus obligaciones (cláusula duodécima). Tal carácter de Recaudador no se le dio a Jaramillo.

Cambiando el orden de las solicitudes de la parte petitoria, se considera:

Tercera petición

En la tercera petición se solicita que se condene al Departamento, de conformidad con el inciso 2º del artículo 1546 del Código Civil, al cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

Para demostrar que esta petición no puede prosperar, se hacen las siguientes observaciones:

El Gobierno departamental declaró caducado el contrato por resolución número 14 de 5 de octubre de 1934 (fs. 163 del C. 2º). Después, por la resolución número 16 de 16 del mismo mes (fs. 164 id), dijo el Gobierno: "Considerando: Que la Administración General de Rentas le ha consultado a la Secretaría de Hacienda respecto del alcance de la resolución número 14 del corriente año sobre caducidad del contrato celebrado con el señor Gregorio Jaramillo para el establecimiento de fábricas de fermentados en algunos municipios del departamento, resuelve: Aclarar la resolución número 14 de fecha 5 de los que cursan en el sentido de que, como el citado Jaramillo solamente ha infringido el contrato en cuanto hace relación a las cuotas a que está obligado por las fábricas establecidas en esta ciudad, 'como se expresa en los considerandos de la resolución número 14', la caducidad de que trata la referida resolución únicamente se refiere a la fábrica establecida en esta ciudad de Tunja."

Se pregunta si esta aclaración restrictiva del alcance de la primera resolución es válida, o si, por no serlo, la primera resolución está vigente en todos sus efectos.

Lo primero que hay que considerar es que la caducidad es un medio estrictamente jurídico que el derecho administrativo concede a la entidad de derecho público, y tiene por objeto poner fin a las convenciones cuando el contratista o concesionario incurra en incumplimientos de importancia. Cuando la entidad administrativa considera prudente hacer uso de ese derecho, pone fin a la convención, sin que valga otro procedimiento que la derogatoria de la resolución de caducidad, o que ésta se anule por autoridad competente cuando la nulidad se solicite dentro del término legal. Pero no puede el Gobierno aclarar su resolución en el sentido de que la caducidad sólo se refiere a una parte de la cláusula de un contrato cuando éste constituya una sola y única entidad. Proceder de otro modo, es modificar el contrato, si no es que ese procedimiento constituye una novación. Y es principio de Derecho Administrativo que la Administración no puede por su solo arbitrio, sin la anuencia de la otra parte, novar el contrato o modificarlo.

Es evidente que el contrato constituye una sola y única entidad, aunque se refiera a un permiso concedido para varios municipios. Basta para convencerse de esta aseveración releer el aparte a) de la cláusula primera del contrato, en donde se ve que se celebró uno solo y no varios; porque si para cada municipio se hubiera celebrado un contrato, ello habría sido objeto de cláusulas especiales para cada uno de ellos, con determinación especial también de circunstancias propias para cada municipio. Es bastante, además, para sostener esta tesis, el texto todo del contrato en que la voluntad de las partes aparece claramente manifestada a este fin, pues no se habla de contratos, sino de contrato, y donde todos los derechos y obligaciones son conexos, con una relación

íntima entre sí; por eso se estableció como causal de caducidad "la mora en el pago oportuno de tres décadas consecutivas a que el contratista está obligado a consignar en las recaudaciones (cláusula décimasexta).

En consecuencia, la Administración, al declarar caducado el contrato, obró en ejercicio de lo pactado creyendo que el contratista había dejado de cumplir con lo de su cargo; y esa caducidad es válida, porque no fue revocada por la Administración, y porque el contratista no hizo uso de la acción correspondiente dentro del término legal (art. 12 de la Ley 72 de 1925); mientras que la aclaración realizada en la resolución número 16, no puede considerarse válida, por lo que queda expresado, pues ella constituye cuando menos una modificación del contrato, verificada sin el consentimiento de la otra parte contratante. Esta modificación surge de la circunstancia de haberse alterado con la resolución mencionada una de las cláusulas esenciales del contrato.

Podría argüirse que habiéndose presentado la demanda el 6 de agosto de 1934, el Departamento, estando demandado, no podía caducar el contrato el 5 de octubre del mismo año. Pero es lo cierto que podía hacerlo antes de trabarse la litis, lo cual se verificó con la contestación de la demanda el 16 de dicho mes de octubre. En estas circunstancias, el demandante habría podido, dentro del término legal, reformar la demanda; no habiéndolo hecho, la litis contestación quedó trabada sobre un contrato caducado.

Habiéndose caducado éste, la solicitud tercera de la demanda, para que se declare que el Departamento está obligado a cumplirlo, es improcedente, porque la caducidad en materia administrativa equivale a la resolución en materia privada; y contrato resuelto es contrato sin vigor a cuyo cumplimiento no puede obligarse. En consecuencia, menos puede prosperar la solicitud de que se restablezca al demandante en el pleno ejercicio del contrato. Además, por la naturaleza de las circunstancias ya no puede obligarse al restablecimiento.

Acción subsidiaria

Pero se pide en la acción subsidiaria que se condene al Departamento a pagar al demandante los perjuicios que le haya causado con las infracciones hechas al contrato. Esta acción sí puede prosperar, por la razón de que, aun cuando es cierto que demandándose el cumplimiento de la obligación no se pueden pedir a la vez los perjuicios por incumplimiento, también es verdad que, aunque las acciones sean contrarias, propuesta una de ellas en forma condicional o subsidiaria, puede ser objeto de declaración, "siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles", al tenor del numeral 3º del artículo 209 del Código Judicial.

Dicha acción subsidiaria es una consecuencia de la solicitud primera de la demanda, sobre declaración de que el Departamento demandado infringió el contrato y faltó a sus obligaciones. Por esto precisa ver ahora si hubo esa violación por parte del demandado.

Antes de decretar la caducidad, el Gobierno celebró los siguientes contratos, los cuales fueron invocados como hechos de la demanda:

a) El 25 de enero de 1934 (fs. 10 v. a 13 del C. 1º), uno con Luis E. Buitrago B., autorizando a éste para establecer una fábrica, similar a la autorizada a Jaramillo, en el municipio de El Cocuy. Buitrago se obligó a pagar un impuesto mínimo de ochocientos pesos ($ 800.00) mensuales, o de mil pesos ($ 1,000.00) mensuales, según el caso, y a efectuar una producción mínima de cuarenta mil litros mensuales.

b) El 10 de abril de 1934 (fs. 8 v. a 10 del C. 1º), otro con Jorge Gutiérrez para instalar una fábrica similar en Tunja, obligándose el contratista a pagar un impuesto mínimo de mil quinientos pesos ($ 1,500.00) mensuales y a una producción mínima de sesenta y cinco mil litros entre chicha y guarapo, por mes.

c) Otro con Eduardo Riaño el 24 de julio de 1934 (fs. 5 a 8 del C. 1º) para instalar y montar una fábrica en la ciudad de Tunja, "para atender a la producción, expendio y consumo de bebidas fermentadas, chicha y guarapo"; y en la cláusula quinta se impuso un impuesto mínimo de ochocientos pesos para el primer mes, y de mil pesos en los siguientes, sobre una producción mínima de cuarenta mil litros entre chicha y guarapo, en el primer mes, y de cincuenta mil en los restantes. (En el contrato con Jaramillo se estipuló una cantidad de tres mil ochocientos cincuenta pesos ($ 3,850.00).

Con entera claridad salta a la vista el perjuicio causado a Jaramillo con los contratos enunciados, pues mientras los concesionarios últimos se obligaban a pagar el impuesto mínimo con grandes ventajas para ellos, aquél tenía que responder siempre por grandes sumas, iguales a los producidos mensuales más

elevados que en los municipios de la concesión se habían obtenido en los últimos años.

Es, pues, evidente la violación del contrato por parte del Departamento desde el 25 de enero de 1934, fecha en que se celebró el contrato con Buitrago.

No es óbice para determinar la existencia de esta violación, el reparo hecho por el Tribunal de Tunja, de que algunos de esos contratos no fueron aprobados por el Gobernador. Basta para ello con que los contratistas hubieran principiado a darles cumplimiento (de lo que hay prueba en el proceso, como se ve a folios 200 y 201 del Cuaderno 2º) para que la violación quedara consumada. Además, algunos de esos contratos sí aparecen con la aprobación gubernamental respectiva.

Respecto a la otra violación enunciada en la demanda, surge la siguiente pregunta: ¿Podía el Gobierno restringir o revocar en cualquier momento la preferencia concedida, y dejar, por tanto, de cumplir el contrato, declarándolo inválido por sí y ante sí con interpretaciones unilaterales?

Para responder se considera:

A pesar de que en el contrato se estableció la facultad para el Gobierno de declararlo caducado, esta convención es una ley obligatoria para las partes, no pudiendo, por tanto, la entidad oficial darle interpretaciones unilaterales. La Corte (Sala Civil de Unica Instancia), en sentencia de 9 de diciembre de 1936 (G. J. números 1920 y 1921, págs. 789 y siguientes), establece que cuando la Administración contrata como persona de derecho privado, sus actos son una ley para las partes; que cuando celebra contratos, aunque tengan carácter administrativo, éstos también envuelven una norma convencional, "por lo que, en este carácter, deben mantenerse rígidos e inflexibles, con excepción de las interpretaciones que, con cierta amplitud les den las partes", pero advirtiendo también, que la Administración tiene facultades discrecionales, "que emanan naturalmente de la inspección y acción tutelar que ejerce para el mejor gobierno y defensa de los intereses que le están confiados", "y en virtud de esas facultades ella puede unilateralmente obrar, modificando los contratos administrativos, cuando la modificación esté autorizada por la ley, o cuando se acuerde con las mismas formalidades y garantías a que se ajustó para la celebración de ellos"; esto, porque "no puede negársele en absoluto, y sin grave riesgo, la facultad de interpretar el contrato de acuerdo con las necesidades públicas".

En el caso de que se trata, las interpretaciones unilaterales de la Gobernación iban contra la intención del contrato y abrían el camino para la vulneración de los derechos de la otra parte contratante.

Es necesario notar claramente que por parte del Departamento demandado no se adujo prueba alguna ni en la primera ni en la segunda instancia, por lo que él no trajo a los autos el Decreto que haya dictado la Gobernación reglamentando la Ordenanza 33 de 1932, en su artículo 9º transcrito arriba, en uso de las facultades concedidas en el aparte d) de dicho artículo, ni tampoco ese Decreto se encuentra entre las pruebas aducidas por la parte demandante. Como el contrato lo celebró la Gobernación con la facultad concedida en esa Ordenanza, sólo en presencia del decreto reglamentario de ella habría sido posible estudiar si el Departamento podría en cualquier momento restringir o revocar la preferencia concedida. Pero la reglamentación no existe demostrada en el proceso; y por ello no puede saberse si en los municipios en que se había dado la preferencia a Jaramillo podrían coexistir otros expendios de bebidas fermentadas producidas en fábricas similares a las por éste establecidas.

Es, pues, indudable que el Departamento demandado violó el contrato al conceder otros permisos para el monto e instalación de otras fábricas, permisos que se concedieron de conformidad con contratos ya vistos, para municipios en que el demandante tenía establecidas sus fábricas.

Atendiendo a lo expuesto, prospera la petición primera y la subsidiaria, y debe condenarse al Departamento en los perjuicios que se solicitan en esta última acción. Pero para hacer la condenación de los que se causaron no se tiene una base fija, por lo que ella sólo puede hacerse in genere, desde la fecha del contrato celebrado con Luis E. Buitrago B. (25 de enero de 1934) hasta el día en que el ajustado con Jaramillo se declaró caducado (5 de octubre del mismo año).

No puede declararse una condenación en especie porque, aunque es cierto que existe un dictamen pericial realizado conforme a ley y en el que se fija en una suma determinada el valor de los perjuicios, es evidente que en dicho dictamen quedaron involucrados algunos que emanan de hechos que constituyen violación del contrato, y que en realidad están probados en su mayor parte en el proceso, pero que, por no haber sido enunciados como puntos básicos de la de-

manda, no pueden ser estimados para una declaración específica de condenación en esta sentencia. Por consiguiente, los perjuicios serán los que resulten de una determinación de los causados en los lugares a que se contrajeron los contratos celebrados con Buitrago, Gutiérrez y Riaño.

Petición segunda

Procede la declaratoria de la segunda petición, consistente en que el demandante cumplió con las obligaciones que para él emanaban del contrato.

En efecto, hay abundante prueba de que las bebidas que el contratista producía eran de muy buena calidad. Resulta esto: Del dictamen que obra a folios 30 a 35 del cuaderno 2º; de las declaraciones de Germán Pinilla, Nicolás Vásquez, Manuel Pardo y Julio Molano, visibles a folios 91 v. a 94 del mismo cuaderno.

También hay prueba de que pagó cumplidamente el impuesto a que se había comprometido, como se ve de los informes del recaudador de rentas departamentales (fs. 108 a 109, 120 v. a 122, 124 a 129, 131 a 132, 133 a 134, 136, 139 v. a 141, 242 a 252 del cuaderno 2º); del informe del Jefe Seccional de Presupuesto (fs. 157 a 158 id.); del informe del Secretario de Hacienda (fs. 159 a 161 id.).

Verdad es que a Jaramillo se le ejecutó por una parte de la suma del impuesto (fs. 219 a 224 del cuaderno 2º); pero el auto ejecutivo fue revocado por el Tribunal Superior de Tunja (fs. 28 a 30 del cuaderno 5º).

Quinta petición

En ésta se solicita condenación en costas. Pero el Departamento, al tenor del artículo 576 del Código Judicial no puede ser condenado en ellas. Esta parte de la sentencia apelada es legal.

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,

F a l l a:

Primero. Revócase la sentencia de primera instancia, de fecha diez de marzo de mil novecientos treinta y seis, de que se ha hecho mérito, menos en lo referente a costas.

Segundo. El demandante Gregorio Jaramillo cumplió el contrato celebrado el once de noviempre de mil novecientos treinta y tres con el Departamento de Boyacá, mientras dicho contrato estuvo vigente.

Tercero. El Departamento de Boyacá, por medio de sus agentes, infringió el contrato de que se ha hecho mención en este fallo. En consecuencia, por ser civilmente responsable de los perjuicios causados a partir desde el día en que se puso en vigencia el contrato de veinticinco de enero de mil novecientos treinta y cuatro, celebrado con Luis E. Buitrago B., se le condena al pago de ellos hasta el día en que el contrato ajustado con el demandante se declaró caducado (5 de octubre de 1934). Estos perjuicios se fijarán en forma legal (artículo 553 del Código Judicial, teniéndose en cuenta los causados con los contratos otorgados a Buitrago, Gutiérrez y Riaño, respecto a los lugares a que esos contratos se refirieron.

Cuarto. Se absuelve al Departamento demandado de los demás cargos formulados en la demanda.

Quinto. Sin costas en esta instancia.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Gustvao Gómez Hernández, Srio. en pdad.

SALVAMENTO DE VOTO

Para explicar mi obligada discrepancia con el fallo anterior, me refiero concretamente a la parte del mismo que expresa:

"Este contrato, atendiendo a su interpretación, según los artículos 1618 y siguientes del código citado, debe producir algún efecto. Si él no constituye una exclusividad, ni un privilegio de fabricación, ni siquiera una administración delegada de la renta, entraña, por lo menos, una preferencia consistente en que el Gobierno de Boyacá aceptó y escogió al proponente Jaramillo. Y es evidente que para que tal contrato no sea un mero instrumento sin alguna seriedad, el Departamento debió adquirir la obligación de no contratar con otro en mejores condiciones, como ha ocurrido en el asunto que se estudia. Esta obligación de no contratar no envuelve privilegio, porque contratar es un derecho del Departamento, y, por consiguiente, la obligación de no contratar podía pactarse, como se desprende del espíritu, de la intención de la convención, porque no se entendería cómo podía celebrarse un contrato como el de Jaramillo, si el Departamento quedaba con el derecho de celebrar contratos de esa misma naturaleza, en los mismos municipios, con otros proponentes.-Muy distinto sería el caso de un mero y simple permiso sin contrato, condición establecida para el ejercicio de la industria de fabricación de la chicha."

No comprendo cuál es la diferencia que exista y se hace entre la exclusividad y la preferencia para explotar un negocio una persona, en relación con otras. Si la preferencia consiste en que a la persona escogida para el contrato se le garantice una situación de derecho que impida el que terceros entren a competir con ella en la explotación de que se trata, aquélla no es sólo preferencia sino exclusividad.

Y ese espíritu de exclusividad es el que informa la sentencia, puesto que considera violatorios de la preferencia los contratos que el Gobierno de Boyacá celebró con personas distintas del contratista Jaramillo, con lo que se llega al resultado de la explotación exclusiva. En efecto, si ha de entenderse que al contratar con Jaramillo el Departamento de Boyacá se obligó a no contratar con otras personas, en las condiciones del convenio con aquél, es porque al propio tiempo se estima que el primer contratista tenía un derecho con exclusión del que pudieran ejercitar terceras personas.

Pero la sentencia, con sólidas razones, demuestra cómo la exclusividad ni se pactó ni podía pactarse. Luego los fundamentos del fallo en este particular sustentan también la tesis, que respetuosamente he sostenido y sostengo, de que no puede considerarse, ni en hipótesis de interpretación, que el sentido o alcance del contrato celebrado entre Jaramillo y el Departamento pueda ser el de conferir a aquél el derecho preferencial a que me refiero, entendido como el fallo lo entiende.

Como bien lo expresa la sentencia, el contrato con Jaramillo no es otra cosa que "una licencia para montar fábricas con las condiciones higiénicas señaladas por las leyes y ordenanzas vigentes. Entre aforar diariamente como lo prescribe la Ordenanza 23 de 1929 o conceder permisos diarios por un determinado canon y determinada cantidad de licor, el Gobierno optó por una licencia pactada en forma más permanente..."

Comenta también con acierto el contrato cuando dice: "En cuanto al Departamento de Boyacá, sus obligaciones fueron: impedir que se establecieran fábricas similares a las del contratista en las que se produjeran bebidas fermentadas 'con un impuesto inferior a dos centavos ($ 0,02),' y 'prestar al contratista todo el apoyo necesario de su autoridad para que él pudiera cumplir sus obligaciones.' "

El contrato, aunque así se le llame, es tan sólo un mero y simple permiso, una licencia para montar fábricas y pagar el impuesto de dos centavos ($ 0,02) por litro sin necesidad del aforo diario y asegurándole al Departamento un mínimum de renta, sin que por ello el Departamento renunciara a la facultad de control para fijar el máximum en cada caso, de acuerdo con la producción de fermentadas.

Como el contrato no podía, a mi juicio, garantizarle a Jaramillo una exclusividad o preferencia, no autorizada en las leyes y ordenanzas, su interés práctico pudo consistir

en asegurarle la licencia por un tiempo determinado, el de la duración del convenio, pues sin éste, la licencia podía retirársele sin la traba que implica la estipulación contractual.

Y no se hizo, siempre a mi juicio, de mejor condición a los contratistas que siguieron al señor Jaramillo, porque ellos se obligaron al pago del impuesto ordenanzal y a los demás requisitos de rigor.

Si por razón de cómputos resultaba prácticamente compitiendo con Jaramillo su negocio un tercero, en un municipio dado, en mejores condiciones a causa de un aporte menor al fisco, dicho aporte sería proporcional a la escala menor de producción, y en todo caso no otra cosa que la intervención natural de un ciudadano en una industria libre, y a la cual competencia se hallaba sujeto de manera obvia el contratista, desde la celebración del convenio. Si en el hecho se le perjudicó, moralmente habría base para que se le indemnizara del daño, pero legalmente no existe fundamento, a mi parecer, por lo ya expuesto, para estimar que se perjudicó al contratista y que, por ende, debe el Departamento indemnizarlo.

Bogotá, mayo 4 de 1938.

Aníbal Cardoso Caitán

INDICE

Págs.

EDITORIAL — De la teoría de la imprevisión. (Continuación).—Lorenzo de la Maza Rivadeneira 497

COLABORACION JURIDICA — La guarda de la Constitución. Dr. Pedro A. Gómez Naranjo.... 502

SALA PLENA

Se declara que es exequible el artículo 6º del decreto ejecutivo Nº 450 de 25 de febrero de 1937. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 510

SALA DE CASACION CIVIL

RECURSO DE SUPLICA—Se niega el interpuesto en el ordinario entre Ezequiel Hoyos y Rafael Navia—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 514

ACCION DE PERJUICIOS POR CAUSA DE UN INCENDIO—CULPA EXTRACONTRACTUAL. — A QUIEN CORRESPONDE LA CARGA DE LA PRUEBA DEL DAÑO—RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS FERROVIARIAS EN CIERTOS CASOS — PAGO DE INTERESES EN EL CASO DEL ARTICULO 1617 DEL CODIGO CIVIL.— Se casa parcialmeent la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Angel María Torres contra el Ferrocarril del Nordeste.—Magistrado ponente, Dr. Fulgencio Lequerica Vélez 515

NULIDAD DE UN CONTRATO, RESTITUCION DE BIENES, PERJUICIOS—DOLO. — SOCIEDADES ANONIMAS—REGISTRO Y TRASPASO DE LAS ACCIONES—SUS DIVIDENDOS — DERECHOS DE LOS SOCIOS DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS—TEORIA DE LA IMPREVISION—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario de Pedro Pablo Rodríguez con F. Bravo & Co., S. A.—Magistrado ponete, Dr. Arturo Tapias Pilonieta..... 523

DESISTIMIENTO—Se decreta el del recurso de casación interpuesto por el actor en el ordinario de Enrique González R. contra Tulia Puerta v. de Velasco y sus menores hijos—Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica..... 547

ACCION DE NULIDAD DE UNAS HIPOTECAS. HIPOTECAS A NON DOMINO—HIPOTECAS DE CUOTAS EN BIENES COMUNES—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali en el ordinario de Eusebio Rojas contra Aquilino So-

ACCION PRINCIPAL DE RESOLUCION DE UN CONTRATO — SUBSIDIARIA DE RESCISION to—Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 547

Págs.

POR LESION ENORME — PERSONERIA SUSTANTIVA Y ADJETIVA—LA SUCECION NO ES PERSONA JURIDICA—TECNICA DE CASACION. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Elisa Ardila y socias contra Elisa Nieto de Torres—Magistrado ponente, Dr. Fulgencio Lequerica Vélez..... 553

RESPONSABILIDAD POR EL MANEJO DE MAQUINAS — PRESUNCION DE CULPA EN EL AGENTE DE UNA ACTIVIDAD PELIGROSA.— Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario de Asunción y Petrona Bustamante contra The Santa Marta Railway Co Limited—Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 560

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS, DAÑOS, ETC. — LIBERTAD CONTRACTUAL — NORMAS DE ORDEN PUBLICO—INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS, ETC.— Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Georges Maguin contra Rafael y Enrique Iregui C.—Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica..... 566

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

SE DECLARA PRESCRITA LA ACCION PENAL en las diligencias contra el señor Antonio Reyes Castillo como Secretario del Tribunal Superior de Tunja—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 575

ACTIVIDADES POLITICAS DE LOS MAGISTRADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. Se sobresee definitivamente a favor del señor Augusto Mendoza Bonilla en las diligencias sumarias que se le adelantaron como magistrado del Tribunal Administrativo de Cúcuta. — Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias..... 573

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION SOBRE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO Y SOBRE PAGO DE PERJUICIOS—MONOPOLIO FINANCIERO—RENTA DE BEBIDAS FERMENTADAS—LICENCIA DE FABRICACION. CONCESION DE FABRICACION—CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en el ordinario del señor Gregorio Jaramillo contra el Departamento de Boyacá.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R..... 578

SALVAMENTO DE VOTO del magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 594

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas.—Ley XIII).
"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVI BOGOTA—JULIO DE 1938. NUMERO 1937.

DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

POR

LORENZO DE LA MAZA RIVADENEIRA

(Continuación)

LA NOCION DE IMPREVISION

SUMARIO: 16. Ideas generales. — 17. Fórmulas de los autores. — 18. Requisitos de la imprevisión. — 19. Análisis de estos requisitos. — 20. En qué consiste la teoría de la imprevisión. — 21. Diferencia entre la imprevisión y el error, la lesión y la condición. — 22. Diferencia con la fuerza mayor.

16. Imprevisión, según el diccionario de la Academia, es la falta de previsión, y previsión es el conocimiento o juicio de lo futuro.

Ambas palabras vienen del verbo prever, que significa ver con anticipación, conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder.

Imprevisión, en consecuencia, es la falta de conocimiento o juicio de lo futuro.

Conviene distinguir lo imprevisto, lo que no ha sido conocido o visto con anticipación, de lo imprevisible, lo que no ha podido ser conocido con anterioridad. Así, es imprevisto el hecho cuyo advenimiento pudo saberse con anticipación; es imprevisible el hecho del cual no ha podido tenerse conocimiento, en circunstancias normales, antes de ocurrir.

Estas aclaraciones nos servirán más tarde, pues nos evitarán explicar en cada caso el alcance de los términos empleados.

Sabemos que el hombre está sujeto a necesidades de todo orden que debe satisfacer. Para procurarse lo necesario a esa satisfacción emplea su actividad en diversos fines que le permiten, en último término, obtener los objetos del mundo exterior o su utilidad. Pero su acción no le basta; no obtiene mediante su actividad particular e individual todo lo que necesita; requiere para eso del auxilio de los demás hombres.

Esta interdependencia de los hombres entre sí y la misma naturaleza humana impulsan al individuo hacia la vida en sociedad, que se manifiesta por las múltiples relaciones que se producen de persona a persona. La moral y el derecho rigen la ac-

tividad del individuo y también estas relaciones que produce y por las cuales se manifiesta la vida social.

Gran parte de esas relaciones de individuo a individuo se traducen en vínculos que el derecho ampara y sanciona. Cuando en virtud de estos vínculos alguna de las partes queda con respecto de la otra en la necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer alguna cosa, nos encontramos frente a la obligación.

La obligación, entonces, no sólo tiene una utilidad y una finalidad individual, sino que también tiene un fin social y es útil a la colectividad, en virtud de la independencia en que se encuentran los individuos y por cuanto les sirve como medio de obtener lo que requiere la satisfacción de sus necesidades.

Puede, por consiguiente, concluirse, que la obligación en sí misma y la ejecución perfecta de ella corresponden a una necesidad social, y que, siempre que dos partes determinadas se vinculan jurídicamente, realizan no solamente un acto útil a ellas, sino útil también desde el punto de vista colectivo.

El legislador lo ha comprendido así y por eso ha reglamentado con esmero todo lo que se refiere a las obligaciones y a su ejecución, dando, incluso, como lo hemos visto, ciertos derechos al acreedor en caso de que el deudor no cumpla perfectamente o retarde la ejecución del vínculo jurídico.

Estas disposiciones se inspiran en la necesidad de asegurar el respeto de la voluntad de las partes que da origen a la obligación; de resguardar la seguridad de las transacciones; de sancionar las relaciones lícitas entre los individuos, necesarias a la buena marcha de la vida social. Y con estos objetos, nuestro Código Civil ha establecido en el artículo 1545 que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...." Como se ve, nuestro Código Civil, lo mismo que el francés (artículo 1134), pone por sobre todo la estabilidad de los contratos, haciendo de este principio una de las bases más sólidas del orden social. Ha seguido en esto la tradición romana.

Pero, es un hecho que los acontecimientos, sucediéndose unos a otros, suelen cambiar las condiciones de los negocios y perturbar las relaciones económicas y sociales.

Así, por ejemplo, nadie desconoce, como lo hemos hecho notar en la Introducción, las perturbaciones y cambios de circunstancias producidos por la gran guerra; como nadie puede desconocer los trastornos económicos, sociales y financieros producidos entre nosotros por ese conjunto de factores que se ha dado en denominar crisis.

Pues bien, alteradas las relaciones económicas y sociales que, como hemos dicho, son las que se traducen en vínculos jurídicos o más propiamente en obligaciones; perturbadas las condiciones normales de la vida colectiva, el Derecho que para asegurar el buen funcionamiento de éstas y resguardar la seguridad de aquéllas, dio carácter inalterable a la obligación, le dio fuerza obligatoria ¿no exigirá también que se modifique de acuerdo con las circunstancias, en vez de permanecer inalterable? ¿No permitirá esta modificación, cuyo objeto sería restablecer la primitiva armonía entre la obligación y las relaciones o necesidades que la produjeron? ¿No impedirá que el acreedor ejercite libremente los derechos que para situaciones normales le ha dado la ley, cuando su ejercicio pueda perjudicar exorbitantemente al deudor y no convenir al interés social? Hé aquí el problema.

17.—En general, el incumplimiento de una obligación o proviene de un hecho independiente de la voluntad del deudor o de un hecho completamente ajeno a su voluntad y a su previsión. En el primer caso nos encontramos frente a la culpa o al dolo, según que sólo haya imprudencia o negligencia o exista intención positiva de causar un mal y de eludir la ejecución de la obligación. En el segundo, frente al caso fortuito o frente a la noción de imprevisión, según que el hecho imprevisto o independiente de la voluntad del deudor haga absolutamente imposible la ejecución del vínculo jurídico, o sea un hecho imprevisible y general que sólo la dificulte o la haga más onerosa.

Todos los autores establecen en términos más o menos análogos el problema de la imprevisión.

Para Voirin, autor de un trabajo acerca de la materia, publicado en Nancy en 1922, el problema consiste en averiguar cómo podría conciliarse el interés de las partes y ponerse en armonía el interés del deudor con la conveniencia social muchas veces en pugna si, en el intervalo que separa la celebración de un contrato y su ejecución, surge algún acontecimiento imprevisto e imprevisible que cambia las condiciones de los negocios y perturba las relaciones económicas y sociales. (1)

---

(1) De Harven: Mouvements genéreaux de Droit Civil Belge contemporaine, pág. 235.

Julien Bonnecase (1) se pregunta si es justo admitir que un acto jurídico especialmente un contrato, pueda ser modificado en sus efectos, por intermedio de los tribunales, cuando acontecimientos posteriores a su información que, al tiempo de nacer, no han sido en el hecho o no han podido lógicamente ser previstos por las partes, han engendrado una situación, sea particularmente onerosa para el deudor, sea extremadamente desfavorable para el acreedor.

De Harven (2), por su parte, acepta la forma anterior de plantear el problema, pero agrega la noción de utilidad. Fuera de considerar el aspecto de moral y de justicia que pueda encerrar el problema —aspecto fundamental, a nuestro juicio— debe también tenerse en cuenta la utilidad colectiva que pueda seguirse de su solución favorable.

Según René Demogue (3) debe admitirse como principio general que no hay fuerza mayor o caso fortuito cuando la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, puesto que en esos casos no es absolutamente imposible la ejecución. Si la ejecución se hace más difícil, el juez puede conceder al deudor un plazo de gracia, según el art. 1244 (C. C. francés). Si ella se hace más onerosa, ¿tiene el juez facultades especiales? "Así como el juez puede acordar términos de gracia, dice Demogue (4), ¿no podrá acordar temporalmente atenuaciones de gracia?".

Emilio Miñana formula la cuestión refiriéndose a la guerra, o sea, una de las causas que pueden producir alteraciones fundamentales en la vida social y en las relaciones económicas, y sostiene (5) que "la guerra **ipso facto** no extingue ningún contrato. ¿Y cuando la guerra, agrega, haga pesar sobre el obligado una carga demasiado onerosa? Es indudable, dice, que en materia contractual existe cierto equilibrio entre las cargas y beneficios de cada una de las partes contratantes, cuando el contrato es oneroso, y la equidad ordena se tengan en cuenta los hechos que de una manera considerable alteran ese equilibrio.

El profesor Lenel, de la Universidad de Friburgo, formula también claramente el problema. ¿Puede, dice (1), una de las partes, en un contrato, sustraerse a sus obligaciones cuando éstas resulten demasiado gravosas por efecto de una alteración imprevista de las circunstancias? Y, precisando más, agrega que se trata de casos en que la alteración de las circunstancias, sin hacer imposible la contraprestación que según el contrato corresponde a una de las partes, la privan de todo valor para ella, con lo cual el contrato pierde para esta parte todo sentido y finalidad.

Según Campión (2), en el campo económico, en las condiciones generales de vida pueden sobrevenir, posteriormente a la época en que se manifestó el concurso de voluntades que dio nacimiento a la obligación, diversas modificaciones producidas por factores diversos. La ejecución de la obligación puede seguir siendo en estos casos favorable y ventajosa para el acreedor, pero cesar de serlo para la colectividad. Ella puede hacerse directa o indirectamente perjudicial a los interese generales. ¿Podría el juez declarar en estos casos que el acreedor abusa del derecho que se le ha conferido por el contrato por salirse de su finalidad y rehusar ordenar la ejecución de las obligaciones que de él se derivan? Aquí aparece, según Campión, la teoría de la imprevisión.

Para Georges Ripert (3) el problema consiste en ver si el juez tiene facultad para intervenir en la ejecución del contrato, para impedir que el acreedor ejercite y obtenga todas las ventajas que le reportaría el derecho adquirido. Ver si los tribunales revisan los contratos que no pueden ser cumplidos en sus primitivas condiciones sin gran perjuicio para el deudor.

A su juicio, esta intervención de la justicia en la ejecución del contrato no importa desconocer su fuerza obligatoria; al contrario, puesto que al demandar una reducción de sus cargas, la parte que así lo solicita reconoce que el contrato no puede ser modificado más que por un acto de la autoridad.

Ripert, sin embargo, como veremos, no acepta la revisión fundada en la imprevisión, porque en su concepto (4) contratar es prever, es asegurarse contra las contingencias ignoradas del futuro.

---

(1) **Bonnecase:** Nº 292.

(2) **De Harven:** pág. 235.

(3) **Demogue:** Nº 632.

(4) **De Harven:** pág. 246.

(5) **Emilio Miñana:** El Derecho Civil y Comercial de la guerra. Rev. de Der. Priv., t. VII, págs. 2 y sigtes.

(1) **Lenel:** La cláusula rebus sic stantibus. Rev. de Der. Priv. t. VII, págs. 193 y siguientes.

(2) **Campión:** La Theorie de l'abus des droits. Nº 225

(3) **Ripert:** Nº 74.

(4) **Ripert:** Nº 84.

Zaki (1), por su parte, formula el problema en esta forma: "Un contrato que debía ser normalmente ejecutado en las condiciones fijadas, a consecuencia de circunstancias imprevistas se va a transformar para el deudor en una causa de ruina, mientras que el derecho del acredor se va a tornar, por el juego de los acontecimientos, excesivamente acrecido. ¿El ejercicio de este derecho no será la consagración de una suprema injusticia?

18.—Las fórmulas anteriores contienen ciertos elementos comunes que nos permiten, agrupándolos, establecer los requisitos generales de la noción de imprevisión. El acontecimiento constitutivo de esta noción debe reunir las caracterásticas siguientes:

a) **Debe ser imprevisible** en el momento de nacer la obligación.

Esta exigencia la contienen las fórmulas de varios autores: según Voirin (2) debe tratarse de acontecimientos imprevistos e imprevisible. Bonnecase (3) se refiere a acontecimientos posteriores a la formación del contrato y que, al tiempo de nacer, no habían sido en el hecho o no habían podido ser previstos lógicamente por las partes. Para Serbesco (4) el acontecimiento debe ser totalmente imprevisto y también imprevisible.

b) **Debe ser independiente** de la voluntad de las partes.

Para Serbesco (5) es necesario que el acontecimiento sea extraño a la voluntad de las partes. El mismo requisito exigen Zaki (6) y Rozis (7).

c) Debe, afectando a toda una categoría de contratantes, producir una **alteración o perturbación tan extraordinaria y grave** en las condiciones normales de la vida social, en el desarrollo ordinario de los negocios, en las relaciones económicas de los individuos, que las partes no se habrían obligado de haberlas podido tener en vista. Como ejemplos podemos citar la gran guerra, la crisis chilena, una gran inundación, una variación enorme de precios, etc.

Según Serbesco (1) es preciso que el acontecimiento tenga tal importancia que las partes no habrían contratado si lo hubieran tenido en cuenta. A lo mismo alude Rozis (2). Voirin (3) expresa que es necesario un acontecimiento que cambie las condiciones generales de los negocios y perturbe las relaciones económicas y sociales. Campión (4) cree de necesidad modificaciones en el campo económico y en las condiciones de vida. Miñana (5) se refiere a causas que pueden producir alteraciones en la vida social y económica.

d) Sin hacer material y absolutamente imposible la ejecución de la obligación, debe **dificultarla en forma considerable,** hacerla exorbitantemente más onerosa o imponer al deudor un perjuicio apreciable y grave.

Bonnecase se refiere a este requisito (6) diciendo que el acontecimiento debe engendrar una situación, sea particularmente onerosa para el deudor, sea extremadamente desfavorable para el acreedor. Demogue (7) expresa que la ejecución de la obligación debe hacerse más difícil o más onerosa. Lenel (8) se refiere a obligaciones demasiado gravosas y Ripert habla de un gran perjuicio del deudor (9).

19.—Hemos dicho que el primero de los requisitos que debe reunir un acontecimiento para servir de elemento constitutivo a la imprevisión, es el de ser imprevisible en el momento de nacer la obligación.

Desde luego, si el acontecimiento ha sido imprevisto, la responsabilidad de las partes no sufre ninguna alteración. Ellas debieron formular sus condiciones en el momento de contratar en un sentido que les permitiera defenderse contra los trastornos que este acontecimiento podía producir. Si no lo hicieron, sobre ellas debe pesar el fruto de su negligencia.

Si el acontecimiento no fue previsto pero pudo serlo, tampoco debe modificarse la responsabilidad de las partes. El contrato tiene precisamente por objeto, como lo hace notar Ripert (10), asegurarse contra las con-

(1) **Zaki:** La imprevisión en Droit Anglais. Collection de études de Droit Comparé, t. XXIII, pág. XXV.

(2) **De Harven:** pág. 235.

(3) **Bonnecase:** Nº 292.

(4) **Serbesco:** Effets de la guerre sur l'execution des contrats. Revue trimestrelle de Droit Civil, t. XVII, Nº 15.

(5) **Serbesco:** Nº 18.

(6) **Zaki:** pág. 71.

(7) **Rozis:** L'execution des obligations et les variations de valeur de la monaie, pág. 35.

(1) **Serbesco:** Nº 17.

(2) **Rozis:** id. pág. 35.

(3) **De Harven:** pág. 235.

(4) **Campión:** Nº 225.

(5) **Miñana:** Ob. cit. págs. 2 y siguientes.

(6) **Bonnecase:** Nº 292.

(7) **Demogue:** Nº 632.

(8) **Lenel:** ob. cit. págs. 2 y siguientes.

(9) **Ripert:** Nº 74.

(10) **Ripert:** Nº 84.

tingencias del futuro, y si los contratantes pudieron prever estas variaciones, debieron estipular cláusulas especiales que las contemplaran.

Tratándose ahora de un acontecimiento imprevisible, las partes no tienen medio alguno de defenderse contra él y, si dados los términos del contrato, acarrea situaciones deshonestas, injustas y económica y socialmente desfavorables, la moral, el derecho y las conveniencias económico-sociales aconsejan proporcionar a las partes los medios aptos para evitar estas consecuencias.

Todo lo expuesto es de sentido común. la dificultad se presenta cuando se trata de determinar qué acontecimiento es imprevisible. o cuándo tiene un acontecimiento este carácter.

Dos criterios pueden seguirse para resolver esta dificultad: Un criterio subjetivo, que consiste en apreciar la imprevisibilidad del acontecimiento en relación con la persona particular del contratante; y un criterio objetivo, que consiste en apreciarlo en abstracto, sin relación con determinados individuos, tomando solamente en consideración lo que es razonable, posible y normal en el tipo medio del contratante, dado el país, el tiempo y las costumbres.

Según el primero de estos criterios, los tribunales deben apreciar la imprevisibilidad del acontecimiento tomando en cuenta la mentalidad, el estado social, los conocimientos técnicos y la educación en general, la profesión, etc., del contratante, en cada caso particular, porque, evidentemente, lo que para unos es imprevisible no lo es para otros y parece la solución más justa la que contempla la situación de todos y la de cada uno en particular. La condición del contratante de que se trate vendrá a ser, en cada caso, el criterio y la norma para apreciar la imprevisibilidad del acontecimiento.

Esta solución presenta a primera vista la ventaja de ser rigurosamente justa, puesto que desciende al estudio particular de cada caso; ventaja que parece aún mayor en países como el nuestro, donde son enormes las diferencias de cultura e instrucción que existen entre las diversas clases de la sociedad. Tiene, sin embargo, sus inconvenientes.

Desde luego, es sumamente difícil de ser llevada a la práctica, como toda solución que requiere el estudio de cada caso particular, sin hacerse defectuosa. En seguida, amplía en forma exagerada las facultades de apreciación de los tribunales, y, aunque sea lo ideal conseguir que el juez se convierta en legislador respecto de cada caso concreto, es un grave inconveniente si la generalidad de los magistrados no son hombres rectos que a una inteligencia superior unen una gran preparación técnica, buen criterio y cultura general. En muchos países esta solución equivaldría a consagrar la arbitrariedad.

En consecuencia, el descender al estudio de cada caso concreto, si presenta aparentemente los caracteres de ser la solución más justa, casi nunca lo será en la práctica. Ampliadas las facultades de los tribunales en lo referente a la apreciación de la imprevisibilidad del acontecimiento, al autorizarles para tomar en cuenta sobre todo las condiciones personales del deudor, existirá el peligro cierto y fácil de caer en el campo de lo arbitrario y, por tanto, en la injusticia. Esta solución sólo aparentemente es la más justa.

Según el criterio objetivo que hemos señalado, los tribunales apreciarán la imprevisibilidad del acontecimiento únicamente en relación con la mentalidad, educación, estado social, etc., medios del contratante, considerado en abstracto. El problema, como se ve, queda reducido a determinar cuál es el tipo medio del contratante y esto depende del país que se considere y de la época en que se viva.

Nos interesa el problema en nuestro país y en el estado actual de nuestra legislación positiva.

Nustro Código Civil ha debido señalar este tipo medio del contratante, porque el problema de su determinación se presenta también respecto de la teoría de la culpa contractual.

En efecto, en su art. 1547, inciso 1º, dice: "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio." Poniendo este artículo en relación eno el art. 44, su redacción puede ser convertida en la siguiente:

"El deudor no estará obligado a emplear más que la diligencia que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acredor; será obligado a emplear aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y aquella esmerada di-

ligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio."

Con respecto al problema de la imprevisión, ¿no se podría adoptar el mismo criterio?

En los contratos útiles al acreedor, sería imprevisible el acontecimiento que normal y razonablemente no puede ser conocido con anticipación por las personas negligentes y poco prudentes en el manejo de sus negocios propios. En los que se celebran para beneficio recíproco de las partes, el acontecimiento que no puede conocer anticipadamente una persona de ordinario diligente y cuidadosa en el manejo de sus propios negocios. En los que solamente son útiles al deudor, el que no es susceptible de ser conocido desde antes por el hombre esmeradamente juicios y diligente en la administración de sus negocios importantes. Naturalmente, estos tres tipos medios de contratante deberán ser apreciados tomando en cuenta el nivel bajo de cultura que nos caracteriza.

Esta solución tendría la ventaja de reducir al mínimum el campo entregado a la apreciación de los jueces, suprimiendo dentro de lo posible las arbitrariedades. Por otra parte, permitiría contemplar la situación media del contratante, atendida la naturaleza de la relación contractual que lo liga.

Hemos dicho que el acontecimiento será imprevisible cuando no haya podido ser conocido normal y razonablemente con anticipación por el tipo medio del contratante. Se presenta con relación a este punto un nuevo problema. ¿Qué pretendemos decir cuando empleamos los términos normal y razonablemente?

Se trata simplemente de señalar un nuevo límite al poder de apreciación de los tribunales. Determinado el tipo medio del contratante, es necesario fijar al juez una cierta norma respecto de lo que puede ser conocido anticipadamente por aquél; es preciso señalar, respecto de cada uno de los tipos aludidos, cuál de sus diferentes maneras de conducirse debe ser tomada en cuenta, porque es evidente que los individuos comprendidos dentro de un tipo medio de hombre pueden conducirse de diversas maneras. En una palabra, se trata de fijar un tipo medio de conducta social correcta respecto de cada uno de los tres tipos medios de contratante, para que sea ésta la que tome en consideración el juez. Decimos que ella es la forma normal y racional de conducirse.

Esto queda naturalmente entregado a la apreciación de los jueces; pero, de acuerdo, también, con el criterio objetivo, es decir, sin descender a cada caso particular, sin tomar en cuena a cada contratante en concreto, sino tomando en consideración lo que debe ser en abstracto la conducta media, razonable, normal de un individuo corriente, en relación con el estado de cosas existente y lo acostumbrado en el curso medio de la vida y en el comercio habitual.

En resumen, es imprevisible el acontecimiento que no puede ser tomado en cuenta anticipadamente por el tipo medio del contratante, si sigue una conducta social mediana.

El acontecimiento debe ser, en segundo lugar, independiente de la voluntad de las partes, es decir, no debe haber sido provocado ni directa ni indirectamente por éstas.

Es evidente que si uno de los contratantes provoca el acontecimiento que hace más onerosa o difícil la ejecución de la obligación, él debe sufrir las consecuencias. Sería notoriamente injusta la solución contraria. Además, parece que no solamente es necesario que el acontecimiento mismo sea independiente de la voluntad de las partes, sino que también lo es el que la acción de éstas no intervenga para agravar la consecuencias de aquél. Cada uno debe soportar los efectos de sus propios actos, y si fruto de la acción de uno de los contratantes son las consecuencias del acontecimiento imprevisible, éste debe soportarlas.

En tercer lugar, es necesario que el acontecimiento, con respecto a toda una categoría de contratantes, produzca una alteración tan extraordinaria, que las partes no se habrían obligado de haberla podido tener en vista.

Es necesario que la situación de toda una categoría de contratantes se encuentre afectada, porque no es posible contemplar la situación de un deudor determinado, aunque sea injusto en apariencias, desconociendo con este fin la fuerza obligatoria de los contratos, introduciendo la inseguridad en el seno de las relaciones económicas, atentando contra la estabilidad de las transacciones. No parece conveniente.

La exigencia de este requisito es el único medio de asegurar el respeto que se debe a los contratos, al mismo tiempo que se cede a las exigencias de la justicia y de la moral; es el único medio de contemplar en forma integral las conveniencias económico-sociales.

Por otra parte, las dificultades graves de ejecución que afecta a individuos particula-

res, quedan, en la mayor parte de los casos, comprendidas dentro la normalidad, dentro de las contingencias ordinarias de la vida. No es corriente la existencia de acontecimientos imprevisibles que sólo afecten la situación particular de dos contratantes. Casi forzosamente, este acontecimiento tiene que poder ser previsto, porque casi todas las eventualidades posibles dentro de una relación económica concreta y particular pueden ser conocidas o supuestas con anterioridad. Este requisito viene a ser, entonces, más que un requisito, una consecuencia de la imprevisión.

Es también necesario que lógicamente pueda tenerse la convicción de que las partes no se habrían obligado en la forma en que lo hicieron, de haber podido tener conocimiento de las consecuencias del acontecimiento. Si pudiera llegarse a tener la convicción de que las partes, aun conociendo o pudiendo conocer las aludidas consecuencias del acontecimiento, se habrían obligado en la misma forma en que lo hicieron, no existía razón ninguna para protegerlas de lo que obrando razonablemente pudieron evitar.

También se presenta aquí el problema de saber a qué atenderá el juez para llegar a la convicción a que nos venimos refiriendo. Evidentemente al tipo medio del contratante y a la conducta social media de éste. Lo ya dicho al respecto nos evita volver sobre esta materia.

En cuanto al lugar, el acontecimiento sólo debe hacer más onerosa o difícil la ejecución de la obligación, sin hacerla material y absolutamente imposible. Sólo debe dificultarla en forma grave.

Se exige que el hecho no haga imposible en absoluto la ejecución de la obligación, pues, en caso contrario, nos encontraríamos frente al caso fortuito o fuerza mayor, ante el imprevisto que es imposible resistir.

Se exige, como condición positiva, que la ejecución de la obligación se dificulte en forma considerable, se haga exorbitantemente gravosa o imponga un perjuicio apreciable, porque, de no ser así, no existiría razón ninguna para liberar al deudor; más aún, sería una injusticia hacerlo, puesto que se privaría al acredor de parte de sus ventajas, sin un beneficio justo para el deudor.

La razón que justifica la existencia de esta teoría, es la necesidad de remediar la situación de un contratante a quien los acontecimientos ponen en una situación angustiosa, en una situación que dados sus medios le será imposible soportar. Su finalidad consiste en remediar la injusticia, la inmoralidad y la inconveniencia de que uno de los contratantes se arruine, mientras el otro obtiene inesperados y exorbitantes beneficios.

No se trata, por tanto, de favorecer a la parte que tropieza con una dificultad o sufre una pérdida normal. El contrato tiene por objeto asegurarse contra el porvenir, contra los riesgos normales del futuro; no es posible destruír sus ventajas, pues ello significaría hacerlo desaparecer. La parte perjudicada contrató con la mira de obtener ciertos beneficios; si obtiene pérdidas o tropieza con dificultades normales, ella las debe soportar. "Hay que estar a las duras y a las maduras", es también un aforismo de derecho.

20.—Establecidos y analizados los requisitos de la noción de imprevisión, nos queda por exponer en qué consiste la teoría de la imprevisión.

En pocas palabras, podemos decir que es la doctrina jurídica (conjunto de principios de derecho debidamente fundados), que sostiene que el juez puede intervenir a petición de cualquiera de las partes, en la ejecución de la obligación, con el objeto de atenuar sus efectos, cuando, a consecuencia de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen perturbaciones graves con relación a toda una categoría de contratantes, la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, y siempre que aquél llegue a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones, las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas.

A esta doctrina jurídica se la llama teoría de la imprevisón. **Teoría**, tanto porque es un conjunto de principios que forman una concepción completa, con sus fundamentos, la determinación de su rol, la fijación de sus límites y de sus efectos, cuanto permanecen aún en el campo de la teoría, es decir, no ha sido todavía unánimemente aceptada por la jurisprudencia, ni aplicada en forma constante, uniforme y general, ni consagrada permanentemente por una regla amplia en la legislación positiva. **De la imprevisión**, porque su base es la noción de imprevisión, es decir, la falta de conocimiento o noticias que las partes tienen al formarse la obligación, de los acontecimientos posteriores que modificarán sustancialmente las condiciones generales de vida bajo las cuales se obligan.

Más propiamente debió llamarse "teoría de lo imprevisible", puesto que lo que la caracteriza a nuestro modo de ver, es la nece

sidad de que las partes, en el momento de formarse la obligación, no hayan tenido, ni hayan podido tener noticia o conocimiento de los acontecimientos futuros que alteren el estado de cosas bajo el cual contrataron. Pero, como dice un autor, es poco lo que interesa la forma adoptada para expresar un concepto claro. Lo que puede interesar es el fondo mismo de la cuestión y a él nos referimos.

21.—Antes de terminar este capítulo trataremos de precisar brevemente las diferencias entre la noción de imprevisión y el error, la lesión y la condición resolutoria.

El error es el concepto falso de la realidad; la disconformidad de nuestras ideas con la naturaleza de las cosas. Incurre, por consiguiente, en error al contratar, la parte que se forma un concepto falso de la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra; de la identidad de la cosa específica de que se trata (artículo 1453 del Código Civil); de la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato: de alguna calidad accidental, cuando ella es el principal motivo que induce a contratar y este motivo es conocido de la otra parte (artículo 1454 del Código Civil), o de la identidad de la persona con quien se tiene la intención de contratar, siempre que la consideración de esa persona sea la causa principal del contrato (artículo 1455 del Código Civil).

El error supone, entonces, conocimiento pero supone también un concepto falso sobre lo conocido. La noción de imprevisión excluye el conocimiento de los hechos que autorizarán la atenuación de los efectos de la obligación, por haber variado imprevisiblemente las circunstancias.

Además el cambio de circunstancias es un hecho posterior al momento en que se celebra el contrato. El error, por el contrario, recae siempre sobre elementos que existen en ese momento.

La noción de imprevisión se diferencia también de la lesión. Se entiende generalmente por lesión el perjuicio pecuniario que un acto jurídico o un contrato puede causar a la persona que lo ejecuta o celebra. Pues bien, mientras ésta supone un perjuicio que sufre una de las partes a consecuencia de las condiciones estipuladas, perjuicio que trae su origen de las mismas cláusulas del acto o contrato en la fecha de su ejecución o celebración; la noción de imprevisión incide con posterioridad a esa fecha; son circunstancias posteriores a la celebración del contrato, imprevisibles en ese momento, las que hacen demasiado gravosas, perjudiciales o difíciles en su ejecución las obligaciones que de él emanan.

Para terminar con esta materia, diremos, también de paso, que la aceptación de la teoría de la imprevisión no importa hacer condicionales las obligaciones comprendidas dentro de su dominio de aplicación.

En efecto, mientras la condición resolutoria, como sería ésta, acarrea la resolución del contrato y por tanto hace desaparecer la obligación; la imprevisión sólo atenúa sus efectos, pero sin hacerla desaparecer, según veremos más adelante.

Por otra parte la condición no se subentiende sino en los casos en que la ley así lo establece, como en los contratos bilaterales, según el artículo 1489 de nuestro Código Civil; en los demás casos debe estipularse expresamente.

En seguida, la condición es un acontecimiento futuro que puede suceder o no (artículo 1473 del Código Civil), pero que las partes preven y tienen presente al obligarse, puesto que la formulan como tal. En cambio, la imprevisión supone acontecimientos futuros, imprevisibles por las partes en ese momento.

La condición puede operar, además, y de hecho opera, aunque la obligación haya sido ejecutada y por eso se dice que tiene efecto retroactivo. La imprevisión como veremos, supone una obligación no ejecutada aún íntegramente, una obligación que importa prestaciones sucesivas o diferidas.

22.—De las diferencias entre la imprevisión y la noción de fuerza mayor o caso fortuito nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

(Continuará)

De la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales de Santiago de Chile.

COLABORACION JURIDICA

LA CULPA EN EL DELITO

El concepto de CULPA, pertenece a un mundo oscuro y convulsionado todavía. Hay tal distancia entre las escuelas para apreciarla, y los elementos que integran la culpa en las definiciones de los que han querido encerrarla, son de tal modo discordes, que unas veces el ánimo se inclina a pensar que el concepto de CULPA vive en una especie de limbo jurídico y hay momentos en que, por el contrario, mejor parece una avecilla libre y elusiva, que canta sin que el abogado sepa donde.

Dicen los positivistas que la culpa es la causa que produce el daño. Es el caso de preguntarles: Cuando un golpe de viento imprevisto, avienta el árbol que el monteador hería con su hacha en dirección contraria a la prevista, y al caer mata a un hombre, cuál es la causa del daño? El hachero ciertamente no lo es. Quienes conocen este oficio lo dominan a la perfección, arrojan el árbol por donde quieren; mas, no puede exigírsele al monteador que consulte las profecías metereológicas, ni el mando del viento. Este fue la causa del daño. Y como la culpa es la causa que produce el daño, pongo a la disposición de los positivistas este poco de viento.

El deseo de que la culpa sea toda deficiencia o alteración el mecanismo de la atención o de las facultades asociativas, no es menos insatisfactorio. El caso, muchas veces recordado, de la madre que ahoga a su hijo mientras duerme, prueba que Carrara no tiene razón cuando asegura que "es un acto voluntario mantener inertes las facultades intelectivas".

La falta de la debida diligencia, es la definición que otros proponen para la culpa. Ofrecerle a un amigo mientras nada y se refresca un buen cordial, llenarle de whisky una copa para que beba, no sólo no es culpable, sino que es amable. Ahora bien: El bañista fatigado sufre al golpe de la bebida un traumatismo químico que le hace estallar un vaso de sangre que lo mata. Se dirá que es culpable el oferente porque no sometió a examen competente a su amigo antes de obsequiarlo? La culpa no puede ser la falta de la debida diligencia. Esta definición contempla un solo ángulo del problema con lente de aumento. Preferiría por este aspecto decir, que la **culpa es un descuido voluntario que prueba ser dañino.**

Haus, afirma que la **culpa** "es la falta de aquella voluntad firme de evitar cuanto podría perjudicar los intereses públicos y privados". Ahí tenemos una jaula para ángeles. Qué es una voluntad firme? Es una voluntad que no se rompe. La del hombre, para un propósito concreto de amor o de odio puede no doblarse; pero sostener en abstracto aquella suntuosísima barbarie de la voluntad infrangible para amar el bien con perspicacia salomónica, equivale a poner a un esclavo a golpear con su hierro cansado las ondas del océano.

Carmignani se abstiene de vociferaciones y dice con sutileza de italiano viejo, que la culpa es la sospecha de dolo. La expresión vale como pista, no como cerco. Tal vez por esa ruta llegó de Simoni a la feliz expresión de que la penalidad de la culpa busca hacer imposibles los disfraces del delito. Pero "la sospecha de dolo" es una frase que carece de todas las condiciones de una definición, equivale a esta otra: "Es la conjetura incierta de una sombra"; o a esta otra: "Es una posibilidad moral acaso no realizada".

La escuela clásica prefiere decir que la culpa consiste en no prever lo previsible o en no evitar su daño habiéndose podido evitarlo. La inmensa latitud de esta sabia abstracción la hace inaceptable. Las verdades morales son absolutas; pero los delincuentes varían en inclinación perversa y en el poder penetrante de su alma deforme o malvada. Lo que yo puedo prever, no es ley para los otros. Mi experiencia puede permitirme evitar un daño; pero ese grado de

maestría no puedo exigírselo a los más. Y si se acepta que el precepto es relativo a cada caso, entonces el culpable puede burlarse de la ley engañando a las autoridades. La definición es íntegramente espiritual, no se acompaña de elementos objetivos guiadores para que el juez no se extravíe en las tinieblas cálidas del alma o por el itinerario yerto de las intenciones.

Antes de llegar a una definición, es preciso reconocer que nos hallamos frente a un complejo integrado por elementos objetivos y subjetivos, que es peligroso aceptar síntesis dogmáticas y simples de un fenómeno de complexión borrosa y sutilísima. Una definición por género próximo y última diferencia haría estallar a muerte el divorcio de las escuelas. Una definición estrictamente descriptiva complicaría y oscurecería la materia. La noción de culpa me parece que se entiende al través de un ámbito preparado con cautela o con la ayuda de ejemplos pertinentes. Más que para ser critalizado, medido y pesado, el concepto de culpa — en el estado actual de lucha doctrinaria y de inexperiencia psicológica — es un concepto para ser entendido. Un príncipe de la Metafísica, decía: Preguntadme qué es el tiempo y no os lo sabría definir. Y todos entendemos lo que se quiere significar con la rauda y elusiva palabra.

La culpa es un acto voluntario. Excede su efecto la perspicacia de la inteligencia? Nó, en el caso de una compañía férrea que no remueve los polines podridos de la vía y que ocasiona así una catástrofe; hay aquí una omisión consciente. La empresa supo que debía cambiar los durmientes. Hay aquí inercia de la voluntad ilustrada, porque no se puso en marcha bajo el dictado de la razón. No se quiso el efecto de la negligencia, pero se dejó vigente la causa que produjo el descarrilamiento. Querer es un acto positivo, basta con la neutralidad de la voluntad cuando la inteligencia augura para que se caiga en culpa. Pero el augurio no debe ser una conjetura sino un dictado cierto de la experiencia. No se trata de los presentimientos del corazón. La ignorancia, siempre que no se trate de la ignorancia vencible por deber (y, desde luego, la ignorancia invencible), excluyen la culpa.

Pero hay más: El alerta o augurio de la inteligencia debe referirse a una infracción, a un daño; es decir, que debe existir una ley por la cual el agente se halle obligado a omitir la causa productora del efecto que inmediatamente resulta. Se necesita, igualmente, que el prótagonista haya podido impedir el daño y que lo haya previsto. Si el fin previsto, si el fin inmediato es moralmente indiferente, no hay culpa. La culpa es, pues, "toda lesión voluntaria, pero inintencionada, del deber".

Si descompone alguno esa definición en sus implicaciones hallará los siguientes elementos:

a)—Una lesión del deber, de suerte que no podemos atribuirle culpa a quien no viola obligación;

b)—Conocimiento de que al efectuar el acto se infringe algún deber, y por tanto no puede atribuirse culpa a quien ignore que su acto es contrario a obligación. La culpa es inseparable del discernimiento de un daño, y

c)—Libertad para obrar ya que la culpa no consiste en el conocimiento del deber que se viola. Quien se vio constreñido a obrar o a omitir no es culpable.

Cuando se cumplen tales requisitos brota el conocido interrogante: Se cree usted. culpable? Naturalmente la respuesta es afirmativa, sólo cuando los augurios intelectuales de que se habló antes, fueron aprehendidos o formulados en tiempo por el espíritu.

Para determinar si hay culpa debe establecerse con precisión si el acto es animal, si es acto de hombre o si es acto humano. Sólo este último es accesble al concepto de culpa. Los otros dos alcanzan a un plano inferior, donde las nociones espirituales no colocan la planta. Siendo esto así, hay que ver de cerca los rasgos característicos del acto humano, los que necesariamente atestiguan su esencia.

El conocimiento, que es la racionalidad en movimiento, exígese como primera condición en un acto para que merezca ser llamado humano. No hay culpa en quien ignore un acto con todas sus propiedades, acto del cual nazca un daño. Mas no basta el solo conocimiento. No se nos puede imputar el don visual porque conozcamos las partes que integran el ojo y la forma como el mecanismo fotográfico se desencadena para aprisionar imágenes; es indispensable, pues, que al conocimiento se agregue la determinación de la voluntad. Por último, el acto no es humano, si no pudo ejecutarse con libertad plenaria. El dominio sobre el propio querer y sobre el tránsito de la simple latencia a la acción contundente de la intención al hecho cargado de raíces, ese albedrío, sin coerciones violentas y sin impulsos externos irresistibles, es indispensable para que una acción o una omisión puedan calificarse como acto humano.

Las diferencias entre el delito y la culpa merecen destacarse brevemente. Si la culpa es la lesión voluntaria del deber, el delito es la lesión jurídica consciente y querida en sí misma por sus resultados.

El Estado y todas las personsa jurídicas son capaces de culpa e incapaces de delito. El delito se paga con arresto, presidio o reclusión invariablemente, al tiempo que la culpa se rescata frecuentemente con indemnizaciones pecuniarias. La culpa es más bien un problema de policía cuya jurisdicción está marcada por la utilidad social, en tanto que el delito cae bajo la jurisdicción de las autoridades penales que tienen a su cargo el celo de la defensa social. El estrago de la culpa es generalmente clasificado como contravención y el del delito como perjuicio social. La culpa es la lesión voluntaria pero inintencionada del deber, el delito es la lesión del deber, conociéndolo y queriendo agraviarlo en concreto. El culpable ignora que pagará con sanciones — que no desafía — el resultado de su acción, y el delincuente sabe que su acto es fuente de penalidad. Los elementos de la culpa son múltiples, puede integrarse de impericia, asociada a irresponsabildiad dinámica, como el caso de un médico que sabe que no sabe y que extrae un riñón sin haber visto practicada esa operación jamás, ocasionando la muerte del enfermo, o de negligencia como sería el caso de un viandante que no apartara a un niño que juega entre los rieles de un tren próximo que lo aplasta, o de falta de sentido moral como ocurre en los contagios venéreos, mientras que el elemento constante del delito es el dolo, la voluntaria y maliciosa violación de la ley.

Este punto de los elementos que integran la culpa solos o unidos, parece a propósito para establecer de una vez que la reincidencia tiene un alto valor en la clasificación y penalidad del reo de culpa y que los defectos en el mecanismo de la atención o en las facultades asociativas, la imposibilidad de prever el accidente desencadenante, el surmenage físico o espiritual y la fuerza del ambiente, crean culpables de una categoría sin temibilidad ninguna, contra los cuales procede solamente la acción civil del perjudicado a efecto de que se le indemnice el daño sufrido. Defecto en el organismo de la atención lleva al sabio peripatético y absorto a toparse un niño que se rompe la cabeza al caer y muere. Defecto en las facultades asociativas ese del cazador que deja una escopeta al alcance de un niño que la dispara torpemente. Imposibilidad de prever el accidente desencadenante es el caso de quien habiendo puesto en el seguro la pistola, al extraerla de nuevo sin propósitos antisociales, ocasiona un movimiento del ojal tieso de su bolsillo que descorre el seguro sin que el protagonista se percate y es también el caso de quien arroja la colilla de un cigarrillo por encima de un muro que recata materias inflamables, ignorando, como es claro, ese hecho bien sea porque jamás ha pasado por aquel sitio o bien porque habiendo pasado muchas veces, nunca presentó tal circunstancias. Surmenage físico es el del albañil que obligado brutalmente por el capataz, más allá de su fuerza, cansado y derrengado, transita de un andamio a otro y deja caer algunos ladrillos mortales. Surmenage espiritual, es el de quien acaba de ser despojado por la muerte de su esposa o su madre y avienta una cerilla encendida en culaquiera dirección sin percatarse de que precisamente fue arrojada en un pajar. Obra la fuerza del ambiente en el caso de un médico que jamás extrajo un apéndice pero que se ve obligado a operar en un sitio donde es imposible obtener asistencia más competente. Ninguno de estos culpables es temible.

Presentan en cambio un grado de temibilidad punible por medios carcelarios y de penitenciaría el tísico o el sifilítico que contraen matrimonio sin tratamiento suficiente porque saben que contagiarán a su esposa; el viandante que ve a otra persona dormida en medio de una carretera y no la despierta o la mira acercarse a una bomba pronta a estallar y no la advierte; quien mezcla agua corrompida a la leche, quien arroja una cerilla en un depósito de materias inflamables, la empresa que por economía no remueve los durmientes podridos del ferrocarril. Todos éstos son culpables por falta de sentido moral, merecen castigo y la sociedad debe defenderse de ellos. Hay irresponsabilidad dinámica servida por impericia en el caso de un arquitecto mal preparado cuya construcción se desploma, en quien quiere pasar con su automóvil otro vehículo por muy estrecha margen o en sitio curvo y peligroso. Las culpas de esta índole, en general son punibles.

Lo dicho basta para rechazar de una vez los conceptos de imprevisión y negligencia como los dos grandes afluentes de la culpa. El concepto de imprevisión carece de valor científico en la definición de los elementos constitutivos de la culpa, porque es relativo constantemente al de experiencia personal. Manejar un camión sabiendo, es un acto so-

cial; sin saberlo, es imprevisión de los males que puede causar o negligencia para evitarlos, una vez previstos. Si quien toma un revólver, cargado y juega con él, nunca tuvo en sus manos un rifle de salón y, además, tiene un pulso normalmente agitado, es culpable; no lo es quien da una broma de inocentes con el mismo artefacto, cuyo mecanismo domina y sobre cuya puntería ojo y brazo mandan. De ahí que comparta plenamente la siguiente opinión de Angiolini: "Cuanto más usual, mecánico y automático viene a ser el hecho para quien lo lleva a cabo, cuanto más disminuye el período de reflexión de que dispone el agente, tanto más disminuye la temibilidad en el hecho culpable, de suerte que podremos haber probado un defecto en la cautela sin que pueda probarse después la temibilidad del agente." El más grave de los castigos que puede proveer el Estado es privar de su libertad a un ciudadano y esto debe reservarse para los verdaderos delincuentes. "Algunas veces en el hecho culpable la negligencia se asocia a la desgracia de tal modo, se compenetra con ella de tal suerte, que la mejor de todas las medidas, es no tomar ninguna" (Angiolini). "La conciencia popular y los principios científicos se sublevan con la idea de que individuos culpables solamente de alguna imprudencia o negligencia, hayan de ser encerrados en la cárcel. Excepción hecha de una categoría especial de delincuentes culpables que han de ser segregados, la cárcel aunque sea breve es una pena injusta e inoportuna para el delito de culpa".

El delincuente involuntario no puede entrar en el número de los criminales, ni su hecho es un delito, porque el hombre sólo es responsable de las acciones que ejecuta cuando quiere y sabe lo que hace, cuando puede elegir entre diversos motivos. Aseverar principios contrarios, equivale a la creación del delito muscular. Si a un hombre cosquilloso le hacen cosquillas y mueve mecánicamente el brazo con energía y con el golpea un rifle colocado en el muro, que se dispara, estamos ante un acto involuntario que si se cataloga entre los punibles nos llevaría a la creación de la delincuencia muscular. Es el brazo exclusivamente responsable y sólo al brazo debe aplicarse el castigo. Aquí la causa individual del homicidio no existe jurídicamente sino físicamente.

Hay otros casos más horribles aún. Quien manejando incautamente un fusil mata a su más querido amigo o a su hermano o a su padre, ciertamente no debe ser castigado. La justicia que añadiera aflicción a su alma sería monstruosa e irritante.

Pero hay más: Mientras la legislación colombiana no provea al castigo ejemplarísimo del sifilítico y del tuberculoso, que se casan, mientras no castigue a quienes hacen trabajar diez y ocho horas a sus empleados, mientras permanezcan impunes industriales que explotan como fieras el trabajo femenino mal pagado, en condiciones de tiempo ilegales y en sitios impropicios para la salud por sus deplorables condiciones higiénicas, sería contradictorio y aborrecible que a los culpables no temibles la sociedad les mostrara el cerrojo del presidio. La negligencia mínima no puede castigarse sino en el Cielo y entre ángeles. Sólo cuando el delito involuntario evidencia una incurable perversión del alma, debe castigarse, según querer de Impallomeni, o cuando el delincuente voluntriamente desencadena la causa inmediata y ha previsto el efecto lamentable. Cuando no es razonable prever el daño, no hay culpa sino mala suerte y el protagonista debe quedar libre. Si ni por el móvil del acto, ni por los antecedentes del actor, ni por su conducta posterior, aún existiendo grave negligencia, puede juzgarse temible, antisocial y peligroso el agente, debe ser perdonado.

No he hablado como matemático, de inertes figuras geométricas, sino como jurisconsulto, como filósofo, como hombre que conoce los errores sagrados de la Naturaleza y los fueros palpitantes del corazón.

Augusto Ramírez Moreno

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO.—NOCION JURIDICA DE LA EXCEPCION.—DOS CLASES DE EXCEPCIONES: PERENTORIAS Y DILATORIAS.—EXCEPCION DE PETICION ANTES DE TIEMPO.—DESISTIMIENTO DEL PLEITO.—PRINCIPIO DE DERECHO PROCESAL DENOMINADO DISPOSITIVO O DE CONTRADICCION.— TRADICION

1.—En su acepción genérica entiéndese por EXCEPCION cualquier medio de defensa de que hace uso el demandado para contradecir la acción del demandante, o para desvirtuarla, lo que puede hacer de dos maneras: o bien atacando a fondo el derecho ejercitado. o bien impugnando el procedimiento mediante el cual ese derecho pretende deducirse en el juicio. En el primer caso nuestras leyes reconocen una excepción PERENTORIA; y en el segundo, una DILATORIA. La excepción es un medio de defensa, pero no engloba toda la defensa, la cual estriba en la negación del derecho alegado por el demandante. En tanto que la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluye los efectos jurídicos del primero y, por lo mismo, la acción; o en otros términos, el excepcionante opone al derecho circunstancias concomitantes subsiguientes al hecho generador del derecho, encaminadas a modificar o anular los efectos de la respectiva relación jurídica afirmada en la demanda. 2.—Las excepciones perentorias son de dos clase: se está dentro de la primera, cuando el demandado aun admitiendo en principio la existencia del hecho constitutivo del derecho, propone al mismo tiempo la existencia de otro hecho en su origen coetáneo del primero y que impide el que éste produzca toda la plenitud de sus efectos jurídicos; y se está dentro de la segunda clase cuando el demandado, dando por supuesta la relación de derecho, alega la existencia de hechos posteriores que la enervan. 3.—La excepción de petición antes de tiempo es temporal porque se declara cuando la obligación demandada no es todavía exigible, y permite la reanudación del litigio una vez que el derecho se haya consolidado en cabeza del titular; lo que no ocurre con las excepciones que tienen un carácter perpetuo en el sentido de que la sentnecia en que se las reconoce hace tránsito a la cosa juzgada e impide renovar la discusión sobre la misma acción. La excepción de petición antes de tiempo tiende a desestimar la demanda, no por carencia de prueba sobre la existencia misma de la acción, sino porque la justicia estima que habiendo nacido el derecho que se reclama, su consolidación definitiva en cabeza del actor está subordinada a un hecho futuro, que no ha tenido realización todavía en el momento de proponer la demanda. Constituyendo la excepción perentoria un verdadero contraderecho del demandado, susceptible de ser reclamado a su vez como acción, debe preexistir al proceso. Y aquí radica su diferencia con el derecho del mismo demandado a la declaración negativa de la demanda infundada, que nace sólo con ocasión del proceso; bien en virtud de que el actor deje huérfano de prueba total o parcial el hecho jurídico de donde deriva la acción, o bien porque aquel hecho carezca de la idoneidad jurídica que le atribuye. 4.—La falta de prueba del registro de una escritura no da lugar a declaraciones sobre petición antes de tiempo, sino a la absolución. 5.—Cuando el desistimiento es obra exclusiva de una de las partes no puede ser sino incondicional. 6.—Principio fundamental de derecho probatorio es el llamado dispositivo, de controversia o contradicción, el cual deja a la iniciativa y responsabilidad de las partes la carga de proporcionarle al juez los elementos de la sentencia, mediante la demanda, las pruebas y las alegaciones escritas u orales, de lo cual resulta que el juez debe abstenerse de declarar hechos no probados ni discutidos por las partes, los cuales son para él verdades incontrovertidas. 7.—La entrega de derechos en comunidad indivisa se cumple poniendo al comprador en posesión de los medios adecuados al ejercicio de los derechos que adquiere. 8.—La obligación de saneamiento a que alude el artículo 1880 del C. C. está limitada por los artículos 1893 y 1894 y siguientes a aquellos casos en que se trate de verdaderas acciones judiciales de terceros, encaminadas a disputarle el dominio al comprador por causas anteriores al contrato de venta.

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

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

- I -

Hechos controvertidos

Mediante escritura pública número dos mil cuatrocientos diez (2410) otorgada el diez y

siete (17) de septiembre de mil novecientos veintiséis (1926), ante el notario tercero de la ciudad de Medellín, escritura aclarada por medio de la número dos mil cuatrocientos cincuenta (2450) otorgada el veintidós (22) del mismo mes en la misma notaría, los señores Clímaco Callejas y Concepción Quintero de Callejas, cónyuges entre sí, vecinos del distrito de Bello en el departamento de Antioquia, vendieron a los señores doctor Fernando Isaza, doctor David Córdoba M. y Alberto Angel, los siguientes bienes:

a)—La mitad indivisa de un globo de terreno ubicado en los corregimientos de "Los Angeles" y "Loma de Corredor", de los municipios de Aguachica y Río de Oro, respectivamente, del departamento del Magdalena, inmueble descrito por linderos en la escritura de compraventa; y

b)—Los derechos hereditarios que a Concepción Quintero de Callejas, correspondan o puedan corresponderle en las sucesiones de Cencepción Quintero de Jácome y Buenaventura Leonidas Quintero, en la parte en que tales sucesiones están o estén ilíquidas, garantizando los vendedores a los compradores que tales derechos hereditarios representan por lo menos, libres del pasivo, una cuarta parte más del mismo globo de terreno de que se habla en la letra anterior.

El precio de lo vendido se convino en la cantidad de cincuenta mil pesos ($ 50,000) oro legal colombiano, suma que los compradores comprometiéronse a cubrir en el plazo de cinco años, plazo que fue prorrogado por dos años más en instrumento número dos mil setecientos treinta y cinco (2735) de fecha siete (7) de noviembre de mil novecientos veintinueve (1929) otorgado en la notaría tercera de Medellín. El precio dicho se descompuso así: treinta y tres mil trescientos trenita y tres pesos con treinta y cuatro centavos ($ 33,333.34) por la cuota del inmueble a que se refiere la letra a); y el resto, esto es, diez y seis mil seiscientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 16,666.66) para los derechos hereditarios de que habla la letra b).

La vendedora Concepción Quintero de Callejas declaró que hubo la cuota del inmueble vendida por adjudicación que hízosele en la sucesión del finado Leonidas Quintero, protocolizada en la notaría primera de Medellín, bajo el número quinientos treinta y nueve (539) del veintisiete (27) de mayo de mil novecientos siete (1907).

Mediante escritura pública número dos mil quinientos noventa y seis (2596) de nueve (9) de octubre de mil novecientos veintiséis (1926) de la misma notaría tercera de Medellín, los señores Alberto Angel, Fernando Isaza y David Córdoba, le traspasaron a la Compañía del Lebrija, sociedad anónima domiciliada en Medellín, los mismos bienes que los vendedores habían adquirido de los esposos Callejas y Quintero de Callejas. La compañía se subrogó en todas las obligaciones y derechos a cargo de los compradores provenientes de la venta efectuada por los dichos esposos, quienes aceptaron esta subrogación según escrituras números 2735 y 147 de fechas 7 de noviembre de 1929 y 23 de enero de 1930, respectivamente, igualmente otorgadas en la notaría tercera de Medellín.

Basándose principlamente en estos contratos Clímaco Callejas y Concepción Quintero de Callejas demandaron en juicio ordinario a la mencionada Compañía del Lebrija, S. A., constituída por escritura pública número 2543 de 4 de octubre de 1926, de la notaría tercera de Medellín, representada por su gerente señor Juan Heiniger, para que considerándola subrogataria de las obligaciones contraídas por los señores David Córdoba, Fernando Isaza y Alberto Angel, se hagan contra ella las siguientes declaraciones:

"**Primera**—Que está resuelto el contrato de que da cuenta la escritura número 2410 de 7 de septiembre de 1926, contrato en virtud del cual nosotros vendimos a David Córdoba, Fernando Isaza y Alberto Angel los bienes de que se habla en dicha escritura.

"**Segunda**—Que como consecuencia de la declaración anterior las cosas deben volver al estado que tenían antes de celebrarse ese contrato y la Compañía del Lebrija debe devolvernos en el término que la sentencia señale los bienes materia de ese contrato.

"**Tercera**—Que sea condenada en costas la sociedad si afronta la litis".

El fundamento alegado para pedir esta resolución consiste en que "los compradores no han pagado el precio estipulado", según se afirma en el hecho **quinto** del libelo.

A su turno la compañía demandada por conducto de su gerente, señor Heiniger, contrademandó a Clímaco Callejas y Concepción Quintero de Callejas para obtener que se declare: 1º, que ellos no han cumplido con las obligaciones que contrajeron en la escritura de compraventa; 2º, que deben cumplir esas obligaciones tan pronto esté ejecutoria-

da la sentencia que así lo declare; 3º, que si no cumplen esas obligacoines deben pagar perjuicios por el incumplimiento; 4º, que si cumplieren las obligaciones deben siempre pagar a la Compañía del Lebrija los perjuicios por la tardanza en ese cumplimiento.

Para respaldar esta acción afirma la Compañía que "los vendedores faltaron desde el principio a sus obligaciones, pues no entregaron los inmuebles vendidos, ni hicieron tradición válida de ellos, ni satisficieron la garantía de que se habla al final de la letra b) del punto primero de la escritura pública dos mil cuatrocientos diez (2410) va citada" (hecho **sexto**).

- II -

Fallos de instancia

El juez tercero del circuito de Medellín decretó las prestaciones solicitadas en la demanda principal y negó las de la contrademanda.

El tribunal superior del mismo distrito judicial revocó la sentencia del inferior y en su lugar declaró probada la excepción de petición antes de tiempo tanto respecto de la demanda principal como de la de reconvención.

En vista de que el tribunal declaró que se había pedido antes de tiempo, fundado en que las escrituras de compra por David Córdoba, Fernando Isaza y Alberto Angel, y a éstos por la Compañía del Lebrija, se habían presentado al juicio sin los registros necesarios para operar la tradición legal de lo vendido, los demandantes Clímaco Callejas y Concepción Quintero de Callejas, resolvieron desistir del pleito "para el solo efecto de incoar inmediatamente la acción mediante el registro adecuado de los expresados títulos".

El tribunal decretó el desistimiento.

En cambio la Compañía recurrió en casación contra el fallo del tribunal. Tramitado el recurso en la Corte, está ya el negocio para recibir la resolución a que haya lugar.

Observa el tribunal que la escritura número 2410 en que consta la venta hecha por los esposos Clímaco Callejas y Quintero de Callejas, no obstante que tiende a trasmitir el dominio de la mitad de un inmueble determinado, no fue registrada en el libro número primero de la oficina u oficinas del lugar o lugares de la ubicación del inmueble; tan sólo aparece registrada en el libro número **segundo** y en el de **causas mortuorias**, de la oficina de registro de Medellín, círculo donde se se otorgó la escritura. Y la escritura 2596 en que consta la compra hecha por la Compañía del Lebrija de los mismos **bienes**, únicamente aparece registrada en el libro número **segundo** de la misma oficina de registro.

Siendo la tradición uno de los modos de adquirir el dominio; debiendo hacerse la tradición de los bienes raíces por medio del registro; no trasfiriendo los títulos traslaticios de dominio la posesión efectiva del respectivo derecho mientras no se haya verificado el registro en los términos en que se dispone en el título "Del registro de instrumentos públicos"; y requiriéndose la concurrencia del título y el modo para que se consolide el derecho de dominio en el patrimonio de una persona, hay que concluir que, legalmente, la mitad de la finca vendida y de que da cuenta la escritura número 2410 no se ha trasferido al patrimonio del comprador, es decir que, legalmente, ese inmueble está aún en poder de los vendedores, porque la posesión inscrita de éstos aún no ha sido cancelada (artículo 789 del C. C.)

Teniendo por fin la resolución de una compraventa hacer reversión del dominio no habiéndose radicado aún ese dominio en el patrimonio de la sociedad demandada, no hay nada que sacar de ese patrimonio para hacerlo volver al del vendedor". Las anteriores consideraciones se fundan en el supuesto de que, según afirmaciones de una y otra parte, fuera la escritura número 2596 elemento probatorio jurídicamente apreciable de la compraventa que refiere y que la número 2410 lo fuera en relación con la compraventa de la mitad de la finca que alindera el aparte A de su cláusula primera". De aquí deduce el tribunal que no pudiendo inferirse del artículo 2673 del C. C. nulidad de la escritura carente del registro debido, ni nuliad del contrato que ella expresa, cualquiera de las partes puede llenar esa omisión en cualquier tiempo, pero mientras eso no se cumpla, "las peticiones de la demanda principal y de la contrademanda han sido formuladas antes de tiempo, o sea antes de que el contrato se haya consumado".

Ahora, aun cuando la escritura número 2410 fue registrada en el libro de causas mortuorias de la oficina de registro de Medellín, con lo cual pudo operarse válidamente la tradición del dominio de los derechos hereditarios vendidos por esa escritura, es lo cierto que la escritura número 2596, ni si-

quiera fue registrada en ese libro, sino en el número segundo, y ello hace que en concepto del tribunal los tales derechos hereditarios enajenados, si bien salieron del dominio de la heredera vendedora, están todavía en cabeza de los señores Córdoba, Isaza y Angel, de manera que tampoco han sido incorporados en el patrimonio de la Compañía del Lebrija.

"En síntesis — concluye el tribunal — la falta en las escrituras tantas veces mencionadas de los debidos registros, impiden que hagan fe en juicio y que los contratos que ellas expresen puedan aún producir todos los efectos que les corresponden".

- III -

Noción jurídica de la excepción

La sentencia desestimatoria puede negar la acción por dos causas:

Primera.—Porque el juez considere como inexistente un hecho constitutivo del derecho o de la acción, o porque, sin negar el hecho afirmado por el actor, niegue su idoneidad para producir los efectos jurídicos afirmados por el demandante; y

Segunda.—Porque el juez, aun admitiendo la existencia del hecho constitutivo de la acción, considera al mismo tiempo como existente un hecho impeditivo o un hecho extintivo.

En el primer caso el juez desestima pura y simplemente la demanda; y en el segundo caso, desestima la acción porque reconoce el hecho impeditivo o extintivo que la paraliza; esto es, una excepción.

En su acepción genérica entiéndese en el procedimiento civil por excepción, cualquier medio de defensa, como dice Manresa y Navarro, de que hace uso el demandado para contradecir la acción del demandante. Así como es propio del demandante valerse de las acciones para reclamar su derecho, de igual manera es propio del demandado emplear los medios de defensa que posea para contrarrestar o desvirtuar la acción; y esto puede hacerlo de dos maneras: o bien atacando a fondo el derecho ejercitado; o bien impugnando el procedimiento mediante el cual ese derecho pretende deducirse en el juicio. En el primer caso, en nuestras leyes se reconoce una excepción perentoria; y en el segundo, una excepción dilatoria.

La excepción en el derecho ritual constituye una noción inconfundible con la defensa del demandado. La excepción es un medio de defensa pero no engloba toda la defensa. La defensa en su sentido estricto estriba en la negación del derecho alegado por el demandante. En tanto que la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluye los efectos jurídicos del primero y por lo mismo, la acción; o en otros términos, el excepcionante opone al derecho circunstancias concomitantes o subsiguientes al hecho generador del derecho, encaminadas a modificar o anular los efectos de la respectiva relación jurídica afirmada en la demanda.

El artículo 329 del Código Judicial define la naturaleza de la excepción perentoria: todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió:

De donde se infiere que las excepciones perentorias son de dos clases: se está dentro de la primera, cuando el demandado aun admitiendo en principio la existencia del hecho constitutivo del derecho, propone al mismo tiempo la existencia de otro hecho en su origen coetáneo del primero y que impide el que éste produzca la plenitud de sus efectos jurídicos; y se está dentro de la segunda clase cuando el demandado, dando por supuesta la relación de derecho, alega la existencia de hechos posteriores que la enervan.

Ejemplo de la primera categoría son las excepciones de falsedad, dolo, error, fuerza mayor, simulación de contrato, etc.; y de la segunda, el pago, la remisión o condonación de la deuda, compensación novación, transacción, cosa juzgada, incumplimiento del contrato, prescripción, etc.

La excepción perentoria de petición antes de tiempo es temporal porque se declara cuando la obligación demandada no es todavía exigible, como en las obligaciones a término o condicionales, cuando se demandan antes del vencimiento del plazo o de la llegada del evento incierto constitutivo de la condición; permite por tanto la reanudación del litigio una vez que el derecho se haya consolidado en cabeza del titular, lo que no ocurre con las excepciones que tienen un carácter perpetuo en el sentido de que la sentencia en que se las reconoce hace tránsito a la cosa juzgada e impide renovar la discusión sobre la misma acción.

La excepción de petición antes de tiempo, como su nombre lo indica, tiende pues a desestimar la demanda, no por carencia de prueba sobre la existencia misma de la acción, porque esta desestimación lejos de tener el alcance de una excepción, constituye el re-

conocimiento de la falta de todo derecho en el actor; sino que la justicia estima que habiendo nacido el derecho que se reclama, su consolidación definitiva en cabeza del actor está subordinada a un hecho futuro, que no ha tenido realización todavía en el momento de proponer la demanda, por cuya razón ésta versa sobre obligaciones sin fuerza actual por estar desprovistas del requisito fundamental de la exigibilidad.

Constituyendo, pues, la excepción perentoria, cualquiera que sea su naturaleza, un verdadero contraderecho del demandado, susceptible de ser reclamado a su vez como acción, debe preexistir también al proceso. Y aquí radica su diferencia con el derecho del mismo demandado a la declaración negativa de la demanda infundada, que nace sólo con ocasión del proceso; bien en virtud de que el actor deje huérfano de prueba total o parcial el hecho jurídico de donde deriva la acción, o bien porque aquel hecho carezca de la idoneidad jurídica que le atribuye. Es en suma del proceso mismo, independiente de toda actividad del demandado, de donde surge el impertaivo del juez de rechazar la demanda, dejando libre al demandado, aun sin su intervención, del gravamen infundado con que aspira a sojuzgarlo el actor.

Ahora sí, ya con el auxilio de estos principios de técnica procesal, brilla con claridad el error del juez que asígnale alcance de excepción perentoria a la simple deficiencia de una prueba encaminada a acreditar la acción, cuando esta irregularidad, siendo fundamental, conduce necesariamente a la absolución del demandado. Todo derecho nace de ciertas circunstancias de hecho que tienen la función de darle vida propia; estas circunstancias son las que se plantean en la demanda, a modo de bases sustentatorias de la litis-pendencia; de manera que cuando alguna de ellas falla por deficiencia probatoria o por innocua, y es esencial, la acción no existe y por ende debe sobrevenir irremediablemente la absolución.

El tribunal de Medellín, en la sentencia atrás extractada, halló que las escrituras públicas básicas de la controversia no estaban registradas debidamente en las respectivas oficinas de registro de instrumentos públicos y por eso no podían ser tomadas en cuenta por el juzgador; de consiguiente no habiéndose acreditado que el dominio se radicó en el patrimonio de la sociedad demandada, tampoco existían contratos que resolver ni que mandar cumplir.

Este razonamiento le imponía negar la acción. Pero en vez de proceder así, declaró una extraña e injurídica excepción de petición antes de tiempo, con el ánimo expreso de reservar para un nuevo juicio la solución de las cuestiones que tienen que resolverse inevitablemente dentro del presente.

- IV -

El recurso de casación

Procedimiento tan insólito del tribunal justifica con creces las causales de casación que el recurrente hace valer en los capítulos **segundo** y **tercero** de su demanda, y que la Corte estima suficientes para desquiciar y hacer caer el fallo, pudiendo así prescindir del examen de las demás causales alegadas. (Art. 538 del C. J.).

En el capítulo **segundo** el recurrente sostiene que la sentencia es casable porque no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Las partes se acusaron recíprocamente de incumplimiento de contrato. La una pidió la resolución con sus consecuencias legales. La otra pidió el cumplimiento del contrato y la indemnización de perjuicios por la mora y por incumplimiento. Sobre nada de esto resolvió el tribunal. "Su sentencia se reduce a declarar establecida una excepción temporal que ninguna parte alegó, ni adujo, ni probó, y que por otra parte se funda en que no se hizo un registro, cuando lo único que aparece en el expediente es que ese registro no se probó." La falta de prueba no da lugar a declaraciones sobre petición antes de tiempo, sino a la absolución.

En el capítulo **tercero** se propone que se case la sentencia por haberse abstenido el tribunal de fallar las cuestiones que fueron sometidas a resolución en las demandas y para cuya decisión era competente como lo fue el juez de primera instancia. Al declarar el tribunal que las partes han pedido antes de tiempo, declara que se abstuvo de conocer del fondo del negocio.

El estudio previo que la Corte avanzó en el capítulo precedente de este fallo, acerca de la noción jurídica de excepción perentoria, impone como consecuencia la aceptación de las dos causales anteriores, autorizadas por el art. 520, numerales 2º y 7º del Código Judicial, y cuya evidencia es patente en el presente caso.

- VI -

Sentencia de instancia

Infirmado el fallo del tribunal le corres-

ponde a la Corte proferir el de instancia que ha de reemplazarlo, para lo cual hay que tomar por separado la demanda principal y la de reconvención.

a)—Demanda principal

Dictado por el tribunal el fallo, Clímaco Callejas y Concepción Quintero de Callejas presentaron un memorial en que manifiestan su voluntad de desistir del pleito, "para el solo efecto de incoar inmediatamente la acción mediante el registro adecuado de los expresados títulos." Para ejercitar este derecho invocaron el artículo 461 del Código Judicial; e inquieren del tribunal que les diga "si tenemos pleno derecho a intentar de nuevo la acción mediante la corrección de las omisiones anotadas por la Sala en el fallo."

El tribunal decretó el memorial así: "En perjuicio exclusivo de los señores Clímaco Callejas y Concepción Quintero de Callejas se declara que éstos han desistido de este pleito, de acuerdo con lo convenido en el escrito de desistimiento del veintiocho del mes próximo pasado." Y en cuanto a la consulta de los memorialistas declaró que carecía de facultad para resolverla.

Desde el momento en que la contraparte no suscribió el memorial en señal de aceptación de la reserva y de la condición del desistimiento, el tribunal hizo mal en aceptarlo, pues cuando el desistimiento es obra exclusiva de una de las partes, no puede ser sino incondicional, de acuerdo con la naturaleza misma de esa facultad y con lo prescrito en los arts. 462 y 464 del Código Judicial, el último de los cuales impone el pago de costas a cargo del desistente.

De consiguiente, la expresada manifestación de los demandantes, aun cuando llamada por ellos "desistimiento del pleito", no es tal, como quiera que si se le diese ese alcance tendría necesariamente efecto contra el demandado, a quien se le impondrían gravámenes procesales que él no está obligado a aceptar. El demandado no adhirió al desistimiento en los términos condicionales en que se formuló, tendientes a dejar a salvo la misma acción resolutoria objeto de este debate, para discutirla en otro juicio, después de subsanado el defecto de prueba anotado por el tribunal. Esta adhesión era fundamental, y así han debido advertirlo tanto los demandantes como el sentenciador.

Careciendo en el fondo el memorial de la naturaleza jurídica de un desistimiento del pleito, su alcance circunscríbese al de mero asentimiento a los términos de la sentencia del tribunal, asentimiento confirmado con el hecho de haberse abstenido los demandantes de interponer el recurso de casación.

Tal consentimiento impide a la Corte, ya en instancia, estudiar la demanda de resolución, pues con respecto a ésta tan sólo tiene el poder que le confiere el recurso de casación de la Compañía del Lebrija, encaminado como se vio a que se niegue la acción resolutoria, en vez de reconocer la injurídica excepción perentoria de petición antes de tiempo. Aceptado el cargo, así corresponde decidir el punto por la Corte, revocando para ese efecto el decreto de resolución del contrato pronunciado por el juez.

b)—Demanda de reconvención

Para iniciar el estudio a fondo de la demanda de reconvención, precisa esclarecer esta cuestión previa: cuál es el efecto que en el juicio se produce por la exhibición sin el debido registro en la respectiva oficina de instrumentos públicos de las copias de las escrituras públicas en que constan las ventas en que se apoyan tanto el demandante, en su demanda principal, como el contrademandante, en su demanda de reconvención?

Porque es un hecho que las únicas copias que se trajeron al juicio así de la escritura número 2,410 de 17 de septiembre de 1926, por medio de la cual los cónyuges Quintero-Callejas vendieron a David Córdoba, Alberto Angel y Fernando Isaza, los bienes allí referidos: como de la escritura Nº 2,596 de 9 de octubre del mismo año, por medio de la cual los últimos le vendieron los mismos bienes a la Compañía del Lebrija, quedando ésta subrogada en los derechos y obligaciones de aquéllos, sólo aparecen registradas en el círculo de registro de Medellín, la primera en los libros números **segundo** y de **causas mortuorias**, y la segunda únicamente en el libro número **segundo**.

Las escrituras no fueron registradas en el círculo de registro de la ubicación del inmueble en que radican los derechos de dominio y los derechos hereditarios vendidos. De manera que dándole aplicación absoluta, como hízolo el tribunal, al artículo 2673 del Código Civil, la conclusión sería la de declarar que no habiéndose acreditado el registro legal de los títulos, las compraventas a que éstos se refieren no han tenido perfección jurídica, permaneciendo por ende los respectivos bienes en el patrimonio de los demandantes, sin que hayan ingresado aún al de la compañía demandada. La sen-

tencia debería pues absolver por esta única causa.

Pero a semejante conclusión, producto de la aplicación aislada del precepto civil citado, se opone la realidad misma del proceso, dentro del cual ambas partes partieron en el ejercicio de su actividad de la consumación jurídica de las enajenaciones, y sobre ese supuesto, a la justicia propusiéronle exclusivamente, como extremo y límite de la litis-pendencia, la discusión del cumplimiento incumplimiento del contrato a partir de aquella consumación.

En efecto, los actores demandaron la resolución del contrato por incumplimiento de la Compañía del Lebrija, subrogataria de los tres primeros compradores, en el pago del precio estipulado en la compraventa dentro de los respectivos plazos. Y para acreditar los contratos de compraventa, la subrogación, la concesión de nuevos plazos, etc., adujeron sendas copias de las respectivas escrituras públicas contentivas de tales actos y enajenaciones.

El reo no opuso ningún reparo a la validez de los contratos ni a la eficacia de las escrituras. Antes bien dándoles plena aceptación a aquéllos y sobre la base del efecto total de las escrituras en lo concerniente a la adquisición de los bienes enajenados, fundándose precisamente en los mismos instrumentos, propuso la demanda de reconvención, en la cual ejercita la acción de cumplimiento de las prestaciones derivadas de la compraventa con la consiguiente reparación de perjuicios por la mora de los esposos Callejas-Quintero en satisfacer todas las obligaciones de vendedores, mora que se hace depender exclusivamente de estas tres circunstancias, de acuerdo con el hecho **sexto** del libelo de contrademanda, cuyo sentido y alcance quedó ampliamente explicado y aclarado en el alegato de conclusión presentado ante el juez de primera instancia por el propio gerente de la Compañía del Lebrija (fls. 30 a 32 del cuad. Nº 1); primero, falta de entrega material del inmueble vendido; segundo, tradición inválida de lo vendido, por cuanto los vendedores no eran dueños de la totalidad de la cuota de dominio proindiviso enajenada; y tercero, insuficiencia de los derechos hereditarios vendidos, según la letra b) de la escritura para cubrir otro derecho de dominio proindiviso sobre el mismo terreno equivalente a una cuarta parte. Nada pues objeta la Compañía del Lebrija respecto de la falta de registro de las escrituras, ni en su demanda ni después en el curso del juicio. Así lo observa también el gerente en el escrito de casación, cuando ponderando la incongruencia de lo pedido con lo sentenciado, apunta que el tribunal declaró "establecida una excepción temporal que ninguna parte alegó, ni adujo, ni probó, y que por otra parte se funda en una hipótesis fuera del conjunto de pruebas que forman el expediente. Se funda en que no se hizo un registro, cuando lo único que aparece en el expediente es que ese registro no se probó."

Luego la Compañía partiendo de la base de que el registro por estar bien hecho le confirió la posesión legal de todo lo comprado, no quiso que lo del registro de las escrituras fuese extremo de la litis-pendencia, dirigiendo su preocupación a controvertir otras tres cosas diferentes.

Ahora bien; principio fundamental de procedimiento civil, que salvo excepciones expresas sirve de orientación y de gobierno en nuestro código, es el llamado **dispositivo**, de **controversia** o **contradicción**, el cual deja a la iniciativa y responsabilidad de las partes la carga de proporcionarle al juez los elementos de la sentencia, mediante la demanda, las pruebas y las alegaciones escritas u orales. Resultando de ello que el juez debe abstenerse de declarar hechos no alegados ni discutidos por las partes, los cuales son para él verdades incontrovertidas. El principio contrario al dispositivo lo forma el inquisitivo, de instrucción, o principio del conocimiento de oficio, que domina el procedimiento penal.

Son consecuencias del principio dispositivo, según los más modernos expositores de ciencia procesal:

1º Las peticiones de las partes condicionan los poderes del juez y determinan los límites y el contenido de los distintos actos de protección jurídica. Naturalmente salvo en los casos en que la ley obliga al juzgador a obrar más o menos independientemente de la actividad de las partes. Tales son entre nosotros, por ejemplo, los casos de los arts. 575, 724, 728, 1204, 1205, y otros muchos del Código Judicial.

2º Las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes constituyen los únicos fundamentos de la sentencia: **judex secundum allegata et probata a partibus judicare debet.**

3º La alegación incontrovertida de un hecho se convierte en fundamento de la sentencia, con excepción naturalmente de los

hechos referentes a los presupuestos procesales: capacidad para ser parte, jurisdicción y competencia del juez, representación, etc., o de aquellas exigencias legales a que las partes no pueden renunciar, por ser de orden público o estar estatuídas en el interés de terceros; o de hechos notoriamente ilícitos o contrarios al orden físico o natural.

4º El reconocimiento y la renuncia de la acción vinculan al juez.

Eminente expositor extranjero observa que los jueces son muy propensos a fundarse en hechos que las partes no han alegado con el pretexto de que "surgen de los autos", temiendo no estar a la altura de su cargo si no ejercitan con absoluta independencia su poder en todas las resultas del proceso. "Este desenfrenado ejercicio es peligroso. Si al juez le repugna sentirse encerrado en los límites de la voluntad dominadora de las partes, debe aceptar, por lo menos, el vínculo de una consideración práctica, esto es, que las partes son los mejores jueces de la propia defensa y que nadie puede conocer mejor que ellas, qué hechos debe alegar y cuáles no. Las esferas del juez y del defensor deben estar netamente separadas, porque existe una verdadera incompatibilidad psicológica entre el oficio de juzgar y el de buscar los elementos de defensa de las partes."

En el presente juicio el tribunal sentenciador incurrió en exceso de poder al denunciar un hecho que las partes, al no discutirlo, diéronlo por verdadero: el debido registro de las escrituras públicas presentadas como base de la acción. Dice el recurrente en la demanda de casación que no es lo mismo decir que el registro no está probado en el juicio, a decir que el registro no se ha hecho. Esto es evidente. Las copias acreditan únicamente que el registro no ha sido probado en el juicio; pero en manera alguna que dejó de hacerse, pues en realidad puede estar hecho legalmente, sólo que las partes se despreocuparan de allegar al juicio las copias con todos los registros que fueron practicados, creyéndolo innecesario desde que ellas no iban a formar capítulo de discusión del registro, porque partieron del supuesto de la realización de ese acto.

Para los efectos de establecer el vínculo jurídico afirmado en la demanda entre el actor y el demandado, bastan las escrituras públicas de enajenación tal y como ellas han sido presentadas, que por sí solas acreditan la realidad de los contratos solemnes allí contenidos. El registro en la oficina competente mira a comprobar la fase final de la ejecución del contrato, en lo tocante a la tradición del dominio. En la compraventa de bienes raíces, de servidumbres y de derechos herenciales hay que distinguir dos actos distintos: el contrato en sí mismo, cuya perfección la consuma, según el ordinal 2º del artículo 1857 del C. C., el otorgamiento de la respectiva escritura pública, de la cual nacen ya las obligaciones y deberes de los contratantes, entrañando por ende, ella sola, la comprobación del vínculo jurídico emanado del acuerdo de voluntades; y el registro, o manera de descargarse el vendedor o enajenante de una de sus principales obligaciones correspondientes a la etapa postrera de ejecución, la tradición del dominio, artículo 756 del C. C. De manera que en presencia de estos dos actos jurídicos inconfundibles, el de otorgamiento de la escritura pública y el registro, cada uno de los cuales tiene su propia finalidad, el primero encaminado a perfeccionar el acuerdo de voluntades creando el vínculo de derecho obligatorio entre comprador y vendedor, y el segundo, representativo de un medio de ejecución en lo referente a la tradición del dominio, hay que inferir lógicamente que cuando el artículo 2673, ibídem, estatuye que ninguno de los títulos sujetos a registro hacen fe en juicio ni ante ninguna autoridad, si no ha sido inscrito en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en el código, contempla limitadamente los casos en que haya necesidad de comprobar especialmente la ejecución del contrato por lo que se refiere a la tradición; mas no autoriza tal disposición, cuyo alcance debe ser consono con otras disposiciones del mismo Código Civil, para desdeñar el instrumento público, cual si la autoridad debiera cerrar los ojos ante el hecho puesto de patente en el instrumento, por el solo defecto de que la copia presentada carezca de la constancia del registro, cuando nadie pone en duda la realidad de la inscripción en la forma prescrita por las leyes.

Siendo pues posible el estudio a fondo de los hechos sustentatorios de la acción del contrademandante, propuestos en el respectivo libelo, la Corte entra a examinarlos uno a uno a efecto de determinar su verdadero alcance legal.

Conforme ya se dijo esos hechos son tres:

Primero

Falta de entrega material del inmueble vendido

El objeto de la compraventa es la mitad proindiviso de un inmueble y determinados derechos hereditarios.

La manera como debe entregarse materialmente un cuerpo cierto, un inmueble determinado por sus linderos, está indicándola la misma naturaleza del bien, susceptible de aprehensión material. De una finca raíz hácese entrega material a otra persona, poniendo a ésta en capacidad de gozar y usufructuar el inmueble, mediante el contacto material de la persona con la cosa. De ahí que cuando la finca está ocupada, previamente debe ser desocupada, a fin de allanar todo obstáculo para la ocupación del nuevo adquirente.

Pero cuando no es ya un cuerpo cierto el objeto de la entrega sino la cuota parte de un inmueble, de consiguiente un derecho incorporal, de radicación aún incierta sobre el terreno, entonces no puede haber lugar a la entrega material, por ser imposible jurídicamente, bastando la tradición por el registro. La entrega de derechos en comunidad indivisa, cúmplese legalmente poniéndolo en posesión de los medios adecuados al ejercicio de los derechos que adquiere, cuales son: el de demandar la división como único medio de determinar y concretar la extensión territorial de la cuota respectiva; el de obtener el nombramiento de un administrador para la comunidad, a fin de que ésta sea beneficiada conjuntamente para todos los comuneros; y el de pedirle a la justicia el señalamiento provisional de la porción determinada del bien común que el comunero tiene derecho a explotar en beneficio propio. Y para llegar a estos resultados es medio suficiente la entrega simbólica efectuada por el registro del título.

Verificada esa tradición, el comunero queda revestido con el derecho perfecto de demandar la división material, conseguir la administración equitativa del común o ejercitar cualquiera de los otros derechos previstos en los artículos 2330, 2331 y 2332 del Código Civil, únicas prerrogativas concedidas por la ley al comunero mientras permanece en indivisión, en lo que concierne al disfrute y explotación de la respectiva cuota.

Se reitera que lo relacionado con la tradición por medio del registro no fue materia de discusión en el juicio.

El hecho pues resulta inoperante.

Segundo

Tradición inválida por cuanto los vendedores no eran dueños de la totalidad de lo vendido.

Dice el artículo 1880 del Código Civil que las obligaciones del vendedor se reducen a dos, la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida.

El cargo tal como está planteado se refiere pues a la segunda de las obligaciones dichas. Fuera de las dos del artículo 1880, ninguna otra existe a que pueda faltar el vendedor con respecto al comprador, a la luz de esa disposición y salvo lo que las partes estipulen.

La sola circunstancia de que el comprador estime con o sin fundamento que el vendedor le trasmitió cosa total o parcialmente ajena, carece de trascendencia mientras el primero no sea inquietado por el supuesto dueño. Nuestra ley en el artículo 1871 del C. C. hace válida la venta de cosa ajena. Lo cual significa que el contrato es válido entre comprador y vendedor; por lo tanto, la tradición que se consume como consecuencia de ese contrato, también será válida entre las mismas partes, con esta salvedad empero: sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño no extinguidos por la prescripción.

De esta manera, el hecho sencillo, de la afirmación o de la creencia del comprador, de que el vendedor está desprovisto de la propiedad que le ha trasmitido, formulada con posterioridad al contrato, no basta a hacer surgir de ahí elementos jurídicos susceptibles de acarrear la violación del contrato por obra del vendedor, si de otro lado esa convicción, aún honrada del comprador, no corresponde a una actividad positiva del supuesto dueño, encaminada a perturbar la posesión pacífica de la cosa vendida o a reclamar su dominio, con base en factores probatorios calificados de suficientes por la justicia.

Mientras aquella convicción del comprador permanezca en el dominio de sus hipótesis, sin traducirse a la realidad de los actos judiciales, ningún derecho emana contra el vendedor. La inactividad y abandono del supuesto dueño están indicando lo infundado de los temores o conjeturas del preocupado adquirente.

De ahí por qué los artículos 1893, 1894 y siguientes del Código Civil, limitan la obligación de saneamiento que tiene a su cargo

el vendedor, a aquellos casos en que se trate de verdaderas acciones judiciales de terceros, encaminadas a disputarle el dominio al comprador por causas anteriores al contrato de venta.

De consiguiente, el que la compañía contrademandante estimase que la señora Concepción Quintero de Callejas no tenía el dominio de toda la cuota proindiviso que le enajenó, del globo de "Tellez", idea que llevó a dicha compañía a efectuar otras compras a otras personas para completar aquella cuota, sin contar con la mencionada vendedora, quien asegura, sin haber sido contradicha, no haber tenido conocimiento de tales adquisiciones sino pocos días antes de la promoción del juicio, nada prueba contra la vendedora, pues sólo una sentencia judicial podría quitarle el carácter de dueña que se atribuyó en el contrato de compraventa.

Por lo tanto, el hecho examinado tampoco funda ninguna acción.

Tercero

Insuficiencia de los derechos hereditarios vendidos según la letra b) de la escritura de venta para cubrir un derecho de dominio equivalente a la cuarta parte del inmueble.

En el aparte B) de la cláusula primera de la escritura de compraventa Concepción Quintero de Callejas trasmitió los derechos herenciales que le puedan corresponder en las sucesiones de Concepción Quintero Jácome y Buenaventura Leonidas Quintero, en la parte en que tales sucesiones están ilíquidas, garantizando la vendedora que tales derechos representan, por lo menos, libres de pasivo, una cuarta parte del mismo globo de terreno de cuya mitad hizo enajenación por la misma escritura.

Sin liquidar entre sus herederos los bienes mortuoriales de la Quintero Jácome y Leonidas Quintero, que permanezcan ilíquidos, es un imposible jurídico formular la afirmación de insuficiencia hecha en la contrademanda, porque es únicamente la partición, destinada a concretar e individualizar los derechos del heredero sobre el conjunto del acervo herencial, con lo que es dable comprobar la cuantía numérica exacta de cada derecho y su comprensión en los bienes relictos. Antes de ese acto los derechos hereditarios permanecen indeterminados en cuanto a su radicación. Ignórase con certeza qué le corresponderá en propiedad singular al sucesor.

Es suficiente esta consideración, y la circunstancia de que en el proceso está ausente la demostración de la pretendida insuficiencia, para rechazar el cargo.

- VI -

Sentencia

Como son inoperantes los hechos que sirvieron de base a la contrademanda, así hay que declararlo al proferir la Corte la sentencia de instancia.

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, decreta:

1º Cásase la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dictada en este juicio doble de Clímaco Callejas y Concepción Quintero de Callejas contra la Compañía del Lebrija, S. A.

2º REVOCANSE los numerales primero, segundo y tercero de la parte resolutiva de la sentencia del juez de primera instancia, proferida el treinta de octubre de mil novecientos treinta y cinco, y en su lugar se absuelve a la Compañía del Lebrija, S. A.. de los cargos que en la demanda principal le formulan los demnadantes Clímaco Callejás y Concepción Quintero de Callejas;

3º CONFIRMASE el numeral cuarto de la parte resolutiva de la misma sentencia, por medio del cual negáronse las peticiones de la demanda de reconvención, quedando por ende absueltos los esposos Clímaco Callejas y Concepción Quintero de Callejas de las pretensiones de dicha demanda;

4º No hay costas en ninguna de las instancias.

Tampoco hay costas en el recurso de casación.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en el próximo número de la Gaceta Judicial.

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mujica—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad".

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA PODER JUDICIAL

REIVINDICACION

1.—En un título que traspase el dominio de un inmueble es imprescindible la expresión de los linderos de acuerdo con el art. 2594 del Código Civil. 2.—Para la reivindicación se requiere la singularización de la cosa que se reivindica, conforme al art. 946 del C. C. 3—De una demanda que absuelve a los demandados de los cargos de la demanda, no cabe decir que adolezca de incongruencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. La falta de consonancia con éstas es lo que constituye ese motivo de casación. Ese motivo no puede comprender la mera disparidad entre el fallo y las pretensiones o, en otras palabras, el que una de las partes y a veces ambas vean frustrados sus empeños o al menos no logren colmarlos con la sentencia que decide su litigio. 4.—La cosa juzgada requiere la identidad jurídica de personas exigida por el art. 474 del C. J.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Ricardo Arbeláez demandó a Heliodoro Vargas, Jorge Londoño, Antonio Vanegas, Bernardo Piedrahíta, Víctor González y María Luisa Torres a fin de que se les condene a restituirle el fundo deslindado en el libelo y a pagarle sus frutos y se les declare, como poseedores de mala fe, sin derecho a abono de mejoras. El Juzgado 2º del Circuito de Buga pronunció sentencia absolutoria el 23 de junio de 1936, la que el Tribunal Superior de allí confirmó en la de 8 de septiembre de 1937, contra la cual el demandante interpuso casación, recurso tramitado ya debidamente, por lo cual pasa a decidirse.

Antecedentes

Estos se contienen en los hechos fundamentales de la demanda que se resumen así: A) El demandante compró aquel fundo en escritura número 863 de la Notaría de Buga el 8 de agosto de 1928 y si se lo vendió a Julio Parra, lo compró a éste en escritura número 26 de esa Notaría el 9 de enero de 1929; B) En ausencia del demandante los demandados se apropiaron ese fundo, no obstante conocer los títulos de aquél y saber que ese suelo no es baldío sino parte del globo indiviso llamado San Isidro o Canoas; C) Los demandados ocupan de hecho el fundo del actor desde más de un año antes de la demanda, destruyendo montes y rastrojos y usufructuándolo en toda forma.

La parte petitoria de la demanda, formulada por medio de apoderado, manifiesta que se establece la de reivindicación, "para que por sentencia definitiva que haga tránsito de cosa juzgada, se les condene (a los demandados) a restituir a mi poderdante un fundo de su propiedad, y para la comunidad del indiviso (sic), el dicho terreno, ubicado en este Municipio, en la cordillera oriental, en el terreno indiviso de San Isidro o Canoas, compuesto de casa de habitación, pastos artificiales (sic), plantaciones de café, caña de azúcar, plátano, etc., que en común están ocupando, por los siguientes linderos. . . ." Después de expresar los linderos, que son los indicados en dichas escrituras con los fines y en las circunstancias que adelante se analizarán, agrega: "pido pues que en la sentencia se declare: **Primero.** Que el fundo así delimitado es de la exclusiva propiedad de mi poderdante, por haberlo adquirido con su dominio y posesión por compra que le hizo al señor Antonio Rivera, por escritura pública número 863 de fecha 8 de agosto de 1928, debidamente registrada, y por compra hecha al señor Julio Parra por escritura pública número 26 de fecha 9 de enero de 1929, también debidamente registrada, que es la última. Este fundo así delimitado fue ensanchado considerablemente por mi poderdante. **Segundo.** Que los mencionados ocupantes son poseedores de mala fe y están obligados a restituir los frutos naturales y civiles, no solamente los percibidos,. . . . debiendo también restituir dicho fundo. **Tercero.** Que los demandados mencionados, poseedores de mala fe, por esta misma razón no tienen derecho a reclamar mejoras de ninguna clase que hubieren plantado en el ameritado fundo,

careciendo del derecho de retención y de ocupación del terreno, que deben restituir para la comunidad de los derechos en tal indiviso".

Los demandados se opusieron negando ocupar propiedad alguna del actor y afirmando ser ocupantes como colonos de las tierras en que han plantado mejoras y que éstas son baldíos, contiguos al globo indiviso de San Isidro o Canoas, pero distintos de éste.

La sentencia recurrida

El tribunal no halló satisfactorio ni congruente con la demanda el título aducido por Arbeláez, porque no determina la cuota de éste en el globo común mencionado y porque no identificó las mejoras en forma de establecer que las que tienen los demandados sean las mismas trasferidas en las escrituras citadas. Además, el tribunal observó que colindando dicho globo de Canoas con baldíos de la Nación, podía ésta ser perjudicada con una decisión condenatoria en este pleito.

Para mayor claridad de esos conceptos y de los que la Corte ha de expresar aquí, se resumen y en lo necesario para ese fin se transcribe lo pactado en dichos instrumentos, y sus varias cláusulas a saber:

En el de 8 de agosto de 1928 (Cdno. 2º, fols. 9 a 11) Antonio Rivera dice vender a Arbeláez "un valor equivalente a cuatro pesos ($ 4) de derechos primitivos que le pertenecen a título de comunero en el indiviso de San Isidro o Canoas en la montaña alta de la cordillera central de los Andes, distrito de Buga". Eso dice, sin deslindar ese globo indiviso y sin precisar el número total o cifra o precio de los derechos primitivos a que alude. Esa es la cláusula **primera.** En la **segunda** dice: "que también vende por el presente instrumento al citado señor Ricardo Arbeláez las mejoras que en el nombrado indiviso de San Isidro o Canoas tiene a título de propietario, mejoras que se hallan dentro de los siguientes linderos:...." En la cláusula **tercera** cita la escritura por la cual dice haber comprado "los cuatro pesos ($ 4) de derechos primitivos que vende." En la **cuarta** manifiesta tener más derechos y limitar esta venta a dichos cuatro pesos ($ 4) primitivos. En la **quinta** insiste al mismo respecto manifestando que como es dueño de dos lotes de mejoras en ese indiviso, "aclara que la presente venta se refiere únicamente a las mejoras cuyos linderos se han expresado en esta escritura. En la **sexta** expone que éstas consisten en pastos, café, caña, plátano y casa de habitación de paredes de tabla, cubierta de astillas de madera. En la **séptima** dice cuál es el precio total de las mejoras y de los cuatro pesos ($ 4) de derechos primitivos que vende y que lo tiene recibido de manos del comprador. En la **octava** dice haber adquirido esas mejoras por compra a las personas que allí nombra, según instrumentos que no cita. En la **novena,** que desde la misma fecha de la escritura que se está citando "pone al comprador en posesión de los bienes que le vende." En la **décima** expresa no haber enajenado y estar libre lo que vende; y en la **undécima,** que se obliga al saneamiento.

En la escritura de 9 de enero de 1929 (Cdno. 1º, fols. 25 a 27) Julio Parra manifiesta vender a Arbeláez "una finca territorial ubicada en la cordillera central de Los Andes en el indiviso de San Isidro o Canoas, **mejoras que se hallan dentro de los siguientes linderos....**" Estos linderos son los mismos que figuran en la escritura de Rivera y en la demanda inicial de este juicio.

En seguida declara allí (en su escritura de 9 de enero de 1929), el vendedor Parra: "Esta propiedad motivo del presente contrato de compraventa es la misma que el otorgante obtuvo de su comprador actual...." En seguida se detalla el precio y modo de pagarlo, relacionándolo con el de la venta que Arbeláez había hecho a Parra. Después declara la libertad de esa finca y que la vende con sus anexidades, usos y servidumbres, la entrega realmente al comprador y queda obligado al saneamiento.

Aparecen diferentes los dos contratos detallados, pues si en el de Parra se ve a Arbeláez comprando una finca por sus linderos y con sus accesorios, en el de Rivera compra Arbeláez separadamente cuatro pesos de derechos primitivos en el globo común de Canoas y unas mejoras en determinado sitio o zona que se deslinda tan sólo para precisarlas. Pero la demanda los identifica.

El tribunal echó de menos, como complemento necesario, la fijación del valor primitivo del globo común en el cual Rivera dice trasferir a Arbeláez "cuatro pesos primitivos". De ahí su concepto de indeterminación.

El recurso

El recurrente en sendos capítulos de su

alegato de casación formula estos cargos: 1º Violación por infracción directa "de los artículos 669, 673, 685, 740, 743, 946 y concordantes del Código Civil", por haberse desconocido al demandante el derecho de propiedad que le otorgan las citadas escrituras públicas, ante la sola afirmación de los demandados de que ocupan terrenos baldíos, sin que ellos hayan presentado título alguno ni la Nación haya reclamado nada. 2º Aplicación indebida de "los artículos 946, 947, 949, 950, 952 y 1857 y concordantes del Código Civil', por haber sacado el tribunal el negocio de su verdadera situación jurídica y no serle permitido suponer en los demandados derechos no respaldados por títulos ni decidir el pleito en el concepto de tratarse de baldíos, a la sola afirmación de los demandados y con desconocimiento de los títulos del actor. 3º El tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de estas pruebas: las citadas escrituras públicas y la inspección ocular; aquéllas, porque contienen la tradición de las mejoras y ésta porque, con el dictamen pericial complementario, acredita la ocupación de esas mejoras por los demandados, sin embargo de lo cual la sentencia recurrida desconoce el dominio de Arbeláez sobre ellas, al punto de declarar que no acreditó ser suyas por habérlas comprado o haberlas hecho a sus expensas o con su trabajo y habérselas arrebatado en todo o parte los reos. 4º Error de hecho en la apreciación de las pruebas por haber prescindido expresamente de analizarlas, declarándolo inoficioso y agregando que no comprueban la propiedad del actor sobre las mejoras ni la extensión y existencia de éstas. 5º No estar la sentencia de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, por cuanto, planteado un debate particular sobre propiedad privada, decidió un pleito de baldíos con la Nación, cual si de esto se tratase. 6º El tribunal se abstuvo de conocer de un asunto de su competencia al no entrar a conocer del pleito en el fondo.

Pasa la Corte a estudiar estos cargos en el orden indicado y autorizado por el artículo 537 del C. J.

Ante todo, ha de destacarse, por su trascendencia, el hecho, anotado aquí ya, de que, según la declaración del demandante, no discutida, hay identidad entre lo que compró a Rivera, lo que vendió a Parra y lo que de éste volvió a adquirir en el corto lapso de 8 de agosto de 1928 a 9 de enero de 1929, fechas respectivas del primero y último de esos tres contratos.

Esa identidad no controvertida, declarada desde la demanda inicial, evita las dudas que surgirían de las diferencias de redacción ya aludidas aquí, consistentes en que Rivera vendió cuatro pesos de derechos primitivos en un globo común y vendió también separdaamente esas mejoras para precisar las cuales expresó los linderos del sitio en que se hallaban, y Parra comienza diciendo vender el lote comprendido en esos linderos, no sin corregir a renglón seguido tal modo de expresión, para limitarse o ceñirse a las solas mejoras. Esto último previno desde luego aquellas dudas.

Arbeláez, pues, no compró el suelo de ese lote, sino las mejoras que Rivera tenía en él: en cuanto a suelo, lo que adquirió fue aquel derecho de cuatro pesos primitivos en un globo común.

Ese globo no se singularizó. Las escrituras se refieren a él en forma tan vaga, que se limitan a decir su nombre (San Isidro o Canoas) y su jurisdicción (Buga) y por lo demás citan la cordillera de Los Andes. Como detalle curioso se advierte que mientras las escrituras hablan de la cordillera **Central**, la demanda señala la **Oriental**.

Salta a los ojos la ausencia de singularización del globo común. Lo imprescindible de la expresión de los linderos en un título que traspasa el dominio de un inmueble en todo o parte, lo indican las pertinentes disposiciones legales, de las cuales basta citar el artículo 2594 del C. C.

Y si eso sucede con la singularización del globo común de que Arbeláez dice haber adquirido una cuota, no menor es la ausencia de elementos para determinar ésta.

Cuatro pesos de derechos primitivos es una expresión que por sí sola nada significa. Para darle sentido es preciso declarar el valor total a que esas unidades corresponden. Una relación no cabe en lógica con aquel solo elemento, así como en aritmética el solo numerador no basta para formar un quebrado, cuya existencia misma requiere un denominador.

Si se hubiera establecido que el valor primitivo del total a que se refieren esos **cuatro pesos** era, por ejemplo de mil pesos, o de ciento o de veinte, habría quedado establecido que valía cuatro milésimos o un veinticincoavo o un quinto del globo total, por corresponder a cuatro unidades de esos precios respectivos. Pero como nada de eso se estableció, el numerador quedó sin deno-

minador, la relación no puede fijarse y consecuencialmente la cuota es indeterminada.

Esta falta de determinación de la cuota se agrega a la de alinderación del globo, lo que significa ausencia de los dos elementos legalmente indispensables al efecto, ya que el artículo 949 del C. C. dice: "Se puede reivindicar una **cuota determinada** proindiviso de una **cosa singular.**" (Subraya la Corte).

Se considera el caso desde este punto de vista, porque el actor demanda para la comunidad y porque, de otro lado, acusa la sentencia como violatoria de esta disposición.

Y si se recuerda que demanda, además, en nombre propio, son también pertinentes estas observaciones, a las que cabe agregar, desde este punto de vista, que la acción reivindicatoria corresponde al dueño de una cosa singular, según el artículo 946 de ese código, y que esta calidad de dueño en esta forma no está comprobada tampoco por el actor, puesto que sus escrituras no acreditan que comprara el terreno alinderado en ellas y en la demanda, sino las mejoras existentes dentro de esa alinderación, la que figura en esos instrumentos, no para trasferir ese suelo sino para precisar esas mejoras, como se ha visto; y en cuanto a terreno, se repite que esos instrumentos expresan sólo la compraventa de los referidos derechos de cuatro pesos primitivos, sin señalar el valor total a que corresponden y sin singularizar el globo común en que radican

No niega el tribunal que unas mejoras puedan ser materia de reivindicación, sino que afirma que al tratarse singularmente de reivindicar determinadas mejoras, el actor debe acreditar ser su dueño y estar ellas en manos de otro que pretende serlo; de modo que no negó a las mencionadas escrituras su calidad de título sobre las mejoras en ellas trasferidas, sino que echó menos la comprobación de la identidad afirmada por el demandante entre esas mejoras compradas por él y las ocupadas por los demandados.

Y acerca de esa identidad no es prueba la inspección ocular practicada por el tribunal el 18 de noviembre de 1936. Esa diligencia en que no se registró o que no dejó dato de los hechos cuyo establecimiento se buscaba sin duda al pedirla y practicarla, apenas dice después de su encabezamiento lo que se trascribe en seguida, a continuación de lo cual se incluyen como parte de ella las varias declaraciones de testigos que se pusieron al recibirlas en ese acto. Lo que se copia, que forma el fol. 13 v. del cuaderno 2º, hace ver lo deficiente de esa inspección como tal.

Esa acta dice: "...Previamente posesionados los señores peritos, se procedió por todo el personal actuante a la identificación, por sus linderos generales, del indiviso denominado 'San Isidro' o 'Canoas'; y luégo, teniendo a la vista tanto la demanda como las escrituras que figuran en los autos, fue identificada por sus linderos especiales la propiedad rural o fundo que se dice pertenece al demandante señor Arbeláez. Verificadas las aludidas identificaciones, el señor magistrado cedió la palabra a los señores peritos principales, quienes manifestaron estar de acuerdo en sus apreciaciones, con el fin de que rindieran su dictamen; pero como ellos solicitaron un término para presentar su exposición, el señor magistrado les concedió el de ocho días para tal efecto, contado desde mañana inclusive, de acuerdo con la facultad otorgada por el artículo 728 del C. Judicial. Con la previa anotación de que dentro del curso de la diligencia se hicieron presentes los demandados señores Heliodoro Vargas, Antonio José Londoño, Antonio Vanegas y Bernardo Antonio Piedrahita, el señor magistrado procedió a recibir las declaraciones indicadas por el demandante..."

El dictamen pericial, fechado al día siguiente, es el memorial de los tres peritos que forma el folio 21 del mismo cuaderno 2º. En él expresan que han identificado tanto el globo de "Canoas", cuyos linderos indican, como el lote de Arbeláez, y agregan que dentro de los linderos de éste "se pudo constatar que están situados en común como ocupantes, con casa de habitación y cultivos de pasto y café, caña, etc., los demandados... quienes, aun cuando a alguna distancia, nos fueron señalando el lugar en donde cada uno de ellos tiene sus mejoras, como ocupantes en común."

De paso se advierte la dificultad de compaginar el concepto de ocupación en común y el de ocupación por cada cual. La fuente de conocimiento es muy deficiente, puesto que es, al decir de los mismos peritos, un señalamiento que les hicieron a distancia.

De otro lado, ese dictamen no por rendido con motivo de una inspección ocular deja de ser dictamen, esto es, la prueba pericial que ha de juzgarse y apreciarse ante las respectivas disposiciones de la ley, entre las cuales son de citarse los artículos 705 del C. J. que indica la pertinencia y procedencia de esta prueba y los artículos 721 a 723 de la misma obra que indican y regulan su valor probatorio.

No se advierte el error atribuído por el recurrente al tribunal en la apreciación de estas pruebas, entre otras razones por la decisiva de no acreditar la identidad de las mejoras compradas por Arbeláez en sus citadas escrituras de agosto de 1928 y de enero siguiente y las mejoras que a alguna distancia alcanzaron a ver los peritos ocupadas por los demandados. Esto fue lo que anotó el tribunal como un vacío, y es de reconocerse que ese vacío efectivo no se llena con las escrituras, la inspección y el dictamen que vienen citándose.

De otro lado, la demanda no contiene súplica especial sobre determinadas mejoras, al punto de que no habla de esto sino para pedir que a los demandados, por ser poseedores de mala fe, no se les reconozcan las que hubieren plantado. De paso se observa la sugestión de este pedimento del demandante en el sentido de que hay mejoras distintas de las que él compró. Sea de esto lo que fuere, ello es que la demanda se formuló como acaba de recordarse y como atrás se vio al trascribir su parte peritoria. No se indica con esto que la demanda de reivindicación de un predio haya de contener expresa y singular solicitud sobre mejoras, como requisito para que éstas, en su caso, puedan quedar incluídas en la sentencia en que se acoja la acción. Sabido es que por punto general ellas son un accesorio que se va tras de lo principal, que es el suelo que las sustenta. El Código Civil regula este punto atendiendo a la clase de ellas y a la de la fe del poseedor en sus artículos 962 y siguientes. Pero en el presente caso sí caben y aun se necesitan aquellas advertencias, no tanto por el modo de formularse la demanda, cuanto por lo que rezan las citadas escrituras y también por la forma en que el tribunal y el recurrente tratan lo relativo a mejoras.

En todo pleito, en general y con más claridad en uno de reivindicación, se comienza por estudiar la acción ejercitada y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halla que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven, o infirmen, háyanse opuesto por el reo, como la de prescripción o la de compensación, o surjan del proceso, opuestas o no por éste, tal como corresponde a los artículos 343 del C. Judicial y 1719 del Civil.

En el presente caso el juzgador no tuvo por qué ni para qué entrar en el estudio de las excepciones, puesto que no encontró justificada la acción, y esto, por lo antedicho, fue suficiente para absolver. De ahí que ni ocasión tuviera de indagar y mucho menos de decidir que la ocupación material por los demandados de cierto suelo con ciertas mejoras sea título suficiente para oponerlo con ventaja al del demandante. Repítese que le bastó encontrar que éste no ha demostrado ser dueño de aquello cuya reivindicación pretende.

Lo dicho hasta aquí agrupa las razones por las cuales la Corte encuentra infundados los cargos del recurrente relacionados con el motivo 1º de los del art. 520 del C. J.

Cuanto al motivo 2º, tampoco se halla aceptable. De una sentencia que absuelve a los demandados de los cargos de la demanda, no cabe decir que adolezca de incongruencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. La falta de consonancia con éstas es lo que constituye ese motivo de casación. Apenas habrá para qué repetir lo que uniforme y sostenidamente ha hecho presente la Corte a este respecto en el sentido de que ese motivo no puede comprender la mera disparidad entre el fallo y las pretensiones o, en otras palabras, el que una de las partes y a veces ambas vean frustrados sus empeños o al menos no logren colmarlos con la sentencia que decide su litigio.

El recurrente aduce también, como ya se vio, el motivo 7º de los del mismo artículo 520. Éste cargo se halla también inaceptable, por las mismas razones que se acaban de resumir sobre el motivo 2º. El tribunal confirmó el fallo del Juzgado y éste, lejos de abstenerse de estudiar el pleito y de decidirlo, lo falló en el fondo absolviendo a los demandados. Mal puede decirse, por tanto, que se abstuviera de conocer de un asunto de su competencia.

Y como, por último, el recurrente afirma que el tribunal trocó en pleito con la Nación y por baldíos éste que es entre particulares y sobre propiedad privada, ocurre observar que no hubo tal, puesto que se decidió el litigio sobre el pie en que lo colocaron la demanda y sus respuestas.

Es verdad que la mera posibilidad o la probabilidad de ser baldíos los terrenos contiguos al globo de "San Isidro" o "Canoas" y el hecho de no aparecer aquí precisado el respectivo lindero, de que se ha deducido la contingencia afirmada por los reos de que sea de baldíos y no de aquel globo el suelo donde tienen las mejoras por ellos ocupadas,

no son circunstancias que impidan sentenciar esta causa en favor del demandante por el temor de perjudicar con ello a la Nación. Ella no ha sido parte en este proceso el cual, por ende, le es **res inter alios acta**, y del propio modo y consiguientemente la sentencia de este pleito, cualquiera que fuese, le sería y ha de ser **res inter alios judicata**. La cosa juzgada requiere la identidad jurídica de personas exigida por el art. 474 del C. J.

Acierta, pues, el recurrente al reclamar contra esos temores; pero como el tribunal se limitó a expresarlos o a aludir a ellos y no decidió en fuerza de ellos, sino por consideraciones distintas, ya estudiadas y acogidas aquí, ese reclamo carece de alcance, puesto que, aunque cupiera deducir de él un cargo de los establecidos por el citado art. 520 taxativamente como motivos de casación, ni aun así caería la sentencia recurrida, sostenida como está por aquellas consideraciones, que son su verdadero fundamento.

En suma: son infundados los motivos 2º y 7º, porque no hay la falta de consonancia ni la abstención que en su caso, fundan el recurso; y no se justifica tampoco ninguno de los cargos formulados dentro del motivo 1º, así:

Como el tribunal no negó a Arbeláez el dominio de lo que le trasfirieron sus citadas compras, no ha violado los citados artículos 669 y 673; como no reconoce a la sola ocupación de los demandados la calidad de título prevalente sobre los de aquél, no ha violado el 685; como no niega a esas compraventas la calidad o fuente de tradición de lo enajenado en ellas, no ha violado el 740 ni el 743; como no niega a quien pruebe ser dueño la reivindicación respectiva, no ha violado el 946, y como no niega la calidad de reivindicables de las cosas corporales sean raíces o muebles, ni la de una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, ni que esa acción competa al dueño, ni que de ella responda el poseedor actual, ni que aquellas escrituras contengan compraventa con las consecuencias de este contrato respecto del dominio del comprador, no ha violado tampoco los artículos 947, 949, 950, 952 y 1857. Lo que en definitiva hizo el tribunal fue negarse a acoger una acción reivindicatoria a quien no demostró ser dueño de cosa singular, ni de cuota determinada proindiviso de una cosa singular, lo que vale como decir que aquél se ajustó a lo que corresponde a la luz de los arts. 946 y 949 del C. C., piedra angular de este pleito y de la sentencia recurrida. Este concepto se impone, por lo tocante al suelo, en atención a la que la trasferencia de éste adolece de los defectos decisivos detenidamente aquí apuntados; y por lo tocante a mejoras, en fuerza de las circunstancias expuestas aquí también con detenimiento, entre las cuales se destaca la falta de prueba sobre que aquéllas que compró Arbeláez en escritura de 1928 sean las mismas poseídas hoy por los demandados.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del distrito judicial de Buga el ocho de septiembre de mil novecientos treinta y siete.

Sin costas en el recurso, por no aparecer que se hayan causado.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

REIVINDICACION

La acción de dominio está configurada por los siguientes factores: a) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; b) Derecho de dominio en el demandante; c) Posesión material en el demandado, y d) Identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea que lo que se reivindica por el demandante sea lo mismo que posee el demandado. Como al demandado poseedor lo ampara la presunción de dueño de que trata el art. 762 del C. C., esa presunción, para que triunfe el demandante, tiene que ser destruída, por un título de dominio del demandante que sea anterior a la posesión del demandado. Esto tiene lugar cuando la reivindicación se dirige contra un poseedor que no presenta o exhibe ningún título inscrito. Cuando el poseedor además de ampararse en su posesión presenta un título inscrito, entonces surge el problema de la confrontación del título o títulos del demandante con los del demandado para determinar a cuál de ellos asiste mejor derecho. Mas en este caso también la posesión material juega primordial papel, porque entonces los títulos del demandante deben comprender un período mayor que el de la posesión del demandado. Cuando los títulos de éste y lo mismo su posesión son de fecha posterior a los del demandante, la acción de éste prospera; por el contrario, cuando el título inscrito del demandado es anterior al del demandante, la petición reivindicatoria de éste no puede triunfar. Más aún: cuando el poseedor no presenta ningún título y el reivindicador exhiba una serie completa de títulos, puede suceder que si la posesión data de treinta años y se alega la prescripción adquisitiva por el poseedor, éste no sólo sea absuelto, sino que se le reconozca el dominio en la cosa reivindicada por el fenómeno de la prescripción. Lo mismo puede suceder si el poseedor, habiendo poseído diez años y presentando un título posterior al del reivindicador, alegue la prescripción adquisitiva ordinaria. Fuera de estos dos últimos casos, el demandante reivindicador no tiene sino que presentar un título anterior a la posesión del demandado o a los títulos que éste presente y sin que tenga necesidad de exhibir una serie indefinida de títulos, porque esto sería exigir la PROBATIO DIABOLICA. Claro es que no se alude aquí a los casos contemplados de diferente modo por la ley 200 de 1936.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Junio E. Cancino, en su propio nombre y en representación de Nepomuceno Carreño, demandó en acción reivindicatoria a Abelardo Toledo, para que se declarara que el lote de terreno determinado en el hecho tercero de la demanda pertenece en dominio a los actores y para que se condenara al demandado a restituírles ese lote, considerándolo como poseedor de mala fe, para el efecto de las prestaciones mutuas. Como punto subsidiario a la declaratoria de dominio, basada en los títulos, pidieron además que se declarara que los demandantes adquieron la propiedad del globo de tierra que se reivindica en este juicio por prescripción extraordinaria, agregando a la posesión de los actores la de sus antecesores en el dominio de tal globo.

Corrido el traslado al demandado Abelardo Toledo éste denunció el pleito a José Antonio Soler, denuncia que fue admitida. Toledo y Soler contestaron la demanda, por medio de apoderado, oponiéndose a las pretensiones del actor y negando los hechos fundamentales, menos el de la posesión material del globo materia de la reivindicación.

Con la contestación se presentó demanda de reconvención en la cual se pide que en caso de fallo favorable a los demandantes, se declare que están obligados a reconocer al demandado Abelardo Toledo las mejoras que éste ha hecho en el terreno materia de la reivindicación, consistentes en el establecimiento de pastajes y arreglo de potreros y como poseedor de buena fe.

El juez del conocimiento, que lo fue el del circuito de Charalá, dictó sentencia de primer grado el cinco de mayo de mil novecientos treinta y cuatro, accediendo a las peticiones de la parte actora, considerando al demandado Abelardo Toledo como poseedor de buena fe, declarando que los demandantes están obligados a pagar al demandado Toledo las mejoras útiles hechas por éste en la finca reivindicada, hasta el día en que se le notificó la demanda, siendo de elección para los reivindicadores, pagar lo que esas mejoras valgan al tiempo de la restitución, o a lo que por concepto de dichas mejoras valiere más la finca al tiempo de entregarla, determinación que se hará por separado, y con derecho del demandado para retener

la finca, si hubiere saldo en favor, hasta que se le pague o se le asegure a su satisfacción. El demandado José Antonio Soler fue considerado como poseedor de mala fe para efecto de las prestaciones y condenado en las costas.

Los demandantes apelaron de ese fallo y el Tribunal Superior del distrito judicial de San Gil, en sentencia de veintiséis de febrero de mil novecientos treinta y siete, confirmó la de primera instancia, con dos reformas consistentes en declarar a José Antonio Soler como poseedor de buena fe y absolverlo del pago de las costas. El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de casación contra el fallo de que se acaba de hacer mérito y, agotada la tramitación pasa hoy la Corte a decidirlo.

Sentencia recurrida

La sentencia recurrida se funda en lo siguiente:

a) Que con los títulos presentados por la parte actora está acreditado el dominio de ésta en el predio materia de la reivindicación y que los títulos en que ampara la parte demandada no demuestran el dominio sobre dicho predio, alegado por los demandados, "por ostensible falta de indentidad, incluso en parte localización de vecindarios municipales"; b) En que además de lo anterior los actores comprobaron que han adquirido el globo de tierra mencionado por prescripción extraordinaria; c) En que el terreno que se reivindica está identificado, y d) En que está comprobado que el demandado Toledo es poseedor de dicho terreno.

Demanda de casación

El recurrente acusa la sentencia por la primera de las causales señaladas en el artículo 520 del C. J. y hace consistir la acusación en la violación de los preceptos sustantivos que cita en los ocho cargos que hace al fallo y que se estudiaron luego.

Antes de entrar en el fondo de la acusación cree la Corte oportuno señalar las reglas normativas de la acción reivindicatoria, como lo ha hecho en otras ocasiones.

La acción de dominio está configurada por los siguientes factores: a) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; b) Derecho de dominio en el demandante; c) Posesión material en el demandado, y d) Identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea que lo que se reivindica por el demandante sea lo mismo que posee el demandado.

Como al demandado poseedor lo ampara la presunción de dueño de que trata el artículo 762 del C. C., esa presunción, para que triunfe el demandante, tiene que ser destruída, por un título de dominio del demandante que sea anterior a la posesión del demandado. Esto tiene lugar cunado la reivindicación se dirige contra un poseedor que no presenta o exhibe ningún título inscrito.

Cuando el poseedor ademas de ampararse en su posesión presenta un título inscrito, entonces surge el problema de la confrontación del título o títulos del demandante con los del demandado para determinar a cuál de ellos asiste mejor derecho. Mas en este caso también la posesión material juega primordial papel, porque entonces los títulos del demandante debe comprender un período mayor que el de la posesión del demandado. Cuando los títulos de éste y lo mismo su posesión son de fecha posterior a los del demandante, la acción de éste prospera; por el contrario, cuando el título inscrito del demandado es anterior al del demandante, la petición reivindicatoria de éste no puede triunfar.

Mas, aun cuando el poseedor no presente ningún título y el reivindicador exhiba una serie completa de títulos, puede suceder que si la posesión data de treinta años y se alega la prescripción adquisitiva por el poseedor, éste no sólo sea absuelto, sino que se le reconozca el dominio en la cosa reivindicada por el fenómeno de la prescripción. Lo mismo puede suceder si el poseedor, habiendo poseído diez años y presentado un título posterior al del reivindicador, alegue la prescripción adquisitiva ordinaria.

Fuera de estos dos últimos casos, el demandante reivindicador no tiene sino que presentar un título anterior a la posesión del demnadado o a los títulos que éste presenta y sin que tenga necesidad de exhibir una serie indefinida de títulos, porque esto sería exigir la **probatio diabolica.** Claro es que no alude aquí a los casos contemplados de diferente modo por la ley 200 de 1936.

Sentado lo anterior, pasa a hacerse una relación de los títulos inscritos en que se amparan las partes militantes en este pleito.

La parte actora se acoge a los siguientes: Manuel Torres Martínez fue dueño de un globo de tierra denominado Cobaría, en jurisdicción de los municipios de Charalá y El Encino. Dicho señor otorgó testamento en Villeta el 29 de diciembre de 1862, y declaró que tenía ese bien habido por compra hecha a Nicolás Vargas. El predio en referencia

pasó a ser propiedad del hijo de Manuel Torres Martínez llamado Leonidas E. Torres en virtud de la partición de los bienes pertenecientes al prenombrado Manuel, partición que se protocolizó en la notaría del circuito del Socorro el 8 de febrero de 1866. Leonidas E. Torres segregó del predio de Cobaría un globo de terreno, el que es materia de la reivindicación, y lo vendió a Nepomuceno Carreño por escritura 417 de 1º de noviembre de 1919; Nepomuceno Carreño trasfirió a Junio E. Cancino, a título de dación en pago, la mitad del lote que había adquirido de Leonidas E. Torres, lo cual consta en la escritura 402 de 12 de diciembre de 1925.

Además, los demandantes presentaron una serie de testimonios para demostrar que Manuel y Leonidas E. Torres poseyeron, por más de cincuenta años, el lote de Cobaría, y esa posesión la invocan y agregan los demandantes.

El demandado, que es poseedor, como se ha dicho se ampara en los títulos constituídos por la escritura 235 de 1913, 2835 de 1918, 28, 107 y 215 de 1921, de la notaría de Charalá, títulos que se examinarán luégo.

De acuerdo con el artículo 537 del C. J. la Corte estudia por orden lógico los cargos contra la sentencia y empieza por el séptimo que es éste: "El tribunal, dice el recurrente, incurrió en error de hecho y de derecho que aparece de manifiesto en los autos, o sea, en los títulos de propiedad presentados por mi mandante, puesto que dejó de apreciarlos, y por lo mismo de darles el valor legal que les corresponde, y debido a esos dos errores, concedió la acción reivindicatoria a los actores, y dejó de absolver a mi mandante.

Los títulos a que se refiere el cargo, son los presentados por la parte demandada y ya relacionados, y el recurrente dice a este respetco: "Estos títulos se han opuesto a la titulación y a las alegaciones de la prescripción hechas por los actores, y el tribunal sentenciador los pasó por alto, es decir, no los tomó en cuenta, ni siquiera para rebatirlos, mucho menos para atribuírles el valor probatorio que les corresponde."

La Corte observa:

El demandado se ampara en la posesión y en los títulos que presentó. La posesión del demandado empieza en agosto de 1921 y los títulos arrancan de años anteriores. Respecto de los títulos dijo lo siguiente el tribunal fallador: "En segundo lugar no está negado este crédito de dominio de los demandantes en el terreno de Cobaría con la réplica de la consiguiente parte demandada, aunque se apoye ella como se hizo en el término probatorio abierto en el tribunal, en las escrituras públicas número 253 de 1913 y 28 y 35 de 1918 y 28, 107 y 215 de 1921 de la notaría del circuito de Charalá, exhibidas en copia registrada, y declaraciones de testigos, pues las adquisiciones hechas por el señor José Antonio Soler que en ellas constan anteriores todas si al tiempo de la demanda principal, por ostensible falta de identidad, incluso en parte localización de vecindarios municipales, no acreditan dominio anterior de los señores Páez, Olaya de Páez, Ferreira y Soler en los terrenos precisos de la litis; lejos de eso, se repite, muchos de los testimonios traídos al debate, incluso algunos de los levantados por la parte demandada, se refieren, ingenua y claramente, a los antecedentes de dominio de los causantes de Cancino y Carreño en los terrenos de "Cobaría" como bien se puede verificar en el proceso." Resulta entonces lo siguiente: que el tribunal no pasó por alto los títulos presentados por el demandado, que los estudió y que del estudio dedujo que no había identidad entre los predios a que se refieren los títulos del demandado y el predio a que se refieren los títulos exhibidos por la parte actora.

El error de hecho manifiesto no puede provenir entonces de la falta de apreciación de determinada prueba, las escrituras en que se ampara la parte demandada, sino de apreciación errónea de esas escrituras en cuanto de ellas resulte que sí se refieren al lote materia de la reivindicación.

Vistos los linderos de que tratan las escrituras del demandado y comparados con los linderos del predio que se reivindica, de acuerdo con las escrituras que ha exhibido la parte demandante, se ve claramente que hay ostensible falta de identidad entre unos y otros, hasta respecto de la ubicación de los términos municipales, en que están situados el predio que se reivindica y el predio a que hacen relación los títulos del demandado. No existe en el proceso una prueba, o un documento que haya pasado por alto el el tribunal fallador o lo haya interpretado erróneamente y de donde puede concluírse, con la fuerza de la plena prueba, que está demostrada la identidad de que se ha hecho mérito. El mismo recurrente no afirma de una manera rotunda que esté establecida dicha identidad y por eso se expresa así: "Ante esta titulación (los títulos presentados por el demandado), la carga de la prueba para establecer la identidad de lo

que se reivindica con lo poseído por mi mandante corresponde a los actores, según el mandato del art. 1756 del C. C."

Por una parte se observa que era al demandado a quien correspondía hacer esa demostración, porque es él quien afirma que sus títulos se refieren al lote reivindicado, y por la otra la parte demandante estableció la identidad entre el predio reivindicado y los ítulos en que se ampara. Además, no se ha dicho por el tribunal que no sea una misma finca la demandada y la poseída por el reo, sino que éste no ha demostrado que sus títulos correspondan a aquello mismo que posee.

El tribunal en el estudio de esos títulos tuvo en cuenta y se refirió a los testimonios levantados para probar esa identidad y halló que con tales testimonios no se demostraba aquélla y esa apreciación del tribunal debe quedar en pie por cuanto no se ha demostrado que el tribunal al apreciar dichos testimonios o hubiera interpretado erróneamente las declaraciones de los testigos, o hubiera prescindido de dichos testimonios, o hubiera hecho caso omiso de otros factores existentes en el proceso que demostraran dicha identidad.

Siendo así las cosas no encuentra la Corte el error manifiesto de hecho que hubiera llevado al tribunal a violación directa de la ley o a infracción de ésta por no aplicación al caso o por aplicación errónea.

El cargo que se estudia no puede triunfar.

El primer cargo consiste en error de hecho y de derecho en la apreciación de las escrituras públicas que los actores presentaron en el juicio para apoyar su derecho, y fundar en ellos la acción reivindicatoria del inmueble, errores, dice el recurrente, que llevaron al tribunal a la violación de los artículos 762, 765, 766, 940, 950, 952, 2528 y 2529 del C. C.

El tribunal dio por sentado que los actores habían demostrado con los títulos que exhibieron el derecho de dominio del predio reivindicado.

La Corte considera:

Aparece de la escritura número 417 de primero de noviembre de mil novecientos diez y nueve, otorgada ante el notario del circuito de Charalá (fojas 15 del cuaderno principal), que Leonidas E. Torres vendió a Nepomuceno Carreño el lote de terreno de "Cobaría", por los linderos expresados en el hecho primero de la demanda. Respecto de este título y de la determinación y linderos del predio vendido por Leonidas Torres al demandante Carreño, no hay duda y es de una claridad meridiana. Como al estudiar el cargo anterior se vio que los títulos presentados por la parte demandada no la pueden amparar, no queda favorecida sino por la posesión en el terreno reivindicado, posesión que data del año de mil novecientos veintiuno; luego siendo anterior el título de mil novecientos diez y nueve, de que se ha hecho mérito, a la posesión del demandado, la presunción de dueño que tenía éste por el hecho de ser poseedor, queda desvirtuada por el título de mil novecientos diez y nueve. Resulta entonces que al apreciar y darle eficacia legal a ese título el tribunal, no violó las disposiciones citadas en el cargo que se estudia, porque es sabido que el derecho de dominio en los bienes raíces se acredita con la escritura pública debidamente registrada.

El cargo que se estudia se refiere más que todo a los títulos anteriores al año de mil novecientos diez y nueve, respecto de los cuales el recurrente señala algunas deficiencias, que en caso de existir no aprovecharían en nada al recurrente, porque basta, por lo que ya se expresó, que el reivindicante presente un título anterior a la posesión del demandado, cuando éste no se ampara en títulos inscritos.

No obstante esto la Corte pasa a referirse a las deficiencias que apunta el recurrente.

Al otorgar testamento el señor Manuel Torres, ante el notario de Villeta en el año de mil ochocientos sesenta y dos declaró, entre otros, como bien suyo el globo de tierra denominado Cobaría, en vecindad del distrito de Charalá, "que hube por compra a los herederos de Nicolás Vargas, dice el testador, en el cual edifiqué y poseo una casa de tapias y teja, dos enramadas de trapiche también de teja con sus fondos de cobre y los demás útiles necesarios a estos esblecimientos". El recurrente sostiene que si se pretende arrancar el dominio de la finca reivindicada del señor Manuel Torres, ha debido comprobarse la compra hecha de dicho terreno por Manuel Torres a los herederos de Nicolás Vargas. Mas esto es inaceptable, porque sería exigir para este caso la prueba diabólica, y con la misma razón habría entonces que exigir la prueba de la adquisición hecha por los herederos de Nicolás Vargas a los antecesores en el dominio del predio de "Cobaría" y así indefinidamente. Ya se ha dicho y explicado por qué basta que el reivindicante exhiba un título inscrito de dominio anterior a la posesión del demandante, como se ha hecho en este caso.

En 1866 se protocolizó en la notaría del

Socorro el juicio de sucesión de Manuel Torres, y en él se le adjudicó el predio de "Cobaría" al hijo del causante señor Leonidas Torres, adjudicación que fue aprobada debidamente. El recurrente dice que no se expresaron los linderos de tal predio, pero a esto se observa: Si la omisión de los linderos llevara a la ineficacia del título de adjudicación, ello no aprovecharía en nada al demandado por lo ya dicho. Pero desde tiempo muy anterior a este pleito, en 1909, se estableció con una serie de testigos contestes la identidad entre lo adjudicado a Leonidas Torres y los linderos del predio de "Cobaría" y se estableció asímismo de una manera clara la posesión y goce del señor Manuel Torres y de su hijo Leonidas C. Torres, en tal predio, por más de treinta años. Esas declaraciones fueron traídas a los autos y de ellas y de su valor probatorio se tratará luégo. De modo que el reparo hecho al respecto no es por lo dicho eficaz para casar el fallo, como tampoco para declarar la ineficacia de esos títulos.

Sostiene el recurrente en el segundo cargo que al vender Leonidas Torres a Nepomuceno Carreño el lote de "Cobaría", en mil novecientos diez y nueve, se reservó el vendedor el dominio y la posesión hasta el día de su muerte, y que como no se ha comprobado la muerte del señor Leonidas Torres, el título en que se apoya Carreño no es eficaz y que al darle eficacia el tribunal violó los arts. 1530, 1531, 1533 y 542 del C. C. que definen y determinan las condiciones suspensivas y además otras normas sustantivas que cita el cargo.

Mas la muerte del vendedor señor Leonidas Torres no ha sido materia del debate, y ese hecho afirmado por la parte demandante fue aceptado por la parte demandada. Además la discusión a este respecto planteada por el recurrente no se presentó en las instancias. Sería, pues, un medio nuevo en casación, que por lo mismo no podría considerarse por la Corte.

De lo anterior se concluye que no son fundados los cargos primero y segundo que acaban de estudiarse, y al no serlo, queda establecido el derecho de dominio de los actores sobre el predio materia de la reivindicación, derecho de dominio anterior a la posesión. De donde resulta que tres factores esenciales para la reivindicación, dominio en los demandantes, posesión en el demandado y determinación de la cosa reivindicable, quedan acreditados.

La sentencia acusada reconoce el dominio del globo reivindicado a los actores por dos conceptos: a) porque comprobaron ese derecho por medio de los títulos que adujeron; y b) porque aun sin esos títulos demostraron que habían adquirido el globo mencionado por prescripción extraordinaria. Realmente si el tribunal halló la comprobación del dominio por parte de los demandantes en virtud de los títulos inscritos que adujeron, era inoficioso estudiar el problema de la prescripción extraordinaria; bastaba que los actores hubieran demostrado uno de los medios de adquirir el dominio de las cosas, la tradición, de que trata el artículo 673 del C. C. Mas esto no quiere decir que haya habido una mala interpretación de la demanda, porque claramente los actores pidieron la declaración, sobre adquisición del globo mencionado, por el modo de la prescripción extraordinaria, además de la tradición.

Los demás cargos de la demanda se refieren, en definitiva, a los factores, declaraciones de testigos, que tuvo en cuenta el tribunal para concluír que los demandantes también adquirieron el dominio del globo reivindicado, por medio de la prescripción.

La segunda causal de casación alegada por el recurrente no está demostrada porque basta leer la demanda y compararla con el fallo para concluír que éste se ajusta a las peticiones de aquélla y a las peticiones de la contrademanda. Podría, como ya se expresó, haber prescindido el tribunal de estudiar el extremo de la petición adquisitiva extraordinaria del predio reivindicado, por el fenómeno de la prescripción, pero al no haber hecho esa prescindencia no falló ni en más de lo pedido, ni se salió de los términos de la demanda, porque la expresada petición está hecha en el libelo. Se rechaza, pues, el cargo.

No sobrará oservar que aun en el caso de que los demandados hubieran invocado la prescripción ordinaria adquisitiva, habrían tropezado con su falta de título, siendo así que no se estableció identidad entre lo que materialmente ocupan, es decir, lo aquí demandado y lo determinado en las escrituras públicas que presentaron y que se analizaron ya.

Se rechazan, pues, los cargos tercero, cuarto, quinto, sexto y octavo.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Jus-

ticia, 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. Las costas del recurso son del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta y devuélvase al tribunal de su origen.

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

ACCION SOBRE PAGO DE UN LEGADO.—INTERPRETACION DE LAS CLAUSULAS DE UN CONTRATO. — ERROR DE HECHO.—ASIGNACION CONDICIONAL, PURA Y SIMPLE Y CONDICIONAL Y MODAL

1.—La intención prevalece sobre las palabras cuando hay conflicto entre éstas y aquéllas (C. C., arts. 1127 y 1618) y "la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes o una de las partes con aprobación de la otra" es luz que guía en la interpretación de las cláusulas de un contrato (art. 1622 ibídem). 2.—El error de hecho debe ser manifiesto (C. J., art. 520, numeral 1º IN FINE). 3.—Hay trsacendental diferencia entre una asignación condicional y una pura y simple o entre la condicional y la modal. Esa diferencia resalta en nuestro Código Civil, del cual basta citar a este fin los siguientes artículos: 21, 1019, según el cual el asignatario condicional bajo condición suspensiva, aun sobreviviendo al testador, se incapacita si fallece antes de que la condición se cumpla; el 1136 que, corroborando esa alusión y anotando una de sus principales consecuencias, advierte que en tal caso ese asignatario no trasmite derecho alguno; y, de otro lado, el 1147, según el cual el modo no suspende la adquisición, de suerte que para la asignación modal sí hay lugar, en su caso, a la trasmisión establecida y reglamentada por el 1014.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el juicio ordinario de la iglesia del Fresno contra la señora Laura García v. de Pareja, hoy señora de Cuartas, para el pago de que se hablará adelante, el juzgado de aquel circuito pronunció sentencia absolutoria y el Tribunal Superior de Ibagué, revocándola, desató la segunda instancia en fallo de veinte de agosto último, contra el cual la demandada interpuso recurso de casación que, tramitado debidamente, pasa a decidirse.

Hechos

El señor Francisco Pareja falleció en el Fresno el 27 de octubre de 1930 (fol. 91, cdno. 4º), bajo el testamento abierto que el 24 de los mismos otorgó ante el notario de ese circuito por instrumento Nº 528 (cdno. 1º, fols. 1 a 5 y cdno. 4º, fols. 84 y 85). Allí nombró albacea e instituyó heredero único a la prenombrada señora García, su esposa, y entre otras asignaciones a título singular, hizo esta:

"Duodécima. Lego con destino a la construcción del frontis de la iglesia parroquial de esta ciudad el remanente de los dos créditos hipotecarios que poseo contra los señores Cándido Moreno y Jorge Tanco por las sumas de cinco mil y dos mil pesos respectivamente, con sus intereses, después de pagar la suma de seis mil quinientos pesos que adeudo al Banco de Bogotá, sucursal de Honda, de cuya suma es fiador el señor Rafael Gálvez."

El mayordomo de fábrica de la iglesia legataria, en representación de ella y por medio de apoderado, instauró el 3 de abril de 1935 la demanda inicial del presente juicio, aduciendo el testamento en referencia y su trascrita cláusula doce y afirmando que la señora recibió por los créditos de Moreno y Tanco, en varios pagos de los cuales el último fue de 27 de junio de 1933, un total de $ 8,500, al paso que de la deuda del Banco, procedente de fianza otorgada por el señor Pareja, el fiado cubrió $ 2,500, por lo cual la erogación de la sucesión del fiador fue sólo de $ 4,000; de suerte que a la iglesia asiste un derecho actual para exigir el pago de los restantes $ 4,500 con sus intereses legales

desde dicho 27 de junio. Esto y las costas del juicio fue lo demandado.

La señora al contestar la demanda, aunque convino en haber recibido pagos en razón de los créditos de Tanco y de Moreno, afirma qué las cifras efectivas de aquéllos son nominales, que el valor de los bienes recibidos a ese título es muy inferior al con que aparecen, que la deuda del Banco asciende con sus intereses a mucho más de lo recibido de aquellos deudores y no está aún totalmente pagada, por todo lo cual se opone a la demanda y se declara "en capacidad de demostrar que no hubo remanente". Advierte que el legado fue condicional y que, no estando cumplida la condición, no es exigible, no sin poner de presente al operador esta excepción que lo hace a pesar de su deseo de que "de una vez se entre al fondo de esta cuestión para terminar definitivamente un negocio que cada rato se inicia."

La absolución en el juzgado obedeció a que allí prosperó la excepción de que acaba de hablarse.

El tribunal, por el contrario, estimó que la asignación es pura y simple, aunque por su destinación contenga un modo; y como, además, encontró comprobado el pago de la deuda del Banco y que sí hubo remanente, pronunció la condenación aludida, discrepando de las cifras indicadas por el demandante, así: no reconoce como pagos comprobados en razón de las deudas de Tanco y Moreno sino $ 8,100 y toma en su totalidad de los $ 6,500 indicados en el testamento la deuda del Banco, por lo cual la respectiva resta arroja una diferencia de sólo $ 1,600, que es la cantidad a que condena como principal con sus intereses legales desde el citado 17 de junio.

El recurso

Contra el fallo del tribunal no recurrió el demandante, sino solamente la demandada, cuyo apoderado al fundar el recurso invoca los motivos 1º y 2º del artículo 520 del C. J.

Dentro de aquél formula los varios cargos que adelante se estudiarán.

El motivo 2º, o sea, la inconsonancia entre el fallo y las pretensiones de los litigantes, lo deriva de haberse demandado a la señora como albacea y habérsela condenado como heredero.

Se considera:

La señora García, a la vez que viuda y ejecutor testamentario del señor Pareja, es su heredero único, calidad ésta comprobada y no discutida en este proceso; como lo advierte ahora su apoderado, para cuando se formuló y se le notificó la demanda inicial de este juicio ya había expirado su cargo de albacea; ella afrontó desde su citada respuesta el litigio y lo sostuvo en ambas instancias en actitud y forma que sólo corresponden al heredero, discutiendo el fondo mismo del problema y sus pertinentes hechos fundamentales, sin formular reclamo alguno hasta ahora porque en el libelo no se trajera a cuento, de sus varias calidades antedichas, sino la de albacea.

El tribunal, pues, no podía menos de reconocer la consecuencial inteligencia que las partes habían dado a la demanda y al pleito mismo. El no podía prescindir de esta intención tan claramente demostrada y desoírla para escuchar las palabras de la demanda relativas al cargo de albacea, reputando que la sola cita de éste en ella significara prescindencia de la calidad de heredero en la señora demandada. La intención prevalece sobre las palabras cuando hay conflicto entre éstas y aquélla (C. C., artículos 1127 y 1618) y "la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes o una de las partes con aprobación de la otra" es luz que guía en la interpretación de las cláusulas de un contrato (artículo 1622, **ibídem**).

Apenas habrá para qué advertir que se está conceptuando en el presente caso tal como corresponde a sus peculiaridades, de las que nunca puede ni debe prescindir en cada fallo el sentenciador. Lo antedicho no significa, pues, que en forma genérica haya de entenderse en todo caso como dirigida contra los herederos una acción ejercitada en libelo que exclusivamente señale como demandado al albacea. Se recuerda que el artículo 474 del C. J., relativo a la cosa juzgada, requiere identidad jurídica de personas.

Se insiste en que en este caso obra la circunstacia especial de ser la señora García heredero del señor Pareja y, a mayor abundamiento de claridad, heredero único, y que como tál afrontó y sostuvo la litis hasta ahora.

Las circunstancias y reflexiones precedentes conducen a declarar infundado el cargo que se formula en relación con el motivo 2º

Ocurre además a esos respectos pòner de presente que, aunque a esa conclusión negativa no se llegara por esa vía, a buen seguro se concluiría del propio modo o, por mejor decir, se rechazaría por improcedente el cargo, al advertir que, no habiéndose

contendido sobre ello en las instancias, no cabría, como medio nuevo, presentar tal debate ante la Corte.

Ordenando como indica el artículo 537 del C. J. los cargos formulados dentro del motivo 1º, se estudian ante todo los relativos a apreciación de pruebas.

Ya se vio que por el rechazo parcial de los cálculos o cuentas del demandante, los $ 4,500 indicados por él como valor actual del legado quedaron reducidos a $ 1,600 en la sentencia del tribunal; y ya se vio también que contra ella no recurrió el demandante. Como es lo natural, el apoderado de la demandada no ataca los descuentos que el tribunal hizo y dirige sus reparos a algunas de las partidas que el tribunal aceptó. Dentro del presente recurso la Corte ha de concretar su estudio al de las pruebas que la demanda de casación objeta.

Así, como el tribunal niega la disminución del sustraendo, éste se conserva intocable ya en los $ 6,500 supradichos; y como por minuendo sólo acepta los referidos $ 8,100, de aquí no puede ya pasarse. Esta cifra difiere de los $ 8,500 afirmados en la demanda, porque el tribunal se niega a computar en los $ 2,400 pretendidos por el actor y toma sólo en $ 2,000, la casa de Tanco de que en seguida se hablará.

Por escritura número 202 otorgada ante el notario del Fresno el 4 de junio de 1932 (Cdno. 3º, fols. 1 a 3), Tanco dice vender a la señora García la casa allí determinada. Este es uno de los pagos de aquél reconocidos por el tribunal. A este respecto hace el recurrente estos reparos: ese instrumento reza compraventa y no dación en pago y la casa no vale $ 2,000 sino los $ 1,250 que los avaluadores nombrados en este pleito le asignaron para esa época, y agrega: "El error está en estimar que en tal escritura se indica el valor del inmueble".

Tan categórica declaración no se compadece con el tenor literal expreso de aquel instrumento, cuya cláusula 3ª dice: "Que hace esta venta en la cantidad de dos mil pesos ($ 2,000) moneda corriente que el exponente (Tanco) confiesa tener recibida a entera satisfacción de manos de la compradora".

Sobre que fue dación en pago del crédito tantas veces mencionado aquí, obra la declaración del señor Rafael Gálvez (cdno. 2º, fols. 5 y 6), apoderado de la señora, quien afirma repetidamente esta calidad de él; y obra también la declaración de Carlos Cuartas (fols. 7 y 8 **ibídem**), de quien ella afirma haber sido su representante con plenas facultades y quien, además, es su marido, según la partida de matrimonio celebrado el 29 de octubre de 1931 cuya copia forma el folio 92 del cuaderno 4º.

Más todavía, la forma en que responde la señora el hecho 4º de la demanda contiene una confesión implícita sobre este punto, porque ese hecho discrimina los recibos referidos en forma de citar como tales las casas de Moreno aludidas y la de Tanco, y la señora contradice al demandante tan sólo en lo relativo a los precios, manifestando ella sobre ese punto (cdno. 1º, fol. 20 v.), que el actor confunde el valor nominal con el valor real y agrega: "Los bienes dados en pago por Tanco y Moreno, no valieron ni valen siete mil quinientos pesos, valor nominal de sus créditos..."

Como Tanco, a más de dar en dinero $ 500, no dio sino la casa, es evidente que al hablar la señora de bienes dados en pago, tal como sus palabras trascritas los señalan, afirmó implícitamente que el verdadero título de trasferencia a su favor de esa casa de Tanco fue la dación en pago afirmada por el demandante, acreditada también por dichas dos declaraciones y aceptada consecuencialmente por el tribunal.

Que éste la computara en $ 2,000 es un hecho justificado, tanto por haber sido otorgante de aquella escritura pública la señora hoy demandada (C. C., art. 1759), cuanto porque de esa operación celebrada por ella no puede ser responsable la iglesia legataria, extraña del todo al mal negocio que la señora pinta al recibir por $ 2,000 lo que no valía sino $ 1,250 según los peritos o sólo $ 1,000 según su marido.

Las explicaciones que ella da para haber aceptado ese precio a pesar de lo indebidamente elevado, consistentes en la insolvencia de Tanco y que pudieran tener alcance comercial, ninguno tienen aquí, entre otras razones porque de tal insolvencia no obra prueba distinta de la afirmación del señor Cuartas en su declaración ya citada, la cual, aunque él no fuera el marido de la demandada y aunque no obraran pruebas que sugieren capacidades pecuniarias en Tanco, no sería de por sí plena prueba.

Sobre el pago de $ 500 en dinero por Tanco obra la declaración del señor Gálvez ya citada y la de Tanco (cdno. 4º, fol. 23). El recurrente reclama contra la admisión de esta prueba, sin decir por qué. Aunque esta circunstancia determinaría la imposibilidad

de estudiar el cargo, se observa: si consiste en el supuesto interés del testigo en aparecer pagando, la tacha es inaceptable, ya porque cuando declaró había cancelado su crédito con la dación en pago que se ha estudiado, ya porque él no es parte en este juicio, el que, de otro lado, no versa sobre ese hecho, sino sobre finalidad muy distinta, respecto de la cual es algo meramente tangencial ese pago.

Acerca de los pagos de Moreno no hay objeciones. Quedan, por tanto, en firme las partidas respectivas, que son los $ 2,000 del crédito a favor de él y a cargo de Julio Chaves y otro, cedido por Moreno a la señora y pagado a ésta. Lo acreditan la citada declaración de Gálvez (cdno. 2º, fols. 5 y 6), la de Moreno (cdno. 4º, fol. 25) y la de Chaves (fol. 22 v. **ibídem**). Y $ 3,600 de las casas aludidas, a saber: el señor Pareja dio en préstamo a Moreno $ 5,000 al 2% mensual con plazo de 18 meses, según escritura Nº 173 de la notaría del Fresno, el 12 de marzo de 1928, con la hipoteca allí expresada. La señora pidió la venta de lo hipotecado para el pago de esa deuda y el juzgado la ordenó en providencia de 15 de febrero de 1932. El 11 de mayo de 1933 se celebró el remate, y se adjudicó a la señora, a quien se le hizo entrega material de los respectivos bienes el 27 del subsiguiente junio, fecha también del registro del remate (cdno. 4º, fols. 29 a 44).

El cargo de error en la apreciación de pruebas se extiende a las relativas a la deuda del Banco y a la afirmación de estar pagada. Procedentes de él se hallan, sucursal de Honda, el certificado del folio 10 del cuaderno 2º, el del folio 67 del 4º, el del folio 12 del 5º, la cuenta del folio 65 del 4º y la de folios 8 a 10 del 5º. Allí aparece que Pareja se obligó para con el Banco junto con Rafael Gálvez por $ 7,500, de los cuales aquél pagó $ 1,000; que para la época de la muerte de Pareja era aún el principal de los $ 6,500 a que se alude y que él declaró en su testamento; que el 23 de diciembre de 1930 el Banco canceló esta deuda cambiándola por otra a cargo de la señora Laura García personalmente con la fianza del prenombrado Gálvez por $ 6,000, después del abono de $ 500 el 20 de los mismos. Aunque esto bastaría para el concepto que se expresará en seguida, se advierte, además, que al tenor de aquellos comprobantes, el 25 de junio de 1932 la deuda últimamente citada, reducida ya a $ 3,500, se cambió por otra a cargo de Carlos Cuartas y señora. Esta deuda estaba reducida a $ 300 para el 13 de abril de 1936.

Es un hecho incuestionable que la cancelación citada de 23 de diciembre de 1930 extinguió la deuda contemplada por el testamento y, por tanto, llenó el requisito exigido al respecto por el testador. Si el artículo 1437 del C. C. no deja lugar al beneficio de separación cuando el acreedor ha reconocido al heredero por deudor aceptando un pagaré, etc., con más veras ha de reconocerse que una novación como aquélla no puede menos de producir el efecto de extinguir la deuda novada establecido expresamente en el art. 1687 del mismo código.

A lo debatido en este pleito no interesa saber por qué la señora asumió esa obligación ni qué derechos le nazcan de ese proceder suyo en relación con los demás interesados en la sucesión de su causante. Lo único que de ello atañe a esta causa y sentencia es el hecho escueto de la extinción de la deuda del señor Pareja para con el Banco por virtud del fenómeno jurídico de la novación, tan conocido como frecuente, catalogado en la lista de los modos de extinguirse las obligaciones comenzada en el art. 1625 de dicho código por la solución o pago efectivo.

Ante el hecho mismo de la novación, no discutido en sí, y ante las disposiciones legales pertinentes, entre ellas las que acaban de citarse, es inaceptable el concepto de la señora García que parece seguir entendiendo que la deuda cuyo saldo es ahora de ella y su marido y que en diciembre de 1930 había entrado a ser de ella y su fiador Gálvez, es aún deuda del señor Pareja, cual si esa novación de diciembre no hubiese ocurrido y cual si tampoco mediase, a mayor abundamiento y hasta innecesariamente, el nuevo cambio de deudor ocurrido en junio de 1932, de que hablan los citados comprobantes obtenidos del Banco como prueba en este juicio.

No se halla, pues, justificado el cargo de error en la apreciación de pruebas. No lo hay de derecho, porque ninguna disposición legal sobre pruebas infringió el tribunal al analizar y estimar las pertinentes aquí estudiadas; no lo hay de hecho tampoco, como queda visto. Se recuerda que el error de esta clase debe ser manifiesto (C. J., art. 520, numeral 1º **in fine**).

De las conclusiones a que se llega en el precedente estudio sobre los pagos recibidos

y hechos por la señora se deduce la improcedencia de decidir la controversia tenazmente sostenida por las partes sobre si el legado de que se trata es o no condicional. Esta calidad la invocó la demandada como excepción contra la exigibilidad, y si lo referido sobre esos pagos impone el reconocimiento de que los requisitos con que el testador reglamentó el cumplimiento de ese legado están llenados ya, es inoficioso indagar y decidir si constituyeron una condición o no, puesto que aun en el evento de respuesta afirmativa la exigibilidad es indiscutible por haberse llenado esos requisitos o haber advenido esos hechos en que la demandada halla otras tantas condiciones.

No es, pues, que no se halle trascendental diferencia entre una asignación condicional y una pura y simple o entre la condicional y la modal. Esa diferencia resalta en nuestro Código Civil, del cual basta citar a este fin los siguientes arts.: el 1019, según el cual el asignatario condicional bajo condición suspensiva, aun sobreviviendo al testador, se incapacita si fallece antes de que la condición se cumpla; el 1136 que, corroborando esa alusión y anotando una de sus principales consecuencias, advierte que en tal caso ese asignatario no trasmite derecho alguno; y, de otro lado, el 1147, según el cual el modo no suspende la adquisición, de suerte que para la asignación modal sí hay lugar, en su caso, a la trasmisión establecida y reglamentada por el 1014.

La demandada sostiene desde su citada respuesta a la demanda inicial del juicio hasta su demanda de casación inclusive que el legado es condicional, en cuanto a la fecha del testamento y a la de apertura de la sucesión del señor Pareja eran futuros e inciertos estos hechos de que aquél se hizo depender: que Moreno y Tanco pagasen, que lo pagado por ellos alcanzara para cubrir la deuda del Banco, que ésta efectivamente se cubriese y que quedara un remanente o saldo. Y aun dentro del concepto de que cada uno de estos hechos constituya una condición y de que, por tanto, sólo sobrevenidos todos ellos en la forma y cuantías a que acaba de aludirse hubiera en verdad algo pagadero por el legado, se tiene que Tanco y Moreno sí pagaron, que lo pagado por ellos ascendió a $ 8,100, que el crédito del Banco se cubrió y valía $ 6,500 y que, por ende, hubo un remanente de $ 1,600.

Así las cosas, es inconducente por inoperante la referida discriminación y la consiguiente decisión entre las tesis de los contendores sobre si fue condicional o no el legado, detalle que tendría eficacia sólo en cuanto no se hallaran sucedidos, como sí lo están, los hechos de que acaba de hablarse, en relación con los arts. 1136, 1137 y 1542 del C. C.

La señora, a más de dinero, recibió en razón de los créditos de Moreno y de Tanco los otros bienes referidos, que ella tomó para sí y con algunos de los cuales ha negociado por cuenta propia. De todos esos pagos el último fue el de las casas de Moreno recibidas por ella materialmente el 27 de junio de 1933, fecha también del registro del remate. En fuerza de las consideraciones expuestas aquí y, principalmente, de la reglamentación nimia que el testamento hizo en su trascrita cláusula doce, preciso es reconocer que en esa fecha vino a hacerse exigible el pago del legado, que ese día estuvo la señora García en esta obligación. Como, según el art. 1614 del C. C., se deben perjuicios por el mero retardo y como, según el art. 1617 **ibídem**, cuando la obligación es de dinero ellos son los intereses, no se halla quebranto de ley alguna en la condenación que el tribunal hace a pagar los legales desde ese día sobre aquel remanente.

Lo antedicho obliga a declarar infundados los cargos formulados contra la sentencia recurrida en la demanda de casación, así:

I. Incongruencia entre la demanda y el fallo.—Consiste este cargo en haberse demandado a la señora exclusivamente como albacea y habérsela condenado como heredero. Ya se vio cómo y por qué la señora, que afrontó y sostuvo la litis como heredero y que en realidad lo es, no puede pretender ahora que sobre esa intención suya y del actor y sobre la consiguiente inteligencia de ambos sobre el propósito del libelo y del pleito prevalezca aquella circunstancia meramente verbal.

II. No deben confundirse las calidades de albacea y heredero—Ya se vio que el tribunal no incurre en esta confusión sino que encontró que la señora es heredero único, a más de haber sido albacea, y que contestó la demanda y llevó la causa como corresponde al heredero.

III. El legado es condicional—A este respecto ataca por error de hecho evidente en la apreciación de la mencionada cláusula 12 al no reconocer el tribunal esa calidad en el legado. Ya se vio que, aun conceptuando que así sea, no por ello dejaría de ser actualmente exigible, realizados todos los referi-

dos hechos, es decir, cumplida la que el recurrente reputa condición.

La infracción del art. 1136 y del 1128, así como del 1535 del C. C., de que el recurrente acusa por ese motivo, no se acepta tampoco, por las mismas razones, esto es, porque de nada vale o en nada favorecería a la señora el concepto de ser condicional el legado, estando cumplida la condición y versando esa excepción sobre la exigibilidad.

IV. Lo recibido es menos de lo que piensa el tribunal — Este cargo versa sobre las pruebas de pagos estudiadas ya aquí en forma que hace ver cómo tal error no existe, puesto que es incuestionable que la señora recibió de Tanco $ 500 en dinero y además una casa que está legalmente computada en $ 2,000. Y bajo el mismo epígrafe se acusa de consiguiente violación de los arts. 1173 y 1411 del C. C. Tampoco se justifica este cargo: el art. 1173 contempla legados muy diferentes del de dinero de que aquí se trata, y el 1411 impone a los herederos las deudas del difunto a prorrata de sus cuotas. Como se trata de una deuda testamentaria, su pago está dentro de esta prescripción, y como no hay sino un heredero, no cabe prorrateo.

V. Culpa del albacea—El recurrente dice que le parece que el tribunal estima que a la señora le corresponde pagar el legado por haber cometido culpa, y agrega que como cuando la hay lo aplicable es el art. 2341 del C. C., el tribunal desnaturaliza este texto y aplica indebidamente los citados arts. 1173 y 1411. Este cargo no es procedente. El tribunal puede haber hallado culpa en el albacea; pero la condenación a pagar pronunciada en la parte resolutiva de su fallo obedece, no a ese concepto, sino a su referida cuenta sobre pagos, que la Corte ha hallado justa.

VI. Pago de intereses y falta de requerimiento—Estima el recurrente violado el art. 1608, así como el 1617, ambos del C. Civil, porque, no habiéndose fijado plazo para el pago del legado, preciso era requerir a la señora, y sin embargo de esto se la ha condenado a pagar intereses que sólo corresponderían desde que se hubiera llenado ese requisito. Ya se vio que, aunque el testador no empleó la palabra **plazo**, sí reglamentó el legado en forma tal que lo hizo exigible una vez realizados los pagos con que nimiamente lo determinó, y el legado, como tantas veces se ha dicho, es de dinero. Así las cosas, no se ve razón para echar de menos un requerimiento que esa reglamentación evitó desde luego por inoficioso. Se rechaza el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del distrito judicial de Ibagué el veinte de agosto de mil novecientos treinta y siete.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíques, cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO.—APRECIACION DE PRUEBAS

1.—El adverbio "actualmente" a que alude el art. 1063 del Código Civil quiere decir que en el tiempo presente, es decir en el día o en el momento en que se otorga el testamento, el testador debe estar en condiciones normales de juicio, en forma de tener voluntad y darse cuenta cabal del acto; lo cual excluye la pérdida de la razón en época anterior o posterior al testamento, si en el acto de otorgar éste el otorgante gozaba del pleno uso de sus facultades mentales. 2.—Cuando el juzgador de instancia aplica una teoría legal cierta e incontrovertible, que no se discute, a hechos que él estima establecidos en la litis a través del examen y de la crítica del acervo probatorio, el cargo viable en casación es el de la violación de la ley proveniente de apreciación equivocada o ausencia de apreciación de determinada o determinadas pruebas, mas no el de quebrantamiento directo, en fuerza de que, dentro de la limitada libertad con que la Corte actúa en el recurso de casación, para ella los juicios del fallador emanados de las pruebas son verdades incontrovertibles mientras no se les desvirtúe, formulando debidamente la acusación, conforme lo previene la segunda parte del primer numeral del art. 520 del Código Judicial. 3.—La apreciación de pruebas que hace el tribunal sentenciador es soberana y la Corte no puede tocarla en casación sino cuando se ha incurrido en un error evidente. 4.—Al juzgador no le es dable proceder sobre la base de suposiciones, máxime en lo tocante a delicadas cuestiones científicas a que por sus estudios es completamente ajeno. Por ello la ley ha previsto el medio para dilucidar judicialmente semejantes puntos (art. 705, C. J.), con la intervención de los expertos, que a la vista del paciente, si existe, o de los distintos datos llevados al expediente, dictaminen acerca del estado mental de una persona en un momento dado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Por escritura número 915 de julio de 1932, otorgada ante el notario primero del círculo de Medellín y los testigos instrumentales señores Angel M. Díaz Lemus, Domingo A. Alvarez y Julio Calderón M. la señorita Ana Rosa Alvarez Jaramillo otorgó su memoria testamentaria mediante la cual instituyó por única heredera de sus bienes a su madre la señora Rosario Jaramillo de Alvarez, y en caso de que ésta falleciera antes que la testadora determinó la manera de distribuir los dos inmuebles de que era propietaria.

El 28 de octubre del mismo año el juzgado segundo civil del circuito de Medellín declaró en interdicción judicial, por causa de demencia, a la citada señorita Ana Rosa Alvarez Jaramillo, previo el examen médico de la paciente por los facultativos doctores Lázaro Uribe C. y Roberto Gaviria, quienes declararon que aquélla sufría de trastornos mentales sobrevenidos después de un "ictus apoplético acompañado y seguido de una exagerada hipotensia mental".

El 6 de septiembre de 1933 murió la señorita Ana Rosa Alvarez.

En enero de 1934 propuso demanda civil el señor Lorenzo Jaramillo Pérez, en su carácter de primo hermano legítimo de la testadora Ana Rosa, para obtener la declaración de nulidad del citado testamento y la entrega de los bienes a los herederos ab-intestato. Dirigió la demanda contra la curia de Medellín, como representante de las iglesias de la Veracruz y San Juan de Dios, de la ciudad de Medellín, legatarias de la nuda propiedad de las dos fincas de la testadora; contra las señoritas María Rosa y María Jesús Alvarez, legatarias del usufructo de las mismas fincas; y contra el señor Aquileo Villa, albacea.

Entre los hechos principales de la demanda el demandante menciona los siguientes, como sustentatorios de la acción:

Que la señorita Ana Rosa Alvarez no dejó ascendientes, ni descendientes legítimos ni naturales, ni cónyuge ni hermanos legítimos, siendo el peticionario su único heredero en calidad de primo hermano; que el 10 o 12 de julio de 1932 dicha señorita sufrió un ataque de hemorragia cerebral, habiendo perdido el conocimiento desde ese mismo momento, sin que lo hubiera recobrado para el día 15 de julio siguiente cuando otorgó testamento mediante la escritura citada al principio; que tal testamento no se pudo válidamente otorgar por virtud de carecer de discernimiento la testadora; que el 26 de octubre del mismo año de 1932 los doctores

Lázaro Uribe Calad y Roberto Gaviria dictaminaron que Ana Rosa Alvarez se encontraba en franco estado de **demencia,** es decir "tres meses después de haber otorgado el testamento y cuando hacía más de un mes que la señorita se encontraba recluída en el manicomio de esta ciudad (Medellín) ....."

Los demandados contestaron la demanda negando el fundamento de ella, es decir que la testadora hubiera otorgado el testamento estando a la sazón privada de juicio.

El juez tercero del circuito de Medellín falló la litis negando las declaraciones pedidas. Este fallo lo confirmó el tribunal superior de Medellín en el de fecha veinte de mayo del año próximo pasado.

El demandante interpuso el recurso de casación el cual se sometió en la Corte a la correspondiente sustanciación, que está ya agotada, y por eso procede ahora el examen de los respectivos cargos.

Examen de los cargos

- 1º -

Violación de los artículos 1061, 1062 y 553 del Código Civil.

Dice el recurrente que la primera disposición prohibe testar al que en el momento de verificar tal acto no se encuentra en su sano juicio. El tribunal le dio a ese estatuto una aplicación indebida y una interpretación errónea, poniéndole a la palabra "actualmente" un alcance que la misma ley no le ha señalado y colocando a la persona defraudada en sus intereses en la imposibilidad absoluta de demostrar la invalidez por falta de juicio del testador. Es evidente, en efecto, que la otorgante se encontraba privada del conocimiento, puesto que el ataque que sufrió el 12 de julio de 1932, fue grave, y según los médicos que la vieron cuatro o cinco días después de esa ocurrencia constataron que continuaba enajenada, luego sin lugar a duda hay que concluir que el testamento celebrado dentro de la fecha del ataque y la fecha en que los expertos médicos hacen aquella afirmación, es nulo por falta de juicio en el testador, y de ahí "que el tribunal haya quebrantado esa regla civil al dictar el fallo que es materia de casación, dándole, como ya se dijo, una interpretación equivocada al artículo trascrito". En realidad la falta de juicio en el testador debe coincidir con el otorgamiento del testamento, pero también hay que reconocer que quien sufre un ictus apoplético congestivo, de caracteres graves, que luégo sumerge en la inconsciencia y que un poco más tarde produce el decreto de interdicción judicial por demencia absoluta, no estaba en su sano juicio para otorgar el acto solemne del testamento tres días después de la ocurrencia de ese ataque.

Los artículos 1062 y 553 citados también los quebrantó el tribunal en el siguiente concepto: el primero, porque siendo nulo el testamento se le quiere dar por el tribunal una validez que nunca ha tenido; y el segundo, porque en los autos hay pruebas que acreditan que la testadora estaba demente, pues está fuera de toda realidad que habiendo sufrido la testadora el ataque el doce de julio, el quince del mismo mes estuviera en su cabal juicio, cuando hay médicos que la examinaron después del otorgamiento del acto testamentario y la encontraron inconsciente.

La Corte considera:

El tribunal, después de detenido análisis de todas las pruebas del proceso, concluye por rechazar la afirmación de la parte demandante de que la testadora, cuando otorgó el testamento, se hallaba en estado de demencia ocasionada por una hemorragia cerebral que la mantuvo en estado comatoso y que la dejó sin discernimiento ni voluntad. A semejante conclusión llega dándole preferencia a las declaraciones de Gerardo A. Serna, el médico doctor Ezequiel Arroyave, Angel M. Díaz y Domingo Alvarez, quienes dan cuenta de hechos reveladores del estado de lucidez mental de la testadora, sobre las declaraciones de María Tamayo, Dolores Villa de Orozco y Julio Calderón, quienes afirman que la señorita Alvarez sufrió el ataque de hemorragia cerebral el día 12 de julio de 1932 y que desde ese día quedó privada de la razón. Para robustecer su convicción el tribunal unió al primer grupo de declaraciones la circunstancia de que la señora Rosario Jaramillo, madre de la señorita Ana Rosa Alvarez, otorgó testamento el mismo día que ésta, notándose en ambos testamentos el ánimo de ayudarse mutuamente madre e hija, ya que la que sobreviviera sucedería testamentariamente a la otra, y muertas ambas, entrarían a sucederles las parroquias de la Veracruz y San Juan de Dios de Medellín, en calidad de nudo propietarias de dos casas, y mientras vivieran, las huérfanas María Rosa y María Jesús Alvarez como legatarias del usufructo de los mismos bienes. Además el tribunal tampoco acepta como elemento probatorio en este juicio el dictamen de los facultativos que intervi-

nieron en el juicio de interdicción, porque se concreta al examen del estado en que se encontraba la señorita Ana Rosa Alvarez en los días en que dichos facultativos la reconocieron a fines de octubre de 1932, tres meses después del testamento.

Dice el artículo 1061 del Código Civil que no es hábil para testar el que **actualmente** no estuviere en su sano juicio. El tribunal agrega que de acuerdo con el sentido del adverbio usado por el precepto nada importa que antes o después del testamento la persona no haya estado en su sano juicio. "La falta de juicio en el momento es la que debe estar suficientemente probada".

Ciertamente no se advierte la equivocación del tribunal al aplicar el artículo 1063 al caso del pleito. El adverbio "actualmente" quiere decir que en el tiempo presente, es decir que en el día o en el momento en que se otorga el testamento, el testador debe estar en condiciones normales de juicio, en forma de tener voluntad y darse cuenta cabal del acto; lo cual excluye, como dice el tribunal, la pérdida de la razón en época anterior o posterior al testamento, si en el acto de otorgar éste el otorgante gozaba del pleno uso de sus facultades mentales.

Apoyado en esta interpretación correcta de la ley, el tribunal dedujo que el testamento de la señorita Ana Rosa Alvarez era válido porque el demandante no había logrado comprobar que ella lo hubiese otorgado estando privada de la razón por consecuencia del ataque que sufrió días antes; pues aun cuando hay testigos que declaran que la mencionada señorita, para la fecha del testamento, no se daba cuenta de lo que hacía, a consecuencia del ataque cerebral que había sufrido, con todo para el tribunal son más merecedoras de crédito otras declaraciones que afirman lo contrario y que relatan hechos de donde se infiere cosa distinta.

De consiguiente, el recurrente no conseguirá el desquiciamiento de la apreciación jurídica del sentenciador, sino demostrando previamente, mediante la respectiva acusación en forma, que la hipótesis de hecho en que se asienta aquella conclusión es equivocada por apreciación errónea de las pruebas o por falta de apreciación de elementos probatorios, que aparezca de manifiesto en los autos.

Cuando el juzgador de instancia aplica una teoría legal cierta e incontrovertible, que no se discute, a hechos que él estima establecidos en la litis a través del examen y de la crítica del acervo probatorio, el cargo viable en casación es el de la violación de la ley proveniente de apreciación equivocada o ausencia de apreciación de determinada o determinadas pruebas, mas no el de quebrantamiento directo, en fuerza de que, dentro de la limitada libertad con que la Corte actúa en el recurso de casación, para ella los juicios del fallador emanados de las pruebas son verdades incontrovertibles mientras no se les desvirtúe, formulando debidamente la acusación, conforme lo previene la segunda parte del primer numeral del artículo 520 del Código Judicial.

El cargo es, pues, inoperante.

- 2º -

En el segundo capítulo de la demanda de casación, el recurrente formula el cargo de que el tribunal violó la ley por apreciación errónea de las pruebas.

Sostiene que los doctores Martín Noreña, Gonzalo Pérez y Luis López, afirman, el primero, que durante los tres primeros días de la enfermedad de la señorita Alvarez permaneció en estado comatoso; el segundo, que cinco días después del ataque carecía de discernimiento; y el tercero, que tres o cuatro días después del ataque la encontró semi inconsciente. Luego, científicamente, es lógico suponer que si el ataque ocurrió el día doce y el testamento se otorgó el día quince, dicha señorita carecía de juicio para celebrar tal acto. Ahora, si a la prueba de los facultativos nombrados, agréganse las declaraciones de María Tamayo, Dolores Villa de Orrego, Julio Calderón y Francisco Hernández, hay que concluir que el sentenciador incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de tales pruebas, quitándoles su verdadero alcance, con lo cual le dio también a la palabra "actualmente" una significación que no tiene en la ley civil.

La Corte observa:

El recurrente omite en este cargo citar expresamente cuáles son las disposiciones sustantivas que considera quebrantadas por el tribunal a virtud de los yerros que le apunta en la apreciación de las pruebas. En estas circunstancias podría pensarse que el cargo está mal formulado, de acuerdo con la doctrina de esta Corte sustentada en diversas ocasiones, según la cual cuando a la violación de la ley se llega indirectamente, por la senda de una apreciación errónea de las pruebas, no basta la demostración del error, si el recurrente se detiene ahí, absteniéndose de sacar la conclusión correspondiente y de enseñar de qué manera la mala

apreciación probatoria repercute en desmedro de precisa disposición sustantiva.

Con todo, como el recurrente en la exposición de este cargo alude al significado legal del vocablo "actualmente", que en la parte anterior de su alegato venía estudiando en relación con el artículo 1061 del C. C., no queda forzado interpretar que su pensamiento fue reclamar contra la violación de esta disposición, que contiene el principio de la inhabilidad para testar contra quien **actualmente** careciere de juicio. Por tal razón se examina el cargo.

La exacta versión de los facultativos doctores Noreña, Pérez y López, es como sigue:

Noreña: Examinó a la señorita Ana Rosa Alvarez al siguiente día de haber sufrido un ataque que por los síntomas daba la impresión de que se trataba de una hemorragia cerebral, habiéndola encontrado en estado comatoso. Conceptúa además que la persona que sufre un ataque de hemorragia cerebral pierde totalmente el conocimiento y el juicio, pero que no siempre este estado se prolonga hasta la muerte del individuo.

Gonzalo Pérez: Fue llevado como médico a la casa de la señorita Ana Rosa, para que le prestara auxilios profesionales, lo que ocurrió unos cinco días después de que ella sufrió un ataque de hemorragia cerebral, pero no la encontró en estado comatoso, sino semi-paralítico y medio-inconsciente.

López: En su carácter de médico de cabecera le tocó examinar a la señorita Ana Rosa cuando sufrió el ataque de hemorragia cerebral en el mes de julio de 1932; perdió el conocimiento y el juicio, en el momento, el primer día; tres o cuatro días más tarde cuando le izo la última visita ya se encontraba en estado semi-inconsciente y con algún conocimiento, pues recuerda el testigo que al entrar a visitarla lo saludó por su nombre y le dio detalles de su estado actual.

El primer testigo, pues, habla de que la señorita Ana Rosa, cuando la visitó, estaba en estado comatoso. Pero se ignora cuándo sería esta visita, porque el testigo no precisa el día. El segundo testigo, quien tampoco precisa el día de su visita, ya habla de que encontró a la enferma con algún conocimiento. Y por último el tercer testigo confirma la aseveración del segundo, dando al mismo tiempo cuenta de hechos reveladores de cierto estado más avanzado de discernimiento y juicio por parte de la enferma, pues lo saludó y le informó del estado actual de su enfermedad.

Como se ve, este conjunto de testimonios deja cierta perplejidad acerca del exacto estado de inconsciencia en que los tres médicos encontraron a la paciente, en los distintos días en que la visitaron, cuyas fechas al fin quedan ignoradas.

Por consiguiente, no resalta el error evidente del tribunal en la apreciación de tales testimonios, tanto más cuanto la duda que ellos arrojan la acrecientan las otras declaraciones contrarias, todo lo cual engendró en definitiva la convicción del fallador acerca de que no se había probado el **estado actual** de carencia de juicio de la testadora, apreciación que es soberana y que la Corte no puede tocar, en cuanto se apoya en otros elementos procesales de la misma clase y tan valiosos como los de los tres citados médicos (artículo 702 del C. Judicial).

Respecto de las declaraciones de María Tamayo, Dolores Villa de Orrego, Francisco Hernández y Julio Calderón, hay que descartar las de la Tamayo, quien aun cuando al principio de su declaración asegura que la señorita Alvarez desde que enfermó en el mes de julio, perdió la razón, sin embargo, después afirma que no le consta si dicha señorita el día del otorgamiento de su testamento estuviera o no en el uso de sus facultades mentales, y la de Hernández, el cual nada declara respecto del estado de salud de la testadora. No quedan más que las declaraciones de Dolores Villa y Calderón, obrando en contra del sano estado mental de la testadora. Pero el tribunal a esa prueba, opuso el grupo de declaraciones contrarias, con las cuales resulta que en el proceso no era fácil, con las declaraciones de testigos que en él obran, formar la convicción rotunda de que la señorita Alvarez estaba privada de razón cuando otorgó su testamento, aun suponiendo que a convicción sobre situación de esta clase pudiera llegarse por medio de declaraciones de testigos. De donde se deduce rectamente que el cargo de error evidente en la apreciación de las pruebas está lejos de haberse demostrado.

Por último, aun dando por demostrado, como lo afirma el recurrente, que la señorita Ana Rosa Alvarez, tres días antes de otorgar su testamento sufrió el ataque cerebral que la privó de la razón, el tribunal no podía suponer que ese estado de gravedad inicial persistió durante los tres o cuatro días siguientes. Al juzgador no le es dable proceder sobre la base de suposiciones, máxime en lo tocante a delicadas cuestiones científicas a que por sus estudios es completamente ajeno. Por ello la ley ha previsto el medio para dilucidar judicialmente seme-

jantes puntos (artículo 705 del C. J.), con la intervención de expertos, que a la vista del paciente, si eixste, o de los distintos datos llevados al expediente, dictaminen acerca del estado mental de una persona en un momento dado.

El cargo estudiado tampoco prospera.

Sentencia

Por lo relacionado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia del tribunal superior de Medellín, dictada el 20 de mayo de 1937, en el juicio ordinario de Lorenzo Jaramillo contra la curia de Medellín y otros.

Condénase al recurrente en las costas del recurso. Tásense.

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

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad."

OPOSICION A LA ADJUDICACION DE UNA MINA

1.—La oposición a la adjudicación de una mina viene a ser una actividad de defensa de un derecho, que por su propia naturaleza y significación se relaciona con una anterior situación legal, que puede determinar la prevalencia de un mejor derecho a la adjudicación y titulación de la mina. 2.—La intervención del órgano judicial en estos casos no está autorizada ni es procedente sino cuando surgen pretensiones encontradas sobre la propiedad o posesión de la mina solicitada ilegalmente. 3.—No toda oposición implica decisión judicial. Algunas hay de carácter administrativo como la que se desprende del art. 9 del decreto legislativo número 223 de 1932, o que versan exclusivamente sobre validez de actos administrativos y no sobre pretensiones opuestas por derechos vinculados al dominio o posesión de la mina entre particulares. 4.—En ninguna disposición de la ley encuentra respaldo la afirmación de que el pago del impuesto sobre timbre constituya un requisito o condición esencial de un aviso minero, en forma que su omisión determine la total invalidez o ineficacia de tal diligencia en el sentido de no originar el derecho preferencial y la posesión ordinaria que la ley le adscribe como efectos en favor de quien lo hace. El estampillaje de la diligencia de aviso es cosa simplemente adjetiva, de carácter y objeto fiscal, destinada a la exacción de un impuesto nacional, pero que no hace parte de la naturaleza sustantiva del acto. La legislación minera no establece ni reconoce invalidez o nulidad de los avisos y denuncios necesarios para obtener la adjudicación de minas denunciables por informalidades en que se haya incurrido en las diligencias administrativas de tales actos, las cuales son susceptibles de ser subsanadas por iniciativa de la correspondiente autoridad. 5.—El fenómeno del abandono minero no se produce legalmente sino como consecuencia de la falta de pago oportuno de los impuestos a que se refieren los arts. 2, 3, 4 y 5 del decreto No 223 de 1932, por la razón muy trivial de que no mediando aún adjudicación y posesión regular de la mina no es procedente ni actualizable la noción de abandono.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Antecedentes

El día 14 de marzo de 1935, ante el Alcalde municipal de San Martín de Loba, en el departamento de Bolívar, y ante los testigos Leandro Mora y Raúl Rojas, Rafael Mendoza Amarís, a nombre de Fernando Wehdeking y para él, avisó una mina de oro de veta, como abandonada, conocida con la denaminación de San Pedro, por linderos y

situación que determinó y cuyo último poseedor había sido el señor Roberto Wiwieg.

El 26 de ese mismo mes Fernando Wehdeking, acompañando copia auténtica del aviso y previo pago del impuesto, formalizó el correspondiente denuncio de la mina ante la Gobernación del departamento de Bolívar, la cual, habiendo hallado en legal forma el denuncio, comisionó al alcalde de la ubicación de la mina para los efectos de la posesión y cumplimiento de los requisitos previos que determina la ley.

Durante el término legal de la fijación del edicto, Milcíades Cuéllar Durán y Horacio Uribe Márquez, en escrito de fecha 17 de mayo, que aparece presentado el 20, manifestaron ante la gobernación que se oponían al denuncio hecho por Wehdeking por considerar que tenían mejor derecho que él a que se les adjudicara en posesión y propiedad la mencionada mina de "San Pedro". Este escrito de oposición fue enviado por la Gobernación al alcalde comisionado para dar posesión de la mina por intermedio de José María Bonis, apoderado de los opositores, y en despacho telegráfico de fecha 23, se ordenó la suspensión de la diligencia de posesión.

El 28 de junio del año citado el denunciante Wehdeking, desde la ciudad de Barranquilla, pidió a la gobernación de Bolívar que fuera insertado en la Gaceta Departamental el denuncio que había hecho de la mina de "San Pedro", inserción que aparece hecha en el número 7358 correspondiente al 16 de julio de ese año.

Milcíades Cuéllar Durán y Horacio Uribe Márquez, opositores al denuncio de Wehdeking, habían iniciado también diligencias encaminadas a obtener la posesión y propiedad de la mina de "San Pedro", con pocos días de posterioridad a las ejecutadas por éste, avisándola personalmente ante el alcalde de San Martín de Loba el 22 de abril de 1935 y formulando el correspondiente denuncio ante la gobernación el 15 de mayo siguiente, denuncio éste que aparece publicado en la Gaceta Departamentla de Bolívar el 11 de junio.

Así las cosas, ante el juzgado del circuito de Mompós, a donde envió el alcalde de San Martín las diligencias administrativas por efecto de la oposición, los opositores Cuéllar Durán y Uribe Márquez la formalizaron en libelo de fecha 1º de junio de 1935, en calidad de actores. En esta demanda, dirigida contra Fernando Wehdeking para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare que los opositores tienen mejor derecho a que se les adjudique la mina a que se ha hecho referencia, se señalan como fundamentos de la acción ejercitada los siguientes hechos que encierran y compendian todo el litigio: "1º El señor Fernando Wehdeking pidió por conducto del doctor Rafael Mendoza Amarís que se le adjudicara la mina denominada San Pedro por estar abandonada, la cual linda así:.....; 2º El doctor Horacio Uribe Márquez y yo pedimos también que se nos adjudicara la misma mina unos días después de haberlo hecho el mencionado señor Wehdeking; 3º La solicitud hecha por el señor Wehdeking carece de varios de los requisitos legales y por consiguiente no debe concedérsele lo pedido; 4º Nuestra petición, aunque fue hecha con posterioridad, sí llena los requisitos exigidos por la ley, circunstancia por la cual debe preferírsenos en la adjudicación; 5º Uno de los requisitos de que carece la solicitud hecha por el señor Wehdeking es la de no haberle puesto las estampillas que el artículo 1º del decreto legislativo número 223 de 1932 exige para el libro donde se deja constancia del aviso respectivo, como también la publicación del denuncio en el periódico oficial".

Sobre estas bases concretas enunciadas en la demanda se ha desarrollado el litigio, que fue desatado tanto en el primer grado—sentencia del juzgado 1º del circuito de Mompós de 21 de marzo de 1936—, como en la segunda instancia — sentencia del tribunal superior del distrito judicial de Cartagena de 10 de abril de 1937—, negando completamente las súplicas de la demanda.

Contra el fallo definitivo del segundo grado el apoderado de los opositores demandantes interpuso recurso de casación, el cual, negado por el tribunal superior, fue concedido por la Corte Suprema en decisión de fecha 16 de agosto de 1937 que resolvió el recurso de hecho correspondiente. Admitido y legalmente tramitado el recurso, se procede a decidir.

Sentencia acusada

El tribunal sentenciador, de acuerdo con los términos de la demanda, consideró que las pretensiones de los demandantes Cuéllar Durán y Uribe Márquez se enderezaban a obtener que prevaleciera el aviso y denuncio que ellos hicieron para alcanzar la adjudicación de la mina de oro de "San Pedro" con posterioridad de algunos días a los hechos por Fernando Wehdeking con idéntico objeto, sobre los de éste, con fundamento

exclusivo en que tanto el aviso dado por el demandado ante el alcalde de San Martín de Loba, por medio de apoderado, como el denuncio hecho por él ante la gobernación de Bolívar, carecen de algunos requisitos legales que los hacen inválidos, requisitos cuya omisión determinan, en: a) no haberse estampillado debidamente el libro donde se deja constancia del aviso al tenor del artículo 1º del decreto legislativo número 223 de 1932, y b) no haberse publicado el denuncio en el peródico oficial respectivo.

Se estima en la sentencia acusada que los echos a que alude la demanda no constituyen en realidad requisitos legales esenciales de una solicitud como la hecha por el demandado Wehdeking, y que, además, su omisión fue subsanada de acuerdo con la ley, y no constituye por tanto motivo de nulidad o invalidez que pudiera afectar en alguna forma el derecho preferencial que como primer avisante corresponde al demandado para obtener la posesión y propiedad de la mina de "San Pedro". Con aplicación del artículo 6 del decreto número 92 de 1932 el tribunal le dio plena validez a la diligencia de aviso de la mina hecho por Wehdeking, el 14 de marzo de 1935 como consecuecia de la diligencia de revalidación hecha por la administración de hacienda nacional de Bolívar el 1º de septiembre de 1936, en que se declaró legal y válido el aviso mediante el pago de los recargos y multa que establecen las disposiciones sobre impuesto de timbre nacional. En lo relacionado con la publicación del denuncio, que establece el artículo 30 de la ley 292 de 1875, si es verdad que se hizo con posterioridad a la iniciación del juicio de oposición y que la gobernación de Bolívar dio curso al denuncio de Wehdeking sin esta formalidad previa, considera el tribunal que tales irregularidades cometidas en la formación del expediente administrativo sobre adjudicación de minas no está erigido en motivo de nulidad del denuncio y son legalmente subsanables sin perjuicio ni caducidad del derecho del denunciante, fuera de que no se justificaría que la omisión en el cumplimiento de la obligación de examen escrupuloso que el artículo 35 del C. de M. impone a la autoridad administrativa en relación con los requisitos de un denuncio minero, viniera a afectar el derecho de quien estuvo presto a atender las observaciones que se le hicieran en orden a llenar todas las exigencias legales.

El recurso

Separadamente se ha fundado el recurso por los dos recurrentes, y en ambas demandas de casación se acusa la sentencia por el primero de los motivos señalados en el artículo 520 del C. J., violación de la ley sustantiva "por infracción directa, aplicación indebida, errónea interpretación de la prueba y falta de apreciación de ésta."

Como directamente infringidos se señalan los artículos 2, 4, 8 a 14, 126, 346, 347 y 349 del C. de M., 1740 del C. C. y 1 del decreto número 223 de 1932, porque el aviso dado por Rafael Mendoza Amarís en nombre y a favor de Fernando Wehdeking el 14 de marzo de 1935 es ineficaz, "no pudo ser aceptado ni admitido por el alcalde de San Martín de Loba" por no haberse pagado el impuesto de cinco pesos con que se gravó el aviso de minas por el artículo 1 del decreto 223 de 1932, y porque la revalidación que la administración de hacienda nacional del departamento de Bolívar hizo de la diligencia de aviso de la mina de "San Pedro", con efecto desde el día en que se avisó, y mediante el pago de $ 75 en estampillas de timbre nacional, "fue inoperante" puesto que sobrevino al denuncio hecho por los recurrentes en abril de 1935 y de este modo constituye un aviso inadmisible que no sirve de base a las diligencias de adjudicación a favor del demandado Wehdeking. Se afirma también que la sentencia es violadora de estos preceptos legales como efecto del error de derecho en que incurrió el tribunal en la apreciación del "aviso del señor Wehdeking el 14 de marzo de 1935" por haberlo considerado legal a pesar de haberse pagado el impuesto con posterioridad al del aviso de los opositores.

El tribunal dejó de apreciar — afirman los recurrentes — el certificado de la administración de hacienda nacional de Cartagena, de fecha de 3 de agosto de 1936, en que consta que del 26 de marzo hasta el 2 de abril de 1935 no aparece que Fernando Wehdeking o persona alguna en su nombre, hubiera hecho pago alguno por denuncio de la mina de "San Pedro", y que a consecuencia de esto se incurre en la sentencia en errores de hecho y de derecho que produjeron la violación de los artículos 32, 35 a 40, 42, 44 a 50, 119, 121, 122, 123, 341 y 355 del C. de M., porque el señor Wehdeking, para poder formalizar su denuncio dentro de los noventa días siguientes al aviso, ha debido pagar el impuesto de denuncio que establece el numeral 1 del artículo 2 de la ley 59 de 1909 como condición previa y esencial exigida

por el Estado, y cuya omisión ha debido llevar al tribunal a declarar perdido el derecho de Wehdeking, insubsistente su denuncio y abandonada la mina.

Violación del artículo 8 de la ley 292 de 1875, por no haberse aplicado, como consecuencia de no haber tenido el tribunal en consideración los datos procesales de folios 1, 14 y 15, de los cuales resulta que el despacho, el cartel y el aviso correspondientes al aviso de la mina hecho por el demandado fueron expedidos el 2 de abril de 1935 y que sólo se entregaron al alcalde de San Martín de Loba el 29 de los mismos, esto es, veintisiete días desde su libramiento cuando el término legal es sólo de veinte días.

Violación del artículo 52 del Acto Legislativo número 1º de 1936, porque la revalidación del aviso por estampillaje posterior hecho por la administración de hacienda nacional de Bolívar a pedimento de la Secretaría de Hacienda departamental en asunto sometido ya a los jueces constituye una intromisión del poder ejecutivo en campos de la jurisdicción judicial. Finalmente, aseveran los recurrentes, que "la sentencia es violatoria de actos administrativos del gobierno nacional por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea", refiriéndose a los decretos números 223 y 1135 de 1932 sobre recaudación de impuestos mineros.

La Corte considera:

Salta a la vista como primera consideración al decidir este recurso y en presencia de los motivos aducidos por los actores recurrentes para apoyar la oposición que formalizaron a la solicitud de adjudicación hecha por el demandado Fernando Wehdeking para la adjudicación de la mina de oro de "San Pedro", que dio origen al juicio ordinario en que se profirió la sentencia que está acusada, que tal oposición, por la naturaleza de sus fundamentos, no encaja exactamente dentro de las condiciones legales y necesarias para dar lugar y materia a la querella judicial que se establece y origina en las circunstancias del artículo 60 del C. de M. Dentro de nuestro sistema jurídico minero la propiedad de minas de la especie de la que se considera corresponde a la nación, la cual puede adjudicarlas en propiedad a los particulares que las denuncien mediante los trámites de procedimiento estrictamente administrativo establecidos en el Código de Minas. La apreciación del estado de adjudicabilidad de las minas denunciables la ha dejado la ley al interés e iniciativa de los particulares, de tal modo que cuando ante las autoridades políticas correspondientes se inician diligencias de adjudicación el Estado no averigua ni garantiza nada sobre la libertad de la mina pretendida, esto es, sobre el hecho de haber sido ya materia de adjudicación o no, ni sobre la vigencia de la adjudicación, en su caso. En esta situación, el Código de Minas ha establecido en su capítulo VI la institución de las oposiciones con el exclusivo objeto de dar salvaguardia y amparo a los derechos de terceros vinculados en alguna forma al dominio y posesión de la mina cuya adjudicación se ha solicitado. La oposición viene a ser así una actitud de defensa de un derecho, que por su propia naturaleza y significación se relaciona con una anterior situación legal, que puede determinar la prevalencia de un mejor derecho a la adjudicación y titulación de la mina. De esta manera se explica y justifica el mandato legal que establece la suspensión del trámite simplemente administrativo que corresponde a la adjudicación de minas cuando se presenta una oposición en la oportunidad y forma debidas para llevar el expediente a la decisión soberana de las autoridades judiciales, únicas competentes dentro de nuestro sistema institucional de la separación funcional de los órganos del poder público, para decidir en el fondo la controversia entre particulares sobre derechos a la propiedad de una mina. La intervención del órgano judicial en el procedimiento administrativo establecido en nuestra legislación minera no está autorizada ni es procedente sino cuando surgen pretensiones encontradas sobre la propiedad o posesión de la mina solicitada legalmente. La oposición que obra en el tránsito del expediente a la autoridad judicial no dice relación directa con el Estado en el sentido de eficacia de su función administrativa, sino que se enfrenta con otra pretensión particular que a su turno se vincula al Estado por otra gestión administrativa que ha hecho nacer también un derecho a la mina. De la misma manera que a las autoridades políticas administrativas les está vedado el pronunciamiento de declaraciones de dominio definitivo, resulta fuera de lugar la decisión de los jueces ordinarios sobre la eficacia y validez de actos ejecutados por órganos administrativos en materia de adjudicación minera con ocasión y motivo de pretensiones que arrancan de dili-

gencias administrativas sobrevinientes a las que dieron origen al derecho preferencial y posesión ordinaria del primer avisante de una mina, como acontece en el caso de estudio. Tal controversia encaja dentro de las normas y preceptos jurisdiccionales de la justicia contencioso-administrativa, y su decisión, sobre la forma como ha sido planteada, equivale al ilegal ejercicio de una jurisdicción extraña al decidir sobre validez de actuaciones de estricto carácter administrativo. No toda oposición implica decisión judicial. Algunas hay de carácter administrativo como la que se desprende del art. 9 del decreto legislativo número 223 de 1932, o que versan exclusivamente sobre validez de actos administrativos y no sobre pretensiones opuestas por derechos vinculados al dominio o posesión de la mina entre particulares, de que puede ser ejemplo la en estudio, que son de la competencia, conocimiento y fallo de las autoridades administrativas correspondientes, que son las que deben decidir sobre la calidad de la oposición para remitirla o no a la jurisdicción judicial.

Hecha esta apreciación general del problema de autos, que deja falseadas las bases del recurso, globalmente se consideran los cargos formulados en la demanda, referentes en su gran mayoría a preceptos de carácter fiscal y procedimental, cuya violación, en el caso de existir, no incide en el recurso extraordinario de casación.

El principal punto de apoyo de la demanda se hace consistir en la violación del art. 1º del decreto legislativo número 223 de 1932 que establece que "por el aviso de toda mina denunciable se pagará un impuesto de cinco pesos en estampillas de timbre nacional." Del hecho, fehacientemente acreditado en el proceso, de que el aviso de la mina de "San Pedro" dado por Rafael Mendoza Amarís a favor de Fernando Wehdeking el 14 de marzo de 1935 ante la alcaldía municipal de San Martín de Loba se hizo y diligenció sin el correspondiente pago del impuesto de timbre nacional referido, se hace depender la infracción de las demás disposiciones legales citadas, por haberse abstenido el tribunal, no obstante la falta de este requisito esencial en el aviso, de considerar a los opositores Cuéllar Durán y Uribe Márquez como los verdaderos restauradores de la mina de oro denunciada por ellos con el lleno de las formalidades legales.

En ninguna disposición de la ley encuentra respaldo la afrimación de que el pago del impuesto de timbre constituya un requisito o condición esencial de un aviso minero, en forma que su omisión determine la total invalidez e ineficacia de tal diligencia en el sentido de no originar el derecho preferencial y la posesión ordinaria que la ley le adscribe como efectos en favor de quien lo hace. El estampillaje de la diligencia de aviso es cosa simplemente adjetiva, de carácter y objeto fiscal, destinada a la exacción de un impuesto nacional, pero que no hace parte de la naturaleza sustantiva del acto, de modo que su omisión hiciera procedente la cita que hace el recurrente del artículo 1740 del C. C. entre las disposiciones que supone violadas por el tribunal.

La legislación minera no establece ni reconoce invalidez o nulidad de los avisos y denuncios necesarios para obtener la adjudicación de minas denunciables por informalidades en que se haya incurrido en las diligencias administrativas de tales actos, las cuales son susceptibles de ser subsanadas por iniciativa de la correspondiente autoridad. "Presentado a la secretaría de hacienda departamental un escrito de denuncio, será examinado escrupulosamente, para ver si contiene los requisitos que se detallan en los artículos precedentes — dice el artículo 35 del C. de M.—; y si le faltare alguno o algunos de ellos, se expresarán claramente los que falten, y se devolverá el escrito al interesado, señalándole un término prudencial para que subsane las faltas anotadas". Además de esta disposición de la ley, establece el artículo 91 del mismo código que "siempre que el poder ejecutivo al ir a expedir un título, observare que no se han practicado todas las diligencias prevenidas en los capítulos anteriores, en la forma que en ellos se preveiene, ordenará que se subsanen las informalidades que haya de manera que no se expida ningún título sin que claramente conste que el expediente está suficientemente bien preparado. En la providencia que se dicte para dar cumplimiento a lo prevenido en el inciso precedente, se expresará con toda claridad cuáles son las diligencias que deben reponerse; pudiéndose dar además las instrucciones convenientes para que la reposición se haga con acierto". Es claro que las informalidades a que se refiere este precepto son aquéllas de naturaleza simplemente administrativa en que se haya incurrido en las diligencias de aviso, denuncio y posesión de la mina, tal como la falta de estampillas en la cuantía legal u otras que no afectan la realidad misma de tales actos, como lo sería, por ejemplo, la falta de firma del alcalde en la diligencia del aviso. Como se dejó advertido al expresar los antecedentes

tes de este litigio, la publicación del denuncio que de la mina hizo Fernando Wehdeking, requisito éste exigido por el art. 30 de la Ley 292 de 1875 y cuya omisión hasta la fecha de la demanda de oposición constituye uno de sus dos fundamentos, fue verificada en el número 7358 de la Gaceta Departamental de Bolívar, correspondiente al 16 de julio de 1935. Destinada esta formalidad a dar noticia al público del pedimento de adjudicación para dar oportunidad a las opesiciones, su objeto se ha llenado a cabalidad en este caso, fuera de que siendo legalmente subsanable en todo tiempo antes de la expedición del título, su cumplimiento acreditado en autos con la copia auténtica de la Gaceta oficial, deja sin apoyo el cargo que se ha formulado con este motivo.

Por lo que hace a la falta de estampillaje en la diligencia de aviso dado por Wehdeking, practicada en la alcaldía municipal de San Martín de Loba, subsanable, según se ha visto, de acuerdo con el Código de Minas, sin necesidad de considerar la fecha en que se hizo desaparecer, es una circunstancia que ha dejado de existir en el proceso en virtud de la revalidación que de la citada diligencia hizo la administración de hacienda nacional de Cartagena de acuerdo con el art. 6 del decreto 92 de 1932, que contiene las disposiciones que rigen sobre impuesto de timbre nacional, con lo cual desapareció todo motivo posible de desestimación del aviso del demandado, en que se asienta su derecho preferencial a la adjudicación de la mina de "San Pedro" y su posesión ordinaria de ella. (Arts. 117 y 304 del C. de M.).

A folios 8 v. y 9 del cuaderno de pruebas del demandado en la segunda instancia obra copia auténtica de la siguiente diligencia: "República de Colombia.—Ministerio de hacienda y crédito público. — Administración de hacienda nacional de Bolívar. — Sección 2ª—Auditor—Nº....—Cartagena, septiembre 1º de 1936—Minas—De conformidad con el oficio Nº 4441 del 31 de agosto de 1936, procedente de la secretaría de hacienda del departamento, se revalidan las diligencias de denuncio de las minas "Amagamiunto Rico", "San Pedro", "San Pablo", ubicadas en el municipio de San Martín de Loba. Dichas diligencias fueron levantadas con fecha 14 de marzo de 1935 y no fueron debidamente estampilladas, por lo cual y de conformidad con el art. 6 del decreto 92 de 1932 se adhieren y anulan $ 75 en estampillas de timbre nacional y se declaran válidos y legales tales denuncios. Hay adheridas seis estampillas de $ 10 cada una y 3 estampillas de a $ 5 cada una, todas de timbre nacional y debidamente perforadas con un sello que dice: 'Anulada. Administración de hacienda nacional. Cartagena. — Firmado, J. Giraldo, auditor de impuestos.'—Gobernación del departamento. — Secretaría de hacienda. Cartagena, septiembre 7 de 1936. Los tres avisos anteriormente copiados y la diligencia de revalidación, fueron tomados del libro de avisos de minas que se lleva en la alcaldía del municipio de San Martín de Loba. En fe de lo expuesto, firmamos: H. de la Espriella. Santos Cabrera, secretario de hacienda."

En sentencia de 14 de marzo del año que corre (G. J. Nº 1934), dijo esta superioridad:

"Como cuestión fundamental observa la Corte que el impuesto de timbre tiene una finalidad meramente fiscal, el pago de una contribución, de un tributo, pago que cuando se omite, tiene sanciones, pero no tan extremas que invaliden o anulen o dejen inexistentes para siempre los documentos privados en que se encuentre expresado un acto jurídico. Si hoy la mayoría de los actos, que adolezcan de nulidad, por efectos de vicios sustantivos pueden sanearse, con mucho mayor razón cuando las deficiencias no minan intrínsecamente el acto, sino de una manera adjetiva, como es la falta de pago de un impuesto de timbre."

Sobre este punto de la revalidación legal de la diligencia de aviso, posible y eficaz en cualquier tiempo aprovechable para acreditar el hecho a que se refiere el art. 8 del Código Minero, observa la Corte, además, que la constancia o prueba de que se declaró legal y válida tal diligencia administrativa (art. 9, decreto 92 de 1932), no ha sido atacada en ninguna forma en la demanda de casación.

Las mismas razones expuestas ya con motivo de la falta de pago del impuesto que grava el aviso de las minas denunciables serían valederas para rechazar la acusación que se le hace a la sentencia de haber violado los artículos 32, 35 a 40, 42, 44 a 50, 119, 121, 122, 123, 341 y 355 del C. de M., simplemente adjetivos unos, impertinentes los otros, si tal cargo no se hiciera reposar en la falta de aplicación de una disposición legal reformada, como lo es el art. 2 de la Ley 59 de 1909, en cuyo numeral 1º se establecía un gravamen por el denuncio de minas, reformado por el decreto número 223 de 10 de febrero de 1932, sobre impuestos mineros. Para rectificar el concepto de la demanda sobre el abandono de la mina de "San Pedro" como consecuencia de la falta de pago

del impuesto nacional que grava el aviso y denuncio, de que ya se ha tratado, conviene recordar que el fenómeno del abandono minero no se produce legalmente sino como consecuencia de la falta de pago oportuno de los impuestos a que se refieren los arts. 2, 3, 4 y 5 del decreto 223, varias veces citado, por la razón muy trivial de que no mediando aún adjudicación y posesión regular de la mina no es procedente ni actualizable la noción de abandono. (Arts. 12, decreto 223, 1932 y 341 del C. de M.).

Los demás capítulos de acusación a que se hizo referencia somera en el aparte de este fallo en que se determinó el recurso, caen por su base en cuanto son dependientes de las soluciones anteriores, y en cuanto hacen referencia o quieren apoyarse en hechos o irregularidades distintos de los que sirvieron de fundamento a la acción de oposición —no haberse estampillado la diligencia de aviso de la mina, y no haberse publicado el aviso en el periódico oficial— su alegación, fuera de referirse a disposiciones y resoluciones administrativas cuya violación no da base a casación, es completamente improcedente ante la Corte en concepto de medios nuevos, ni discutidos ni propuestos en ninguna forma en las instancias del juicio.

Con apoyo en 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 proferida por el Tribunal Superior del distrito judicial de Cartagena con fecha diez de abril de mil novecientos treinta y siete, materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente,

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

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica—Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

ACCIONES DE REIVINDICACION Y DE RENDICION DE CUENTAS

1.—La acción reivindicatoria tiene por objeto una cosa singular, esto es, particular, determinada y cierta. La singularidad a que alude el art. 946 del Código Civil no se circunscribe a considerar exclusivamente como tal a todo individuo de una especie determinada. Dentro de ese concepto cabe también la pluralidad numérica pero con determinación específica y de ahí que hay universalidades de hecho, como un rebaño o una biblioteca, que pueden ser materia de reivindicación. Basta con que la cosa reivindicada sea distinta, determinada, para que pueda ser objeto de la acción de dominio, ya fuere singular o universal en su esencia misma. Lo importante es que reúna las condiciones anotadas y que venga a ser inconfundible, determinada y cierta. 2.—En la reivindicación de mejoras plantadas en predios baldíos carece de trascendencia fijar o no con la debida precisión la extensión de lo ocupado, en orden al éxito de la acción de dominio de ellas entre particulares. Entre éstos la discusión queda limitada por su misma naturaleza a resolver cuál de las dos partes acredita su mejor derecho a la propiedad de las mejoras, por haberlas establecido directamente o por haberlas adquirido de quien las estableció. 3.—Cuando se trata de juicio reivindicatorio de mejoras en baldíos, entre colonos, no es necesario que se precise el área o cabida del terreno donde tales mejoras existan ni que éstas se señalen e individualicen una a una, en riguroso inventario. Basta con que se determine la situación y linderos precisos de esas mejoras, la naturaleza de cada una de éstas y su delimitación dentro de un terreno determinado. 4.—Como el derecho del colono sobre sus mejoras es real, puede ser materia de acción reivindicatoria.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, junio catorce de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes

Los que señala el actor Victoriano Martínez en su libelo de demanda están contenidos en los hechos fundamentales que pasan a trascribirse, a saber:

"1º La finca que establecí, durante el largo espacio de muchos años, está situada, como ya dije, en el distrito de Yolombó, en el paraje llamado Santa Bárbara, conocida con este mismo nombre, alinderada así: 'Por un costado, con mejoras de Luis Alvarez, por el camino que gira para Maceo hacia abajo, hasta el alto de Santa Bárbara, donde empieza a lindar con mejoras de Teodocio Carvajal, finca de pasto; de aquí se voltea hacia el río San Bartolo, lindando con mejoras del mismo Carvajal, hasta un alto donde se encuentra el lindero con Ricardo Jaramillo; se sigue siempre por el camino a un salto que hace la quebrada Santa Bárbara; de este salto, tomando una cordillera arriba a un alto llamado el Cominal, por éste hacia abajo, lindando con mejoras de Manuel Echavarría. Hasta aquí el costado oriental. Por otro costado, cruzando la quebrada de Plata Rica o San Juan y lindando con aberturas de (sic) y tomando una cordillerita hacia arriba hasta el alto de Hiracal. Por otro costado, con mejoras de Heliodoro Agudelo hasta un alto llamado San Juancito, en la quebrada del mismo nombre; se sigue lindando con el mismo Agudelo, por un cerco de alambre arriba hasta un alto llamado de La Puerta; de este alto se sigue por una cuchilla mayor, lindando siempre con el mismo Agudelo hasta encontra finca de Medardo y Leopoldo Rendón, llamada San Juan. Por el otro costado con las mejoras de Medardo y Leopoldo Rendón, cortando la quebrada de San Juan hasta llegar al lindero con Luis Alvarez en el camino que gira para Maceo, punto de partida.

"2º Este lote de terreno alinderado en el punto anterior fue localizado por mí, de acuerdo con los vecinos colindantes, honrados colonos pue se situaron por el mismo tiempo que yo, en la región de San Bartolomé, en las hoyas de las quebradas de Santa Bárbara, San Juan y San Juancito. Y todos esos colonos colindantes han reconocido como de mi propiedad las mejoras existentes en el terreno, y han reconocido en mí el derecho a ocupar los montes adyacentes a mis mejoras comprendidos dentro de la misma extensión alinderada.

"3º El derecho a las tongas de montes que tengo para impedir que otro se apodere de los montes baldíos adyacentes a mis mejoras, dimana del derecho que me da el título de colono a que se me adjudique, como cultivador y ocupante con ganados, no sólo la extensión abierta y ocupada sino tres tantos más adyacentes a mis potreros, a mis ocupaciones agrícolas.

"4º En la región o comarca donde está situada mi finca de Santa Bárbara, para evitar ambiciones desmedidas, y diferencias entre vecinos, es costumbre, cuando entre éstos hay armonía y avención, respetarse entre sí las situaciones, por linderos convenidos, tácita o expresamente.

"5º Es práctica obligada en el procedimiento material para desmontar un terreno determinado para establecer en él una hacienda de ganados y cultivos, empezar por abrir primero los cauces de las aguas, que son las que le dan al terreno valor verdadero. El que derriba un monte a todo lo largo de una corriente de agua, para abrir potreros tiene derecho a que se le respeten las tongas, y es costumbre ya entre los colonos ese respecto por los montes qse están sobre las aberturas de un colono.

"6º En la finca de Santa Bárbara tenía yo perfectamente cogidas las aguas en el lote alinderado, con aberturas extensas destinadas a la agricultura y con extensos potreros de pastos artificiales de yaraguá para el levante y engorde de ganados. Además, los montes contiguos a esas mejoras eran tenidos por los vecinos colindantes y respetados por ellos, como parte integrante de mi finca.

"7º Así las cosas, por motivo de la enorme depresión de los valores y de la pérdida que a todos los dueños de fincas les dio por varios años la agricultura y la ganadería no pude pagar a mi benefactor don Clímaco Ríos ni el capital ni los intereses en el plazo estipulado, y temiendo mi acreedor que iba a perder sus dineros, o que por mucho tiempo se quedaría sin renta, me propuso de modo insistente que le entregara la finca para él manejarla y usufructuarla para pagarse el crédito contra mí.

"8º Después de muchos ruegos, y creyendo yo podía traerme mejor utilidad entregando al deudor la finca para que la gozara, la usufructuara y abonara a la deuda sus productos, me resigné a retirarme de mi finca dejando en manos de mi acreedor la casa de habitación, las cosechas, potreros, los ganados y todo cuanto poseía, con la esperanza de que no muy tarde don Clímaco que me había protegido con su dinero, me seguiría protegiendo administrando mi propiedad como un buen padre de familia, con diligencia y cuidado, hasta pagarse el crédito y devolvérmela luégo para seguir yo viviendo de ella como único recurso propio de mi familia.

"9º En la finca tenía yo ciento dieciochó cabezas de ganado que le entregué al señor Ríos, cabezas que estaban a partir utilidades.

"10. Han pasado ya varios años, tiempo suficiente para que el señor Ríos se dé por bien servido de la caridad que hizo conmigo de darme su dinero al tan módico precio del uno y medio por ciento mensual con garantía hipotecaria, y de pagarse el capital y los intereses con los ganados y los producidos.

"11. Pero el señor Ríos, al reclamarle yo mi finca me ha hecho dar mucha vergüenza porque me manifiesta rotundamente que esa finca se la di yo en pago, que nada tengo, que es su propiedad, y que, si nos vamos a cuentas le debo dinero. Se ha negado, pues, en una palabra a devolverme la propiedad.

"12. En una palabra: yo soy dueño de la finca de Santa Bárbara por los linderos descritos arriba, que son los mismos linderos que figuran en la escritura de hipoteca que le hice a mi acreedor Clímaco Ríos. Lo soy en el concepto de colono, y por lo tanto en el concepto de que soy, indiscutiblemente, dueño de las mejoras con sus adyacentes. El señor Clímaco Ríos es poseedor de la finca, y se niega a devolvérmela alegándome que le pertenece.

"13. Es verdad que el señor Ríos sabe más aritmética que yo, y creo que ha hecho mejor sus cuentas. Pero el mero sentido común me dice que si no está pagado el capital y los intereses, falta muy poco, y que el señor Ríos está en el deber de entregarme la finca y darme cuenta de lo que se ha pagado con los frutos.

'14. El señor Ríos entró a mi finca de Santa Bárbara en su calidad de acreedor, la recibió para pagarse la deuda, y yo se la entregué en la calidad de deudor para que se pagara la deuda.

"15. No se fijó plazo ni medió escritura pública. Por tanto, en cualquier tiempo, háyase o no pagado la deuda, tengo completo derecho a recuperar la finca y correlativamente don Clímaco está en el deber de entregármela y de darme cuenta del estado de la deuda, según los abonos que le haya hecho, con los frutos".

"16. Don Clímaco Ríos no reconoce en la finca el carácter de dueño que tengo de ella. Sostiene que el único dueño es él, y con ese ánimo la posee actualmente.

"17. El mentado Ríos pretende denunciar, a título de cultivador y de ocupante con ganados, el globo de terreno que le di en hipoteca, para que el poder ejecutivo se lo adjudique en posesión y propiedad, arrebatando así el derecho que sólo yo tengo a hacer ese denuncio y que se me confiera título de propiedad, no sólo del terreno mejorado sino de tres tantos más en montes adyacentes".

Juicio ordinario

Ante el señor Juez del circuito de Yolombó presentó demanda ordinaria Victoriano Martínez contra su acreedor Clímaco Ríos, ejercitando la acción de reivindicación y solicitando que se hicieran las siguientes declaraciones en forma de condena:

"**Primera.** — Que soy dueño de la finca a que se refiere el hecho primero del capítulo 3º relativo a los hechos fundamentales de esta demanda. Por los linderos allí descritos, en el concepto de colono, esto es, que soy dueño de las aberturas y mejoras dentro de él establecidas y que entregué al demandado en mi calidad de deudor hipotecario, para el pago de una deuda con sus frutos.

"**Segunda.** — Que el demandado está en la obligación de entregarme, como dueño que soy de ellas, las mejoras en referencia, dentro del plazo que usted le señale, sin alegar derecho a que se le adjudiquen los montes adyacentes a dichas mejoras.

"**Tercera.** — Que el demandado no tiene derecho a denunciar como dueño para que se le adjudiquen en posesión de propiedad las mejoras establecidas dentro del lote de terreno mencionado.

"**Cuarta.** — Que tengo derecho a que se me adjudiquen los montes adyacentes a las mejoras que yo establecí, como parte integrante del derecho adquirido por mí con el hecho de haber establacido en montes baldíos de la nación mejoras, pastos y cultivos.

"**Quinta.** — Que el demandado está en el deber de presentarme un estado de la cuenta, esto es, manifestar, en qué estado está la deuda hipotecaria que contraje a su favor para saber si le estoy debiendo dinero o si él me está debiendo a mí.

"**Sexta.** — Que mientras el demandado no presente esa cuenta o estado de la deuda con los abonos que ha hecho o debido hacer de los frutos de la finca, no tiene derecho a demandarme por suma líquida determinada proveniente de la deuda hipotecaria de que habla.

"**Séptima.** — Que el demandado está en el deber de darme cuenta de las ciento diez y ocho cabezas de ganado que le entregué pastando en mis potreros.

"**Octava.** — Que debe pagarme las costas del juicio".

El demandado contestó negando todos los hechos fundamentales de la acción intentada y se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas. Tramitado el juicio en la primera instancia, el juez a quo falló el litigio en sentencia fechada el 22 de febre-

ro de 1935, resolviendo que no era el caso de hacer, por improcedentes, ninguna de las declaraciones solicitadas por el actor en la demanda. En consecuencia, absolvió al demandado de todos los cargos formulados en este juicio. Fundó el juez su fallo absolutorio en la consideración de que, a su juicio, el lote de mejoras alinderado en el primero de los hechos fundamentales no constituye cosa singular y determinada, porque no se expresó siquiera aproximadamente la extensión de todas y cada una de las mejoras que forman la finca de propiedad del demandante y bien podían existir dentro de los linderos indicados por Martínez otras mejoras distintas de las reclamadas por éste y de propiedad del demandado Ríos, según lo expresan varios testigos. Por consiguiente, estando las mejoras de Martínez confundidas con las que plantó Ríos, después que recibió de aquél la finca para pagarse el crédito con los frutos, hay que convenir que en este litigio no se trata de cosas o bienes singulares.

Apelada esa providencia por el actor y surtida la tramitación de rigor, el tribunal superior de Medellín le puso término a la segunda instancia en sentencia de 20 de febrero de 1937, en la cual revocó la del juez de primer grado y en su lugar reconoció la acción reivindicatoria deducida por el demandante. En síntesis, declaró que Martínez era dueño, a título de colono, de dos lotes de mejoras y plantadas en terrenos baldíos de la nación, en los parajes de "Playa Rica" y "Santa Bárbara", del distrito de Yolombó; que el demandado Ríos está en la obligación de entregar las mejoras y el lote de terreno dentro del término de tres días; lo condena igualmente a restituir los frutos naturales y civiles desde la fecha de la contestación de la demanda, con la advertencia de que se abonarán al opositor vencido los gastos ordinarios invertidos en producirlos; condena al actor Martínez a pagar al demandado las mejoras útiles hechas antes de contestar la demanda, lo mismo que las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa y determina, por último, que el valor de tales frutos, mejoras y expensas se fijará en juicio aparte, en la forma indicada por el artículo 553 del Código Judicial.

Funda su proveído el tribunal en las consideraciones que pasan a indicarse: en que están debidamente demostrados los requisitos necesarios para que prospere la acción de dominio; en que no pudo demostrar la parte opositora que las mejoras fueran entregadas como dación en pago del crédito hipotecario contenido en la escritura número 54, de 28 de enero de 1929, de la notaría de Puerto Berrío; y en que aun aceptándose que tales mejoras constituyan cosas muebles y que no requiera por esa circunstancia la dación en pago los requisitos del instrumento público y de la tradición inscrita, sí exigía para acreditar su existencia de un principio de prueba por escrito y no de la simple prueba testimonial, al tenor de lo estatuído en el artículo 91 de la ley 153 de 1887. Tales son, brevemente extractados, los fundamentos jurídicos de la sentencia que es materia del presente recurso de casación.

Recurso de casación

Contra esa providencia se alzó en casación el demandado Ríos alegando el primero de los motivos señalados por el artículo 520 del Código Judicial, por considerar que esa sentencia incurrió en infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de varios preceptos legales sustantivos. Como está previsto en el artículo 537 de la misma obra, procede la Corte a examinar en orden lógico las diferentes causales de casación porque se acusa la sentencia mencionada.

- I -

En este primer cargo el recurrente acusa la sentencia por violación directa y errónea interpretación del artículo 946 del Código Civil. Lo fundamental en la consideración de que tal precepto legal otorga la acción de dominio al dueño de una **cosa singular**, de que no está en posesión, y el bien materia de la reivindicación no reúne, a su juicio, tal requisito, por no estar debidamente determinado o individualizado. Agrega que mientras haya lugar a confusión entre la cosa que se va a reivindicar con otra de su mismo género o especie la acción de dominio no puede prosperar.

La Corte considera:

La acción reivindicatoria tiene por objeto una cosa singular, esto es, particular, determinada y cierta. La singularidad a que alude el artículo 946 del Código Civil no se circunscribe a considerar exclusivamente como tal a todo individuo de una especie determinada. Dentro de ese concepto cabe también la pluralidad numérica pero con determinación específica y de ahí que hay universalidades de hecho, como un rebaño o una biblioteca, que pueden ser materia de reivindicación. Basta con que la cosa rei-

vindicada sea distinta, determinada, para que pueda ser objeto de la acción de dominio, ya fuere singular o universal en su esencia misma. Lo importante es que reúna las condiciones anotadas y que venga a ser inconfundible, determinada y cierta, como se deja dicho.

La parte demandante reivindica una finca o mejora agrícola y la circunscribe por linderos especiales, determinando de esa manera su extensión aproximada. Siendo esto así, en una disputa judicial sobre la propiedad de mejoras puestas en baldíos, ya dijo la Corte en caso parecido que carece de trascendencia fijar o no con la debida precisión la extensión de lo ocupado, en orden al éxito de la acción de dominio de tales mejoras entre particulares. Entre éstos la discusión queda limitada por su misma naturaleza a resolver cuál de las dos partes acredita su mejor derecho a la propiedad de las mejoras, por haberlas establecido directamente o por haberlas adquirido de quien las estableció.

El actor en la primera súplica del libelo pide se declare que es dueño de la finca de mejoras descritas por su situación y linderos en el punto primero de los hechos fundamentales. Explica en esa misma súplica que lo es en concepto de colono sobre baldíos nacionales, y en el relato de los hechos fundamentales determina en qué consisten tales mejoras, como aberturas extensas de aguas, potreros de pastos artificiales para ganados, sementeras y árboles frutales, etc. En forma tal que el actor sí ha determinado con toda precisión y singularizado la naturaleza, especie, extensión por linderos y demás circunstancias que sirven para individualizar y particularizar la cosa que es materia de la acción de propiedad.

Por lo dicho se concluye que en el caso sub-judice y siempre que se trata de juicio reivindicatorio de mejoras en baldíos, entre colonos, no es necesario que se precise el área o cabida del terreno donde tales mejoras existan ni que éstas se señalen e individualicen una a una, en riguroso inventario. Basta con que se determine la situación y linderos precisos de esas mejoras, la naturaleza de cada una de éstas y su delimitación dentro de un terreno determinado. Así lo resolvió la Corte en caso parecido y en sentencia de 11 de junio de 1937, cuando dijo: "De aquí que sea infundada la tesis propugnada por el recurrente al sostener que el colono sin título de adjudicación no puede reivindicar mejoras por linderos sino comprobando la cabida exacta de lo cultivado y se los tantos más a que la ley le confiere derecho, con el objeto de determinar si las mejoras abarcan extensiones a que no puede aspirar en adjudicación por exceder del número de hectáreas adjudicables". (Gaceta Judicial número 1925, página 229).

Se desprende de lo dicho que no aparece violado en la sentencia recurrida el artículo 946 del Código Civil y por esa circunstancia no incide la cansal de casación alegada.

- II -

En este segundo cargo también se ataca el fallo por violación directa del mismo artículo 946, en cuanto se declara el dominio de Victoriano Martínez sobre dos lotes de terreno y se ordena al demandado que los entregue a aquél. Se fundamenta la causal en el hecho de que la sentencia no podía declarar a favor del actor el dominio sobre esos terrenos, porque éstos son de propiedad de la nación y no dejan de ser suyos mientras no los haya adjudicado en forma legal; el colono, cuando lo es, tiene derecho a la adjudicación pero ese no es en ningún caso un derecho de dominio, como lo declara la sentencia.

Se observa:

Bien estudiadas y apreciadas las dos primeras declaraciones condenatorias de la sentencia, no se halla en ellas la declaración acusada por el recurrente y que acepte el dominio de Martínez sobre los dos lotes de baldíos mencionados. En la primera de tales resoluciones judiciales se dice simplemente que el demandante es dueño, a título de colono, **de dos lotes de mejoras** plantadas en terrenos baldíos de la nación, en los parajes de "Playa Rica" y "Santa Bárbara", cuya alinderación se determina; en la segunda se dispone solamente que Ríos está en la obligación de entregar a Martínez las mejoras y el terreno determinados en el numeral anterior.

Es indudable que en este litigio, que se desarrolla entre particulares y en que no es parte la nación, cada uno de los contendores aspira a la propiedad de unas mismas mejoras sin pretensiones de dominio sobre el suelo mismo, que aún no ha sido materia de adjudicación por el Estado. Y tiene la peculiaridad de que uno de los litigantes — el actor — sostiene haber sido el cultivador inicial y pretende conservar aún su consiguente derecho, al paso que el otro — el demandado — basa su defensa en la afirmación de haferle trasferido aquél ese mismo derecho.

La Corte considera que los derechos rea-

les no pueden ser creación de los particulares sino de la ley. Bien es verdad que el Código Civil, en su artículo 665, indica varios de estos derechos cuya lista no agota por no ser taxativa sino simplemente enumerativa, ya que en esa misma obra existen otras disposiciones que crean derechos reales como el de soberanía, por ejemplo. Y en los demás códigos sucede algo igual, como puede verse en los derechos que consagra el artículo 65 del Código Fiscal y el artículo 1º de la ley 34 de 1936, incorporada a éste; también en el Código de Minas se hallan consagraciones de derechos reales en ese importante ramo. Por eso se ve que el principio cardinal de la legislación en esta materia descansa sobre la base de que la propiedad de las tierras baldías se adquiere por el cultivo, como decía el artículo 1º de la ley 48 de 1882 y lo repite el artículo 65 del Código Fiscal. De ahí que, siendo real el derecho del colono, puede ser materia de acción reivindicatoria.

Entendida así la cuestión, pierden su posible ambigüedad las frases del tribunal en la parte resolutiva de su fallo, en aquello que reconoce al actor su calidad de dueño como colono y en que extiende la orden de entrega al suelo mismo.

Tales reconocimiento y orden son, pues, del todo legales, puesto que se refieren a la calidad de colono y es en fuerza del reconocimiento de este derecho real como el tribunal ha decidido. No es por tanto fundado el cargo de que la sentencia contenga una adjudicación de terreno baldío. El procedimiento para adjudicaciones de estos bienes es administrativo y el órgano judicial no tiene intervención en él. Además, aquí no se ha contendido ni se podría contender sobre esa materia.

Las razones expuestas sirven para desestimar por improcedente el cargo formulado.

- III -

En este cargo se ataca la sentencia por aplicación indebida y errónea interpretación de los artículos 1767 del Código Civil y 91, 92 y 93 de la ley 153 de 1887. La interpretación errónea de los artículos citados consiste en considerar que ellos excluyen toda otra clase de prueba que no sea la escrita siempre que se trate de probar la entrega de cosas que valen más de quinientos pesos, interpretación errónea cuando existe un principio de prueba por escrito, como en el caso de autos. Y agrega el recurrente que en este proceso existe como tal principio de prueba literal la escritura número 54 de 1929 y los documentos que obran a folios 1 a 3 del cuaderno de pruebas, donde constan los negocios de compañías de ganados entre Ríos y Martínez antes de la entrega de las mejoras.

Se estudia este cargo así:

a)—Las disposiciones que se estiman infringidas estatuyen que no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito (artículo 1767, C. C.); y que deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que vale más de quinientos pesos (artículos 91, ley 153 de 1887).

b)—En este proceso hay perfecto acuerdo de las partes en los siguientes hechos: 1º En que el actor Martínez fundó la finca de mejoras en los baldíos nacionales determinados en la demanda; 2º En que por carecer de recursos recibió en mutuo con interés de manos de Ríos algunas sumas importantes de dinero; 3º En que para asegurar el pago de esas cantidades constituyó garantía hipotecaria sobre esa finca de mejoras a favor de Ríos, por escritura número 54 de 1929; 4º En que imposibilitado para cumplir esa obligación hizo entrega material de dicha finca de mejoras a su acreedor Ríos. Ninguno de esos hechos ha sido materia de controversia en este litigio ni del recurso que se falla.

c) Pero sobre la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las partes, al hacer Martínez entrega de las mejoras a Ríos estriba la cuestión controvertida, pues el actor sostiene que las entregó para que se pagara con sus frutos y productos a título de anticresis; y el opositor asevera que la recibió a título de dación en pago para cancelar el crédito activo a su favor y a cargo de Martínez. No existe prueba escrita de esta convención, donde conste la naturaleza jurídica de ella y sus cláusulas esenciales, a efecto de conocer y determinar la voluntad de las partes contratantes, en algo tan esencial como es precisar el contrato mismo que celebraron.

d) Tanto el actor como el opositor han presentado en el juicio un número plural de testigos hábiles para evidenciar sus opuestas pretensiones. Los del primero sostienen que se hizo la entrega en forma de anticresis y los del segundo que fueron recibidos a título de dación en pago para redimir la obligación a favor de Ríos.

La prueba documental que presenta el recurrente como un principio de prueba por

escrito del contrato de dación en pago, que alega en todo el curso del proceso, consiste, como viene dicho, en la escritura de hipoteca de las mejoras y en varios documentos privados sobre un negocio de ganados en participación, todos ellos anteriores a la negociación cuya naturaleza se disputa. Pero bien estudiados tales elementos se viene a caer en la cuenta de que ninguno de ellos arroja luz sobre el origen y estructura de la convención celebrada entre las partes. El instrumento público mencionado se limita a dejar constancia del contrato de mutuo con garantía hipotecaria, y los documentos aludidos determinan la forma y condiciones del negocio de ganados en participación, sin que contengan cláusula alguna en que directa o indirectamente se trate de la operación posterior sobre entrega de las mejoras a Ríos y de las condiciones de esta negociación que sirva para fijar o siquiera determinar indirectamente la voluntad de las partes al hacer esa entrega.

Planteado el debate en ese terreno no se halla el fundamento de la acusación presentada ni cómo se podrían considerar esos elementos documentales como principio de prueba por escrito de la dación en pago, para el efecto de aceptarlos como tales y convenir en que la prueba testimonial que obra en autos debe ser estimada como un complemento suficiente de la literal a que se viene haciendo referencia. No se discute el principio incontrovertible de que es permitido complementar la prueba escrita insuficiente con la prueba testifical. Pero es claro y lógico que tal principio de prueba debe tener directa e íntima relación con la obligación cuya existencia se trate de acreditar. Si los documentos exhibidos se refieren a obligaciones distintas y a contratos que nada tienen qué ver con el que es materia de la controversia, no puede aceptarse la aplicación de los preceptos legales invocados, ni menos concluírse que éstos hayan sido violados.

El contrato celebrado entre las partes tiene un valor mayor de quinientos pesos y así lo acepta el recurrente —desde luego que acepta la aplicación de las normas ya citadas— (art. 91, Ley 153 de 1887). Por esa circunstancia, debió constar por escrito y con los requisitos que exige nuestro derecho positivo, habida consideración a su naturaleza jurídica. Sólo ha exhibido el recurrente la prueba testimonial. De manera que era indispensable presentar un principio de prueba literal de esa convención y ya está visto que los documentos alegados en nada se relacionan con ese contrato. Además, esa dación en pago debía haber constado por instrumento público, el que no puede suplirse ni sustituírse por otra prueba (art. 1760 del C. C.). Por lo expuesto es de rigor rechazar el cargo que se estudia.

- IV -

En esta causal se demanda la sentencia por interpretación errónea y aplicación indebida del art. 1757 del Código Civil que es de este tenor: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas." Agrega el recurrente para fundamentarla que como el actor afirma que el pacto celebrado fue de anticresis, si no lo prueba, no puede prosperar su demanda y mientras no haya probado cuál fue ese pacto ha dejado de cumplir las obligaciones que le corresponden como actor en cuanto a la carga de la prueba. Bastaba, a su decir, la negación por parte del demandado para que no prosperara la acción intentada. En cambio, la alegación del demandado en cuanto confiesa un pacto distinto —una dación en pago— constituye una excepción cuya prueba no le corresponde, porque no se trata de un hecho exceptivo que extinga la obligación sino que niega la afirmación hecha por el actor.

Ríos pretende ser, no acreedor anticrético, sino dueño. Y Martínez habla de entrega voluntaria tan sólo como explicación del hecho de haber entrado Ríos a ocupar las mejoras. Pero la situación actual es a cabalidad la que corresponde a la acción de dominio, puesto que el demandante demuestra ser dueño y Ríos es el poseedor que pretende pero no demuestra ser dueño porque funda su título de tal en una dación en pago no acreditada.

Y la afirmación de Ríos a este respecto debió ser comprobada por él como hecho positivo y como excepción que es y no extinción de una obligación.

Así las cosas, no tiene por qué echarse menos sobre este último el artículo 1757 en que el recurrente quiere ampararse.

No puede aceptarse la tesis del recurrente consistente en que el actor debía demostrar judicialmente la existencia del pacto de anticresis y sus obligaciones correlativas, ya que tal convención no consta en forma fehaciente y su celebración ha sido negada por el demandado. En el relato de los hechos de la demanda ya Martínez se dice conocer de esa circunstancia y expresa que Ríos no ha querido reconocer que pactaron una anticre-

sis, sino que sostiene que recibió las mejoras como dación en pago, y por lo tanto, se considera como dueño legítimo de éstas y como actual poseedor a este título.

Ante esa situación de hecho, era natural y lógico que el actor no ejercitara una acción de restitución de la cosa dada en anticresis —lo que sí hubiera constituído una violación manifiesta del artículo 2467 del Código Civil— sino que, conocedor del ánimo y actitud del demandado, intentara la acción reivindicatoria, como dueño desposeído de la cosa, a fin de obtener su restitución por medios legales y operantes, de manos de su actual poseedor.

De lo expuesto se concluye que ninguna de las partes ha podido evidenciar judicialmente la existencia de los pactos de anticresis y dación en pago, que alegan para explicar el origen de sus relaciones jurídicas, porque a la abundante prueba testifical presentada por ambos no le otrga la ley, en este caso, suficiente valor probatorio. En ese evento, era procedente que el actor intentara la acción de dominio, para recuperar la posesión de la cosa de que es titular, en la forma atrás analizada. De manera que a Martínez sólo le competía probar la existencia de los elementos necesarios para que prosperara la acción reivindicatoria. Y evidenciados éstos en los autos, se ha cumplido con el requisito exigido por el artículo 1757 del Código Civil, que por ese motivo no puede estimarse infringido.

Se rechaza, pues, el cargo por inoperante.

- V -

Se formula la quinta acusación por interpretación errónea del artículo 946 del Código Civil y por violación directa del 2467 ibídem. La funda en que no puede prosperar una demanda de reivindicación partiendo de la base puesta por el actor de un pacto de anticresis, pues este contrato otorga una acción específica distinta de la reivindicatoria. Ahora bien, como esa acción la condiciona el artículo 2467 del Código Civil al hecho de que la deuda que dio origen al pacto esté totalmente extinguida, deduce el recurrente que se han violado las dos disposiciones mencionadas.

La Corte observa: ya se dijo al estudiar los cargos anteriores que las partes están en absoluto desacuerdo sobre la especie de convención que celebraron. El actor, en los hechos, admite ese disentimiento y fundado en tal circunstancia intenta la acción de dominio para recuperar por medios operantes la posesión perdida de la cosa entregada a Ríos.

Con vista de tales antecedentes, no se halla el motivo que sirva para justificar la acusación del recurrente. Si el demandante hubiera intentado la acción de restitución de la cosa dada en anticresis, entonces sí incidía la causal alegada, porque el artículo 2467 prohibe exigir la restitución de la cosa dada en anticresis antes del pago total de la deuda. Pero no ha sido esa la acción incoada en juicio sino la de propiedad, para recuperar la posesión perdida, y con respecto a ésta no es aplicable la prohibición consagrada en tal disposición legal.

No habiéndose violado ninguno de los dos preceptos señalados, es de rigor desechar el motivo de causación que se estudia.

- VI y VII -

Infracción directa del artículo 962 del Código Civil y aplicación indebida del 964 ibídem. Asevera el recurrente que como consecuencia de tales violaciones, incurrió la sentencia en la segunda de las causales de casación del artículo 520 del Código Judicial, por "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes." Fundamenta estos dos cargos en las consideraciones que pasan a expresarse: a) En la restitución de una heredad sólo quedan comprendidas las cosas señaladas en el artículo 962 del Código Civil. Las otras no serán comprendidas si no lo hubieren sido en la demanda y sentencia; b) En el libelo no se suplicó la restitución de frutos percibidos después de la contestación de la demanda; c) La sentencia decretó en su punto tercero condenatorio la restitución de los frutos naturales y civiles percibidos o que se hubiera podido producir, desde la fecha de la contestación de la demanda.

Deduce de tales hechos el recurrente que se han violado los preceptos invocados en esta causal de acusación y que se está en el caso de incongruencia entre lo pedido y lo fallado, a que alude el artículo 520, causal segunda, del Código Judicial.

No comparte la Sala el criterio expuesto anteriormente porque el artículo 962 de la codificación antes mencionada, que hace parte del capítulo relativo a las "prestaciones mutuas", para el caso de prosperar la acción reivindicatoria, estatuye que en la restitución de una heredad reivindicada se comprenden las cosas que forman parte de ella y que se reputan inmuebles por la co-

nexión que tienen con ésta, según lo dicho en el capítulo "de las varias clases de bienes"; y agrega esa disposición reguladora que las otras cosas no serán comprendidas en la restitución, si no lo hubieren sido en la demanda y sentencia.

De lo dicho se deduce que si en la sentencia condenatoria se ha hecho la declaración sobre restitución de frutos, tal condenación, en el caso de ejercicio de la acción de dominio debe cumplirse estrictamente, sin que pueda alegarse exceso por parte del juzgador ni incongruencia entre lo pedido y lo fallado. Se hubiera infringido el precepto legal a que antes se alude, si éste no autorizara expresamente para hacer tal condenación en la sentencia; pero autorizándolo y siendo la condenación en frutos corolario fatal y necesario de la restitución por reivindicación, es claro que el fallador no excedió sus atribuciones ni tampoco extralimitó su decisión de las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Por lo demás, el artículo 964 ibídem estatuye que en caso de prosperar la acción de dominio el poseedor de buena fe estará sujeto a las reglas señaladas en tal norma, en cuanto a la restitución de los frutos percibidos después de la contestación de la demanda. Y esas reglas determinan precisamente que tal poseedor de buena fe está obligado a restituír los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder. De manera que cuando el sentenciador de segundo grado decretó la devolución de tales frutos, desde la fecha de la contestación de la demanda, no hizo otra cosa que respetar los dos preceptos que se señalan como violados y determinar la forma como debía hacerse esa devolución.

De manera que al hacerse la tercera declaración de la sentencia que se revisa, no se excedió a las pretensiones del demandante ni existe incongruencia entre lo pedido y lo fallado, sino que el juzgador se limitó a darle estricto cumplimiento a normas legales que regulan las recíprocas prestaciones sobre frutos, en caso de restitución por reivindicación. Estas consideraciones obligan a desestimar por infundadas las dos causales que se estudian.

- VIII -

Este motivo de acusación considera como violado el artículo 659 del Código Civil, que establece que las cosas accesorias a los inmuebles se repitan muebles, aún antes de su separación, para el efecto de constituír un derecho sobre tales cosas a otra persona que el dueño.

Si el cargo se refiere a que hubo anticresis o dación en pago, cae por su base por no estar acreditado ninguno de estos contratos. Y si versa sobre la diferencia entre las mejoras y el suelo, es inaceptable por lo dicho sobre el derecho del colono y su calidad de real, que los hace inaceptables.

Conclusión

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por atuoridad de la ley, **no casa** la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el día 20 de febrero de 1937.

Las costas del recurso serán de cargo del recurrente.

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

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

RECURSO DE HECHO—RECURSO DE CASACION DE LAS SENTENCIAS DE GRADUACION DE CREDITOS

En trándose del juicio reglamentado en el título XXXV del C. J. no puede presentarse la oportunidad o posibilidad del recurso extraordinario de casación sino cuando el tribunal superior ha pronunciado sentencia definitiva en que se haga la graduación de los créditos reconocidos contra el concursado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Contra la sentencia de graduación de créditos proferida por el Juzgado quinto civil del circuito de Bogotá el 9 de noviembre de 1936 en el juicio de concurso de acreedores contra Aristides Mora, en que se convirtió el ejecutivo que contra él inició María Posada v. de González, interpuso recurso de apelación Mardoqueo Prías L. por haberse dejado de relacionar en ella un crédito hipotecario de segundo orden. El Tribunal Superior de este distrito judicial decidió la alzada en proveído de 15 de diciembre de 1937, en el cual, luégo de advertir que en la sentencia de graduación no fueron incluídos como acreedores el recurrente Prías ni Ana María Morales de Gallo, ambos declarados como acreedores del concurso en auto de 9 de agosto de 1934, expresó: "En tal evento, no es el caso de entrar a dictar por parte del tribunal la sentencia que deba aclarar, corregir, enmendar, o reformar la sentencia motivo de la apelación, sino que es el caso de revocarla a fin de que por el señor juez de la primera instancia, y previo el estudio detenido y formal del asunto, se dicte la sentencia que corresponda teniendo en cuenta los elementos que obran en autos, las pruebas aducidas por las partes y el derecho que a cada una de ellas corresponda. Y no procede el caso de que dicha sentencia se dicte por el tribunal, porque ello implicaría la violación de los principios fundamentales de derecho procesal, dejando por fuera el derecho que tendrían las partes para reclamar contra la sentencia de primera instancia dictada en consonancia con las pretensiones deducidas por las partes, y teniendo en cuenta que el fallo debe cobijar todos y cada uno de los puntos litigiosos. Obrar en otra forma sería pretermitir la instancia correspondiente. En virtud, pues, de las razones expuestas, el Tribunal Superior..... revoca la sentencia apelada para el efecto de que resuelva sobre los dos créditos en referencia".

Contra esta decisión interpuso recurso de casación Domingo Sarasty como apoderado de Marceliano Pulido, cesionario del crédito de María del Carmen Bernal, recurso que el tribunal negó por considerar que la providencia contra la cual se interponía no resolvió sobre lo principal del negocio y no tiene, en consecuencia, el carácter de sentencia definitiva de segunda instancia. Ante esta negativa del tribunal el recurrente interpuso el recurso de hecho, para lo cual, como lo establece la ley procedimental, pidió reposición del auto negatorio del recurso y en subsidio copia de las piezas procesales necesarias, con las cuales y el escrito correspondiente, ha recurrido ante la Corte para que le sea concedido el recurso de casación denegado.

Para resolver se considera:

El primer requisito, el primordial, para la prosperidad del recurso de hecho es que el recurso que ha sido denegado sea procedente conforme a la ley. Entre las sentencias susceptibles de ser impugnadas por medio de la casación figuran las de graduación de créditos en los juicios sobre cesión de bienes, o de concurso de acreedores". En tratándose, pues, del juicio reglamentado en el título XXXV del C. J. no puede presentarse la oportunidad o posibilidad del recurso extraordinario de casación sino cuando el tribunal superior ha pronunciado sentencia definitiva en que se haga la graduación de los créditos reconocidos contra el concursado, cosa que no ha ocurrido en el caso de estudio, porque el fallo o decisión que finalizó el segundo grado no contiene la graduación de los créditos sino precisamente la declaración de que no hay lugar a hacerla todavía. Sin

necesidad de entrar en la consideración sobre la legalidad o justeza de las razones aducidas por el tribunal para haberse abstenido de proferir el fallo que debía reemplazar el del juzgado que revocó, a la Corte le basta, para resolver el recurso de hecho, la consideración de que en realidad la providencia que se pretende traer a su jurisdicción no reúne las condiciones y características que exige la ley para abrirle el campo de la casación civil.

En sentencia de 23 de septiembre de 1937 (G. J. número 1929) dijo la Corte, refiriéndose a caso análogo al que se decide: "El fallo del tribunal no es una sentencia definitiva. El recurso de casación procede únicamente contra las sentencias definitivas, y en los casos limitados previstos en la ley. Por sentencia ha de entenderse la resolución que pronuncia el juez de acuerdo con la ley sobre el punto o cuestión que ante él se controvierte. Y es definitiva, palabra que proviene del verbo definere, terminar, cuando el juez resuelve terminando el proceso, y con vista de todo lo alegado y probado por los litigantes sobre el negocio suscitado ante él en una instancia. Decía así la Ley 2ª, título 22, partida 3ª: "Juicio acabado que da (el juez) sobre la demanda principal finiquitando o condenando al demandado". Según el concepto de Chiovenda, la sentencia definitiva es acto con el cual el juez cumple la obligación derivada de la demanda; mediante la sentencia ha terminado su oficio; a no ser que haya que tomar resoluciones consecuenciales (liquidación de costas, perjuicios, etc.) Por la sentencia el juez no debe ni puede ingerirse más en el pleito. Si es impugnable, surgirá con la impugnación otra etapa de la relación procesal en que será competente otro tribunal. Nuestro código de procedimiento, de acuerdo con las nociones precedentes, dice que una resolución es sentencia "si decide definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste, sea que se pronuncie en primera o en segunda instancia, o a virtud de recurso extraordinario".

La naturaleza jurídica del recurso de casación que lo hace esencialmente definitivo y exrtaordinario excluye la posibilidad de que un mismo problema debatido en juicio sea materia u objeto de una doble consideración ante la Corte, y a ella conduciría la concesión del recurso contra una providencia como la que se estudia, porque viniendo luégo la oportunidad de recurrir en casación contra la sentencia en que se hiciera la graduación definitiva de los créditos, se podrían producir anómalamente dos sentencias de casación sobre una misma cuestión destro de un solo pleito.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no concede** el recurso de hecho.

Póngase en conocimiento del tribunal para que conste en los autos (artículo 514 del C. J.)

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón — Ricardo Hinestro Daza — Fulgencio Lequerica Vélez— Juan Francisco Mújica— Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

OPOSICION A UN DESLINDE—NATURALEZA DE LA ACCION DE DESLINDE—POSESION COMO ELEMENTO PARA LA FIJACION DE LA LINEA EN UN DESLINDE

1.—El juicio de deslinde no es declarativo sino atributivo de propiedad. No se afecta en esos juicios el derecho de propiedad en sí mismo considerado, sino que se determina su comprensión, en relación con los predios en que respectivamente se ejercita el dominio; y así, aun cuando se convierte en ordinario, por la oposición, no se ventila en el dominio de la zona discutida. El juicio de deslinde va encaminado a la fijación de una raya divisoria entre dos predios, de donde resulta que la primera condición emanada de la naturaleza misma de esta clase de juicios es que los dos predios sean colindantes. Esa acción compete a quien tiene el dominio u otro derecho real principal (C. J. art. 862); de modo que la personería arranca de la titularidad de esos derechos. Por eso, como lo ha dicho la Corte, a quien ejercita la acción de deslinde, como dueño de un predio para comprobar su dominio le basta presentar un título que en sí mismo acredite ese dominio. El juez en esta clase de juicios no está sometido a la fijación de la línea que señale el demandante, ni tampoco a la que señale el demandado, sino que puede de acuerdo con las pruebas aducidas, fijar otra distinta con libre facultad de apreciación. Cuando hay oscuridad en los títulos puede invocarse por la parte interesada la posesión de la zona, como elemento para la determinación de la línea, y esto porque la posesión presume el dominio. 2.—Uno de los modos más adecuados para interpretar un título de dominio es la posesión que tengan las partes, de acuerdo con ese título, según el concepto de ellas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

1º Reinaldo Melo M., por medio de apoderado entabló la acción de deslinde y amojonamiento de un terreno de su propiedad situado en el punto llamado "Monteverde", en la vereda de Tocarema, jurisdicción del municipio de Anolaima, en el espacio en que colinda con los terrenos de que son dueños los esposos Juan C. Díaz y Teófila Santos de Díaz, ubicado en el mismo municipio, o sea desde la Peña Blanca que deslinda los municipios de Anolaima, Zipacón y Facatativá, vuelve luégo a encontrar el nacimiento de las aguas que se denominan "Chorro Tuerto" y se sigue por este chorro abajo hasta donde terminan dichos terrenos.

2º Previa la tramitación legal del caso y habiéndose fallado adversamente a los demandados el incidente de excepciones dilatorias, el juez a quo, segundo del circuito de Facatativá, después de practicada la diligencia del caso que duró varios días y de vistas las pruebas y alegaciones de las partes y examinados los conceptos periciales, fijó la raya divisoria, en la parte en que los dos predios son colindantes e hizo clavar los mojones del caso.

3º Los demandados Juan C. Díaz y Teófila Santos de Díaz no se conformaron con esa fijación, sino que se opusieron a ella y entonces el juicio de deslinde asumió el carácter de ordinario en el que los opositores fueron considerados como demandantes.

4º Tramitado ese juicio, el juez en sentencia de diez y seis de junio de mil novecientos treinta y uno no accedió a variar la línea divisoria entre los predios motivos del deslinde y aprobó en consecuencia la línea de demarcación trazada y amojonada en la diligencia de deslinde, línea que es la siguiente: Desde el punto donde el chorro de agua denominado Chorro Tuerto que nace en tierras de la hacienda Mátima, llega al límite de las tierras de esta hacienda con las de Juan C. Díaz y Teófila Santos de Díaz y Reinaldo Melo, donde fijó un mojón de piedra marcado con la letra A, siguiendo dicho chorro abajo hasta encontrar el límite de los terrenos de Juan C. Díaz y Teófila Santos de Díaz, Reinaldo Melo y herederos de Tadeo Castañeda, donde se marcó una piedra grande con la letra B.

5º Los demandantes Díaz apelaron de esa sentencia y el tribunal del distrito judicial de Bogotá, la confirmó en fallo de 18 de febrero de 1937.

La parte vencida interpuso recurso de casación que pasa hoy a decidirse.

Naturaleza de la acción de deslinde

El juicio de deslinde no es declarativo sino atributivo de propiedad. No se afecta en esos juicios el derecho de propiedad en sí

mismo considerado, sino que se determina su comprensión, en relación con los predios en que respectivamente se ejercita el dominio; y así, aun cuando se convierta en ordinario, por la oposición, no se ventila en él el dominio de la zona discutida. El juicio de delsinde va encaminado a la fijación de una raya divisoria entre dos predios, de donde resulta que la primera condición emanada de la naturaleza misma de esta clase de juicios es que los dos predios sean colindantes. Esa acción compete a quien tiene el dominio u otro derecho real principal (C. J., artículo 862); de modo que la personería arranca de la titularidad de esos derechos. Por eso como lo ha dicho la Corte en varios fallos, entre ellos el de 20 de septiembre de 1920, a quien ejercita la acción de deslinde, como dueño de un predio para comprobar su dominio le basta presentar un título que en sí mismo acredite ese dominio. El juez en esta clase de juicios no está sometido a la fijación de la línea que señale el demandante, ni tampoco a la que señale el demandado, sino que puede de acuerdo con las pruebas aducidas, fijar otra distinta con libre facultad de apreciación. Y finalmente en los juicios de deslinde cuando hay oscuridad o deficiencia en los títulos, para fijar la línea divisoria, puede invocarse por la parte interesada la posesión de la zona, como elemento para la determinación de la línea, y esto porque la posesión presume el dominio. Cabe observar que no sólo compete esta acción al dueño sino a quien sea titular de derechos reales principales como el usufructuario.

Sentencia acusada

Esta, como la de primera instancia, hacen relación a las pruebas que tuvo en cuenta el juez al fijar la línea divisoria entre los dos predios el día que se terminó la diligencia de deslinde y amojonamiento.

La sentencia acusada, en vista de esos documentos y demás probanzas, parte de la base de que los dos predios son colindantes, de que se identificó debidamente la corriente de agua llamada "Chorro Tuerto", de que las observaciones y consideraciones hechas por el juez para no admitir los dictamenes periciales son fundadas en derecho y de que está fundada la decisión del juez de no aceptar la línea divisoria señalada en la contestación de la demanda de deslinde por los esposos Díaz.

Demanda de casación

La sentencia ha sido acusada por la 1ª y 2ª causal a que se refiere el artículo 520 del C. J.

La primera causal está dividida en tres capítulos. En el primero se acusa la sentencia por ser violatoria de los artículos 900, 1757, 1758, 1759 del C. C. y 630 y 632 del C. J., por falta de apreciación de las pruebas y errores de derecho en la apreciación de otras. En el segundo se ataca el fallo por violación de los artículos 900 y 1757 del C. C., 603, 604, 605 y 606 del C. J., y en el 3º por uneva violación de dicho artículo y de los artículos 697, 705 del C. J., por cuanto el tribunal incidió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Estudio de los cargos

La Corte estudia los cargos por orden lógico y empieza por el contenido en el capítulo 3º en el cual la acusación va encaminada a sostener que el tribunal incidió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas al admitir que el llamado "Chorro Tuerto" es el señalado por el hoy demandado señor Melo.

La base fundamental de toda la oposición, y también de la acusación es la siguiente: que el predio de Melo hoy demandado no colinda con el de los Díaz, hoy demandantes. porque entre ellos se interpone otro predio que es el del señor José Tadeo Castañeda.

En la diligencia de deslinde el juez partió de la base de que, en parte, entre los dos predios se interpone el del expresado Castañeda; pero que hay una sección intermedia en que sí colindan el del demandante y el de los demandados, apreciación que acepta el tribunal.

La corriente de agua denominada Chorro Tuerto, es el límite, según el título que presentó el demandante, escritura 424 de 3 de septiembre de 1927 de la notaría de Anolaima, de los terrenos de Tadeo Castañeda y de las tierras de los expesados Díaz. En la parte pertinente reza así el título: "De aquí volviendo sobre la derecha se sigue por una cerca de alambre y madera a dar a un chorro llamado "Chorro Tuerto", donde hay una piedra marcada con una R; de aquí por todo el chorro arriba hasta su nacimiento por este costado lindando con los terrenos de los herederos del señor Tadeo Castañeda, y tierras que tienen los señores Díaz".

En la diligencia de deslinde el demandante, entonces señor Melo, señaló cuál era ese chorro, y su dirección, y los demandados Díaz no estuvieron conformes con ese señalamiento sino que hicieron otro. Previa ins-

pección, el juez recibió una serie de testimonios presentados por ambas partes y llegó a la conclusión de que el Chorro Tuerto era el señalado por el señor Melo. Se fundó para esto en lo siguiente:

a) En el número de testigos presentados por Melo es mayor que el presentado por los Díaz; b) En que, identificado ese chorro, nace en la hacienda de Mátima, ajena al deslinde, desemboca en los terrenos de Melo y de los Díaz, y sigue su curso a dar con tierras de los herederos de Tadeo Castañeda, y c) Que si el "Chorro Tuerto" fuera el indicado por los testigos presentados por parte de los Díaz, la línea divisoria al bajar de la Peña Blanca volvería sobre sí misma para encontrar el nacimiento del chorro, lo que sería un absurdo, por la situación misma de uno y otro y de la dirección que lleva el río que forma el límite del costado derecho del predio demandante. Esta observación, como es obvio, la hizo el juez por su directa percepción.

El tribunal admite el anterior análisis de pruebas y lo acepta como uno de los fundamentos de su fallo. Ahora bien; la decisión del juez que practicó el deslinde al estimar que la corriente de agua Chorro Tuerto es la señalada por el demandante Melo y al identificarla sobre el terreno, está fundada en la percepción directa del juez (artículo 730 del C. J.) que hace plena prueba y en el análisis y crítica fundamentada de los testimonios presentados por ambas partes; el juez dándole aplicación al artículo 702 del C. J. se inclinó a los testigos presentados por el expresado Melo.

Estos dos factores de convicción no aparecen desvirtuados en el proceso por otros factores de mayor valor probatorio, que hubiera dejado de tener en cuenta el tribunal fallador, como tampoco aparece que tales factores, los tenidos en cuenta por el juez, o carezcan de valor o hayan sido mal interpreados.

Resulta entonces de lo anterior que no puede existir error manifiesto en la apreciación de la prueba por ninguno de los extremos a que se refiere la segunda parte del numeral 1º del artículo 520 del C. J., error que hubiera llevado al tribunal a incidir en violación de la ley ya por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea.

El cargo que se estudia no puede por lo tanto prosperar.

El primer cargo de la sentencia acusada, consiste en la violación, como ya se dijo de los artículos 1757, 1758, 1759 del C. C., 630 632 del C. J. por falta de apreciación de unas pruebas.

Afirma el recurrente que el tribunal desestimó las escrituras 252 y 316 y el certificado en que se relaciona la 318 y que incurrió en evidente error de hecho al apreciar la escritura 252 de 22 de mayo de 1923, error consistente en que la tomó como posterior a la escritura 246 de 3 de noviembre de 1927.

El recurrente sostiene, y en eso se funda la acusación, que el predio de Melo no colinda con el predio de Díaz.

El tribunal a este respecto dijo la que sigue: "Las probanzas que obran en el expediente y que sirvieron de base a la determinación contenida en el aparte trascrito, en manera alguna dan asidero a las objeciones formuladas por el opositor, y por el contrario respaldan esta resolución, además, si sobre el propio escenario de la controversia, si de manera personal y diretca se constataron por el juzgador todos los hechos y circunstancias en que se apoyó para concluir que sí eran colindantes los predios de cuyo deslinde se trataba, sería absurdo sostener o afirmar que en dicho acto se hicieron apreciaciones distanciadas de la realidad de los hechos, si se tiene en cuenta que por el actor no se produjo prueba alguna dentro de este ordinario, tendiente a demostrar sus aseveraciones, ni se practicó siquiera la que esta sala decretó en auto para mejor proveer, según ya se ha visto y que tenía como fin establecer de manera clara y precisa las pretensiones de las partes. El estudio de los títulos, el análisis de los testimonios presentados en el curso de la diligencia, y las observaciones directas del juzgado sobre el terreno, que en forma muy clara aparecen de la diligencia en cita, no pueden merecer, en concepto del tribunal, las críticas que se hacen por el opositor, y deben aceptarse en toda su integridad en cuanto se ordenan a demostrar que sí hay colindancia de los predios materia del deslinde, puesto que se repite, ninguna prueba se trajo al debate tendiente a destruir las conclusiones a que llegó el señor juez del conocimiento en el mismo acto de deslinde".

En otros términos: el tribunal se refirió, para formar su convicción al respecto, a lo que aparece de la diligencia de deslinde y amojonamiento, por donde es necesario que la Corte la estudie y se refiera a ella.

Ya se vio, al estudiar y rechazar el cargo anterior, que el llamado "Chorro Tuerto" es límite entre el predio de Melo y el de los Díaz.

El juez en la diligencia de deslinde tuvo en cuenta y estimó las escrituras presentadas por ambas partes, entre otras a las que se refieren el recurrente en el cargo que se estudia. Luego por este concepto no puede decirse que la violación de la ley provenga de falta de apreciación de tales escrituras. Consideradas así las cosas no queda sino el extremo de la apreciación errónea de dichas escrituras.

Al estudiar las escrituras presentadas por las partes y sobre el terreno, el juez concluyó que sólo en parte colindan los predios del demandado y de los demandados, pues en la parte baja hay interposición con el predio de los herederos de Tadeo Castañeda. Se desprende de la acusación que la parte hoy demandada sostiene que esa intrepretación es en todo el lindero del predio del señor Melo.

El juez concluyó, cómo se ha dicho, que en una parte limitan o colindan los dos predios, el del demandante y el de los demandados, y para esto tuvo en cuenta lo siguiente, además de lo que rezan las escrituras mencionadas: a) Por lo que aparece del expediente y de los hechos constatados en la diligencia, el predio del demandante colinda con el del demandado en parte intermedia porque al hablar los títulos de aquél del Chorro Tuerto y establecido cuál es ese chorro, se ve que conforme a dichos títulos éste penetra en predio del demandado. Esta deducción y aseveración del juez está respaldada no sólo en lo que presenció, sino en el siguiente hecho: Que el demandante pretende que la línea de su predio va hasta el cauce de Chorro Tuerto y los demandados hasta la rastra, subiendo por ella a la Peña y lo primero abarca lo segundo. b) En que la parte demandada (en esa época los señores Díaz). "Al aceptar la continuidad de demandante y demandado como colindantes en aquella manifestación de Melo, de que éste posee de la cerca de alambre y rastra para allá y los Díaz, de la cerca y rastra para acá, es el reconocimiento de que sí son limítrofes esos predios. c) En que ni el señor Tadeo Castañeda, a cuyo favor está el título a que se refiere la escritura 316, ni persona distinta de los litigantes Melo y Díaz, tienen en la parte sobre que versa el deslinde posesión intermedia del terreno: d) En que la escritura 306 de 1876 y la demarcación de ella no coinciden con lo que relata la 252 y por lo tanto la escritura 316 no presta ningún auxilio para la fijación de la raya. En la diligencia se tuvo además en cuenta lo siguiente: Agustín Terán fue antecesor en el dominio del lote de Melo y sobre que versa el deslinde y se presentó a los autos copia expedida por el juez 4º del circuito en lo civil de Bogotá, tomada del juicio ejecutivo seguido por Teófilo Soto contra Tadeo Castañeda, donde aparece la constancia de que en virtud de la articulación de desembargo propuesta por Agustín Terán de unos lotes de terreno y por haber recibido despacho favorable, le fueron entregados por el juez municipal de Anolaima, por comisión del juez 4º del circuito de Bogotá el 22 de julio de 1912, unos lotes de terreno situados en el punto llamado Monte Verde de jurisdicción de Anolaima y comprendidos dentro de unos linderos generales iguales a los que expresa el título presentado por Melo y base de la demanda de deslinde.

Fuera de lo anterior no puede menos de subrayar la Corte lo siguiente que no está infirmado en los autos, pero ni siquiera contradicho por la parte actora: El juez que falló el ordinario en que se convirtió el juicio de deslinde dice esto en su sentencia: "no será, pues, por demás advertir que la causa matriz para asentar esta afirmación de no colindancia, era la de estar en disputa judicial por aquel entonces los terrenos de los Díaz, materia de la diligencia, y otros de herederos de José Tadeo Castañeda, que pretendían reivindicar los últimos, por lo cual se juzgó que sólo desatando esa litis quedarían en condiciones de precisar bien las cosas. En síntesis, se alegaba en uno de los juicios, el de reivindicación, la posesión por parte de los Díaz como elemento útil para que prosperara su aspiración por este aspecto, pero se negaba posesión y colindancia en el juicio de amojonamiento con Melo en esas mismas tierras para impdeir que se llevara a cabo el deslinde. Hoy día no sobra agregar, aparte de la constancia que hizo el juzgado en la diligencia de deslinde practicado, que los demandantes en este juicio ordinario se encuentran en actual posesión de las tierras discutidas, por sentencia del suscrito que absolvió a los mismos en el pleito de reivindicación anterior. Desaparece ese reato o dificultad y queda así expedito el camino de una decisión en este asunto".

De todo lo anterior resulta lo que sigue: Existe un punto fundamental, observado por el juez en la diligencia, a saber, que la corriente de agua denominada "Chorro Tuerto" "es límite entre los predios del demandante y del demandado en este juicio. Uno de los modos más adecuados para interpretar un título de dominio es la posesión que tengan las partes, de acuerdo con ese título, según el concepto de ellas. En la di-

ligencia de inspección ocular se acreditó debidamente que los Díaz están poseyendo hasta la colindancia con el terreno de Melo y entonces se presenta este dilema: o existe un predio intermedio, el que se dice ser de los herederos de José Tadeo Castañeda o no; si lo primero, los Díaz están ocupando un predio ajeno; si lo segundo, ocupando predio propio. Ahora como los Díaz alegan posesión hasta donde ocupan, según se estableció en la diligencia de inspección ocular, esa posesión es la mejor interpretación de los títulos que presentan los Díaz, pues por regla general nadie ocupa o posee sino lo propio. La autoridad judicial intervino antes en este pleito, según se ve de autos, en otro en que hubo una acción de dominio, entre Castañeda y Agustín Terán, en el cual triunfó éste; de modo que al triunfar y entregarle lo que reclamaba, quedó colindando con la finca de Melo y ya se observó que éste es sucesor en el dominio de Monteverde de Agustín Terán.

Los tres elementos de que se acaba de hacer mérito, a saber: identificación y localización de la quebrada de "Chorro Tuerto", límite entre el predio de los demandantes y del demandado, la posesión de éstos hasta la línea que ocupa Melo, la intervención del poder judicial de que se ha hablado, y finalmente como cuarto elemento la posesión en que se ampararon los Díaz en el juicio reivindicatorio, que les siguió Castañeda, y que los favoreció en el juicio, según hace constar el juez en su sentencia, son factores más que suficientes para demostrar la colindancia y para deducir que los títulos que presentaron los demandados fueron tenidos en cuenta e interpretados sobre una realidad tan tangible como la de la posesión, lo cual excluye la apreciación errónea de esos títulos, el error manifiesto en la estimación de ellos, por parte del fallador, lo cual lleva necesariamente a que sea rechazado el cargo que se estudia.

Consiste el segundo cargo en la violación de los artículos 900 y 1757 del C. C., 603, 605 y 606 del C. J., el cual se basa en que de las posiciones absueltas por Reinaldo Melo resulta la confesión categórica de éste de que el juicio de deslinde promovido contra los esposos Díaz tenía por objeto exclusivo reivindicar la posesión de terreno que el deslinde dejó a su favor, y que el tribunal incurrió en error de hecho al dejar de apreciar esa confesión.

La Corte observa:

El señor Reinaldo Melo entabló claramente juicio de deslinde contra los esposos Díaz el cual se convirtió en ordinario, según puede verse por la demanda que corre a los folios 10 a 12 del cuaderno principal y todo este juicio ha rodado sobre la acción de deslinde establada por Melo contra los esposos Díaz, la cual se convirtió en ordinaria por la oposición de éstos. El hecho de que Melo haya podido incurrir en unas posiciones en una confusión de derecho entre la naturaleza del juicio de deslinde y la del juicio reivindicatorio no cambia en nada la naturaleza de la presente acción, que es la que se acaba de recordar y que no se modifica en nada por apreciaciones de derecho que el señor Melo hiciera en posiciones.

Bastan las consideraciones expuestas para rechazar el cargo que se estudia.

En cuanto a la acusación de la sentencia por violación del artículo 705 del C. J. por haberse apartado el fallador del dictamen uniforme rendido por el perito del demandante y el tercero y a que se refiere el capítulo 3º de la demanda de casación **in fine**, la Corte ocserva: a) el artículo 705 citado por el recurrente no ha podido ser violado por la sentencia porque él preceptúa que para la comprobación de hechos que exijan conocimiento o prácticas especiales intervienen peritos. Es una simple norma tal disposición que enseña que existen casos en que es necesaria la intervención pericial, luego por este aspecto no se ve en qué pueda consistir la violación del citado artículo 705. b) Porque está muy bien explicado por qué el juez se apartó de los dictamenes periciales y por qué no tratándose de avalúos, a que se refiere el artículo 721 del C. J. ni de regulación en cifra numérica, ni siendo tampoco el caso del artículo 722, ibídem, valiendo la pena observar al respecto que no se trata de un concepto pericial uniforme en el caso de este pleito, ni de una conclusión científica emanada de un arte, profesión u oficio, el juez tenía la libre apreciación a que se refiere el artículo 723 del C. J. y así lo hizo, libre apreciación y conclusión judicial que no ha sido impugnada en el cargo que se estudia. Además el juez que practicó el deslinde expresa con toda claridad y fundado en las pruebas que aparecen en los autos, por qué no admitió los dictamenes probatorios.

Se rechaza, pues, el cargo que acaba de estudiarse.

La segunda causal, o sea la de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, es del todo infundada por estas razones: a) Porque en el juicio de deslinde se pidió

la fijación de la raya que separa los predios de los demandantes y del demandado, y en este juicio y al convertirse en ordinario el juez de primera instancia aprobó esa raya y lo mismo hizo el Tribunal al confirmar la sentencia del juez a quo. La fijación de tal línea es de la naturaleza del juicio de deslinde y también del ordinario a que dé lugar la oposición y en el cual se aprueba, se imprueba, o se fija otra línea distinta de la del juez, o en algunos casos se niega la acción. b) Porque contrariamente a lo afirmado por el recurrente en la causal que se considera, el tribunal estudió todos los extremos de la acusación y ya se vió al estudiar los cargos anteriores que no incidió en ese estudio, ni en la apreciación de las pruebas, en error de hecho ni de derecho. Además, si en esos errores se hubiera incurrido, no se daría lugar con ello sólo al citado motivo segundo del artículo 520.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida y condena al recurrente en las costas del recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta y devuélvase al tribunal de su origen.

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón — Ricardo Hinestro Daza — Fulgencio Lequerica Vélez— Juan Francisco Mújica— Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

RECURSO DE HECHO

Aun cuando el juicio especial sobre separación de bienes se haya tramitado como ordinario, la sentencia en él proferida no es susceptible del recurso de casación

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

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

El tribunal superior de San Gil, el 22 de septiembre de 1937, decidió el juicio especial que sobre separación de bienes entabló Dominga Centeno contra su marido José del Carmen Martínez ante el juzgado 3º del circuito del Socorro, en el sentido de decretar la simple separación de bienes de la sociedad conyugal formada entre ellos por virtud del matrimonio que celebraron, y la de ordenar la práctica de los inventarios, avalúo y distribución de los gananciales, "observando las mismas reglas vigentes sobre el particular".

El juicio fue tramitado en primera instancia conforme a los artículos 796 y siguientes del C. J. El tribunal tramitó la apelación de la sentencia de ese juicio especial en parte como si se tratara de ordinario de segunda insatncia porque lo abrió a pruebas en la forma prescrita en el artículo 746, ibídem, lo cual explica el juzgador en la sentencia diciendo que por mediar la circunstancia del artículo 505 se dictó la providencia respectiva que, en cuanto al término, no se ciñó, por equivocación, a lo establecido en el inciso final del citado artículo, error que no fue subsanado porque las partes no lo exigieron oportunamente.

El recurso de hecho

Contra esa sentencia interpuso recurso de casación la parte demandada, el cual no le fue concedido por tratarse de un juicio especial no previsto en el artículo 519. Pedida y negada la reposición de ese auto, subsidiariamente se interpuso el recurso de hecho, el cual pasa a decidirse.

Considerandos

Vistos los artículos 519, 550, 796 y siguientes, 935 y siguientes del C. J. y el 1821 del C. C., y teniendo en cuenta: que el juicio de separación de bienes entre los cónyuges Centeno y Martínez se tramitó como especial, conforme a lo pedido en el libelo de demanda; que ningún juicio especial es susceptible de ser convertido en ordinario en la segunda instancia, motivo por el cual su tramitación como ordinario en ésta no puede desnaturalizar la índole legal de la sentencia; que la sentencia que pone fin al pleito de separación de bienes es de naturaleza distinta de la que contempla el ordinal 2º del artículo 519 sobre liquidación de sociedades disueltas, la cual se presenta como la culminación de las diligencias previstas en los capítulos 3º y 5º del título XXX del libro II del C. J., y que, por lo tanto, el fallo que aquí se estudia no aprueba ninguna partición de los bienes de la sociedad conyugal habida entre los esposos Centeno y Martínez.

Resolución

La Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el auto del tribunal superior de San Gil, fechado el 4 de marzo de 1938, por considerar bien denegada la interposición del recurso de casación, y ordena poner en conocimiento del inferior la presente providencia para que conste en los autos.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese en la **Gaceta Judicial** copia de la presente providencia.

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

PARRICIDIO—ERROR EN CUANTO AL NOMBRE DEL PROCESADO

1.—El error en cuanto al nombre del procesado no perjudica lo esencial que es su identidad, la cual puede establecerse de acuerdo con las reglas del procedimiento criminal, "que son especiales y de más sencilla apreciación, tendientes a evitar la impunidad." 2.—No constituye causal de nulidad del proceso penal el hecho de la anormalidad del procesado, pues las nulidades están taxativamente señaladas en los artículos 264 y 265 de la ley 57 de 1887. Ni ese hecho puede dar base para la causal 2ª de casación en materia criminal. 3.—La cuestión referente a injusticia notoria del veredicto ha debido ser previamente debatida en las instancias para que pueda dar base a la causal 5ª. 4.—La sentencia puede ser violatoria de la ley penal: o por una mala interpretación del art. del código o por un error proveniente de la aplicación de una disposición cuando la pertinente es otra. En el primer caso, genéricamente considerado, el art. responde a la sanción; pero específicamente el artículo está sujeto a una confrontación con las varias circunstancias previstas en él. La resultante para el juzgador es la determinación de cuál es, de esas circunstancias, la esencial para encuadrar el caso entre los varios contemplados por el art. Ahí cabe entonces el error en la interpretación de la ley. El artículo 600 del Código Penal, en su primera parte, y en relación con el 587 del mismo, es una muestra, entre otras, de disposiciones legales susceptibles de interpretaciones erróneas que pueden dar lugar a impugnación de la sentencia por violación de la ley penal. El error puede provenir, en la sentencia, de la indebida aplicación de la ley penal. Ocurre ésta cuando se aplica una disposición y la pertinente es otra. En tratándose del homicidio inculpable puede acontecer que el aplicable sea el artículo 591 cuando la sentencia aplicó, por ejemplo, el 602, o cuando aplicó el 600, y del análisis del proceso, cuyo remate es la sentencia, considerada vulnerable por la causal 1ª, la disposición aplicable era la del artículo 29 del Código Penal. La jurisprudencia en tratándose de casación se encamina a la vitalidad de los textos escritos, a la defensa de la ley penal en su integridad, mas no en la expresión literal del texto escrito sino en su proyección a cada caso singularizado, con el objeto de que la disposición penal se aplique dentro del espíritu de la misma ley que es "mandar, prohibir, permitir o castigar" (artículo 4º, Código Civil), y dentro del castigo que es la esfera del Código Penal, aplicarlo al delito, acto humano que para ser punible requiere voluntad y malicia en su ejecución. Una sentencia penal, que es el ápice de un proceso, es casable por varios motivos determinados por la ley, pero en definitiva todos ellos confluyen a la violación de la ley penal, ya en su procedimiento, ya en lo sustantivo. De ahí que la causal 1ª pueda considerarse como el resumen en que inciden todas las demás causales de casación. 5.—Los jurados aprecian en conciencia, según la ley. No tienen en cuenta el valor de las pruebas en la clasificación legal. Deciden según sus juicios de hombres rectos y buenos ciudadanos. Pero ellos no están en capacidad para apreciar siempre puntos meramente científicos, como el de la integridad psíquica del agente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Manuel Barrera Parra, defensor de Antonio Muñoz Leal, demanda en casación la sentencia del tribunal superior de Bucaramanga, de fecha 11 de agosto de 1936.

Inyunge este fallo 20 años de presidio al reo, como autor del delito de parricidio, cometido en la persona de su esposa, el día 21 de julio de 1935, en el punto de San Diego, del vecindario de Lebrija.

El recurso se basa en las causales 1ª, 2ª, 3ª y 5ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

Las causales invocadas las fundamentó el defensor en el memorial en que interpuso el recurso.

Ya en la Corte el reo nombró apoderado especial para el recurso, quien se limitó a significar su solidaridad con las razones alegadas por el defensor de instancia cuando interpuso la casación.

El señor procurador delegado en lo penal en su vista no considera viables ni la causal 3ª, ni la 2ª, ni la 1ª. Y en cuanto a la 5ª advierte la posibilidad de pedir a la Corte infirme la sentencia recurrida y dicte un auto

para mejor proveer en el sentido de ordenar el examen médico legal del acusado.

Pero luégo desecha esta posibilidad fundándose en que una última doctrina sentada por la Corte "hace inútil toda petición al respecto."

La conclusión de la vista del procurador delegado, no obstante la observación de la posibilidad insniuada, es adversa a la casación de la sentencia recurrida. Pide en definitiva la no infirmación del fallo del tribunal de Bucaramanga.

Para resolver, la Corte considera:

Se impone en orden lógico el examen de las causales, así:

Tercera causal. Error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

La síntesis de este cargo contra la sentencia es la siguiente:

Antonio Muñoz L. fue condenado como autor del delito de parricidio. -Hízosele responsable de haber dado muerte violenta a su mujer legítima Inocencia Carreño. No se ha acreditado sin embargo, con la prueba perfecta, del estado civil, el hecho del vínculo, pues la partida expedida en copia por el párroco de Lebrija muestra que Antonio Hernández, bautizado en Rionegro hace 22 años e hijo de Eduardo Hernández y Jacoba Muñoz, contrajo matrimonio con Inocencia Carreño.

Y sobre este hecho, es decir, el matrimonio de Antonio Hernández con Inocencia Carreño, se contruye el cargo de uxoricidio, rezando como reza la prueba del estado civil que es distinto Antonio Hernández de Antonio Hernández Muñoz Leal. Concluye de allí el recurrente: "Ante el rigor de los principios de la prueba civil, no puede decirse que esté válidamente demostrado el matrimonio de Antonio Muñoz con Inocencia Carreño..."

"Ha habido, pues, un error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito. Se condenó a Antonio Muñoz L. sin hallarse demostrado suficientemente que Inocencia Carreño era su legítima esposa."

En concepto del procurador, la tacha a la sentencia no demuestra la causal 3ª, desde luego que la deficiencia en la prueba de la partida de origen eclesiástico que atestigua el matrimonio proviene de un simple error en el nombre, pero no en la persona, ya que en el proceso aparece que el Antonio Hernández que figura en la partida eclesiástica es el mismo Antonio Muñoz que responde del homicidio.

Al efecto, destaca estos hechos incontrovertibles:

1º **La confesión del sindicado.** En ella explica el por qué de la confusión, así:

"Preguntado: '¿Usted se ha conocido alguna vez con el nombre de Antonio Hernández?' Contestó: 'Sí, señor, era que me decían así porque creían que yo era hijo de Eduardo Hernández; pero el que es hijo de Eduardo Hernández y de mi mamá es mi hermano Gilberto Hernández."

2º **La declaración de la madre.** Esclarece ese testimonio la equivoccaión. Dice:

"Creo que la causa para figurar mi dicho hijo Antonio con el apellido de Hernández y como hijo de Eduardo Hernández, en la partida de que acabo de ser impuesta, fuera algún error y por consiguiente mala información al señor cura que la asentó, tal vez por la circunstancia de haber vivido yo por bastante tiempo con Eduardo Hernández," etc. (Fs. 26), y

3º **El testimonio de los padrinos.** Los señores Luis Orejarena y Catalina Gómez (fs. 17 vta.), testifican que el Antonio Hernández que aprece en la partida, es el mismo acusado Antonio Muñoz.

De la existencia de los elementos probatorios analizados y de la naturaleza criminal del asunto, es lógica la deducción de la procuraduría sintetizada así:

"Además, tratándose de una investigación criminal, donde se debaten intereses de carácter general y social, son pruebas suficientes para establecer el estado civil de las personas, las enumeradas por el artículo 1659 del Código Judicial. De ahí que haya dicho la Corte:

'El estado civil es la calidad que habilita al individuo para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles, y esa calidad debe demostrarse de acuerdo con el procedimiento común en los juicios en que se ventilan intereses. Pero cuando la cuestión se refiere a puntos de orden público, en que una de las partes es la sociedad y la otra el individuo que ha violado la ley penal que garantiza la estabilidad y la seguridad de esa misma sociedad, entonces la prueba de la relación jurídica que existe entre el responsable del delito y la víctima de éste, debe establecerse de acuerdo con las reglas del procedimiento criminal, que son especiales y de más sencilla apreciación, tendientes a evitar la impunidad." (Sentencia de 31 de julio de 1928).

"Por tanto, no resulta demostrada esta acusación contra la sentencia."

Comparte la Sala las razones del procurador delegado.

A estas razones agrégase la que surge de

lo preceptuado por los artículos 1667 y 1668 del Código Judicial.

Es evidente que en tratándose de matrimonio celebrado conforme al rito católico, el artículo 22 de la ley 57 de 1887 determina que es prueba principal de ese estado civil la certificación que expida con las formalidades legales el párroco, insertando las partidas existentes en los libros.

Da pues este artículo a tales partidas el carácter de documento auténtico.

Pero en el presente caso ese documento no es por sí mismo la prueba del delito de homicidio, ni se discute su autenticidad. Es tan sólo un medio de probar relaciones: las dependientes del vínculo entre dos personas: víctima y victimario.

El error en cuanto al nombre no perjudica lo esencial que es, la identidad de la persona que se casó con Inocencia Carreño. Esa identidad está demostrada, como ya se vio, por otras pruebas plenas, y con ella aparece de manifiesto la existencia del vínculo matrimonial con la persona con quien realmente se contrajo. Todo lo cual significa que el matrimonio se fectuó entre la occisa y la persona de Antonio Muñoz L., que es precisamente quien aparece como victimario.

Cuerpo de delito es un hecho criminoso y punible según las leyes. Este precepto, contenido en el artículo 1512 del Código Judicial, se halla modificado por el artículo 24 de la ley 104 de 1922, según el cual "los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito."

Las respectivas disposiciones penales son: el artículo 583 y el 593.

Los citados artículos se refieren al homicidio, que toma la denominación de parricidio por razón del vínculo de agnación o de cognación. Y como está acreditado que el victimario era el esposo de la víctima y que el delito fue un homicídio, las notas características de la respectiva disposición penal surgen del hecho y de las relaciones de parentesco civil y con ello se encuentra en autos la base del cuerpo del delito. De consiguiente, no hubo error en la apreciación de éste, y por ello la causal 3ª invocada no prospera:

Causal 2ª Nulidad sustancial en el procedimiento.

No es pertinente esta causal.

La funda el recurrente alegando la degeneración mental de Antonio Muñoz L.

Siendo un anormal —dice— no es sujeto de imputabilidad penal.

Las nulidades alegables están determinadas en los artículos 264 y 265 de la ley 57 de 1887 que las consignan taxativamente. El procurador cree por esto que la causal es desacertada y conceptúa, como se verá más adelante, que el hecho de la anormalidad puede relacionarse con otra causal. No con la segunda.

No incide, en concepto de la Sala, el motivo básico de esta causal sobre la sentencia. Las nulidades se refieren todas al procedimiento como garantía del derecho de defensa; la sentencia se dicta previo los trámites, por manera que es sobre el cumplímiento de los trámites seguidos de la resolución del jurado, cuando se produce la sentencia. Cualquier crítica que se haga sobre imputabilidad y por lo mismo sobre responsabilidad, cabrá sobre esa situación, pero no sobre las deficiencias en el procedimiento.

Lo dicho indica que esta causal tampoco puede prosperar.

Causal 5ª Sentencia violatoria de la ley por razón de injusticia notoria del veredicto.

La apertura del debate sobre esta causal ha menester que la injusticia haya sido previamente debatida en las instancias. No llenado este requisito, la causal no es susceptible de un estudio a fondo.

En el asunto que se estudia, esta cuestión preliminar no existe. No se debatió en las instancias la injusticia notoria. No puede por lo tanto la Corte pronunciarse sobre esta causal, que en estas cnodiciones equivale a no haber sido alegada conforme a derecho. La conclusión, para la Sala, es la imposibilidad de casar la sentencia por el motivo que se analiza.

Causal 1ª El texto legal que consagra esta causal, dice:

"1ª Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta, o por indebida aplicación de la misma".

Lo esencial de la argumentación del recurrente se endereza a demostrar que la condena de Antonio Muñoz L. consideró el caso en estudio como uno de los más graves señalados en el artículo 615 del Código Penal.

Al efecto argumenta así:

"La ley dice que el parricidio voluntario equivale a parricidio de los más graves, para los efectos de la penalidad. Pero no puede decirse que todo parricidio voluntario lleve necesariamente a esa condición. En la escala de la voluntariedad existe una gradación que desciende desde la penalidad más severa hasta los casos que casi se justifican. Así, por ejemplo, el parricidio cometido en el acto de recibir ofensas graves, o en

el acto de recibir golpes o heridas, es parricidio voluntario, pero no es de los más graves. El único caso en que es permitido considerar parricidio voluntario de los más graves es aquel en que se comete con un grado máximo de voluntareidad, o sea, sin motivos graves inmediatos que den al delito una explicación racional".

Rebate el procurador lo anterior en estos apartes de su vista:

"Es cierto, como lo observa el señor defensor, que pueden existir casos especiales de parricidio atenuado, dadas las circunstancias excepcionales en que obre el agente. Por ejemplo, en una riña provocada por la víctima, o en el acto de recibir ofensas o agresiones de hecho de parte del que murió. En tales casos la pena tiene que variar y no sería otra que la señalada por el artículo 618 del Códiog Penal.

"Pero como en el presente negocio, tanto en el auto de proceder como en el veredicto del jurado se le imputó a Antonio Muñoz un parricidio simplemente voluntario, esto es, sin atenuación especial, tal parricidio debe considerarse como de los más graves, al tenor del artículo 615, **ibídem.**

"Ya en otros casos ha dicho la procuraduría que es aberrante y anticientífico equiparar el parricidio simplemente voluntario al premeditado y al asesinato. Pero como se trata de calificar el hecho a través de la legislación penal colombiana, que establece esa paridad desconcertante, al juez no le queda otro camino que aplicar la ley, por dura que ella sea.

"En tal virtud, la penalidad fue bien aplicada, y la causal primera no puede prosperar".

Analizado el caso por ambos aspectos, —el del decurrente y el del procurador—, la Sala observa:

a) **La cuestión de la penalidad.**

La sentencia puede ser violatoria de la ley penal: o por una mala interpretación del artículo del código, o por un error proveniente de la aplicación de una disposición cuando la pertinente es otra.

En el prmier caso, genéricamnte considerado, el artículo responde a la sanción; pero específicamente el artículo está sujeto a una confrontación con las varias circunstancias previstas en él. La resultante para el juzgador es la determinación de cuáles, de esas circunstancias, la esencial para encuadrar el caso entre los varios contemplados por el artículo. Ahí cabe entonces el error en la interpretación de la ley. El artículo 600 del Código Penal, en su primera parte, y en relación con el 587 del mismo, es una muestra entre otras, de disposiciones legales susceptibles de interpretaciones erróneas que pueden dar lugar a impugnación de la sentenca por violación de la ley penal.

Pero como ya se dijo, extractando de la causal primera su otro aspecto, el error puede provenir, en la sentencia, de la indebida aplicación de la ley penal. Ocurre ésta cuando se aplica una disposición y la pertinente es otra.

En tratándose del homicidio inculpable puede acontecer que el aplicable sea el artículo 591 cuando la sentencia aplicó, por ejemplo, el 602, o cuando aplicó el 600, y del análisis del proceso, cuyo remate es la sentencia, considerada vulnerable por la causal 1ª, la disposición aplicable era la del artículo 29 del Código Penal.

La jurisprudencia en tratándose de casación se encamina a la vitalidad de los textos escritos, a la defensa de la ley penal en su integridad, mas no en la expresión literal del texto escrito sino en su proyección a cada caso singularizado, con el objeto de que la disposición penal se aplique dentro del espíritu de la misma ley que es "mandar, prohibir, permitir o castigar" (artículo 4º, Código Civil) y dentro del castigo que es la esfera del Código Penal, aplicarlo al delito, acto humano que para ser punible requiere voluntad y malicia en su ejecución.

Una sentencia penal, que es el ápice de un proceso, es casable por varios motivos determinados por la ley, pero en definitiva todos ellos confluyen a la violación de la ley penal, ya en su procedimiento, ya en lo sustantivo. De ahí que la causal 1ª pueda considerarse como el resumen en que inciden todas las demás causales de casación. Son varios sus aspectos, pero la causal 1ª sintetiza los motivos de casación, pues las otras son modalidades de la violación de la ley penal, cuya resolución favorable tiende a la aplicación de la ley penal sustantiva mediante enmiendas en el procedimiento que retrotrae el estado de los procesos para obtener un nuevo fallo que aplique la ley en justicia.

En el caso que se estudia, la causal 1ª alegada la enfoca el recurrente a la menor voluntariedad del hecho imputado. De ahí concluye que la disposición aplicable es la del artículo 118 del Código Penal y no el 615.

Al hablar de la escala de la voluntariedad, el recurrente asienta que existe una "gradación que desciende de la penalidad más severa hasta los casos que casi se justifican".

Es verdad que el veredicto en esta causa

fue afirmativo, que resolvió así una cuestión de voluntariedad en el hecho de la muerte que Antonio Muñoz Leal dio a su esposa Inocencia Carreño; y que la sentencia se construyó sobre este veredicto simplemente afirmativo.

Aprecia sin embargo la Corte que esta cuestión de la voluntariedad, o sea, de la responsabilidad, lleva envuelta también la de la imputalibidad, y que eixste en el proceso un elemento de confusión que es preciso aclarar, ya que se ha alegado el hecho de la anormalidad del delincuente, proveniente de su estado físico.

El hecho aludido consiste en una mixedema en evolución que determinó un acceso de locura moral, durante el cual dio muerte a su esposa.

No obsta para la Sala el que los conceptos médico-legales hubiesen sido debatidos en las audiencias y puestos por consiguiente a la disección de los jurados como elementos que debían apreciar para dar su veredicto. Y que éste fuese afirmativo.

Los jurados aprecian en conciencia, según la ley. No tienen en cuenta el valor de las pruebas en la clasificación legal. Deciden según sus juicios de hombres rectos y buenos ciudadanos.

Pero en tratándose de un aspecto científico atañedero, no al acto mismo sino a la integridad psíquica del agente, a la perturbación de la voluntariedad por efecto de una endemia y de una reacción glandalur, los conceptos médicos, no del todo concluyentes, y diciendo el del médico-legista de Bucaramanga doctor Salvador Pérez lo siguiente: "Dado que los síntomas observados en Muñoz tengan fundamento, se llega a la conclusión de que un individuo afectado de un estado anémico avanzado y de una mixedema en evolución, acribillado por los celos tuvo un acceso de **locura moral**, durante el cual dio muerte a la esposa", surge un punto esencial sobre la responsabilidad del sindicado que está fuera del alcance del juicio de un jurado, por ser ese punto científico.

Y no se diga que existen los conceptos de los médicos o reconocedores y que sobre ellos apreció el jurado el caso de la responsabilidad, porque el último concepto citado abre una duda de apreciación enteramente profesional que no puede ser resuelta sino por profesionales. La resolución de esa cuestión encamina el caso a la mala aplicación de la ley, ya que la ausencia actual, afirmativa o negativa de la cuestión no permite apreciar si el artículo 615 es el aplicable, o el 29 del Código Penal.

Un auto para mejor proveer es el camino indicado para soltar la dificultad anotada, que refluye directamente sobre la apreciación de la sentencia desde el punto de vista de la causal 1ª.

En efecto, la mala aplicación de la ley arranca en el caso que se estudia de la imposibilidad del jurado para apreciar la voluntariedad del hecho imputado desde un punto netamente científico, lo que significa juicio incompleto, y por lo mismo sentencia con posible mala aplicación de la ley penal.

La casación por la causal 1ª, para allegar ese elemento de crítica que traerá el auto para mejor proveer y por el cual se analice científicamente el concepto médico-legal con observación del paciente, pondrá en capacidad a la Corte para dictar el fallo atinente al caso.

El señor procurador, cuando replicó los fundamentos de la causal 5ª, entrevistó esta posible solución, no viable sobre la causal 5ª, puesto que ella no podía considerarla la Corte porque la condición previa para que prospere la casación por esa causal no estaba cumplida. Ya se anotó que no había habido debate previo en las instancias sobre la injusticia notoria del veredicto.

El señor procurador, aludiendo a la locura moral del sindicado, y al concepto médico-legista del doctor Salvador Pérez, dice:

"Claramente se advierte que, dada la forma hipotética en que está concebido ese concepto y el hecho de ser rendido por un solo perito, lo hacen inhábil para establecer una certidumbre plena e inconcusa acerca de la anormalidad psíquica del delincuente en los momentos del suceso. Por lo cual no puede aceptarse que el veredicto peque contra la evidencia de los hechos, ni que el elemento formal del curpo del delito falte en este proceso.

"Empero ese dictamen, unido a la forma desconcertante como se consumó el homicidio, sí es suficiente para abrir una duda acerca de la responsabilidad normal del acusado y de su imputabilidad moral. Y sería entonces el caso de pedirle a la H. Corte que infirmara la sentencia y dictara un auto para mejor proveer, en el sentido de ordenar el examen médico legal del acusado en esta ciudad, si la procuraduría no estuviese enterada de la última doctrina sentada al respecto por aquella autoridad, que hace inútil toda petición al respecto.

"Efectivamente, en la causa por envenenamiento contra Sibel Murillo, la Corte resolvió infirmar la sentencia del tribunal de Santa Rosa de Viterbo para el solo efecto

de recoger el concepto científico de los médicos-legistas de Bogotá, a fin de esclarecer mejor la prueba del cuerpo del delito.

"Obtenido el dictamen y cuando era de esperarse el fallo que debiera decidir el recurso, bien negando la casación (lo que es un fallo), bien invalidando la sentencia del tribunal para absolver al acusado (fallo de absolución), o bien devolviendo el expediente a la autoridad competente para el conocimiento del nuevo delito (lo que también es un fallo), de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 4º de la ley 118 de 1931, optó la H. Corte por devolver el expediente al tribunal para que él profiriera nueva sentencia.

"Si la procuraduría no está en un eror y ha asimilado bien la doctrina de la H. Corte, lo resuelto por ella en la casación de Sibel Murillo consuma estos dos hechos graves e inaceptables:

"a) Que la Corte dejó sin resolver la casación, no obstante que dictó un auto para mejor proveer, y por lo mismo era de esperarse que perseguía con ello un completo esclarecimiento del caso para proferir su fallo definitivo. El auto para mejor proveer debe utilizarlo, como es obvio, quien lo profirió; y

"b) Que, al ordenarle al tribunal de instancia que pronuncie otra sentencia, lo coloca en una situación excepcional, **sui géneris**, como es la de obligarlo a revocar, reformar o reproducir su primitiva sentencia, lo cual va contra la letra y el espíritu del artículo 482 del Código Judicial, que dice:

'La sentencia no es revocable ni reformable por el mismo juez o tribunal que la ha pronunciado.'

"En tales circunstancias, puede decirse que la causa por envenenamiento contra Sibel Murillo quedó sin sentencia y que el recurso de casación que se interpuso en ella, fue inútil y hasta perjudicial para el acusado, salvo el caso de que el juzgador de segunda y última instancia, se revoque a sí mismo.

"De ahí, pues, que la procuraduría no se atreva en el presente caso a solictar el auto para mejor proveer, pero sí deja a la consideración de la H. Corte este reparo contra la sentencia por el aspecto de la causal tercera, y le pide atentamente tenga en cuenta las observaciones anteriores que formula con el debido respeto.",

En lo tocante al caso de la conveniencia de dictar un auto para mejor proveer, la Sala está de acuerdo con el señor procurador delegado en lo penal. Empero, le rectifica su concepto no captado en su integridad en la sentencia de casación de Sibel Murillo.

La jurisprudencia de ese fallo establece es que el auto para mejor proveer sólo es pertinente en los casos en que infirmado un fallo se dicta por la misma Corte la sentencia que viene a reemplazarlo.

Dentro de ese concepto la decisión de la Corte contempló una situación que resumió así:

"Y puesto que la sentencia del tribunal de Santa Rosa fue infirmada por la causal 3ª, no le toca hoy a la Corte, de acuerdo con el inciso 3º del artículo 4º, ley 118 de 1931, dictar la que ha de reemplazarla, porque esto sólo sería pertinente si la casación se hubiese verificado en virtud de alguna de las causales 1ª, 4ª o 6ª, o sea en los casos en que la Corte, al casar un fallo, emite su pronunciamiento en reemplazo de la decisión de instancia. El citado artículo de la ley de 1931 ordena que el casarse una sentencia por la causal 3ª la Corte absuelva al procesado, o devuelva el expediente a la autoridad competente para que ésta conozca si a juicio de la Corte es otro el delito cometido, pero en aquella disposición no se ordena que la Corte dicte el fallo que debe reemplazar al infirmado.

"Ahora bien: El procesado no fue absuelto en el fallo de casación dictado por la Corte; y como de las pruebas ordenadas en el auto para mejor proveer no resulta que se hubiera cometido otro delito, la Sala se encuentra ante una situación creada por aquel fallo de la Corte, cuya única solución es la de determinar en el sentido de que el tribunal de instancia dicte nuevamente sentencia, ya que en la actualidad el proceso carece de ella, infirmada como se halla la anterior.

"Tal solución no sólo es impuesta por la lógica, sino que resulta acorde con las normas legales que regulan el procedimiento en materia de casación. En efecto: el artículo 9º de la ley 78 de 1923 prescribe que se apliquen en materia criminal las disposiciones de la casación civil vigentes entonces; y tanto por esta razón como porque en caso de vacío en el procedimiento penal se observan los preceptos análogos del procedimiento civil (artículo 2021 del Código Judicial), resulta indicado en este negocio la aplicación de los artículos 539 y 540 de la ley 105 de 1931, el segundo de los cuales estatuye que en situaciones similares de la casación civil, "la Corte declara en qué estado queda el juicio y dispone que se envíen los autos al tribunal de su origen, o a otro que esté próxi-

mo a éste, para que dicte nuevo fallo, o determine lo procedente con arreglo a derecho."

Por la causal 1ª, analizada por el aspecto que requiere un auto para mejor proveer, para dictar el fallo procedente a la resulta de ese mismo auto para mejor proveer, es casable la sentencia recurrida.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor procurador delegado en lo penal, y administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, **resuelve: cásese** la sentencia recurrida por virtul de la causal 1ª propresta, y en su lugar **dispone:**

Para mejor proveer, decrétase la prueba pericial consistente:

1º En el reconocimiento y observación, en esta ciudad, del reo Antonio Muñoz Leal, por los señores médicos-legistas de la oficina central;

2º Verificada esa observación y reconocimiento, y con apreciación de los conceptos médicos que existen en el proceso y de las declaraciones sobre las circunstancias en que se cometió el hecho, los médicos-legistas de la oficina central de esta ciudad dictaminarán concretamente sobre los siguientes puntos:

a) En el momento en que Antonio Muñoz Leal mató a su mujer legítima Inocencia Carreño sufría una perturbación psíquica, inhibitoria de las facultades mentales o volitivas?; y

b) De qué causa, si existió, dependía esa perturbación, científicamente explicada como antecedente del hecho imputado?

Ofíciese al tribunal superior de Bucaramanga para el cumplimiento de esta providencia. Evacuada que sea la diligencia, vuelvan los autos al despacho para dictar el fallo definitivo.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la **Gaceta Judicial.**

Salvador Iglesias—José Antonio Montalvo—Pedro Alejo Rodríguez — Alberto Malo B., Srio. en pdad.

RECURSO DE REVISION

El recurso de revisión sólo es procedente tratándose de fallos judiciales. Un fallo de policía, como son los proferidos en virtud de la ley 48 de 1936, no es susceptible de este recurso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintinueve de julio de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Esta Sala de la Corte ha sentado la jurisprudencia de que "la ley 48 de 1936 sobre vagos, maleantes y rateros, es un estatuto de carácter policivo, expedido por vía de prevención y no de castigo propiamente; y aun cuando la ley 33 de 1909 no diga en forma expresa que las sentencias o condenaciones susceptibles del recurso de revisión son las proferidas por el órgano judicial, es necesario entenderlo así, dada la organización constitucional y legal que tiene la Corte Suprema."

En el sentido expuesto se pronunció este despacho, dentro de la revisión que instauró Angel M. Cano, en asunto igual al que se refiere el recurrente Vicente Infantino en las presentes diligencias.

Uno de los considerandos del prenombrado fallo, que lleva fecha diez y ocho de noviembre de mil novecientos treinta y siete, es el siguiente:

"Ante una demanda de revisión procedente al tenor de esta ley (la 33 de 1909), incumbía al magistrado sustanciador encauzar el trámite respectivo; pero cuando ello haya de resultar innocuo por tratarse de asuntos extraños a dicho recurso (el de revisión), debe la Sala desechar de una vez el

pedimento, a fin de no dar pábulo a la prosecución de actuaciones vanas."

Y como esto es lo que se presenta en estas diligencias formuladas por el referido Vicente Infantino, éstas deben ser clausuradas en la misma forma en que lo fueron las aludidas de Angel M. Cano.

Es verdad que ya se inició en este negocio una actuación, y que se abrió a prueba el recurso de revisión, y que por lo tanto se están surtiendo los efectos de esa providencia. Pero no es menos cierto que esas actuaciones carecen de valor ya que se cumplen para un objeto que es impropio: el de una revisión de fallo de policía.

La decisión final habrá de ser negativa, porque la revisión sólo cabe en fallos judiciales. No la tienen fallos o sentencias de otra índole.

Improcedente es entonces la actuación anterior, sin valor y nula.

Y de ahí que sea esta la ocasión de cortarla, decisión que debió de tomarse desde que se introdujo el recurso, pero que también es pertinente ahora.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, se inhibe de conocer en la aludida demanda de Vicente Infantino, declarando previamente sin valor ni efecto los autos que en este asunto se dictaron por el señor magistrado sustanciador con fechas diez y nueve y veinticinco de abril del corriente año (folios 15 y 15 vuelto de este expediente); y ordena que, ejecutoriado este auto, se le devuelva al interesado la documentación que presentó para la iniciación de este asunto.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Salvador Iglesias—José Antonio Montalvo—Pedro Alejo Rodríguez — Alberto Malo B., Srio. en pdad.

HOMICIDIO.—VEREDICTO EVIDENTEMENTE CONTRADICTORIO

1.—En la misma legítima defensa existe desde luego responsabilidad del hecho, pero esa responsabilidad se torna en el ejercicio de un derecho y en él puede haber exceso en la defensa, que es punible, o simplemente una apreciación subjetiva pero no real del caso. 2.—Constituye veredicto evidentemente contradictorio aquel en que su primera parte acepta la responsabilidad del acusado como autor de un homicidio voluntario, y en la segunda lo declara irresponsable de ese mismo homicidio, puesto que le da una justificación legal a su acto. Que es lo ocurrido con el veredicto de autos. 3.—El veredicto hallado evidentemente contradictorio, puede, en ocasiones, haber creado una situación en que sea procedente que la Corte misma reemplace el fallo invalidado por el suyo propio, sustitivo de la sentencia casada, o que en otras lo contradictorio indique como necesario y justo que esa contradicción se resuelva o aclare por un nuevo jurado, que es quien conforme a las prescripciones de la ley, está en capacidad de discriminar circunstancias que al traducirse en un veredicto, mal concretadas o mal apreciadas, le hacen en lo literal o en su alcance, contradictorio o al menos ambiguo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, once de julio de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Otilio Roldán fue condenado por el tribunal superior de Medellín a la pena principal de seis años de presidio.

Tal pena se le aplicó como responsable de homicidio cometido en la persona de Luis o Luis María Cañas.

La sanción es la contemplada en el artículo 600 del Código Penal, en relación con el numeral 2º del artículo 587.

Para ello el tribunal estimó las circunstancias indicativas de la apreciación del jurado, consignadas en el veredicto.

La sentencia del tribunal de Medellín, confirmó la de primera instancia el 25 de septiembre de 1936.

El recurso fue interpuesto por el defensor del procesado, señor Pedro Claver Gómez, y le fue concedido.

El señor procurador delegado, refiriéndose al fundamento del recurso, se expresa así:

"El defensor del condenado; en tiempo oportuno, interpuso recurso de casación, alegando como fundamento dos causales: la de ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma; y la de estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado.

"El escrito del señor defensor no reúne las condiciones de una demanda de casación y los razonamientos allí expuestos se refieren indistintamente a las dos causales invocadas. Por otra parte, al solicitar que sea casada la sentencia no manifiesta en qué sentido debe serlo.

"Para proceder con orden, la procuraduría comenzará por estudiar la causal cuarta del artículo 3º de la Ley 118 de 1931".

Y há razón el señor procurador delegado al conceptuar que el alegato del señor defensor no reúne las condiciones de una demanda de casación, como se deja transcrito. En la instancia los hechos son la base para buscar la aplicación de la ley penal, ya que tratándose de juicio por jurado o de fallo del Juez de Derecho, esclarecido el caso, la sanción es una resultante de los hechos que concretan la responsabilidad.

Analizadas por el señor procurador delegado las causales 4ª y 1ª, que son las invocadas, halla que la sentencia no es vulnerable por ellas. Las desecha como base de casación.

En cambio, ejercitando la atribución contenida en el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, invoca la causal 6ª. Sin este fundamento, en el caso presente, el recurso interpuesto habría de decidirse negativamente.

Incumbe a la Corte analizar ahora los fundamentos presentados en su alegato de instancia por el defensor del procesado, para luégo considerar el motivo real presentado a la consideración de la Corte por el señor procurador delegado.

Causal 4ª "No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado".

A los jueces de hecho se sometieron tres cuestionarios, porque tres fueron las personas llamadas a responder criminalmente en concurso recíproco de la muerte violenta de Luis M. Cañas, de acuerdo con el auto de proceder.

Esas personas fueron Otilio, Angel y Antonio Roldán.

Los veredictos fueron absolutorios respecto de Angel y Antonio Roldán.

Con relación a Otilio Roldán, la respuesta fue afirmativa.

El cuestionario fue el siguiente, formulado en los mismos términos para cada uno de los procesados:

"El acusado Otilio Roldán es responsable de haber herido, voluntariamente, en concurso recíproco con Angel y Antonio Roldán y con armas cortante y contundente (machete o peinilla) y de fuego (revólver y escopeta), a Luis o Luis M. Cañas, a consecuencia de lo cual murió éste inmediatamente después, hechos que tuvieron su cumplimiento en el paraje "Guanteros" del corregimiento de Guadalupe, jurisdicción del municipio de Carolina, a eso de las dos de la tarde del treinta (30) de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro (1934)?"

La respuesta afirmativa dice textualmente:

"Sí, creyéndose gravemente amenazado en el momento mismo del hecho y sin concurso".

El apoderado del acusado hace consistir la contradicción, destacando la afirmación de la muerte de Luis M. Cañas por los hechos materiales que ejecutó Otilio Roldán, al propio tiempo que la parte explicativa del veredicto niega, en su concepto, la responsabilidad, ya que Otilio Roldán obró creyéndose gravemente amenazado en el momento mismo.

La Sala considera que la causal 4ª no está justificada.

La contradicción que se anota por el defensor del reo, después de llegar hasta considerar que el jurado miró el caso como de legítima defensa, y al propio tiempo imputó responsabilidad, no daña a la sentencia, no la afecta por este aspecto, pues en la misma legítima defensa existe desde luego responsabilidad del hecho, pero esa responsabilidad se torna en el ejercicio de un derecho y en él puede haber exceso en la defensa, que es punible, o simplemente una apreciación subjetiva pero no real del caso.

Causal primera. Con relación a la causal 1ª invocada, la Corte comparte la tesis del señor procurador delegado de que tampoco prospera, que no es atacable la sentencia por este aspecto, porque analizado el veredicto se presta, como ya se vio, a una apreciación que puede incidir lo mismo en la legítima defensa en las gradaciones de ella, o

en la responsabilidad inherente al homicidio simplemente voluntario.

Queda la causal 6ª que invoca el señor procurador delegado, haciendo uso de la atribución que le confiere el artículo 6º de la ley 118 de 1931.

Sustenta el procurador su tesis así:

"**Causal sexta.** Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

"Estima este despacho que no existe inconveniente de orden legal que le impida manifestar la sorpresa que le causa la forma injusta y censurable con que se quiso terminar este proceso.

"Para cualquier juez de derecho, como para cualquier fallador de derecho, hay en el expediente probanzas superabundantes de que Luis Cañas fue muerto violentamente por los hermanos Roldán, quienes ejecutaron el crimen en concurso recíproco actual y en circunstancias de excepcional gravedad, como la sevicia, la crueldad y las condiciones de inferioridad de la víctima.

"Los tres hermanos Roldán fueron llamados a responder en juicio por ese delito y el auto de proceder ni siquiera fue reclamado por los interesados. Durante la causa no se produjo ninguna prueba que sirviera para eliminar o desvanecer el pliego de cargos formulado en aquella providencia. Y a pesar de esto, de modo inesperado, los jueces de hecho declararon la irresponsabilidad de Antonio y de Angel Roldán y consignaron en relación a Otilio Roldán, una respuesta no sólo contradictoria, sino de una benignidad verdaderamente escandalosa.

"La procuraduría ruega encarecidamente a la H. Corte se digne estudiar con toda atención este expediente, que es irritante y arbitrario en la decisión del jurado, y antijurídico y censurable en la resolución del juzgado y del tribunal.

"Ante esta situación de esplendente claridad, no es posible cerrar los ojos y atarse con inerme complacencia a las palabras de los códigos para permitir con esa actitud que la injusticia sea completa y la impunidad absoluta.

"Si el proceso diera pie, aunque fuera leve, para aceptar la irresponsabilidad de Otilio Roldán, el veredicto de los jurados podría encajarse en los casos de justificación del homicidio. Pero tanto el juez de primera instancia, como el fallador de segundo grado, tuvieron la certeza moral y el fundamento legal suficiente para considerar que el recurrente fue responsable de un homicidio perpetrado en condiciones de indiscutible crueldad.

"Y no obstante esa certeza de los falladores se dejó pasar la iniquidad y se llegó hasta verificar una acrobacia intelectual para la aplicación de la pena, cuando hubiera sido tan sencillo, y tan de acuerdo con nuestras leyes procedimentales, haber rechazado la decisión de los jurados por estar afectada de injusticia notoria y convocar a un nuevo jurado que restableciera el imperio de la verdad y de la justicia.

"Resulta no sólo conveniente sino indispensable trascribir algunos apartes de las sentencias proferidas en este asunto.

"El señor juez superior dice en su fallo de primera instancia:

'La responsabilidad y delincuencia que se estudian no caen bajo la órbita de disposición alguna especial, y es imposible de toda imposibilidad jurídica y legal, considerarlas como de poca gravedad. A proceder en este último sentido obligan, en forma incontrastable y bien precisa, los comentos que al respecto se hicieron en el auto de vocación a juicio y especialmente, la manera inhumana, brutal y despiadada como, al decir juramentado de varios testigos presenciales, Otilio atacaba ferozmente a quien, hallándose caído, indefenso y exánime, solamente podía oponer la pasiva resistencia de una vida agonizante que clamaba por un poco de cristiana misericordia.'

"Por manera que el juez no encontraba disposición penal qué poder aplicar y estaba horrorizado por la gravedad del crimen y desconcertado por la inconsulta respuesta de los jurados, y no dio aplicación a lo ordenado por el artículo 50 de la ley 169 de 1896.

"No debe olvidarse por otra parte, que el funcionario que mostró esta resignación ante lo dicho por el jurado, como si fuera un instrumento inerte de una orden fatal inexorable de los jueces de conciencia, fue el mismo funcionario que en su calidad de agente del ministerio público de este mismo proceso, comenzó su vista fiscal el 4 de diciembre de 1934 con estas palabras: 'Con un salvajismo que arrancaría protestas en el corazón del mismo Continente Negro, los caníbales (que así pueden llamarse) Otilio, Angel y Antonio Roldán, dieron muerte despiadada a Luis Cañas el 30 de septiembre último, en el paraje Guanteros, del municipio de Carolina.'

"Por su parte el H. tribunal no oculta la impresión que le produjo el crimen, pero se

limita a estampar palabras de censura, sin atreverse a tomar alguna medida que correspondiera a la gravedad del crimen y a la necesidad de una sanción adecuada.

"Dice así en la sentencia de segunda instancia:

'Se perfila, por lo narrado, en la ejecución de este homicidio una crueldad y sevicia de naturaleza tal, que no sobran los peores epítetos para condenar tanta ferocidad, reveladora de que quien lo ejecutó estaba dominado por pasiones de índole antisocial de no escasa significación, si para medir su gravedad se orienta el fallador por postulados que tienen como punto de partida las peculiares condiciones morales de la delincuencia y la forma como el delito se consumó. Sin duda alguna aquel brutal episodio del proceso debió tener decisiva influencia en la resolución del tribunal popular, como la debe seguir teniendo ante la Sala para situar la responsabilidad de Otilio en el lugar que justamente le corresponde dentro de la aplicación de las penas.

"Acorde con las constancias sumariales, el señor juez 2º superior llamó a responder en juicio criminal a Antonio, Angel y Otilio Roldán. Al jurado se le propusieron en consecuencia tres cuestiones, relativas a la responsabilidad de cada uno de los enjuiciados. Es que los autos pregonan el concurso recíproco, la inteligencia actual en la ejecución del hecho, con que obraron los procesados: Con todo, el Juri, dentro de la zona amplísima de apreciación que la ley le otorga, no lo creyó así y dentro de este criterio contestó afirmativamente la cuestión que le fue formulada respecto de Otilio, con la agregación ya transcrita negando las restantes relativas a Antonio y Angel Roldán.'

"Luégo brevemente argumenta el tribunal para sacar la conclusión de que la decisión de los jurados no puede reputarse como contraria a la evidencia, argumentación que el mismo tribunal, en parte, se encarga de rebatir.

"Más adelante al buscar el canon penal aplicable al caso de Otilio se expresa en los siguientes términos: 'En el caso de autos, éstos pregonan que el homicidio consumado por Otilio Roldán en la persona de Luis o Luis María Cañas no puede reputarse como de los menos graves entre los simplemente voluntarios. La agrepación puesta por el jurado a la cuestión que le fue sometida sobre la responsabilidad del reo, no alcanza a modificar la gravedad intrínseca que exhibe dicho homicidio. La forma misma como se llevó a cabo, en que fueron tres los comprometidos, si bien la carencia de una prueba idónea impidió que dos de ellos pagaran el rédito que debían a la justicia por el crimen en que aparecían con alguna participación y no por cierto reducida; la ferocidad e inhumanidad exhibida por Otilio cuando descargaba el arma contra su víctima casi exánime y la ultrajaba con palabras de amplia vulgaridad; y por fin, la peligrosidad social de este hombre que mata con tan salvaje zaña y sevicia, insulta a su víctima y lanza amenazas de muerte contra todos los familiares de ésta, a quienes promete destruír porque hasta entonces no estará saciada su venganza; son razones y motivos de no escasa monta y significación que permiten medir la extrema gravedad del homicidio cuestionado.'

"Leyendo estos conceptos del H. tribunal de Medellín viene la idea de que el delito fue horripilante, como en realidad lo fue; de que Otilio no fue el único responsable de ese crimen, pues para cometerlo obró en concurso recíproco con sus hermanos. Ante ese pensamiento que tiene todo el carácter de convicción, por qué el H. Tribunal no declaró esos veredictos notoriamente injustos?

"El jurado, como nadie lo ignora, no está sujeto a una rígida tarifa legal de pruebas. pero eso no significa que pueda en su libre apreciación tomar decisiones que pequen de modo clarísimo contra la verdad del proceso, que ofendan la verosimilitud de los hechos y que sostengan resoluciones a más de injustas contradictorias.

"Las autoridades judiciales no pueden ser instrumentos autómatas de las apreciaciones de los tribunales de conciencia. Y justamente porque no están los señores jueces de derecho obligados a desempeñar tan humilde y pasivo papel, el legislador les confirió la facultad, que envuelve también una obligación, de declarar la injusticia de los veredictos cuando éstos no merecen este nombre porque en vez de decir una verdad sostienen una aseveración contraria a la evidencia.

"No es un sentimiento de indignación ni un brote infundado de censura lo que impulsa a este despacho a formular estas apreciaciones; pero dentro de una completa serenidad se permite preguntar a la H. Corte si es aceptable que los funcionarios judiciales que intervinieron en este proceso hubieran mirado de modo impasible la flagrante injusticia que implicaba la respuesta de los jurados y si es posible admitir que esos mismos funcionarios dieran por verdadera la patraña de muy dudosa posibilidad —pudie-

ra decirse que hasta inverosímil— de que Otilio se sirviera para atacar a Cañas de tres armas distintas: revólver, escopeta y machete?

"El señor fiscal del juzgado 2º superior pidió a los jurados que contestaran afirmativamente los cuestionarios y agregó: 'Si soy desatendido, considero que se ha inferido una afrenta a la justicia.'

"Pues bien: se infirió esa afrenta a la justicia y el señor agente del ministerio púplico no reclamó contra ella, no pidió que el veredicto fuera declarado notoriamente injusto.

"Para los enemigos de la institución del jurado, el caso de este proceso sería uno de sus más bellos y convincentes argumentos, porque no sólo los señores jueces de hecho pecaron contra la evidencia y dieron una respuesta contradictoria, sino que decidieron en favor de los reos en una forma que ni el mismo defensor de éstos se había atrevido a pedir, como puede constatarse leyendo las actas de las audiencias públicas.

"La procuraduría no puede prohijar la tesis de que el artículo 600 del Código Penal es el aplicable al caso de autos porque el cuestionario referente a Otilio Roldán no fue contestado lisa y llanamente en forma afirmativa, lo que quiere decir que alguna significación deben tener las palabras agregadas al sí con que respondieron los jueces de hecho.

"Tampoco es aceptable la afirmación de que esa frase aditiva implique el reconocimiento de una legítima defensa, pues esto sería tanto como sostener que un homicidio de tan crueles y tan escandalosas proporciones deba quedar impune.

"Como la respuesta de los señores del jurado acepta en su primera parte la responsabilidad de Otilio como autor de un homicidio voluntario; y en la segunda parte lo declara irresponsable de ese mismo homicidio, puesto que le da una justificación legal a su acto, es preciso estimar tal veredicto como evidentemente contradictorio, puesto que no se puede ser al mismo tiempo responsable, en el sentido legal, de la muerte de otro hombre, y al mismo tiempo irresponsable, en sentido jurídico, de ese hecho.

"Si en el ánimo de los jurados estaba la certeza moral de que Otliio había procedido en uso de legítima defensa, han debido decirlo así claramente y sin reticencias y entonces su respuesta debió ser ésta: 'No es responsable.' Pero, puesto que dijeron que sí era responsable para agregar, con cierta ambigüedad, que era irresponsable, la decisión en el fondo envuelve un aserto contradictorio, es decir, la aceptación de dos conceptos que no pueden coexistir al mismo tiempo.

"Fundado en las consideraciones anteriores, este despacho pide atentamente a la H. Corte case la sentencia que se estudia y ordene, en su lugar, como lo hizo en proceso semejante, la convocatoria de un nuevo jurado por implicar la contradicción de veredicto una notoria injusticia".

El análisis del señor procurador delegado muestra que el veredicto es evidentemente contradictorio.

La Sala comparte es análisis y su conclusión.

Acoge ésta, y consecuencialmente halla probada la causal 6ª, invocada y sustentada por el señor procurador delegado.

Ahora bien: el artículo 4º de la ley 118 de 1931, refiriéndose a los efectos de esta causal, dice:

"Respecto de la causal 6ª, invalidará el fallo y dictará sentencia, según el caso."

Desde luego que casada la sentencia, se invalida.

Debe haber fallo que determine cuál es la aplicación recta, pero este fallo lo dictará la Corte, o lo dictará el tribunal, pues la expresión "según el caso", está preceptuando que el veredicto hallado evidentemente contradictorio, puede, en ocasiones, haber creado una situación en que sea procedente que la Corte misma reemplace el fallo invalidado por el suyo propio, sustitutivo de la sentencia casada, o que en otras lo contradictorio indique como necesario y justo que esa contradicción se resuelva o aclare por un nuevo jurado, que es quien conforme a las prescripciones de la ley, está en capacidad de discriminar circunstancias que al traducirse en un veredicto, mal concretadas o mal apreciadas, le hacen en lo literal o en su alcance, contradictorio o al menos ambiguo.

Sólo la convocatoria y la resolución de un nuevo jurado son el medio de desatar una situación de esta clase.

Ese es el alcance que tiene la expresión "según el caso", en los efectos que a la causal 6ª da la invalidación del fallo y la consecuencia de dictar sentencia sustitutiva de la casada.

La Corte tiene sentada ya esta doctrina. Así lo resolvió en un caso semejante. (**Gaceta Judicial,** números 1901—1902. Casación Aureliano y Alejandro Vega).

A mérito de las consideraciones expues-

tas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor procurador delegado en lo penal, y administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, **invalida** la sentencia del tribunal superior de Medellín de fecha 25 de septiembre de 1936, que impuso a Otilio Roldán la pena principal de seis (6) años de presidio por la muerte violenta dada a Luis o Luis M. Cañas; y en su lugar **dispon** que se convoque un nuevo jurado a cuya consideración se someta el mismo cuestionario que se propuso al jurado reunido ya en esta causa.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y devuélvase.

Salvador Iglesias—José Antonio Montalvo — Pedro Alejo Rodríguez—Alberto Malo B., Srio. en pdad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION DE RESPONSABILIDAD POR PERJUICIOS

1º Cuando por un accidente ferroviario se causa un daño, puede proponerse la acción civil contra la empresa del ferrocarril sin que hayan precedido las acciones administrativas de que trata el artículo 27 de la ley 76 de 1920, pues éstas no limitan ni subordinan las acciones judiciales, ya que no hay disposiciones constitucionales ni legales que así lo estatuyan. 2º El alcance del artículo 351 del C. J. no puede ser sino el de, que la parte obligada a suministrar el papel no será oída mientras no pague en estampillas el doble del papel sellado que ha debido emplearse. Pero este es un mandato que debe cumplir el juez: él no debe oír a la parte; pero si la oye y la sigue oyendo, todas las actuaciones judiciales subsiguientes son válidas. 3º La indemnización a los causahabientes del obrero muerto, impuestas en el inciso d) del artículo 6º de la ley 57 de 1915, consistente en una cantidad igual al jornal de un año, quedó reemplazada por el seguro colectivo que debe efectuar la empresa y que fue instituído por el artículo 1º de la ley 37 de 1921, y reglamentado en el artículo 2º de la misma ley, el cual fue reformado por el artículo 7º de la ley 32 de 1922. 4º Cuando esta ley dispone que la empresa que pague el seguro colectivo queda exenta de pagar el jornal, no ha dispuesto que si ha habido culpa de la empresa en el hecho que causó el daño, el pago del seguro la exonera de pagar la indemnización deducible por esa culpa. Pero si se condena a la indemnización por la culpa, debe deducirse de la cantidad a que se condene lo que se haya pagado por el seguro, pues de otro modo éste vendría a constituír una fuente de enriquecimiento. 5º Hay responsabilidad por hechos que causen daño a un tercero, siempre que exista culpa imputable al agente, cualquiera que sea el grado de ella, pues procede la responsabilidad cuando aparezca que el perjuicio proviene de haberse faltado en lo más mínimo respecto de la precaución. Si el agente alega el hecho fortuito, es necesario que éste sea completamente anormal y extraño a toda previsión. 6º Para el monto de la indemnización, debe considerarse la vida humana como un bien que merece más protección que cualquier otro. En la fijación del monto, el juez está dotado de una relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, pues no es posible aplicar una justicia de exactitud matemática. Para fijarlo deben estimarse no sólo los daños actuales sino también los ciertos y futuros, sin que ello signifique que deben incluírse los meramente eventuales; y debe partirse de la base de que la obligación de reparar es una obligación de hacer. Y como no se trata de obligaciones de alimentar en virtud de vinculaciones consanguíneas, cuando se trata de una indemnización por muerte, debe condenarse a una cantidad fija, porque la vida del muerto, por las especiales condiciones de parentesco, podría ser fuente probable de mayores beneficios patrimoniales legítimos. 7º Cuando el dictamen pericial no reúne los requisitos del artículo 721 del C. J., el juez puede apreciarlo, según su criterio, hasta donde encuentra la fundamentación, o desestimarlo, si no fuere posible otra cosa. Esto ocurrirá especialmente cuando los expertos omitan datos importantes o se basen en algunos no acreditados y que sean supuestos o imaginados por ellos. De modo que si la pericia es uniforme, explicada y debidamente fundamentada, el juez no está autorizado para prescindir de ella arbitrariamente; pero si no reúne esas calidades, debe impartir justicia acomodándose a la verdad de los hechos comprobados.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio diez y siete de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

En este juicio, promovido por Domiciano Quiñones y María Olarte de Quiñones, casados entre sí, mayores de edad y vecinos de Bogotá, contra la Nación, existen los siguientes antecedentes de hechos:

El señor Domiciano Quiñones Olarte, hijo legítimo de los demandantes, maquinista de cuarta clase del Ferrocarril del Norte, en ejercicio de su cargo y por orden del inspector de tráfico conducía el doce de mayo de mil novecientos treinta la locomotora número cuatro de prpiedad de la empresa. Al pasar por un viaducto formado de jaulas, que había sido construído en el sitio llamado "Los Robles", en el kilómetro ciento ochenta y nueve de la prolongación de esa ferrovía, cedieron los soportes del viaducto, a

consecuencia de lo cual la locomotora se volcó y perdió la vida en el accidente aquél, quien era un buen trabajador, cumplidor de sus deberes, de buena conducta, y quien con el fruto de su trabajo ayudaba a subvenir a la vida de sus padres. Ganaba él noventa pesos ($ 90.00) mensuales. (Todo esto aparece legalmente comprobado).

Con tales bases, por medio de apoderado, quien apoyó su acción en los artículos 2341, 2349, 2356 y concordantes del Código Civil, en la Ley 76 de 1920 y en las demás expedidas sobre el particular, los expresados esposos Quiñones-Olarte demandaron a la nación colombiana, para que con citación y audiencai del respectivo agente del ministerio público, en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

Primera. — Que la nación colombiana es responsable, por culpa cometida por agentes suyos, de la muerte del señor Domiciano Quiñones Olarte, hijo legítimo de mis mandantes, muerte trágica acaecida el día doce de mayo de 1930.

Segunda. — Que en virtud de tal responsabilidad, la nación demandada debe pagar a los demandantes la suma de $ 30,000.00, en que se estiman los perjuicios causados por la muerte trágica, o la suma que se fije por peritos.

El señor Fiscal del tribunal, al descorrer el traslado de la demanda, negó el derecho y se opuso a las condenaciones. Respecto de los hechos invocados, manifestó que no le constaban. Terminó proponiendo las siguientes excepciones:

"Pago efectivo. En virtud de estar cubierto el seguro obligatorio en las condiciones establecidas por las leyes que lo reglamentan, habiendo cumplido de acuerdo con esas mismas leyes la empresa con la obligación correspondiente sobre pago del seguro en referencia". (En efecto, consta a fs. 21 y 22 del cuaderno 5º, que se pagó la suma de $ 1,080.00 por el seguro de vida).

"Caso fortuito, puesto que la empresa puso todo el cuidado que fue necesario para prevenir y evitar el accidente".

El tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, quien conoció del asunto, lo decidió así en sentencia de 18 de diciembre de 1937:

"Declárase que la nación colombiana es responsable, por culpa de sus agentes o empleados, de la muerte violenta del señor Domiciano Quiñones Olarte, acaecida el día 12 de mayo de 1930 en el sitio denominado 'Los Robles', kilómetro 189 de la prolongación del Ferrocarril Central del Norte y a consecuencia del siniestro de la máquina número 4, tipo Clark, de propiedad de la nación.

"2º Declárase que la nación colombiana está obligada a pagar a los demandantes señores Domiciano Quiñones y María Olarte de Quiñones los perjuicios que les causó por razón de la muerte de Domiciano Quiñones Olarte.

"Parágrafo. El monto de estos perjuicios se fijará en la forma establecida por el art. 553 del Código Judicial y teniendo como norma lo que un buen hijo suele ordinariamente suministrar a sus padres y, además, tomando en consideración las siguientes circunstancias: de un lado, el promedio de vida que reste a los padres computado desde la fecha del siniestro; la edad de ellos y su estado de salud; las obligaciones y necesidades pecuniarias que tengan; la capacidad para el trabajo que denoten; su posición social y pecuniaria; la clase de oficios a que estén dedicados, etc.; y de otro lado, la edad, estado de salud, rendimientos pecuniarios del hijo cuando ocurrió el fallecimiento; lo que aproximadamente hubiera alcanzado a ganar mensualmente en el tiempo de la vida probable de los padres; la ayuda efectiva que les prestaba; los compromisos y obligaciones reales y probables que tuviera el hijo cuando ocurrió la muerte y los que pudiera adquirir legítima y normalmente antes del tiempo calculado para la muerte de los padres, dada la posición social del hijo y los empleos que desempeñaba o podía desempeñar. El derecho a estas indemnizaciones se cuenta desde la fecha del fallecimiento del señor Domiciano Quiñones Olarte.

"3º Declárase probada parcialmente la excepción perentoria de pago efectivo o cumplimiento en parte de la obligación, y, en consecuencia, de la suma que se fije como monto de la indemnización de ocnformidad con el parágrafo de esta sentencia, debe descontarse la cantidad de un mil ochenta pesos ($ 1,080.00) que ya recibieron los actores de la entidad demandada con ocasión de la muerte de su hijo el señor Domiciano Quiñones Olarte.

"4º Declárase no probadas las restantes excepciones perentorias opuestas a la acción."

De este fallo apelaron ambas patres; y el negocio, por ese motivo, fue recibido en la Corte, donde se tramitó hasta agotar el ritual apropiado, siendo ya la oportunidad de la decisión, a la cual se procede, teniendo en consideración los siguientes apartes:

Competencia del tribunal y de la Corte

El señor fiscal del tribunal sostiene la tesis de que la acción promovida en este juicio debe haberse precedido por las acciones administrativas de que trata el art. 27 de la ley 76 de 1920.

Estas acciones administrativas no limitan ni subordinan las acciones judiciales, pues no existen disposiciones constitucionales ni legales que estatuyan semejante prescripción.

Lo que ocurre es que el legislador, además del derecho común, estableció normas especiales para dar más garantías a la efectividad de los derechos reconocidos por la legislación civil. Pero la plena facultad jurisdiccional de los juzgadores ordinarios no ha sido limitada o restringida, pues si tal cosa se afirmara, la garantía especial del reclamo administrativo, en vez de ser una nueva defensa del derecho de los ciudadanos para exigir responsabilidades civiles, habría sido una valla, lo cual no se acompasa ni con los términos de las respectivas leyes ni con el espíritu o intención que en ellas se relieva.

Esta Sala ha sostenido en diversas ocasiones la siguiente doctrina, cuyos basamentos reafirma de nuevo:

"El artículo 27 de la ley 76 de 1920, dice así:

'Artículo 27. 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.'

"La disposición transcrita contiene una obligación para la primera autoridad política del lugar, que es la de levantar una información sumaria de lo acaecido y remitirla al ministerio de obras públicas. Pero este procedimiento no puede perjudicar la acción de los ciudadanos de ocurrir al poder judicial en demanda de sus derechso; por el contrario, la disposición mencionada deja a salvo de manera expresa los derechos de las partes para ocurrir al poder judicial.

"La vía administrativa indudablemente se concede como un medio más rápido y más expedito para obtener el cumplimiento de ciertas obligaciones; pero ella no puede perjudicar el derecho de los ciudadanos para intentar las acciones civiles que crean tener para hacer aquéllas efectivas.

"El derecho de los damnificados por siniestros ferroviarios para intentar las acciones judiciales sobre reparación de los daños, no puede subordinarse a la acción administrativa que señala el artículo 27 de la ley 76 de 1920, porque el procedimiento allí señalado es una obligación de la primera autoridad política, cuyo cumplimiento no depende de la voluntad de la persona interesada en la reparación del daño y porque la disposición mencionada hizo, como ya se ha visto, expresa salvedad de los derechos de las partes para el ejercicio de las acciones judiciales. Si la ley hubiera querido subordinar la acción judicial al cumplimiento previo del procedimiento administrativo, lo habría dicho expresamente; pero como no existe ese mandato legal, la equidad y la justicia indican que la interpretación del precepto comentado de la ley 76 de 1920 no puede ser otra que la que expone la Sala en estos considerandos.

"Sería injusto dejar el derecho de los damnificados a merced de la voluntad de las autoridades. Si éstas no dan cumplimiento a la obligación de iniciar el procedimiento administrativo, el derecho de los ciudadanos para entablar la acción judicial se ve suspendido, con peligro de ser extinguido por la prescripción que el artículo 2358, inciso 2º, del C. C., fija en el corto tiempo de tres años." (**Gaceta Judicial,** Nº 1926, pág. 370).

Jurisdicción de la Corte

El señor procurador manifiesta que la Corte no tiene jurisdicción para conocer de la apelación interpuesta por la parte demandante, por la razón de que el auto de apertura a prueba del negocio ante el tribunal **a quo** fue proferido en papel común, y de que esa hoja no ha sido revalidada. Se funda en que el artículo 351 del Código Judicial establece que la parte obligada a suministrar el papel que le corresponde no será oída en el juicio mientras no consigne en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel sellado que ha debido emplear.

Se considera:

Es evidente que a folios 20 del cuaderno 1º figura el auto de apertura a prueba proferido por el magistrado doctor Gabriel Rodríguez Ramírez en papel común que no ha sido revalidado. A folios 21 del mismo cuaderno figura una petición del abogado de la

parte demandante, la cual fue oída por el magistrado doctor Benjamín Acosta Sánchez, y resuelta favorablemente. De allí en adelante se siguió oyendo a la parte obligada a revalidar el papel.

Cuál es la interpretación del artículo 351 citado? Dispone éste que cuando se haya usado papel común, la parte renuente no es oída en el juicio mientras no pague en estampillas el doble del papel sellado que ha debido emplearse. Este es un mandato que debe cumplir el juez. Pero si él oye a la parte y la sigue oyendo, se pregunta si las actuaciones judiciales subsiguientes son válidas o nulas. A ello se responde que tienen que ser válidas, porque la nulidad no se produce sino como consecuencia de causas que expresa y taxativamente determina la ley.

El juez no debe oír a la parte que no revalida el papel; pero si lo oye, ¿podrá decirse que el juicio es anulable por esa causa?, ¿o que en todas las actuaciones en que la oyó los actos judiciales deben considerarse inexistentes o nulos? Esto no se aviene con el dispositivo legal, ni con todo el alcance de la ley procesal.

Lo que sucede es que si la parte es oída en la primera petición que haga después del empleo del papel común, la sanción desaparece, o debe desaparecer, porque la disposición se refiere a una prohibición impuesta al juez de oír la petición mientras no se consigne el valor doble del papel sellado que debió emplearse. Pero no puede seguirse de esa prohibición que la parte que no suministró el papel pueda ser desoída en cualquier tiempo cuando ya se han realizado actos procesales perfectos sobre peticiones suyas. Pretender que en solicitudes posteriores pueda aplicarse la sanción que no se hizo efectiva en oportunidad, es contrariar el fin de la ley procesal sin miras a un fin práctico, porque sucedería: o que actos procesales perfectos y cerrados, quedarían sin efecto, como si se hubiesen declarado nulos; o que la intención maliciosa, o el descuido u olvido del funcionario podrían en un momento avanzado del proceso vulnerar sin razón los derechos de la parte en cuyo favor se empleó el papel común; o que la parte contraria, en la segunda instancia, se creyese con derecho a impetrar la falta de jurisdicción en el superior, o, por lo menos, que invocase la causa de no validación del papel para impedir que sea oída aquélla. Cualquiera de estas situaciones sería aberrante, puesto que el concepto de la Corte es que el juez no debe oír a la parte que no revalida el papel en la primera petición, pero que si la oye, él es quien ha transgredido la prohibición.

No hay, pues, falta de jurisdicción por parte de la Corte para oír al demandante en la apelación por él interpuesta, ya que la providencia en que fue concedida la apelación no es defectuosa.

Excepción perentoria de pago

En esta parte se estudiará la excepción de pago, dejando la de caso fortuito para otro lugar, como desvirtuante que es de la responsabilidad.

El señor fiscal del tribunal, sobre la base de haberse pagado el seguro colectivo, alega la excepción de pago (fs. 39 del cdno. 1º), así:

"Ahora bien: El artículo 6º de la ley 3ª de 1922 dice: 'El patrono y las entidades públicas o particulares que cumplan lo dispuesto en esta ley quedan exentos de la obligación de pagar al lesionado una suma igual al salario correspondiente a un año, impuesta por el inciso d) del artículo 6º de la ley 57 de 1915.'

"El inciso d) del artículo 6º de la ley 57 de 1915 establece que cuando la consecuencia de un accidente de trabajo sea la muerte del trabajador (artículo 5º, inciso d), ibídem), se satisfará 'una indemnización igual al jornal entero de un año' a los herederos.

"Como las empresas de los ferrocarriles nacionales cumplieron lo dispuesto en la ley 32 de 1922, síguese que quedaron exentas de pagar la indemnización a que se refiere el inciso d) del artículo 6º de la ley 57 de 1915, o sea que si a consecuencia del accidente sobreviniere la muerte del trabajador, la empresa cumpliría sus ogligaciones de patrono con relación a la indemnización de perjuicios a los herederos del occiso, pagando tan sólo el valor del seguro a que de acuerdo con la ley estuviere obligada. De otra suerte se vería precisada a pagar a las mismas personas una indemnización doble por un mismo accidente, lo cual ni es aceptable, ni estaría de acuerdo con las leyes citadas."

Por otro lado, el señor procurador delegado en lo civil combate la tesis del tribunal en cuanto éste dice que la indemnización que se reclama en este juicio tiene su fuente en la culpa; por lo que el tribunal —repara el señor procurador— "acepta dos clases de indemnizaciones por un mismo hecho: la muerte del obrero; por una misma causa: la responsabilidad civil extracontractual, y para unas mismas personas: los padres de la víctima."

Analiza luégo las leyes 57 de 1915, 37 de 1921, 32 de 1922 y 44 de 1929, y expresa que conforme a ellas el seguro colectivo obliga-

torio no tuvo otro objeto que garantir, de antemano, el pago de la indemnización de perjuicios correspondiente a los herederos del obrero muerto por causa y con ocasión del trabajo; y que por eso la ley subrogó la obligación de accidentes por la obligación del seguro colectivo, viniendo éste a corresponder a la indemnización de perjuicios debida a los causahabientes. Afirma que en esta forma se persigue en el presente juicio una segunda indemnización, que ha aceptado el tribunal.

Sostiene que las leyes sobre accidentes del trabajo y seguro colectivo obligatorio libraron al obrero de probar la culpa del patrono cuando sobrevienen accidentes, pero que ello no significa que aquél pueda recurrir a una doble fuente de reparaciones por un mismo objeto, una misma causa y para una misma persona. Esto, porque tanto la ley común sobre responsabilidad por delitos y culpas, como las leyes del trabajo, persiguen una misma finalidad, o sea la reparación de perjuicios, con la sola diferencia de que la primera requiere que el acto sea culposo, mientras que las segundas persiguen la indemnización por el solo riesgo. Por último, sostiene que teniendo el obrero su estatuto especial, éste debe aplicarse preferentemente a las leyes comunes; y que como los demandantes obtuvieron el pago del seguro, como reparación del perjuicio sufrido, no tienen por qué exigir otra reparación, cuando ya se ha dado cumplimiento a la ley privilegiada.

Como se ve con claridad, la excepción de pago ataca directamente en el fondo la acción invocada.

Ante las tesis discutidas, la Corte se ve precisada a abarcar cuestiones de fondo y de carácter histórico para resolver el problema.

En primer lugar, es necesario determinar el siguiente asunto: ¿La indemnización a los causahabientes del obrero muerto, impuesta en el inciso d) del artículo 6º de la ley 57 de 1915, consistente en una cantidad igual al jornal entero de un año, quedó reemplazada por el seguro colectivo que debe efectuar la empresa y que fue instituído por el artículo 1º de la ley 37 de 1921, y reglamentado en el art. 2º de la misma, el cual fue reformado por el art. 7º de la ley 32 de 1922? (Es de el artículo 7º de la ley 32 de 1922? (Es de advertir que estas últimas disposiciones fueron subrogadas por los artículos 1º y 2º de la ley 44 de 1929).

Indudablemente ello fue así. Por manera que cuando la ley 32 de 1922 dispone que la empresa que pague el seguro colectivo queda exenta de pagar el jornal por el accidente, no ha dispuesto que si ha habido culpa de la empresa en el acaecimiento del suceso que causó la muerte del obrero, el pago del seguro la exonera de responder por la indemnización deducible por esa culpa.

Por consiguiente, es indispensable resolver las siguientes cuestiones:

Primera. ¿El pago del seguro indemniza al obrero o a sus causahabientes cuando el accidente ocurrió, no por un hecho puramente objetivo, sino por culpa del patrón?

Segunda. ¿Y si no es así, puede pedirse la indemnización por la culpa?

Tercera. Y si se condena a esta indemnización, debe deducirse de la cantidad a que se condene lo que se haya pagado por el seguro?

A estos puntos se contrae la presente parte del fallo.

Para comprender la dualidad de las dos indemnizaciones, es necesario cnosiderar lo que se ha estimado por **riesgo** en general, y por **riesgo profesional** o **riesgo creado**, en particular, que es por el que se paga el jornal o el seguro cuando se ha producido un accidente en la vida del obrero.

En un sentido lato han dicho los autores que "riesgo es todo hecho futuro e incierto que determina una alteración más o menos grande en el curso de las actividades humanas."

El trabajo, como toda actividad, está sujeto a riesgos que, al producirse, perturban las condiciones normales de la producción. Cuando esa perturbación se realiza, vienen, como consecuencia, perjuicios que sufren todos los que estén ligados a una empresa o actividad, pero en primer término los asalariados.

La existencia de sucesos imprevisibles, difícilmente evitables, y de los perjuicios que ellos ocasionan a la actividad productora, es lo que ha determinado la creación del seguro llamado colectivo, que entre nosotros debe considerarse como una institución de previsión social. El perjuicio inherente al riesgo profesional (accidente de trabajo, enfermedades, etc.), afecta a todos los miembros que integran la comunidad productora. Pero los patrones y demás miembros de esa colectividad perjudicados por los riesgos pueden asegurarse contra ellos, no pudiendo esos seguros, que se denominan **individnales**, quedar incluídos en la categoría de los llamados **colectivos**, que se generan por los riesgos profesionales.

Por esta razón, el concepto de riesgo profesional no puede ser estudiado desde el punto de vista de las teorías que explican el

riesgo individual. La ideología del derecho privado que informa la teoría general de los riesgos y de los seguros no puede servir para la explicación de conceptos propios de normas que rigen las relaciones jurídicas entre trabajadores y patrones y que, en conjunto, forman el derecho industrial, que es un derecho autónomo, creado por la costumbre y la jurisprudencia en Europa, como lo sostienen los expositores, y por disposiciones jurídico-políticas en nuestro país.

En consecuencia, se ve claro que el riesgo profesional, originador del seguro social, debe estudiarse conforme a las teorías de las instituciones del derecho industrial, y no en vista de las teorías del derecho común (civilista o mercantil), que se basan en la reciprocidad de prestaciones.

Por este modo de entender las cosas es por lo que la responsabilidad de la clase patronal en la realización de los riesgos profesionales, es muy distinta hoy a la que emanaba antes de la tesis del riesgo contractual.

En efecto, ante ésta, el patrón sólo se encontraba afecto a la responsabilidad de los riesgos profesionales (o, como otros dicen, riesgos de autoridad), cuando se comprobaba plenamente por el obrero que aquél había tenido culpa de que se realizara el riesgo, por una participación personal en dicha realización. Se aplicaba, pues, la teoría del derecho común; y la demostración de la culpabilidad del patrón se dificultaba a los obreros, quienes muchas veces no podían comprobarla. Para evitar esta situación desventajosa, la ley colombiana impone el seguro colectivo con el fin de indemnizar los perjuicios causados por los riesgos profesionales. Es decir, que el derecho industrial que rige en Colombia ha implantado la tesis del riesgo profesional, propiamente dicho. En virtud de ella, la responsabilidad de todo riesgo sufrido por el trabajador es imputable al patrón, tenga éste o nó intervención personal en él; porque es indudable que los riesgos profesionales se consideran como un resultado inevitable de toda empresa, sin que sea una determinación de ellos la culpa del obrero o del patrón.

Para responder de tales riesgos, la ley impone la indemnización por accidentes de trabajo, consistente en un año de jornal del obrero, u ordena la institución del seguro en beneficio exclusivo de los trabajadores asalariados. Estas instituciones las considera el Estado como de interés público, como que son de carácter social y benefician a la clase asalariada. Por eso en su reglamentación interviene el Estado por medio de estatutos especiales, porque, como se ha dicho, el seguro social es una institución de derecho industrial, privativa de los trabajadores asalariados, y el Estado, al reglamentarla, considerándola como de interés social, eleva a la categoría de derecho semipúblico el derecho industrial y acentúa el carácter protector y tutelar de esa rama jurídica.

Acaecido el riesgo profesional, el seguro se debe por el solo suceso, o sea por el hecho puramente objetivo productor del accidente; y pagado, no se origina la indemnización que establece el inciso d) del artículo 6º de la Ley 57 de 1915, por disposición expresa de la Ley 32 de 1922 en su artículo 6º Esto es racional, porque el seguro impuesto a ciertas empresas reemplaza a la indemnización del jornal, instituída en esa ley 57, tanto más cuanto el seguro comprende todos los riesgos que puedan ocasionar la muerte del obrero.

Pero ¿el pago de él cubre toda indemnización cuando ha habido culpa, descuido o imprudencia del patrón? Si así fuera, habría una falta de acción en el presente juicio, porque no sería viable la obligación de indemnizar que se atribuye al demandado.

Diferencia profunda hay, procesalmente hablando, entre la vía ordinaria y la que señala la ley de derecho industrial o de accidentes de trabajo. Esta, como queda dicho, se halla basada en la expresada teoría de los riesgos profesionales que comprende los accidentes que tengan lugar durante la prestación de los servicios o en ejercicio de la ocupación en que se emplea el obrero. Pero como la presente acción ha sido iniciada bajo el amparo de otras disposiciones, ha de prosperar, sin que se contraríe el principio **non bis in idem,** porque es incuestionable que a los actores debe alcanzarlos el beneficio que acuerdan otros preceptos distintos de los de la ley industrial, aunque se trate de los mismos hechos, pero con la adopción de otras normas o vías procesales.

Esto se deduce del razonamiento de que el seguro colectivo es una institución social, que hace parte de una legislación autónoma elevada a la posición de derecho semi-público. De suerte que cuando él se paga, se obra en aplicación de los mandatos que lo establecen, sin que, como queda expresado, puedan aplicarse las normas civilistas o de derecho común. La obligación de pagar el seguro es un imperativo de la ley, y el título de él presta mérito ejecutivo (artículo 3º de la Ley 32 de 1922). Al contrario, la responsabilidad por culpa emana de una concepción jurídica enteramente distinta, en

que las partes luchan desde campos iguales en el terreno del derecho privado.

Si el seguro obligatorio, por ordenación explícita de la ley, comprendiese también toda la responsabilidad civil, entonces el derecho especial desplazaría las acciones del derecho común. Pero esto no aparece en las disposiciones que se han citado tantas veces.

En su importante obra sobre "Seguros" escribe Fritz Herrmanndorfer:

"Naturaleza del seguro de responsabilidad civil.

"El riesgo de este ramo de seguro consiste en la responsabilidad civil del asegurado. Existen las más vivas discrepancias sobre la naturaleza jurídica de este seguro. Es muy general, o más bien predominante, el criterio que lo considera como un seguro contra acciones judiciales. Según esta teoría debe defender en primer lugar al asegurado contra las acciones judiciales provenientes de su responsabilidad civil, quedando relegado a punto secundario la garantía económica.

"Este seguro pertenece al grupo de los seguros de daños. En los demás seguros propios de dicho grupo, conoce perfectamente el asegurado, al contratarlos, la cuantía máxima del daño, expresada por la suma asegurada, la cual se fija terminantemente por el valor del interés asegurado. Pero en los casos de responsabiluidad civil nadie puede prever el surgimiento y la cuantía de su responsabilidad en cuanto la ley no le señala expresamente un límite...."

La teoría del daño, respecto de accidentes del trabajo y en el derecho común civilista difieren, por cuanto en los primeros la reparación es parcial y con cierto carácter alimentario; en el segundo, es total y comprende todos los perjuicios de cualquier naturaleza que sean.

El fundamento de la responsabilidad por accidente es el riesgo profesional; la base de la responsabilidad extracontractual es un hecho proveniente de culpa.

En Francia ocurre al respecto lo que dicen André Rouast y Maurice Girard, al estudiar las relaciones de la legislación de accidentes en el derecho común:

"El legislador ha fijado él mismo las relaciones de la legislación de accidentes del trabajo con el derecho común. No ha querido crear una opción entre las dos legislaciones, de manera de permitir a la víctima escoger la vía más favorable. Ha excluído completamente el derecho común, de tal suerte que los patronos a quienes la ley se impone y quienes sufren las cargas tienen también las ventajas. El artículo 2º de la ley 9 de abril de 1898 decide, en consecuencia, que los comprendidos en esa ley 'no pueden prevalerse, por razón de los accidentes de que son víctimas en el trabajo, de otras disposiciones que las de la ley'. Esta fórmula se aplica no solamente a los comprendidos en dicha ley, sino también a los que están sujetos a las leyes qe han extendido el imperio de la ley de 1898 a los accidentes de trabajo no previstos primitivamente. El derecho común está descartado para todos. Los trabajos preparatorios no dejan duda alguna sobre esto". (Tratado del Derecho de Accidentes del Trabajo y de Enfermedades Profesionales. Página 31).

No habiendo, entre nosotros, normas especiales que excluyan la indemnización civil en un asunto como el que se estudia en este pleito, es lógico deducir que independientemente de la responsabilidad industrial existe a la vez la resopnsabilidad civil originada de culpa aquiliana.

Pero si las acciones que se cuestionan no se excluyen, ello no significa que pueden acumularse las indemnizaciones, de tal modo que vengan a constituir ellas fuentes de enriquecimiento.

El seguro obligatorio no se ha constituído para obtener lucro, sino como una medida indemnizatoria de previsión y garantía. No está en Colombia constituído por aportes de los trabajadores, sino como carga del empresario.

Como dicen rotundamente Planiol y Ripert, "un accidente no puede legítimamente convertirse en una fuente de ganancia para la víctima. Por consiguiente, cada indemnización no podrá reclamarse más que en la cuantía en que otra no haya bastado a indemnizar totalmente, pero cabe en estos límites".

En atención a todo lo discutido, es jurídica la deducción que hizo el Tribunal, aceptando una excepción de pago parcial.

Responsabilidad de la Nación

En el capítulo sobre "responsabilidad civil de la Nación" dice el fallo de primera instancia:

"La culpa es una de las fuentes de las obligaciones en nuestro derecho positivo. Así, el artículo 2341 del C. C. preceptúa que 'el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización'. Los artículos 2347 y 2349, ibídem, extienden la responsabilidad de una persona

a los daños causados por individuos que están a su cuidado o servicio, y finalmente la ley 76 de 1920, de modo especial, consagra la responsabilidad de las empresas férreas.

"Culpa leve, según el artículo 63 del C. C., 'es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios'. A esta definición debemos atenernos al estudiar el concepto de culpa empleado por el artículo 2341 del C. C., pues **'culpa o descuido** sin otra clasificación, significa culpa o descuido **leve' ".**

Las entidades de derecho público no pueden cometer delitos, pero sí culpas civiles por la imprevisión o descuido de sus agentes. Tal principio está contemplado en los artículos citados por el tribunal. Nuestro Código Civil sigue la doctrina de que hay responsabilidad por hechos que causen daño a un tercero, siempre que exista culpa imputable al agente, dejando al buen criterio del juez la apreciación de ésta, sin que en ello tenga alguna significación el que la culpa sea leve o grave, pues si de autos aparece que el perjuicio proviene de haberse faltado en lo más mínimo respecto de la precaución, la responsabilidad procede.

Estas culpas provienen de acción u omisión, y en el último supuesto, no siempre es fácil probar que fue posible ejecutar determinados actos de previsión y que la pretermisión de ellos causó perjuicios. Veces hay en que la omisión aparece evidente, y en otras ocasiones, ella se presenta en una zona de oscuridad, que hace dificultoso determinar qué es lo que corresponde a la libre actividad humana y qué a la fuerza mayor.

Pero en este negocio se presenta claro el problema, pues el siniestro ocurrió, como lo dice el tribunal en esta parte de la sentencia: "Tanta falta de precaución hubo al dar al servicio un viaducto levantado sobre un terreno inconsistente, formado artificialmente por un terraplén inconcluso, que el siniestro se produjo. Los resultados se han encarado de demostrar la falta de precauciones; la posibilidad y obliación de prever el hecho: está a ojos vistas que quien construye un puente debe estar en posibilidad de calcular su resistencia según el uso que se vaya a hacer de él, de estudiar las condiciones del terreno adyacente, de tomar en cuenta el influjo de las lluvias, del sol, del aire, etc. Esto es elemental. Y, además, tiene obligación de prever que si el puente se derrumba por el paso de los vehículos, pueden ocurrir accidentes desgraciados".

Se alega el hecho fortuito; pero éste requiere que sea completamente anormal y extraño a toda previsión. Y en el accidente a que se contrae la demanda, el paso por el viaducto y el peligro consiguiente eran previsibles, eran cosas perfectamente normales.

El principio aplicable en semejantes circunstancias, es éste: "nadie responderá de aquellos sucesos que no pudieron preverse, o que, aun previstos, eran completamente inevitables".

Para reafirmar la existencia del caso fortuito, asegura la procuraduría que hubo culpa de Quiñones Olarte. Pero aparece demostrado lo contrario. En efecto:

Expone así el testigo Buenaventura Espitia (fs. 16 v. C. 4º):

"Me consta que el sábado 10 de mayo de 1930 llegamos por la tarde con un tren de material y allí el señor Rozo, inspector de trabajos, nos dio orden de que pasáramos el viaducto pero el señor Quiñones Olarte no quiso diciendo que hasta que no pusieran en seguridad dicho viaducto no pasaría y así fue que no pasamos ese día; pero al lunes siguiente nos repitió la orden y animándonos; y al efecto subió a la máquina para pasar también pero cuando ya fue a pasar la máquina sobre el viaducto se bajó, pero me consta que Quiñones Olarte pasó por dicho viaducto por haber sido obligado". Dice además que le "consta que el jefe de tráfico le dio por dos o tres veces la orden de pasar por el viaducto al señor Domiciano Quiñones Olarte".

Acorde con dicho testigo, Carlos Rodríguez (fs. 17 v., íd.) dice:

"Me consta que desde el sábado 10 de mayo de 1930 se le había dado orden al maquinista Domiciano Quiñones Olarte que pasara la máquina por vía de ensayo o de prueba por el sitio donde ocurrió el accidente y me consta que el citado maquinista se resistió ese día para pasar por el citado viaducto por considerarlo peligroso para el paso de la máquina, por no tener la solidez el terraplén y el viaducto y el día doce de mayo de mil novecientos treinta tuvo que pasar por allí, porque nuevamente se le volvió a dar orden de pasar la máquina, orden que le dio el mismo inspector Agapito Rozo".

Y este mismo jefe de tráfico, quien dio la orden, asevera que Quiñones Olarte estaba en su entero y cabal juicio cuando conducía la máquina (fs. 15 v., íd.); y a folios 15 frente, que éste aceptó la orden de pasar la máquina manifestando que cumpliría lo que se le ordenara, "pues — dice el testigo — aclaro que el citado señor se distinguía por

el cumplimiento en las obligaciones de cualquier trabajo que se le encomendara".

Muchos testigos, entre ellos el mismo Rozo, afirman que Quiñones llevaba la máquina con sumo cuidado.

Cierto es que el mismo Rozo (fs. 34 f. y v. C. 4º) declara que si a la máquina se le hubiera abierto la llave de vapor a fin de que hubiera adquirido mayor fuerza, no se habría producido el siniestro.

Este punto queda desvanecido por el siguiente testimonio de Espitia (fs. 50, íd.):

"Es verdad que oí al señor Rozo que le dijo a Quiñones que si se hacía hoyo en alguna jaula echara a prisa para pasar al otro lado. La máquina iba a regular velocidad, cuando de pronto uno de los lados de la jaula cedió y la máquina, sin retroceder, se volcó. Ya había pasado la máquina la mayor parte del viaducto, cuando ocurrió el accidente, el cual fue repentino sin lugar a dar tiempo para hacer maniobra ninguna, pues cuando el señor Domiciano Quiñones dijo: se torció la línea de adelante, o mejor aclaro que como yo iba adelante, alcancé a ver que la línea se torcía con el paso de la máquina y fuí yo quien dijo: se torció la línea de adelante, y volviendo a mirar inmediatamente, vi que la línea de atrás se torcía también, y añadí: la de atrás también; y en ese instante la máquina se volcó, cayendo yo de la máquina...." Y más adelante: "Ya dije que el maquinista no tuvo tiempo de hacer ninguna maniobra, ni la máquina retrocedió, sino que se fue de golpe abajo derrumbándose, y dando el bote".

También se desvanece con lo que dicen los doctores Germán Uribe Hoyos y Adolfo Pinzón C., después de un análisis de las circunstancias del siniestro, dictaminando así: ".... se escogió para el servicio una locomotora muy liviana, se revisó el viaducto en la mañana antes del paso de la locomotora, en fin se tomaron las precauciones debidas. Pero quedó obrando el factor de la lluvia de la noche anterior, que ablandó al terraplén y fue la causa probable del accidente; este factor de la lluvia no se tuvo en cuenta al dar la orden para el paso de la locomotora; aunque es cierto que se hizo una inspección antes de dar la orden, el peligro no era posible apreciarlo a la vista; parece, pues, que hubo visible imprudencia al dar la orden de pasar la locomotora. También hubo alguna imprudencia en el maquinista, debida quizá a su arrojo juvenil, al arriesgarse a cumplir una orden que en estricto deber no le obligaba. Cierto es que el desastre no podía preverse como una ocurrencia segura o probable siquiera, pero dada la circunstancia de la lluvia en la noche anterior y el carácter provisional del viaducto, sí debió de haber algún temor de que la obra podría ceder, aunque nunca se pensara que las consecuencias llegaran hasta el extremo de que la locomotora cayera al fondo. — **Al punto cuarto.** No es extraño que el terreno ceda un poco en esta clase de obras, pero es muy especial el caso de llegar a ceder hasta producir el volcamiento de la locomotora. La maniobra de acelerar la locomotora en casos semejantes es muy practicada por los maquinistas, pero el éxito de ella es muy dudoso, especialmente para el caso que estudiamos.— **Al punto quinto.** Es muy dudoso que se hubiera evitado el accidente, si el maquinista hubiera cumplido la orden de acelerar la marcha de la locomotora en caso de haberse presentado el hundimiento, aunque tal maniobra es generalmente usada por los maquinistas en casos semejantes".

El dictamen, como se ve, descarta la culpa de Quiñones y el caso fortuito que alegan los representantes de la Nación. Es probable que el viaducto, como lo aseveran los ingenieros constructores de él, se hubiera confeccionado técnicamente, y también que el jefe de tráfico, Agapito Rozo, lo hubiera revisado la antevíspera del siniestro. Pero sí ello fue así, se presentó el factor de las lluvias; y son éstas las que se han fijado como la causa posible del acontecimiento. Así lo expresan: el inspector de policía del corregiminto de Venecia, quien la atribuye a "los frecuentes aguaceros" (fs. 25 C. 5º); Carlos Rodríguez, a "la humedad del terreno" (fs. 27, íd.); Francisco Castillo, a "los frecuentes aguaceros" (fs. 30, íd.), y Agapito Rozo, a "los aguaceros de los días anteriores" (fs. 26, íd.) y al hecho de "haber llovido la noche anterior y haber cedido el terreno" (fs. 15 del C. 4º)

Pero a pesar de que a este inspector le constaba el hecho de la lluvia, no procedió a una revisión consciente del viaducto para apreciar las circunstncias peligrosas en que se encontraba, como se desprende de su dedeclaración que corre a la foja 13 del cuaderno 9º Dice así:

"Es cierto que las reparaciones hechas por el declarante con sus cuadrillas al terraplén y al viaducto mencionados y que las últimas reparaciones fueron el día sábado diez de mayo de mil novecientos treinta fueron detenidas y escrupulosas en términos que el declarante por su larga práctica en esta clase de trabajos llegó al convencimiento pleno de que las condiciones de resistencia ex-

cedían al peso de la referida locomotora número cuatro, esto el mencionado día diez de mayo de mil novecientos treinta a las seis de la tarde, pero como el domingo siguiente por la noche llovió mucho y aunque el declarante inspeccionó y vio el expresado viaducto en el momento en que la referida locomotora número cuatro iba a pasarlo y no habiendo visto ninguna señal en que pudiera apreciar que el viaducto había cedido fue por lo que ordenó en su calidad de inspector de trabajos el paso de la mencionada locomotora".

Este testimonio desvanace la aseveración de los ingenieros de la empresa, cuando dicen que Rozo revisó esa mañana el viaducto. Lo mismo desvirtúa lo que dicen los peritos sobre ese punto en la parte del dictamen que se deja copiado.

El doctor Diego Páez Rueda, perito en la inpección ocular que se practicó para averiguar la causa del siniestro, termina así su informe:

"En nuestro concepto el siniestro ocurrió por haber cedido el viaducto formado de jaulas al recibir la sobrecarga de la máquina, lo que ocurrió por falta de resistencia del terreno donde se apoyó la construcción, circunstancia grave dadas las condiciones de longitud, altura y curvatura del viaducto". (Fs. 22 v. del C. 4º)

Para un viaducto provisional, construído en terreno no firme, las lluvias tienen que ser un elemento de desmejora; y aunque ellas sean frecuentes, no puede tomarse esa circunstancia como un hecho imprevisto al que no era posible resistir, porque es probable que procediendo con más diligencia y cuidado había sido posible comprender que las lluvias habrían ablandado el terreno. Tampoco era imposible prever que el viaducto, con la sobrecarga de la locomotora, que él por vez primera iba a soportar, estaba en condiciones de ceder. Indudablemente hubo por parte de la empresa "la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios", que es lo que nuestra ley califica como **culpa leve.**

Pero no importa el grado de la culpa; ésta, por leve que sea, impone responsabilidad.

Existe en el caso cuestionado un hecho ilícito cuyos daños acarrean la responsabilidad del demandado.

Tratándose, como se trata, de una entidad de derecho público, el acto de sus agentes o represenetantes, compromete a dicha entidad.

A este respecto dice un autor:

"Las personas físicas al servicio de la persona jurídica forman realmente dos categorías inconfundibles. De un lado figuran aquellas que un ilustre escritor denomina los "instrumentos jurídicos" de su actividad.. De otro lado "los instrumentos materiales técnicos". Los instrumentos jurídicos son los órganos representativos del ser abstracto —directores, administradores, gerentes, y también otras personas que, sin hallarse investidas de poderes generales, practican, sin embargo, ciertos actos de representación, como los cajeros viajantes, los jefes de estaciones ferroviarias, que pueden válidamente vender, comprar, pagar, recibir".

La responsabilidad civil para reparar el daño resulta en esas condiciones de los actos de quienes, como agentes del Estado, obran en el ejercicio regular de sus funciones. Por lo demás, aunque no se tratara de un agente o representante del Estado, cuando los tratadistas basamentan la responsabilidad por hechos de terceros en una sanción por falta en la elección o la vigilancia, están preconizando fórmulas justificativas doctrinarias para hacer recaer la responsabilidad en quien no hizo directamente el daño.

La Corte Suprema, en sentencia de 20 de octubre de 1898, había dicho lo siguiente, que es una doctrina que el tiempo y la jurisprudencia han ido aquilatando:

"En materia de delitos y culpas, 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 empleados públicos en relación con la entidad que los nombra".

Toda persona es responsable por los daños que cause, bien haya ejecutado el hecho o incurrido en omisiones personalmente o por medio de las personas que de ella dependen, conforme aparece de los artículos 2341, 2347 y 2356 del C. C.

El 2347 establece el principio de la responsabilidad por hechos ajenos, y entre los ejemplos que trae cabe perfectamente el ca-

so de los funcionarios públicos, ya que la enumeración que allí se hace es meramente ilustrativa.

El 2356 sienta también esta norma, bien se trate de responsabilidad directa o indirecta: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta".

Los ejemplos que allí se mencionan son ilustrativos y se refieren a hechos en que el daño aparece en la cosa misma, por cierta peligrosidad que en ella se transparenta.

Estatuye una presunción, pues aunque se exige la condición de que el daño pueda imputarse a malicia o negligencia de una persona. Ello, porque, dada la naturaleza del daño y de su causa, hay que presumir que el agente de él debe repararlos. Tratándose de accidentes ferroviarios, existe también la ley 62 de 1887, cuyo artículo 5º vino a aclarar y a complementar lo anterior. Dice así ese artículo: "Los empresarios de vías férreas serán responsables de los daños y perjuicios que causen a las personas o las propiedades por razón del servicio de las mismas vías y que sean imputables a descuido, negligencia o violación de los reglamentos de policía respectivos..."

Cualquiera que sea la naturaleza de la presunción estatuída por el artículo 2356, la responsabilidad de la nación en el negocio de autos está acreditada, porque la parte demandada no ha logrado desvirtuarla en forma alguna.

En sentencia de 31 de mayo del presente año, la Sala de Casación Civil, por unanimidad, dijo lo siguiente, al estudiar una demanda de perjuicios, provenientes de la occisión de una persona, ocasionada por el atropello de un motor, perteneciente a la compañía denominada "The Santa Marta Railway Cº Limited" y manejado por un empledao o dependiente de la misma:

"El fundamento básico de la sentencia y el modo como ha sido acusada lleva a la Corte necesariamente al estudio de la teoría de la responsabilidad basada en la culpa presunta y su conexión con la carga de la prueba a la luz de las disposiciones pertinentes del C. C., especialmente los artículos 2341 y 2356 de dicha obra. Nada más indicado que la reproducción de la doctrina sentada por la Corte en sentencia de 14 de marzo último y que en lo pertinente dice así: (**Gaceta Jucial** Nº 1934).

'El artículo 2356 **ibídem,** que mal puede reputarse como repetición de aquél (el 2341), ni interpretarse en forma que sería absurda si a tanto equivaliese, contempla una situación distinta y la regula, naturalmente, como a esta diferencia corresponde. Así es de hallarse desde luego en vista de su redacción y así lo persuaden, a mayor abundamiento, los ejemplos que aduce o plantea para su mejor inteligencia, a manera de casos en que especialmente se debe reparar el daño a que esta disposición legal se refiere, que es todo el que "pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona.

'Exige, pues, tan sólo que el daño **pueda imputarse**. Esta es su única exigencia como base o causa o fuente de la obligación que en seguida pasa a imponer.

'Esos ejemplos o casos explicativos corresponden, y hasta sobra observarlo, a la época en que el código se redactó, en que la fuerza del hombre como elemento material y los animales eran el motor principal, por no decir único, en la industria, en las labores agrícolas, en la locomoción, todo lo cual se ha transformado de manera pasmosa en forma que junto con sus indecibles favores ha traído también extraordinarios peligros...

'La teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y miran a la dificultad, que suele llegar a imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión de ejercicio de esas actividades. Un depósito de sustancias inflamables, una fábrica de explosivos, así como un ferrocarril o un automóvil, por ejemplo, llevan consigo o tienen de suyo extraordinaria peligrosidad de que generalmente los particulares no pueden escapar con su sola prudencia. De ahí que los daños de esa clase se presuman, en esa teoría, causados por el agente respectivo, como sería en estos ejemplos el autista, el maquinista, la empresa ferroviaria, etc. Y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elementos extraños.

'A esta situación se ha llegado en algunos países por obra de una labor jurisprudencial ardua en cuyo desenvolvimiento no han dejado de tropezar los juristas, en su camino hacia la humanización del derecho, con la rigidez de los textos legales.

'Fortuna para el juzgador colombiano es la de hallar en su propio código disposiciones previsivas que sin interpretación forzada ni descaminada permiten atender al equi-

librio a que se viene aludiendo o, por mejor decir, a la concordancia o ajustamiento que debe haber entre los fallos y la realidad de cada época y de sus hechos y clima.

'Porque, a la verdad, no puede menos de hallarse en nuestro citado art. 2356 una presunción de responsabilidad. De donde se sigue que la carga de la prueba, **onus probandi**, no es del damnificado sino del que causó el daño, con sólo poder éste imputarse a su malicia o negligencia.

'No es que con esta interpretación se atropelle el concepto informativo de nuestra legislación en general sobre presunción de inocencia, en cuanto aparezca crearse la de negligencia o malicia, sino que simplemente teniendo en cuenta la diferencia esencial de casos, la Corte reconoce que en las actividades caracterizadas por su peligrosidad, de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el hecho dañoso lleva en sí aquellos elementos, al tiempo que la manera general de producirse los daños de esta fuente o índole impide dar por provisto al damnificado de los necesarios elementos de prueba. La máquina, en el estado actual de la civilización, es algo que sencillamente supera al hombre, lo que vale como decir que él debe estar prevenido a este respecto, entre otros fines con el de no perder el control indispensable sobre ella. Por él comienza la peligrosidad, quien la usa y maneja es el primer candidato como víctima.'

Después de esta transcripción, continúa así el fallo antecitado:

"La civilización contemporánea, los adelantos en la ciencia, en la industria, en la técnica, y la complejidad de relaciones sociales y económicas han determinado la creación y desarrollo de ciertas empresas que como las ferrovías, entre otras, llevan en sí una actividad peligrosa tanto para los que se sirven de ellas y las dirigen o manejan, como en ocasiones para los extraños a esas actividades; en el primer caso se presenta como típico el accidente causado por un descarrilamiento, el hundimiento de un puente, en que son víctimas los pasajeros y los que conducen la máquina; en el segundo, el atropello, la lesión y aun la muerte de un transeúnte causada por un tren, por un motor, por un autoferro, en general, por una máquina...

"El artículo 2341 se refiere a los casos en que la culpa no se presume y en que el demandado se exonera de su responsabilidad, demostrando su diligencia y cuidado y en que por lo tanto la carga de la prueba corresponde al demandante. El artículo 2356 parte de la base de la imputabilidad de la culpa a quien ejerce una actividad peligrosa, por el solo hecho de ejercerla, y entonces solamente tres factores pueden eximir al demandalo de su responsabilidad...

Se trata en la sentencia de mayo, que en parte se transcribe, de una culpa presunta para los casos de riesgo creado, o sea cuando el daño se produce por alguno de los elementos que en la civilización acarrean peligrosidad. En ese evento, la sentencia hace emanar del texto del art. 2356 una presunción legal mixta, ya que se dice qoe no puede desvanecerse por cualquier medio en contrario, sino por determinados hechos.

Monto de la indemnización

Dice el tribunal:

"Cuestión difícil en grado superlativo es justificar el monto de la indemnización a que una persona tiene derecho por razón de la muerte de otra. Nunca se conseguirá la exactitud matemática y el juzgador debe contentarse con buscar la suma que se aproxime a la equidad, teniendo en cuenta los intereses del que causó el daño y los del que lo sufrió..."

Y luégo agrega: "En sí la vida humana es invaluable; ella no pertenece a patrimonio privado alguno, no es bien patrimonial en el sentido jurídico de estas palabras (arts. 653 y siguientes del C. C.). La persona humana es sujeto de derecho, pero nunca objeto de ellos. Así, pues, es un error pretender avaluar una persona tomando en consideración lo que ella produce o pueda producir. Si por culpa del "chaufeur" con un automóvil se da muerte a un semoviente, es claro que el dueño de éste tiene derecho a que se le pague su valor; pero si da muerte a una persona no puede decirse lo mismo, porque las personas no tienen "dueño" ni tampoco tienen "precio." Pero si del producto del trabajo de esa persona derivan su subsistencia otras varias, es evidente que éstas sufrieron un doble perjuicio, moral y material, que debe repararse, y la única manera de hacerlo es mediante una compensación en dinero. Debe procurarse, por lo que hace al daño material que los deudos —hijos, esposa, padres, en su caso— sigan percibiendo los mismos bienes que el difunto les proporcionaba, ni más ni menos, tal como si no hubiese acaecido la muerte. Si percibía cien pesos mensuales, por ejemplo, esta misma suma debe seguir suministrándoles el responsable del daño, y si además del dinero el difunto les proporcionaba aloja-

miento, vestuario, diversionse, etc., los mismos bienes debe seguir proporcionándoles el autor del daño. Este es el concepto jurídico y gramatical de la palabra indemnización, que, como se ve, es contrario a toda idea de lucro o ganancia."

Luégo el tribunal rechaza lo que los peritos estimaron como ayuda pecuniaria del hijo para los actores, porque considera que ello no aparece demostrado de manera plena.

Critica también el que para el cálculo de la indemnización se hubiera partido de la supervivencia probable del hijo y no del promedio de la vida de los padres, pues con ese sistema de avalúo "los padres se harían dueños de un capital que sustituye al hijo muerto y de lo que ese capital reditúa y esto envuelve una doble indemnización."

A continuación el fallador de primera instancia sugiere como pauta para el justiprecio del daño las siguientes indicaciones:

"Múltiples factores deben tomarse en consideración para hacer el justiprecio de la indemnización: la posible duración de la vida de los padres, su edad y estado de salud; sus necesidades de todo género; su capacidad para el trabajo; su situación pecuniaria; los oficios que desempeñan; su posición social; los rendimientos pecuniarios del hijo y sus necesidades personales, habida consideración de su estado civil, posición social, obligaciones a su cargo y las que legítimamente pudiera contraer, el comportamiento ordinario con sus padres, ayuda efectiva que les prestaba, etc...."

La Corte considera:

Es evidente que cuando se trata de indemnizar la pérdida de un bien patrimonial, las dificultades no se presentan con la complicación que ocurre cuando el avalúo se relaciona con la extinción de una vida, ya que ésta no es una mercancía y no puede, por tanto, apreciarse intrínsecamente en determinada cantidad de dinero.

Pero la vida, en relación con distintas personas, sí representa valores económicos: uno es el valor para la propia persona; otro, respecto de los padres; otro, en relación con la esposa y los hijos. A efectos de la indemnización precisa verla desde el punto de vista del beneficio que ella produce, lo cual está indicando que en esta relación hay que contemplar múltiples factores. Veces hay en que la vida, como cuando ocurre el deceso de un hijo de poca edad, representa para los padres la esperanza de un sostén futuro y la pérdida de gastos y sacrificios que habían de ser compensados con una ayuda ulterior. En otras ocasiones es todo el haber de la familia.

En suma, es fuerza considerar la vida humana como un bien que merece más protección que cualquier otro.

Acontece generalmente, sobre todo en los hogares pobres, que los hijos son el sostén y amparo de sus padres. Y este deber sagrado se hace más apremiante a medida que por el correr de los años se van agotando las energías de los genitores.

La Cámara de Apelación de Turín (mayo 19 de 1934), dijo a este propósito: "Los padres de un niño muerto en un accidente de tráfico tienen derecho a la indemnización del daño consistente en la pérdida de la posibilidad futura de la prestación alimenticia y asistencia por parte del hijo fallecido."

Difícil es, como dice el tribunal de Bogotá, hallar, en semejantes circunstancias, un equivalente exacto entre el monto de la indemnización y el daño, por manera que dicho monto no viene a desempeñar, en la generalidad de los casos, sino la función de satisfacer, enfrente de los beneficios, cierto bienestar que reemplace el que fue arrebatado por la muerte de una persona. Y no porque ese equivalente escolle en dificultades, la indemnización pierde su razón de ser. Si ello fuere así, los perjuicios morales, de tan inasible evaluación, no podrían jamás representarse en cantidades pecuniarias.

La ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios; de donde se infiere que en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales de derecho, y admitir que el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática.

Consiguientemente, los sistemas ideados para precisar la cuantía de la indemnización son varios. Si se opta, en un asunto dado, por el criterio que el tribunal encuentra como más adecuado, o sea, tomando la ayuda pecuniaria del hijo en función del tiempo probable de la supervivencia de los padres, y en atención a su salud, a la posición social, a la capacidad de trabajo de ellos, etc., no se podría **a priori**, sin analizar el **"sub judice"**, desechar el criterio escogido, pues con él podría llegarse a una solución equitativa. Pero no sería tampoco aceptable que se preconizara ese criterio, como el único sistema de evaluación, pues podrían presentarse eventos que pusieran de relieve un resultado equitativo. Supóngase la muerte de un hijo que atiende a su padre anciano y heri-

do de una enfermedad incurable que lo ha de llevar, según el cálculo de las probabilidades, en pocos meses al sepulcro. Si sólo se miran como factores del resultado la ayuda pecuniaria del hijo y los meses que probablemente le sobrevivirá el padre, la cuantía de la indemnización sería ínfima. Mas, si se agregan factores, como la situación de invalidez y miseria del padre, y se tienen en cuenta las condiciones pecuniarias de la empresa, la evaluación tiene que hacerse colocándose los peritos y el juez en el plano de la equidad y de cierto prudente arbitrio. Todo esto está diciendo de modo elocuente que estos problemas no tienen una solución exacta, por lo cual no se encuentran argumentos irrefutables para desestimar como erróneo un criterio como el que escogieron los expertos en el presente juicio.

Lo esencial es estudiar la pericia, para ver si ella es equitativa, y no una mera causa de enriquecimiento sin razón y sin justicia.

Posible es formular contra el dictamen reparos más o menos probables, más o menos imaginarios. Y si se da entrada a conjeturas desfavorables, al mismo tiempo podrían aducirse elementos favorables, como sería el pensar que el muerto hubiera llegado en virtud de su trabajo constante a ser rico, y a subvenir a las necesidades de sus padres en una forma aún más generosa. Y si se aprecian las hipótesis desfavorables, con el mismo argumento habría que apreciar también las favorables. Y en este evento, una indemnización que a primera vista apareciera como desmedida e injusta podría quedar situada dentro del plano de una completa equidad.

La doctrina establece que no sólo se estimen los daños actuales sino también los ciertos y futuros, sin que ello signifique que deben incluírse asímismo los meramente eventuales. A este propósito dice Giorgi: "Muerto un hombre, su familia no puede ciertamente gozar de los lucros profesionales o industriales que le hubiera podido proporcionar viviendo; cortado un árbol frutal, el propietario no puede gozar ya de los frutos que habría producido."

"Por lo demás —sigue diciendo dicho autor— no se niega que esta certeza es muy diferente a la matemática, ya que permanece ignorado si un acontecimiento fortuito habría destruído estas esperanzas fundadas de lucros y frutos, produciendo también sin el concurso del hecho ilícito el fin prematuro del hombre o del árbol. De ahí que quede un ancho campo al arbitrio del juez para reducir a lo justo, según el giro de las probabilidades del mundo, el valor de aquellas esperanzas..."

Daños como los sufridos por los demandantes son de los que se proyectan en el futuro, por lo cual la prestación de la indemnización debe consultar una compensación equitativa que ponga a los damnificados en una situación patrimonial más o menos equivalente a la que tenían antes del acontecimiento que les causó el menoscabo.

La Corte de casación italiana (mayo 7 de 1934), sentó esta justa tesis: "En la apreciación de los daños producidos por un hecho ilícito el juez debe tener en cuenta no sólo los actuales, consecuencia directa e inmediata del hecho ilícito, sino también la alteración de aquellas condiciones habitualmente existentes y conformes a la ley, que según puede presumirse con cierta seguridad habrían determinado la constitución, a favor de la persona lesionada, de varias relaciones de derecho o, de cualquier manera, la posibilidad de obtener beneficios patrimoniales legítimos."

¿Y cómo se ha de hacer la estimación para que consulte una compensación equitativa? Hay que partir de la base de que la obligación de reparar es una obligación de hacer, por una parte, y por otra, no se trata de obligaciones de alimentar en virtud de vinculaciones consanguíneas; de donde se infiere que es lo más indicado condenar a una cantidad fija.

Si se cree que esta cantidad fija, al fallecimiento de los beneficiarios vendría a representar el papel de una indemnización sin causa, es porque se piensa que en la estimación del monto de los perjuicios sólo debe entrar como elemento integrante el dinero con que la víctima del acontecimiento contribuía al sostén de los beneficiarios. Pero se olvida tener en cuenta que esa vida, por las especiales relaciones de parentesco, podría ser fuente probable de mayores beneficios patrimoniales legítimos. Y en esta hipótesis, es justo que ella esté representada en alguna cantidad equitativa.

No está por demás citar nuevamente la opinión de Georgi, quien dice: "Los lucros cesantes para los sobrevivientes, si no como herederos al menos como cónyuge o familia del muerto, entran también en liquidación, cuando aparezca que ellos los habrían disfrutado. Y aquí no volvemos a combatir la errónea opinión de quien niega semejantes derechos. Antes bien, recordaremos que se entra en una cuestión, no sólo de hecho, sino en la que queda abierto un campo vastí-

simo al arbitrio del juez, ya porque los datos del cálculo varían, ya porque se trata de lucros eventuales, que no tienen carácter de certeza absoluta, sino de mera probabilidad. La Corte de apelación de Turín valoró en 400 liras anuales los daños que debían pagarse a la familia de un aldeano muerto a la edad de treinta años. Ahora bien, todo el mundo comprende que si la edad del muerto hubiera sido más avanzada, o si en lugar de un aldeano se hubiera tratado de un profesor o de uno que ejerciera una industria lucrativa, o un comercio rico, la liquidación hubiera sido diferente". (Georgi. Teoría de las Obligaciones. Tomo V. Página 366).

Las anotaciones del notable tratadista indican que para fijar el monto de la indemnización se deben tomar en cuenta múltiples factores.

Apreciación de la prueba pericial

El dictamen pericial practicado en primera instancia adoptó el sistema de calcular un capital que al seis por ciento (6%) diera una renta de noventa pesos ($ 90.00) mensuales. Esta apreciación la combate el tribunal en la siguiente forma:

"Ellos (los peritos) hacen este cálculo carente en absoluto de fundamento en los autos: el señor Quiñones Olarte pudo ganar por término medio durante su vida la suma de ciento veinte pesos mensuales con setenta y cinco centavos; de esta suma, un veinticinco por ciento necesitaba para sus gastos personales y el setenta y cinco por ciento restantes representa "la utilidad líquida". De aquí concluyen los peritos "que la indemnización debe ser una pensión mensual, en cada uno de los meses a que normalmente debiera haberse extendido la existencia de la víctima". Luégo agregan que como el sistema de pensiones no es práctico, la indemnización debe consistir en un capital, que a la rata del seis por ciento (6%) anual dé un interés de noventa pesos mensuales, o sea la cantidad de diez y ocho mil pesos ($ 18,000.00). El tribunal hace estos dos reparos al raciocinio de los peritos: Primero. De que la utilidad líquida que resultara a favor de Quiñones Olarte montara a la cantidad de noventa pesos mensuales, no se deduce, conforme a los principios atrás expuestos, que ese fuera el perjuicio patrimonial sufrido por los demandantes. Para ello era menester que estuviera plenamente demostrado en los autos que Quiñones Olarte daba a sus padres el setenta y cinco por ciento de su sueldo mensual, lo cual no está probado en manera alguna".

Para desvanecer este reparo, se adujo en esta instancia el testimonio de Alfredo Casas (fs. 11 del C. 10); Rafael Salazar Ferro (fs. 23, íd.), y Luis Eduardo Fajardo (fs. 24, íd.)

Estos declarantes, conforme a conocimiento personal de los hechos, aseveran que Quiñenes Olarte en muchas ocasiones enviaba a sus padres el sueldo íntegro o lo que ganaba en la empresa del ferrocarril.

De suerte que puede admitirse que la ayuda de éste a sus padres estaba representada por un 75 % del sueldo, como dicen los peritos.

Por otra parte, algunos de los declarantes citados dicen que Quiñones Olarte en los momentos que le quedaban libres en la empresa, se dedicaba a algunas ocupaciones que le producían ganancias.

En el auto de 15 de febrero de 1935, rechazando alguna objeción a la pericia, dijo el tribunal: "Esta alegación carece de fundamento porque en el libelo de demanda se piden los perjuicios causados por la muerte de Domiciano Quiñones Olarte, y por este motivo los peritos debían apreciar dicha vida y no la de los demandantes, quienes obran como padres legítimos y herederos del nombrado Quiñones Olarte a cuyo favor redunda el monto de tales perjuicios. Al rendir su avalúo en la forma que lo hicieron los peritos no incurrieron en error alguno, y por el contrario se ajustaron estrictamente a los términos de la demanda, por lo cual esta objeción debe rechazarse".

Este crtierio para la evaluación no lo repudió el señor Procurador General de la Nación, quien en la segunda instancia de la providencia mencionada, dijo lo siguiente:

"Observo: Es manifiesto, como dice el tribunal, que los peritos debían avaluar la vida de Quiñones Olarte, quien murió en el siniestro, y no la de los demandantes".

El C. J. en sus artículos 721, 722 y 723 ha sentado normas para la estimación de la prueba pericial y ha señalado los casos en que cada una de esas disposiciones puede aplicarse.

Los avalúos de cosas o la regulación que deba hacerse en una cifra numérica son más o menos arbitrarios, por lo cual el artículo 721 nombrado ha dispuesto que el "dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba", lo que significa que cuando dicho dictamen no reúna tales requisitos, el juez puede apreciarlo, según su criterio, hasta donde en-

cuente la fundamentación, o desestimarlo, si no fuere posible otra cosa.

Porque puede ocurrir que los expertos omitan datos importantes o se basen en algunos no acreditados y que sean supuestos o imaginarios por ellos. Si el peritazgo en esas condiciones fuese obligatorio, la convicción del juzgador quedaría supeditada, sin motivos racionales, al parecer de los peritos, lo cual no estaría acorde con el artículo 472 del C. J., cuando dice 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 rconocidos por la ley substantiva, y, por consiguinte, 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".

Esta Sala, en sentencia de 12 de marzo de 1937 (número 1926 de la **Gaceta Judicial**), dijo, refiriéndose al mencionado artículo 721: "Pero debe entenderse que al decir la disposición referida que el dictamen debe ser 'debidamente fundamentado' para que constituya plena prueba, ha querido que se apoye en consideraciones lógicas y racionales que conduzcan a la evdiencia de la conclusión que se propone"

En efecto, cuando la pericia es uniforme, explicada y debidamente fundamentada, el juez no está autorizado para prescindir de ella, arbitraraimente; pero si no reúne esas calidades, debe impartir justicia acomodándose a la verdad de los hechos comprobados.

Con las premisas anteriores, la Sala procederá, como lo ha hecho en ocasiones similares, a hacer la estimación del avalúo, apreciando el experticio en todo cuanto en él aparezca bien fundamentado.

Los pertios, para deducir el capital o guarismo de la indemnización, tomaron como punto de partida, no la suma de noventa pesos que era lo que ganaba mensualmente el señor Quiñones Olarte, cuando le sobrevino el accidente, sino la de ciento veinte pesos setenta y cinco centavos ($ 120.75).

Ellos, para justificar este aumento, suponen que aquél, dadas sus condiciones personales y su situación en la empresa, iría a devengar más tarde ese sueldo. Pero habiendo ocurrido su fallecimiento, cualquier suposición en este sentido es más imaginario que probable, por lo cual parece más equitativo no tomar en consideración dicho aumento.

Ahora bien: los peritos calcularon que el señor Quiñones Olarte socorría a sus padres con el setenta y cinco por ciento de su sueldo. Consecuencialmente, aplicando el criterio por ellos empleado, la suma de sesenta y siete pesos cincuenta centavos ($ 67.50) mensuales, o sea el setenta y cinco por ciento de noventa, provendría de un captial de trece mil quinientos pesos ($ 13,500.00), que al seis por ciento (6%) anual daría para los actores una renta de sesenta y siete pesos cincuenta centavos mensuales.

Como acaba de exponerse, la Sala ha acogido del dictamen todo lo que en él está debidamente fundamentado, y sin salirse del espíritu del artículo 721, hace la estimación que armonice con la verdad de los datos comprobados, y consiguientemente con la equidad y la justicia.

Podría argüirse, que habiéndose declarado no probadas las objeciones al dictamen y que no habiéndose pedido en tiempo explicación, ampliación o aclaración de él, ya el juez tiene que aceptarlo como plena prueba.

En el auto en que se decidieron las objeciones se dijo que la estimación de la pericia se haría en la sentencia, lo cual es legal, puesto que es en el fallo donde se aprecia el mérito de las pruebas allegadas. El derecho de las partes, según el artículo 719 del C. J., no le impide al juzgador hacer uso de la facultad de analizar el dictamen para ver si reúne las condiciones del artículo 721 **ibídem**, y así proceder en consecuencia.

Respecto del daño moral, como la anotó el tribunal, nada se dijo explícitamente en la demanda ni en el concepto pericial.

Además, habiéndose reconocido un valor ecnoómico a la vida del señor Quiñones Olarte, no sería tampoco fácil deslindar si en esa apreciación quedaban incluídos implícitamente todos, absolutamente todos los daños.

Por consiguiente, no es el caso de hacer consideraciones aparte sobre perjuicios morales.

Deduciendo de trece mil quinientos pesos ($ 13,5000.00) la suma de mil ochenta pesos ($ 1,080.00), quedan doce mil cuatrocientos veinte pesos ($ 12,420.00), que es la suma que debe pagar la nación a los demandantes.

En mérito de lo discutido, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, **decide**:

Confírmase la sentencia recurrida, con la reforma consistente en disponer que el valor de los perjuicios que la nación colombiana debe pagar a los demandantes es la cantidad de doce mil cuatrocientos veinte pesos

($ 12,200.00) moneda corriente, que se cubrirán seis días después de ejecutoriada esta sentencia.

Sin costas.

Ejecutoriado este fallo, pásese copia de él al ministerio de hacienda y crédito público y a la contraloría general de la república para los efectos del artículo 554 del Código Judicial.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el negocio a la oficina de su origen.

Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo—Aníbal Cardoso Gaitán — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

SALVAMENTO DE VOTO

Para explicar el sentido en que interpreto el fallo anterior, en uno de sus puntos, y salvar mi voto en otro, hago la presente exposición, con el acatamiento y respeto debidos y que profeso a la opinión de mis colegas.

Refiriéndose el fallo a la indemnización por perjuicios, expresa cómo de ordinario aquélla no tiene otra función que satisfacer, en frente a los beneficiarios, sino la de procurar cierto bienestar que reemplace el que fue arrebatado por la muerte de una persona. Esta tesis, que hallo cierta y que considero fundamental, en materia de indemnizaciones como la de que se trata en el pleito, implica, a mi juicio, una innovación en la jurisprudencia colombiana: la de que en los casos de muerte de una persona, por culpa de otra, no se paga una vida, sino el daño que su falta ocasiona a terceros; la indemnización se concreta, como lo dice la sentencia, a procurar cierto bienestar que reemplace el que arrebató la muerte.

Hasta ahora venía siendo un criterio de grave perturbación en esta delicada materia, el juzgar que en los casos de accidentes debía **pagar el muerto** el responsable. Tan errónea apreciación ocasionaba consecuencias también equivocadas en relación con la indemnización por el daño.

Esta no debe dirigirse a otra cosa, como lo afirma el fallo, sino a procurar un bienestar que sustituya al que la persona que fue muerta daba a otras. Reemplazar la acción de la víctima respecto a sus deudos o allegados, o a terceros, en general, con una asistencia, apoyo o concurso que equivalga al que se dejó de prestar con su muerte. Ello da la medida de la indemnización. Cualquier provecho que exceda de esa reparación, constituye un enriquecimiento indebido, que la ley no autoriza.

Dice el fallo, más adelante, que el sistema para el cálculo de la indemnización, consistente en tomar en cuenta la ayuda pecuniaria del hijo fallecido en función del tiempo de la supervivencia de los padres, que yo estimo acertado, podría conducir a eventos que implicasen un resultado inequitativo, como en el de un hijo que atiende a su padre anciano y herido de una enfermedad incurable, que lo llevará en poco tiempo al sepulcro, pues con ese criterio, en tal caso, la indemnización sería ínfima. Me parece que la consideración que aquí se hace y el ejemplo podrían llevar a la negación de la tesis, ya sentada en la misma sentencia, de que la indemnización tiene por objeto reemplazar el bienestar que se arrebató con la muerte de una persona, desde que pueda aquélla comprender un daño distinto al que realmente se produjo, o sea el desamparo en que el padre quedó durante el tiempo de su supervivencia con relación al hijo. Muerto el padre, y si su fallecimiento se produjo por razón de enfermedad anterior, extraña al accidente en que murió el hijo, como el mismo desenlace fatal pudo haber ocurrido durante la vida del hijo, y éste dejaría en tal hipótesis de asistir a su padre, tampoco hay fundamento a considerar que por ser pequeña o ínfima la indemnización, no corresponda al daño que ha de indemnizarse. Si el padre muere pocos meses después de su hijo, des-

aparece, con el fallecimiento del genitor, el sujeto del daño, y con él el perjuicio.

Si la inteligencia del fallo en el punto a que me refiero fuese la de que debe pagarse una indemnización mayor que la que corresponde al beneficio que el padre dejó de recibir, de parte de su hijo, en el tiempo que le sobrevivió, se llegaría, contrariando la premisa sentada por la sentencia, sobre la reparación limitada a un bienestar que reemplace el que la muerte de una persona le arrebató a otra, a un enriquecimiento sin causa.

Por estas consideraciones estimo que el fallo ha de entenderse en forma que no desvirtúe su propia tesis de la reparación limitada exclusivamente al daño causado.

Una discrepancia con mis distinguidos colegas de Sala, sobre cuestión idéntica a la que comento, me obligó a salvar mi voto en la sentencia de fecha 12 de marzo de 1937, que decidió del juicio de Alfredo Borda P. y Cleofe Castro de Olarte contra la nación, publicada en el número 1926 de la **Gaceta Judicial**. Allí se cobraban perjuicios por la muerte de los padres de un niño fallecido dos días después que ellos, y con el mismo criterio que dejo explicado juzgué entonces que no existía el daño que se reclamaba porque un niño muerto no era susceptible de sufrirlo. (Pág. 377, Gaceta citada).

Interpretada la presente sentencia, como yo lo hago, en el sentido de que las indemnizaciones para casos como el que ella comprende debe limitarse a reemplazar el beneficio que se perdió para otro u otros con la muerte de una persona, debo manifestar mi conformidad con el fallo en este punto.

Respecto al modo como ha de hacerse el pago, dice la sentencia:

"¿Y cómo se ha de hacer la estimación para que consulte una compensación equitativa? Hay que partir de la base de que la obligación de reparar es una obligación de hacer, por una parte, y por otra, no se trata de obligaciones de alimentar en virtud de vinculaciones consanguíneas; de donde se infiere que es lo más indicado condenar a una cantidad fija. Si se cree que esta cantidad fija, al fallecimiento de los beneficiarios vendría a representar el papel de una indemnización sin causa, es porque se piensa que en la estimación del monto de los perjuicios sólo debe entrar como elemento integrante el dinero con que la víctima del acontecimiento contribuía al sostén de los beneficiarios. Pero se olvida tener en cuenta que esa vida, por las especiales relaciones de parentesco, podría ser fuente probable de mayores beneficios patrimoniales legítimos. Y en esta hipótesis, es justo que ella esté representada en alguna cantidad equitativa."

Observo: 1º Aun cuando se trata de obligaciones de hacer y no son ellas de orden alimentario, nada impide, a mi juicio, que la indemnización sea periódica, así como es sucesivo el daño que se va a reparar. La ley nada dispone sobre la forma de indemnizar, luego el juez puede señalarla a su arbitrio. 2º Los peritos, al avaluar el daño y fijar su indemnización, no sólo han de tener en cuenta el dinero con que la víctima contribuía al sostén de los beneficiarios, sino considerar que ella podría ser fuente de mayores beneficios, si razonablemente pueden deducirse. Pero su justiprecio bien puede referirse a todos los beneficios apreciables en dinero y traducirse en una indemnización periódica.

Esta tesis de la indemnización sucesiva tuve también el honor de sustentarla con las razones consignadas en el salvamento de voto mencionado (**Gaceta** 1926, págs. 381 a 383), a las cuales me remito.

Todos los demás puntos, muy interesantes y doctamnete desarrollados en el fallo, merecen por mi parte la plenitud de mi aceptación.

Con las observaciones y la salvedad apuntada suscribo la sentencia.

Bogotá, junio 15 de 1938.

Aníbal Cardoso Gaitán

INDICE

Págs.

EDITORIAL-De la teoría de la imprevisión. (Continuación). Por Lorenzo de la Maza Rivadeneira 597

COLABORACION JURIDICA—La culpa en el delito.—Por Augusto Ramírez Moreno..... 605

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO.—NOCION JURIDICA DE LA EXCEPCION.—DOS CLASES DE EXCEPCIONES: PERENTORIAS Y DILATORIAS.—EXCEPCION DE PETICION ANTES DE TIEMPO.—DESISTIMIENTO DEL PLEITO—PRINCIPIO DE DERECHO PROCESAL DENOMINADO DISPOSITIVO O DE CONTRADICCION.—TRADICION.—Se casa la sentencia del tribunal superior de Medellín en el ordinario de Clímaco Callejas y Concepción Quintero de Callejas contra la Compañía Lebrija, S. A.—Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta.. 609

REIVINDICACION—No se casa la sentencia del tribunal superior de Buga en el ordinario seguido por Ricardo Arbeláez contra Heliodoro Vargas y otros.—Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 619

REIVINDICACION—No se casa la sentencia del tribunal superior de San Gil en el ordinario de Junio E. Cancino contra Abelardo Toledo.—Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón..... 625

ACCION SOBRE PAGO DE UN LEGADO.—INTERPRETACION DE LAS CLAUSULAS DE UN CONTRATO.—ERROR DE HECHO.—ACCION CONDICIONAL PURA Y SIMPLE Y CONDICIONAL Y MODAL.—No se casa la sentencia del tribunal superior de Ibagué en el ordinario de la iglesia del Fresno contra Laura García v. de Pareja. — Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 630

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO.—APRECIACION DE PRUEBAS. — No se casa la sentencia del tribunal superior de Medellín en el ordinario de Lorenzo Jaramillo Pérez contra la curia de Medellín sobre nulidad del testamento de Ana Rosa Alvarez Jaramillo.—Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta.... 636

OPOSICION A LA ADJUDICACION DE UNA MINA.—No se casa la sentencia del tribunal superior de Cartagena en el ordinario de Milciades Cuéllar Durán contra Fernando Wehdeking.—Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca.... 640

ACCIONES DE REIVINDICACION Y DE RENDICION DE CUENTAS.—No se casa la sentencia del tribunal superior de Medellín en el ordinario de Victoriano Martínez contra Clímaco Ríos. Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez 647

RECURSO DE HECHO.—RECURSO DE CASACION DE LAS SENTENCIAS DE GRADUACION DE CREDITOS.—No se concede el recurso de hecho interpuesto contra la providencia del tribunal superior de Bogotá en el concurso de acreedores contra Aristides Mora.—Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 655

OPOSICION A UN DESLINDE.—NATURALEZA DE LA ACCION DE DESLINDE.—POSESION COMO ELEMENTO PARA LA FIJACION DE LA LINEA EN UN DESLINDE.—No se casa la sentencia del tribunal superior de Bogotá en el ordinario de Juan C. Díaz y Teófila Santos de Díaz contra Reinaldo Melo.—Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón 657

RECURSO DE HECHO.—Se niega el interpuesto por el demnadado en el juicio sobre separación de bienes de Dominga Centeno contra su esposo José del Carmen Martínez.—Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica..... 663

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

PARRICIDIO.—ERROR EN CUANTO AL NOMBRE DEL PROCESADO. — Se casa la sentencia del tribunal superior de Bucaramanga en la causa contra Antonio Muñoz Leal por parricidio.—Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias..... 664

RECURSO DE REVISION.—Se inhibe la Corte de conocer la demanda de revisión intentada por Vicente Infantino. — Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias 670

HOMICIDIO. — VEREDICTO EVIDENTEMENTE CONTRADICTORIO.—Se casa la sentencia del tribunal superior de Medellín en la causa contra Otilio Roldán por homicidio. — Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias..... 671

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION DE RESPONSABILIDAD POR PERJUICIOS. — Se confirma la sentencia del tribunal superior de Bogotá en el ordinario de Domiciano Quiñones y María Olarte de Quiñones contra la nación.—Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 677

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. ANIBAL CARDOSO GAITAN 693

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas.—Ley XIII).
"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVI BOGOTA—AGOSTO DE 1938. NUMERO 1938.

DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION

POR

LORENZO DE LA MAZA RIVADENEIRA

(Continuación)

DIFERENCIA ENTRE LA NOCION DE LA FUERZA MAYOR Y LA NOCION DE IMPREVISION

SUMARIO: 23. Atendiendo a sus elementos objetivos. — 24. Atendiendo a los hechos que las originan. — 25. Atendiendo a sus elementos subjetivos. — 26. Atendiendo a sus respectivos dominios de aplicación. — 27. Atendiendo a sus efectos. — 28. Atendiendo a la intervención del tribunal. — 29. Ambas nociones pueden coexistir.

23. Nos corresponde señalar en este capítulo las principales diferencias entre la imprevisión y el caso fortuito. Lo creemos necesario, tanto más cuanto que un mismo acontecimiento, según sus caracteres y efectos, puede ser constitutivo de aquélla o de éste.

Si atendemos al elemento objetivo esencial de estas nociones, veremos que la imprevisión es completamente diferente de la fuerza mayor.

En efecto, para que un acontecimiento constituya fuerza mayor, es necesario entre otros requisitos y según vimos (número 14), que se trate de un acontecimiento insuperable, de un hecho que haga material y absolutamente imposible el cumplimiento de la obligación. Es la imposibilidad absoluta.

En cambio, respecto de la noción de imprevisión, sólo se exige, según vimos (número 19), que se trate de hechos, que sin hacer imposible el cumplimiento de la obligación, la dificultan en forma considerable, la hagan exhorbitantemente más onerosa e impongan al deudor un perjuicio apreciable y grave. Basta, en una palabra, la imposibilidad relativa, la dificultad grave.

24. Atendiendo a los acontecimientos con ocasión de los cuales intervienen estas dos nociones, la diferencia es menos fácil de ser precisada.

Reuniéndose los demás requisitos, basta un acontecimiento imprevisto para que exista caso fortuito o fuerza mayor (número 14).

En cambio, interviene la noción de impre-

visión, cuando se trata de acontecimientos más complejos, de un conjunto de hechos; y esto sólo no basta; es necesario, fuera de la concurrencia de los demás requisitos, que produzcan, con relación a toda una categoría de contratantes, una alteración general y grave en las condiciones normales de la vida colectiva, en el desarrollo ordinario de los negocios, en las relaciones económicas y sociales.

25. También existe diferencia entre estas nociones atendiendo a los elementos subjetivos.

El elemento subjetivo esencial de la noción de fuerza mayor consiste en que el hecho o acontecimiento de que se trate sea ajeno a la voluntad del deudor.

En cambio, el elemento subjetivo de la nación de imprevisión no sólo lo constituye la ausencia de culpa o dolo de parte del deudor, sino además, el hecho de que las partes no hayan previsto, ni razonable y lógicamente podido prever, el acontecimiento generador de la imposibilidad relativa de ejecución.

26. Diferentes son también los dominios de aplicación de estas nociones.

El dominio de aplicación de la teoría de la imprevisión, según lo veremos más adelante, sólo se extiende a las obligaciones contractuales que importan prestaciones sucesivas o diferidas, mientras no estén íntegramente ejecutadas y no es susceptible de ser aplicada a las obligaciones delictuales y cuasi-delictuales, ni a las que nacen de la ley, como tampoco a las que emanan de contratos aleatorios o de cuasi-contratos. Esta teoría tiene, pues, un dominio de aplicación bastante restringido.

La noción de fuerza mayor, en cambio, se aplica a toda clase de obligaciones y se aplica aun a las relaciones jurídicas que emanan de los derechos reales, como en los casos de los artículos 799 y 934 de nuestro Código Civil. Su dominio de aplicación es, pues, más amplio que el de la noción de imprevisión.

27. — Ambas nociones tienen, además, efectos diferentes.

El efecto propio de la fuerza mayor es eximir de responsabilidad al deudor por la inejecución de la obligación, exonerándolo de la obligación de indemnizar los perjuicios que sufre el acreedor a consecuencias del incumplimiento. Deja sin efecto la obligación, si se nos permite hablar así.

En cambio, como veremos más adelante, la imprevisión sólo atenúa el rigor de los efectos de la obligación; su solo efecto es la revisión de las condiciones del vínculo jurídico, como regla general y, en algunos casos, suspender la obligación de la ejecución o provocar la resciliación del contrato. (1)

Esta regla no es absoluta, según Bonnecase. La fuerza mayor bien puede acarrear solamente la inejecución parcial de la obligación, eximir sólo en parte al deudor de los perjuicios que debe indemnizar a su acreedor. Y, a la viceversa, en casos excepcionalmente graves. bien se puede considerar a la imprevisión como capaz de constituír un motivo suficiente para dejar sin efecto la obligación, eximiendo al deudor de toda responsabilidad. (2).

Esta opinión de Bonnecase es quizás un poco exagerada. Creemos que la imprevisión no puede constituír jamás un motivo o razón suficiente para eximir de responsabilidad al deudor. Y tanto es así, que el mismo Bonnecase expresa que "si se quiere salvaguardiar la seguridad de las relaciones económicas y la estabilidad social, es preciso mantener la fuerza obligatoria de los contratos."

28.—También se diferencian las dos nociones a que nos estamos refiriendo, en cuanto a la intervención del tribunal una vez planteadas en juicio.

Respecto del caso fortuito, el tribunal se concreta a determinar si concurren los requisitos necesarios para que exista y si el deudor no se encuentra en alguno de los casos en que responde del caso fortuito según la convención o la ley. En seguida, procede a declarar exento de responsabilidad al deudor.

Más amplia es, como veremos, la intervención del tribunal tratándose de la noción de imprevisión. Aquí, no sólo se concreta a determinar si concurren los requisitos para que verdaderamente exista y sea aplicable la noción de imprevisión, sino que debe, también, determinar, atendiendo a las circunstancias generales que han originado su intervención y a las particulares de cada caso, si procede o no la revisión de la obligación; si procede solamente una suspensión de la ejecución, o si procede la resciliación. Además, en ciertos casos, tendrá que actuar en lo referente a las indemnizaciones que se deban. En último término, la amplitud de su intervención depende de los efectos que se atribuyan a la teoría de la imprevisión.

---

(1) Respecto del sentido en que empleamos la palabra resciliación, ver el capítulo 5o.

(2) Bonnecase: No 203.

29.—Se desprende claramente de las diferencias anotadas que la fuerza mayor existe paralelamente a la noción de imprevisión, como instituciones jurídicas independientes, distintas y separadas.

Según lo hemos visto, respecto del caso fortuito, el punto de vista objetivo es el todo. Lo que se necesita determinar, para saber si existe, es si el acontecimiento imposibilita o no absolutamente la ejecución del vínculo.

Tratándose de la imprevisión, en cambio, el punto de vista subjetivo es el que principalmente se debe tener en cuenta. Lo que más interesa averiguar es el estado psicológico de las partes al contratar, es si pudieron o no prever los acontecimientos que dan origen a la imprevisión.

Sin embargo, en legislaciones como la nuestra, que exigen respecto de la fuerza mayor acontecimientos imprevistos, es también digno de tenerse en cuenta el estado psicológico de las partes al obligarse. Y en estas legislaciones y a los ojos de algunos autores que exigen también ese requisito, las nociones de imprevisión y de fuerza mayor parecen confundirse a primera vista y, esta última, aparece con netos caracteres de injusticia.

Sobre la base de las diligencias anotadas entre ambas nociones, podemos afirmar que no es posible confundirlas. El hecho de que se exija con respecto a la fuerza mayor acontecimientos imprevistos, no basta para confundirla con la imprevisión, que exige además acontecimientos imprevisibles. Esto, fuera de las demás diferencias que hemos anotado.

Fruto de la confusión anterior es la injusticia que pretende verse en la noción de fuerza mayor. En efecto, si basta para destruír la obligación la simple imposibilidad relativa (imprevisión), es injusto que se exija la absoluta con respecto a la fuerza mayor. Pero no es así. En primer lugar y en términos generales, si bien se exige menos tratándose de la imprevisón (imposibilidad relativa), menores son sus efectos (nunca la exención completa del deudor), y más difíciles de llenarse sus otros requisitos, a los cuales ya nos hemos referido. En segundo lugar, la justicia y la conveniencia son las que exigen la coexistencia independiente de estas dos nociones, como instituciones separadas.

La justicia y la conveniencia exigen, por una parte, que se mantenga incólume la fuerza obligatoria de los contratos, y, por otra, que no se obligue al deudor a realizar lo imposible, como no sucedería de no existir la fuerza mayor. Así, no se destruye la fuerza de ley que tienen los contratos, ni se sorprende, bajo un aspecto distinto, la buena fe de las partes, puesto que nadie puede ignorar al dar vida a una obligación que la fuerza mayor puede liberar al deudor, puesto que nadie puede ignorar la ley según el artículo 8º de nuestro Código Civil.

Sin embargo, la justicia y la conveniencia no se contentan con eso. Deben contemplar también la situación del deudor en los casos de imposibilidad relativa de ejecución, y lo hacen en el hecho, dando menores consecuencias a una imposibilidad menor, mediante la teoría de la imprevisión.

En resumen, ni a la justicia ni a la conveniencia se oponen la fuerza mayor y la imprevisión, como instituciones jurídicas que coexisten con independencia y separadamente.

(Continuará)

(De la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales de Santiago de Chile)

COLABORACION JURIDICA

LA REFORMA PENAL Y EL REGIMEN PENITENCIARIO

Estudio presentado al II Congreso Jurídico Nacional.

LA INDOLE DE LA REFORMA

La parte técnica

- I -

Desde el 1º de julio se comienza a vivir en Colombia una nueva etapa en su sistema penal y penitenciario.

La ley 95 de 1936 es el nuevo Código Penal. La ley 94 de 1938 constituye el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Ambos estatutos son armónicos. Les caracteriza una unidad de pensamiento y su ejecución y práctica requiere esa misma armonía.

La idea medular de uno y de otro es la personalización del delincuente y la aplicación de las sanciones correspondientes, o sea la determinación de la pena dentro del mismo concepto de la individualización.

Las teorías penales contemporáneas requieren el estudio de cada caso para aplicar debidamente, con técnica, la pena efectiva. Y ello con el allegamiento, desde la investigación, de los datos de esa técnica.

La antropología, la sociología, el estudio jurídico, el estudio psicológico, las condiciones económicas, en suma los elementos referentes a lo psicológico y sociológico del delincuente, y a las causas sociales del delito, determinan la necesidad de una preparación especializada para aplicar las nuevas leyes penales.

La peligrosidad del delincuente, las medidas de prevención, el tratamiento carcelario, la penalogía, en una palabra, la vida práctica de la reforma requiere a su vez la creación o la adaptación de penitenciarías, cárceles, colonias penales, manicomios criminales y reformatorios para los menores delincuentes.

Es un vasto programa el de la reforma penal y penitenciaria. Pero es una necesidad de la república el realizarlo.

Ha correspondido a la administración del presidente López sentar las bases técnicas de la reforma. Es innegable que su empeño ha sido eficaz. Bastaría sólo la consideración de animador de la transformación penal y de concatenador de la técnica en la constitución de las sendas comisiones de asuntos penales y penitenciarios que prepararon los nuevos códigos, para fijar su acción como punto efectivo, de arranque en una obra social, cuyo perfeccionamiento incumbe a los hombres de gobierno.

Y es de apuntarse también que la técnica que caracteriza la reforma sea —hasta donde es posiblemente nacionalizar lo universal científico— obra de especialistas colombianos, quienes realizaron el trabajo preparatorio de la adaptación y del medio, es decir, de lo real y propio, esencial para destacar una personalidad individual, o para interpretar debidamente una colectiva.

Carlos Lozano y Lozano, Rafael Escallón, Jorge Eliécer Gaitán, Carlos V. Rey, Luis Rueda Concha, Parmenio Cárdenas, Timoleón Moncada, José Antonio Montalvo y Valerio Botero Isaza, unos desde 1925 y otros en la última comisión de los estudios preparatorios de la reforma supieron aportar su crítica y su contingente a las leyes 95 de 1936 y 94 de 1937. (1).

---

(1) El Código Penal vigente es la ley 19 de 1890. Este código es en verdad una revisón con algunas reformas, hecha por el Consejo de Estado del Código Penal del Estado Soberano de Cundinamarca de 1858, el cual a su vez reprodujo el de la Nueva Granada de 1837, en cuya expedición tanta parte tuvo el general Santander.

La primera tentativa de reforma, adoptando como nacional el código de Cundinamarca de 1858, en virtud de la unidad legislativa de 1886, se proyectó por el consejero de Estado doctor Demetrio Porras. En el año de 1889 elaboró el doctor Porras un proyecto de Código Penal.

En 1912 el eminente penalista nuestro, doctor José

La base de la reforma penal y penitenciaria es firme. Tangible es en la técnica. La constituyen dos leyes cuya vigencia empieza ahora.

La parte práctica

Pero como apuntábamos antes deben venir las medidas complementarias para la parte práctica.

Entre esas medidas hay algunas cuya iniciación empieza. Hay otras que aún están en proyecto. Todas ellas son convergentes. Exigen una concatenación de esfuerzos, dependientes unos del gobierno nacional, otros de los departamentales, y otros de los municipales. Se traducen ellos en la parte material, pero han menester de un criterio y de una acción conjunta y cooperadora en el éxito de la reforma penal y penitenciaria.

Ni el Gobierno Nacional, ni los Gobiernos Departamentales y Municipales pueden cejar en el empeño de tomar las medidas y arbitrar fondos para atender a los resultados prácticos que la técnica de la reforma indica, y que el fenómeno social de la prevención, represión y tratamiento de la delincuencia necesita como fenómeno social.

Desde luego la reforma ha sufrido críticas y puede ser objeto de otras. Ello es natural. El acierto en todas las cosas, y más en las complejas, está sujeto a cambiantes según las situaciones o los puntos de vista.

La orientación en materia de escuelas penales produce reparos en la técnica. No hemos de ocuparnos de ella por la sencilla razón de que bien o mal, la reforma penal y penitenciaria es ya un estatuto legal, y porque propiamente no hemos tenido ocasión de ver un estudio que vulnere la técnica adoptada por la reforma.

Los comentarios que se han hecho alrededor de ella han versado en lo fundamental, sobre todo el del doctor Gutiérrez Gómez, Procurador Delegado en lo Penal y competente e ilustrado perito en la materia, acerca de la aplicación de las nuevas leyes, por carencia actual de elementos para realizar la reforma.

No negamos que el reparo es fundado, que es cierto que actualmente no existen algunos elementos, ni se han proporcionado ciertos medios para la práctica integral de la reforma.

Tampoco desconocemos que puede haber serias dificultades de presupuesto para el sostenimiento de los Jueces de Instrucción, ya que los Alcaldes e Inspectores de policía sólo tienen el carácter de funcionarios de instrucción en contravenciones cuyo conocimiento corresponda a la policía y a los juzgados municipales. Pero aparte de que pudiera adoptarse una medida de transición, no es aventurado afirmar que dada la importancia de llevar a la práctica la reforma penal y penitenciaria, el Congreso compenetra-

---

Vicente Concha, presentó un proyecto completo de Código Penal. No llegó a ser ley entonces.

En 1922 la ley 109 de ese año aprobó, con algunas modificaciones, el proyecto de Concha.

La vigencia del código aprobado por la citada ley 109, la aplazó luégo la ley 81 de 1923. Creóse entonces por esta ley una comisión de especialistas colombianos para que examinaran técnicamente la Reforma Concha, y presentaran el proyecto definitivo, porque en el campo penal empezaba a iniciarse otro criterio.

En 1925 presentó la comisión colombiana un proyecto completo, que el profesor Enrico Ferri encomió desde el punto de vista del desarrollo de la ciencia penal.

"A pesar de esto —dice la comisión penal y penitenciaria actual en su exposición de motivos— el proyecto de 1925 no fue discutido, ni siquiera estudiado por las cámaras; por circunstancias que no alcanzamos a explicar, no se le dio curso, y en 1926 se contrató una misión extranjera, compuesta de modestos funcionarios italianos, que ignoraban totalmente las condiciones de nuestro ambiente, que vinieron al país con el ánimo preconcebido de suprimir las modernas tendencias que tenía el proyecto de 1925 y de regresar al de 1912, como en efecto lo hicieron en el proyecto presentado en agosto de 1927, que el mismo tratadista Ferri calificó de paleontología jurídica, como quiera que eliminaba del Código Penal las medidas de seguridad y todas aquellas innovaciones de que no carece ninguno de los proyectos de reforma presentados en los últimos veinte años en los diversos países del mundo civilizado.

Así las cosas, era natural que el proyecto de la misión italiana, presentado en 1927, no tuviera acogida, y que se paralizaran los trabajos de la reforma penal en Colombia, hasta que vino la ley 20 de 1933, en virtud de la cual se organizó a principios de 1934 la actual comisión nacional de asuntos penales y penitenciarios, y se reanudaron los trabajos, en la esperanza de que en esta ocasión fueran coronados por un éxito feliz y completo."

Son, pues, los estudios de profesores colombianos la base, medula y concatenación de la reforma penal y penitenciaria. Y esa la razón por la cual el autor de este comentario cita orgulloso el nombre de los profesores que integraron las dos comisiones, técnicas y fructuosas.

do de su trascendencia variase siquiera en parte su política desatentada de auxilios y atomización del presupuesto, para atender a materia tan esencial como es esta general de una política de prevención y lucha contra la delincuencia.

No hay que olvidar por otra parte, que ninguna reforma se verifica con todos los medios de acción requeridos, de un golpe. Adaptación, adecuación, preparación son necesarias. Una etapa sigue a otra para conseguir cualquier desarrollo. Lo importante es la continuidad de ellas dado el impulso inicial.

Aplicando un criterio efectivo para apreciar la reforma, siguiendo un método pragmatista, hemos de convenir que ella es útil, y que por lo tanto para llevarla a término cumplido, las medidas que la complementen y desarrollen tienen que ser prácticas.

Entre esas medidas complementarias y convergentes se han iniciado las siguientes:

a) La del Decreto número 1405 de 7 de julio de 1934, referente a la organización carcelaria y régimen de establecimientos penitenciarios, expedido por el presidente de la república en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la ley 20 de 1933.

b) El Decreto número 259 de 16 de febrero de 1938, por el cual se fija el personal y asignaciones del departamento de prisiones.

c) La Ley 102 de 1936 sobre construcción y arreglo de prisiones, y que permite enajenar inmuebles nacionales que no estén destinados a fines previstos en las leyes, para dedicar su producto a la construcción de prisiones y arreglo de penitenciarias.

d) La Ley 82 de 1938 que prorroga por cuatro años más a partir del 1º de mayo de 1938, las facultades extraordinarias conferidas al gobierno y al presidente de la república por la ley 102 de 1936, en relación con la reforma y construcción de los establecimientos de detención, juzgados de menores y reformatorios, y en general la organización científica de la lucha contra la delincuencia.

e) La Ley 118 de 1937 que autoriza la construcción de manicomios para delincuentes y les auxilia cuando los erijan los departamentos.

f) La organización que ya funciona de la Escuela de Estudios Penales Especializados.

g) Y la creación de las colonias penales, cuya organización también contempla el Decreto 1405 de 1934.

Lo efectivo de estas organizaciones, la continuidad de las iniciadas, la apropiación de fondos para prisiones, reformatorios, manicomios y colonias, es precisamente la etapa que sigue a la base legal de la reforma y que necesita atenderse en los prespuestos nacionales, departamentales y municipales con los fondos que les son propios y dentro de la unidad que debe informar la materia.

Hay manera de continuar lo iniciado y de emprender lo que falta? Pueden allegarse medios y esfuerzo para que la reforma penal y penitenciaria se asiente en la realidad?

Creemos que sí, si con método se procede y con continuidad se obra.

En nuestro sentir hay tres elementos complementarios de la reforma ya iniciados y cuya realización es cuestión de método: son ellos la construcción de las penitenciarías, la de los reformatorios penales y la de las colonias agrícolas penales.

- II -

LAS MEDIDAS COMPLEMENTARIAS DE LA REFORMA

a) Lo inicial

Cuando el Poder Ejecutivo, en virtud de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 20 de 1933, expidió el Dacreto 1405 sogre Régimen Carcelario y Penitenciario, comentamos así la medida:

"Más que una revolución, el decreto en referencia es una creación sobre la materia. En lo relacionado con la organización carcelaria y el régimen de establecimientos penales, la república no ha tenido nada científico ni adecuado al mejoramiento de quienes, por cualquier circunstancia, han caído bajo las sanciones legales. Salvo dos decretos fragmentarios, el de la abolición de ciertos castigos y el de la separación teórica de detenidos y condenados, la labor de los gobiernos en este importantísimo ramo de la administración pública ha sido la de la rutina sin solución de continuidad con los sistemas coloniales.

"Ni cárceles adecuadas, ni penitenciarías, ni colonias penales, ni organización de trabajo, ni atención a las necesidades de higiene, ni estudio de la parte psíquica de los penados, ni formación del personal directivo y disciplinario, en una palabra, ausencia de toda idea o sistema tendiente a la educación moral, o a la creación de la oportunidad, por

el trabajo, en la regeneración de presos o convictos, es y ha sido la modalidad penitenciaria en Colombia". (1).

El Decreto sobre Régimen Carcelario y Penitenciario es un verdadero Código, rigurosamente articulado, que en 290 disposiciones estatuye las nuevas normas a que ha de sujetarse el funcionamiento carcelario, en todas sus fases, desde la provisión y sostenimiento de los establecimientos de castigo hasta la parte referente a la educación, trabajo y observación metodizada de la conducta de los penados, en busca de su regeneración.

Preparado ese estatuto por la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios, su eje es como el del Código Penal y el de Procedimiento en la materia, la individualización del delincuente y de la pena. De ahí lo armónico de la reforma en la parte técnica.

Es ella, por lo tanto, en la esfera de lo técnico, una creación. Y en esa parte la referida medida convergente de la reforma penal es tangible.

En cuanto a su traducción en el hecho real, en la materialización o práctica de ese Estatuto, dependiendo como depende, en gran parte de la construcción de edificios o de la adaptación de los existentes para penitenciarías y cárceles del tipo requerido por la reforma, ya algo se ha hecho y es preciso continuarlo, desde luego conformándose a la índole del nuevo régimen carcelario y penitenciario.

Sólo por obra del método y de la continuidad, y por la selección de las obras en su importancia y con la aprobación de los recursos, sistemáticamente dedicados a lo factible, puede asegurarse en etapas sucesivas la construcción y adecuación de los locales destinados a penitenciarías y cárceles.

Factores geográficos, étnicos e históricos, y la organización constitucional, que es su resultante, determinan en Colombia la personería de tres agrupaciones de Derecho Público: nación, departamento y municipio.

Las necesidades de esas entidades se proveen con fondos o contribuciones propios, que en la autonomía administrativa dedica cada una de ellas a los servicios públicos.

b) Cárceles

Disposiciones legales vigentes determinan que en cada municipio debe existir una cárcel costeada y servida con fondos municipales, que en cada cabecera de circuito judicial corresponde al respectivo departamento suministrar el local para cárcel, siendo de cargo de la nación los gastos de material, dirección y vigilancia, y lo mismo acontece con la cárcel de toda cabecera de distrito judicial.

Las penitenciarías son de cargo del gobierno nacional, lo mismo que las colonias penales y agrícolas.

El Decreto número 1405 establece esa organización, y prescribe que en los respectivos edificios carcelarios exista separación entre hombres y mujeres, menores y adultos, sumariados y enjuiciados.

Abordando el tópico de manera resuelta, el doctor Francisco Bruno, director general de prisiones, perito en la materia, en quien la dedicación a estos estudios no es ocasional, en sus sendos informes de 1936 y 1937 al ministro de gobierno consigna el dato siguiente:

"En virtud de muy antiguas disposiciones legales, muy justas, corresponde a los departamentos suministrar los edificios para cárceles de distrito y de circuito judicial: diez y ocho de las primeras y ciento veintisiete de las segundas. Pero la obligación se ha cumplido tan imperfectamente, tan empíricamente, que — puede confesarse a pulmón abierto — en Colombia no hay cárceles, ni siquiera en la capital de la República". (1).

Igualmente apunta el mencionado Director que de estas cárceles sólo Medellín puede presentar hoy una que al terminarse corresponde a las necesidades de la reforma. En Cúcuta acaba de inaugurarse una cárcel construída con los requisitos del caso y dotada de todo el menaje necesario.

En el departamento del Valle, en Palmira, constrúyese otra cuyas proporciones permiten adaptarla a penitenciaría.

Son, pues, tres los edificios para cárcel que reúnen las condiciones típicas de su objeto.

Pero como el servicio ha menester de diez y ocho cárceles de distrito y de ciento veintisiete de circuito judicial, y no es posible aspirar a que los departamentos dediquen en sus presupuestos las partidas suficientes para construir todas sus cárceles durante una sola vigencia, el mismo funcionario con-

(1) "El Tiempo". Edición del 6 de julio de 1934.

(1) Exposición del D. G. de Prisiones al M. de G. 1936.

ceptúa que en el Presupuesto Nacional se apropie una partida siquiera de ciento cincuenta mil pesos para las cárceles de Distrito Judicial, es decir, para aquellas que deben organizarse en las capitales de los departamentos.

Limitó su aspiración el Director General de Prisiones a la construcción o adecuación de catorce cárceles de distrito judicial, y prescindió, con muy buen acuerdo, de las cuatro restantes de esa clase y de las ciento veintisiete de circuito judicial.

Sin embargo, el Congreso no apropió en 1937 la partida de ciento cincuenta mil pesos requerida, y en síntesis sólo quedó vigente, para arbitrar recursos, lo dispuesto por la Ley 102 de 1936, en virtud de la prórroga de autorizaciones de la Ley 82 de 1938, que permite la venta de ciertos bienes nacionales para la construcción de cárceles, mediante arreglo con los departamentos.

Esta realidad no puede aceptarse como inmodificable, expresa el Director General de Prisiones, por lo cual "es necesario que el departamento reforme, asee, higienice, humanice sus edificios propios destinados a cárceles de distrito y de circuito". (1).

Lo cierto es entonces que por lo pronto no hay cárceles apropiadas de distrito y circuito judicial; que no obstante eso la falla puede colmarse, mientras en el curso de algunos años los departamentos en empresa solidaria, construyen los edificios, votando sistemáticamente en sus presupuestos las respectivas partidas; pero al mismo tiempo se impone que adapten los edificios que ahora tienen dedicados a ese servicio, procediendo en las erogaciones con un criterio de emulación regional en pro de una mejora que imponen los tiempos y que debe caracterizar el sentido positivo de un mejoramiento social.

c) Las penitenciarías

En lo paulatino de este avance y en lo factible en nuestro medio, fuera de la adaptación de que se habla, menester es desatender por ahora, aplazar la erección de edificios nuevos para cárceles, cuyo costo incumbe a los departamentos, para dar cima a la realización de los reformatorios y de las penitenciarías, esfuerzo presupuestal que toca a los tesoros departamentales y al erario nacional, respectivamente. (1).

En cuanto a penitenciarías, cuyo costo incumbe al gobierno nacional, tiénese:

Una de primera clase (la penitenciaría central de Bogotá).

Tres de segunda clase, las de Ibaué, Pamplona y Tunja.

Y cinco de tercera clase, las de Cartagena, Manizales, Medellín, Pasto y Popayán.

Esa clasificación es la que da el Decreto número 259 de 1938.

En materia de régimen, sobre todo en la penitenciaría central, con ciertas adecuaciones y mejoras, la dirección general de prisiones ha implantado métodos cónsonos con la reforma.

En las otras se sigue la misma política carcelaria, hasta donde ello es posible dada la condición de los locales, y la labor del mismo director de prisiones ha conseguido, aunque muy modestamente, dotarlas de un personal que atienda y sirva al nuevo régimen.

El costo actual en los establecimientos de castigo por el renglón de sueldos de empleados de penitenciarías y cárceles es de $ 713,104.

El costo de manutención de $ 542,527.14.

En materia de construcciones sólo se adelanta la de la Central de Bogotá, en el sitio de "La Picota". Su costo requiere una apropiación presupuestal anual superior a la que ahora tiene. Ochenta y cinco mil pesos se le asignó en el presupuesto vigente. Concluída esta penitenciaría podrán eliminarse las actuales inadecuadas de Tunja, Pamplona y la Central actual del Panóptico, pues quedará con una capacidad para mil (1,000) presos.

---

(1) Exposición del D. G. de Prisiones al M. de G. 1937.

(1) Las cárceles municipales son 805. El costo de su construcción o de su adaptación, higiene y seguridad como su servicio y personal corresponde a los respectivos municipios (artículo 1o, decreto número 1405 de 1934, ley 49 de 1931, artículo 1o, Constitución, artículos 194 y 195).

No hay, pues, para qué ocuparse por ahora de la construcción de cárceles municipales. Ello es un gasto municipal. Los Gobernadores y las Asambleas, sí pueden dentro de una obra de cooperación, imponer a los municipios la obligación de destinar las participaciones o auxilios distintos de los legales (10 por 100 de rentas de licores y degüello) a construcción o adaptación de cárceles municipales, con parte siquiera de esos auxilios. Y objetar los acuerdos de presupuestos en que no se haga esta destinación o en que no aparezca partida de otra procedencia para la construcción de la cárcel municipal respectiva.

El Departamento del Valle ha venido construyendo una cárcel en la ciudad de Palmira. Esta cárcel podrá adaptarse para una penitenciaría, pues sus planos y disposición obedecen a la técnica de la reforma. El gobierno nacional ha tomado a su cargo la conclusión de ese edificio, y según nos lo ha informado el director de prisiones, y ese es su plan, concluída se eliminarán las penitenciarías de Cartagena, Manizales, Medellín, Pasto y Popayán, para concentrar en la de Palmira los reos reclusos ahora en las penitenciarías inadecuadas de las mencionadas ciudades.

En Ibagué existe una penitenciaría, pero el plan de la dirección de prisiones es adaptarla para concentrar en ella las mujeres delincuentes de la República

De lo anterior se viene en conocimiento que el país estará dotado de tres grandes penitenciarías: la de Bogotá, en "La Picota"; la de Palmira, y la de Ibagué, ésta para mujeres.

Constrúyense las de Bogotá y Palmira. Sus trabajos van adelantados. Puede iniciarse la adaptación de la de Ibagué. Todas estas obras, sin embargo, necesitan una apropiación en el presupuesto nacional, superior a la existente.

No es posible continuar con una partida de ochenta y cinco mil pesos anuales para la sola construcción de la penitenciaría central. La refroma penal y penitenciaria debe ser entendida no teórica sino prácticamente.

d) El costo

Los presupuestos son un índice de las actividades y del pensamiento del Estado. A este fin nos parece pertinente, para destacar la urgencia de lo indispensable y lo útil; y en ello está la reforma penal y penitenciaría, las siguientes cifras:

El capítulo 61, auxilios y conservación de monumentos de la liquidación del presupuesto vigente, vale la suma de $ 2.704,000. La mayor parte de esos gastos corresponden o deberían corresponder a los municipios y a los departamentos. Propiamente no son gastos nacionales. Compárese esa cifra de $ 2.704,000 con la de $ 85,000 dedicados a la construcción de la penitenciaría central de Bogotá, es decir, a la reforma penal. (1).

(1) Liquidación del presupuesto vigente. Decreto número 2140 de 1937.

No sería mucho exigir, para la realización de ésta, que el Congreso restara de la partida de auxilios, una siquiera de un millón de pesos anuales para la construcción de las tres grandes penitenciarías que exige la reforma penal.

En tres años de continua labor podría sacarse avante.

Precisa tener la visión de conjunto en estas materias.

Anexos a las penitenciarías deben estar los manicomios criminales.

El artículo 29 del Código Penal nuevo estatuye que las sanciones para quienes padezcan de enajenación mental consisten en la aplicación de las medidas de seguridad.

El artículo 61 determina que una de ellas es la reclusión en manicomio criminal o en colonia agrícola especial para esta clase de delincuentes.

e) Los manicomios

El capítulo 2º del título 2º del Código de Procedimiento criminal, referente a la ejecución de las medidas de seguridad, da por sentado la existencia de los manicomios criminales.

Por manera que la reforma penal requiere con categoría de primer término, al igual de las penitenciarías, esta clase de estbalecimientos.

Verdad es que la Ley 82 de 1938 al prorrogar por cuatro años las autorizaciones conferidas al poder ejecutivo para la venta de ciertos edificios nacionales, dedicando su producto a las necesidades de la reforma penitenciaría, dará sin duda recursos, pero es igualmente indudable que mientras se verifican esas operacinoes de venta, la partida que en el presupuesto nacional debe dedicarse al ramo, ha de ser proporcionada anualmente a la efectividad de la nueva política penal.

f) Los reformatorios

El artículo 61 del Código Penal prescribe que los delincuentes a que se refiere el artículo 30 del mismo, es decir, los menores de diez y ocho años que incurran en infracciones serán recluídos en una escuela de trabajo o en un reformatorio para aplicarles las medidas de seguridad.

El Decreto número 1405 de 1934, sobre régimen carcelario y penitenciario, en su artículo 7º determine que en cada Departamento debe funcionar un reformatorio para menores abandonados o delincuentes.

El título 2º del Código de Procedimiento Criminal, en su capítulo 3º, determina que el juez de menores que imponga a éstos medidas de seguridad lo hará en muchos casos recluyendo al menor delincuente en un reforio.

En los reformatorios, como queda dicho, el costo de su construcción es de cargo de los departamentos.

Las Leyes 98 de 1920 y 15 de 1923 fijaron las condiciones sobre todo en cuanto a jueces y médicos de menores.

El artículo 34 del nuevo Código de Procedimiento Penal (título 2º, capítulo 1º) ordena que en cada capital de departamento habrá un juez de menores que tendrá jurisdicción en el respectivo departamento, y en las intendencias y comisarías que determine el Gobierno.

g) Reformas existentes

Por manera que a la fecha, según estos mandatos y esta organización, deberían estar listos catorce reformatorios para menores, los correspondientes a cada capital de departamento. Existen funcionando sólo cinco, que son:

El de Fontidueño, en Medellín; el de Manizales, el de Cali, el de Fagua, en Cundinamarca, y el de Piedecuesta.

De éstos el de Fontidueño en Medellín tiene una organización modelo y tiene edificios apropiados a la reforma.

El de Fagua está para concluirse y representa el tipo del reformatorio moderno.

El de Cali es un nuevo edificio.

El de Piedecuesta está en uno adaptado.

Y el de Manizales satisface.

Faltan, pues, nueve reformatorios que deben proveerse cuanto antes, y es menester atender a escuelas tutelares que son los reformatorios para niñas delincuentes o abandonadas.

En Bogotá funciona la del Buen Pastor, pero se necesita construir un edificio en condiciones propias para su destino. En Medellín sí existe una escuela tutelar para niñas que tiene una excelente organización.

h) Reformatorios provisionales

Como la construcción de estos edificios debe hacerse por los departamentos, y hasta la fecha sólo hay cinco reformatorios para niños y dos para niñas, y la construcción de los nueve restantes implica un desembolso para cada departamento no menor de cincuenta mil pesos ($ 50,000), bien podrían éstos empezar por adaptar casas con sus respectivos lotes de un área no menor de 20 hectáreas en los alrededores de cada una de sus capitales, mientras en el curso de dos años entregan al gobierno nacional para su dirección y al servicio de la reforma penal los respectivos edificios.

No creemos que el esfuerzo para esta adaptación de edificios y el costo de construcción para los definitivos, sobrepase la capacidad fiscal de cada departamento.

El cuadro que insertamos a continuación muestra el monto de los presupuestos actuales de los departamentos.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.—
DIRECCION NACIONAL DE ESTADISTICA.
GRUPO Vº
FISCAL Y ADMINISTRATIVO

PRESUPUESTOS DEPARTAMENTALES DE GASTOS.
VIGENCIA 1937-1938.
DATOS COMPARATIVOS

Departamentos	Períodos Fiscales	Presupuesto general
Antioquia	Enero a Dbre. 1938	7.437,345.80
Atlántico	Julio 1936 a junio 1937	1.672,833.84
Bolívar	Julio 1937 a junio 1938	2.504,495.96
Boyacá	Agosto 1937 a Dbre. 1938	2.511,889.90
Caldas	Julio 1937 a junio 1938	7.128,931.94
Cauca	Junio 1937 a junio 1938	1.189,599.12
Cund.	Junio 1937 a junio 1938	6.589,301.66
Huila	Enero a diciembre 1938	748,881.95
Magdalena	Sepbre. 1937 a agosto 1938	1.543,481.53
Nariño	Enero a Dbre. 1938	1.315,303.51
N. de Sant.	Julio 1937 a junio 1938	1.345,820.00
Santander	Enero a diciembre 1938	5.019,415.75
Tolima	Julio 1937 a junio 1938	2.169,197.96
Valle	Julio 1937 a junio 1938	4.320,000.00
	TOTALES	45.496,498.92

NOTA—Las cifras se refieren a la vigencia 1936-1937, porque hasta la fecha no hay presupuestos para 1938-1939.

Analizando las cifras anteriores se observa que el presupuesto departamental más cuantioso es el de Antioquia que alcanza a la cifra de $ 7.437,345.80, y que el presupuesto más modesto es el del Huila con una entrada de $ 748,881.95. Los otros presupuestos departamentales pasan de un millón de pesos.

No parece fuera de la realidad, de las posibilidades departamentales, y sí dentro de la previsión y de la cooperación a la refor-

ma, que sea un gasto excesivo el dedicar diez o doce mil pesos anuales para alquilar una finca y adaptar su casa a reformatorio de menores en las capitales de departamento donde no se ha provisto aún edificio y campo con tal fin.

Y no es tampoco esfuerzo desproporcionado sino común y corriente, el apropiar una partida de veinte mil pesos en dos o tres años consecutivos para obtener el edificio y campo definitivos.

No creemos que tomando la cifra mínima de esos presupuestos, que es la del Huila, sea erogación aplastante la indicada en un presupuesto de $ 748,881.95. Huelga entonces referirse a los demás presupuestos que pasan todos de un millón de pesos.

La verdad es que una sistematización y un obrar de consuno y en acción continua anual permite la vida de la reforma por ahora y su implantamiento definitivo después.

Adaptados campos y edificios para reformatorios, mientras se construyen los estables, el sostenimiento y administración es de cargo del gobierno nacional.

i) Colonias penales

Dos colonias penales agrícolas tiene fundadas ya el gobierno: la de Acacías y la de Araracuara.

Su importancia como medida complementaria de la reforma no admite comentarios.

Una tercera es necesaria. Nos atrevemos a indicar como lugar de su ubicación la cordillera central en donde existen baldíos entre los departamentos del Huila y del Valle. No sólo por el clima, por la oportunidad de cultivos, por lo céntrico del sitio, sino porque, además, cumplida la sanción, los penados que deben dedicarse a la agricultura tienen mercado fácil para sus productos. realizada su readaptación a la vida normal.

j) Separación de jurisdicciones

Otra medida complementaria ya en vigor es la de la nueva división territorial judicial, en virtud de las autorizaciones de la Ley 33 de 1935.

En materia penal esa división casi acabó con la jurisdicción mixta. Dentro de un total de 287 jueces de circuito redujo a 45 el número de juzgados de conocimiento promiscuo.

El Código de Procedimiento Criminal requiere la eliminación de esos juzgados promiscuos y plantea la separación de salas especializadas en los tribunales superiores en donde aún existe por razón del número de magistrados conocimiento mixto de negocios penales y civiles.

- III -

CONSIDERACION FINAL

De la discriminación general, y como síntesis de la reforma penal, resulta:

1º Que su parte técnica está terminada con la expedición del nuevo código sustantivo y del de procedimiento.

2º Que por la nueva división judicial vigente que establece la especialización en el conocimiento de los asuntos criminales suprimiendo los juzgados mixtos y creando los circuitos penales, se hace viable el espíritu del nuevo código.

3º Que para el efecto de la aplicación de las sanciones dentro del criterio que informa la nueva reglamentación penal, o sea, las medidas convergentes para su efectividad práctica, hay algunas ya iniciadas, como la construcción de penitenciarías, el establecimiento de algunos reformatorios penales para delincuentes menores y la fundación de dos colonias agrícolas penales.

4º Que en materia de cárceles de Distrito Judicial, de Circuito y Municipales, fuera de la adaptación realizable en muchas y de su higienización, no es posible por ahora pensar en su mejora por carencia de recursos, lo que equivale en la práctica a un aplazamiento de esa medida complementaria de la reforma, para dedicar una acción sistematizada y continua de los departamentos y de la nación a las penitenciarías, a los reformatorios y a las colonias agrícolas penales, que en nuestro sentir son primordiales, dada la tendencia de las nuevas sanciones para el rodaje pautlatino de la reforma.

Intertanto las cárceles existentes pueden llenar la función que la reforma les asigna con la correspondiente clasificación de delincuentes, separación de ellos, higienización y adaptaciones de los locales.

5º Que en cuanto a cárceles municipales, que según el Decreto número 1405 de 1934 han de ser costeadas y servidas con fondos de los municipios, cárceles cuyo número asciende a 805 en la República, porque ese es el número de municipios existentes, cabe observar que en muchos de ellos la práctica tiene establecido el envío de los detenidos a la cabecera del circuito, sencillamente por falta de seguridad en los locales, y que, ade-

más, se impone una revisión sobre la supervivencia de muchos corregimientos que tienen la categoría de municipios, cuyos recursos no pueden atender a la categoría legal que tienen y por lo mismo al de edificios para cárceles.

6º Que finalmente la provisión de jueces penales y de jueces de menores ha de hacerse en personal especializado o a lo menos con vocación, mientras la especialización se consigue, para lo cual ya, a lo menos en la Facultad Nacional de Derecho, funcionan cátedras de estudios específicos sobre criminalogía.

Entramos con la reforma penal y penitenciaria en una nueva éra. Lo que falta, lo complementario para su efectividad no puede hacerse de un golpe. Ha de realizarse por etapas y paulatinamente. Es condición de todo cambio aprovechar los remanentes adaptándolos para ir desenvolviendo la situación nueva. Es ese el proceso de toda evolución. Cuando en ella entra el factor humano como determinante, sólo la voluntad persistente consigue el propósito. De ahí que recalquemos sobre la cooperación de todos los componentes del Estado: nación, deparatmentos, municipios, para que con un criterio comprensivo de la finalidad social de la reforma, se solidaricen en esfuerzo proporcionado y constante, no esporádico, para darle cima. (1).

Y dentro de este criterio de adaptación el Gobierno dictó el siguiente decreto:

---

(1) Por el decreto número 1111 de 23 de junio de 1938, Diario Oficial número 23810, sobre ejecución de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, el gobierno, en virtud de las facultades extraordinarias que le confiere el artículo 25 de la ley 92 de 1938, para adoptar todas las medidas tendientes a poner en ejecución dichos códigos, autorizaciones de las cuales puede hacer uso el señor presidente de la república, dispuso aplazar la vigencia de determinados artículos y el reemplazo transitorio de ciertos funcionarios, mientras se apropian en el nuevo presupuesto las partidas necesarias, correspondientes para el pago de esos funcionarios.

DECRETO NUMERO 1111 DE 1938

(junio 23)

sobre ejecución de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA,

en uso de las facultades extraordinarias de que está investido por el artículo 25 de la Ley 92 de 1938, y

CONSIDERANDO:

1º Que el primero de julio próximo entrarán en vigencia los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal;

2º Que el artículo 25 de la Ley 92 de 1938 reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para adoptar todas las medidas tendientes a poner en ejecución los citados Códigos;

3º Que la creación de nuevos organismos impuestos por el Código de Procedimiento Penal implica el nombramiento de numerosos empleados con un gasto no previsto en el Presupuesto del semestre de julio a diciembre de la presente vigencia;

4º Que aunque el Gobierno está facultado para abrir los créditos respectivos, no es posible atender al gasto mencionado en el punto anterior, dentro de las actuales posibilidades del Fisco, sin comprometer las partidas ordinarias destinadas para el servicio público;

5º Que la ejecución de los nuevos Códigos puede iniciarse sin la inmediata creación de tales organismos, mientras el Congreso Nacional apropia las partidas necesarias para la instalación y funcionamiento de las nuevas dependencias judiciales,

DECRETA:

Artículo 1º Mientras se apropian las partidas para atender al pago de los funcionarios que deben crearse, a fin de dar cumplimiento a los artículos 33, 34, 35 y 36 del Código de Procedimiento Penal, los Tribunales Superiores y los Jueces de Circuito continuarán conociendo de los negocios penales, tanto para la instrucción como para el fallo, en la forma en que actualmente conocen.

Artículo 2º Igualmente, y mientras se apropian las partidas correspondientes para los nuevos funcionarios de instrucción, continuarán encargados de la Instrucción Criminal los funcionarios que actualmente tienen tal carácter.

Artículo 3º El Gobierno pedirá al Congreso Nacional, en las sesiones ordinarias de julio próximo las partidas que deben apropiarse para atender al pago de los siguientes nuevos funcionarios:

Diez y siete (17) plazas de Magistrados de Tribunal Superior.

Cuarenta y tres (43) Juzgados de Circuito Penal.

Doscientos cincuenta (250) Jueces de Instrucción Criminal, distrbiuídos así:

	Juzgados
Distrito Judicial de Barranquilla....	8
Distrito Judicial de Bogotá	32
Distrito Judicial de Bucaramanga ...	9
Distrito Judicial de Buga	8
Distrito Judicial de Cali	14
Distrito Judicial de Cartagena	19
Distrito Judicial de Ibagué	13
Distrito Judicial de Manizales	10
Distrito Judicial de Medellín	31
Distrito Judicial de Neiva	7
Distrito Judicial de Pamplona	11
Distrito Judicial de Pasto	16
Distrito Judicial de Pereira	7
Distrito Judicial de Popayán	12
Distrito Judicial de San Gil	11
Distrito Judicial de Santa Marta	12
Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo	12
Distrito Judicial de Tunja	18

Nueve (9) Jueces de Menores y el personal subalterno correspondiente.

Además el Gobierno pedirá al Congreso las partidas necesarias para instalación de las nuevas oficinas, arrendamientos y viáticos para los nuevos funcionarios de instrucción.

Artículo 4º Los Tribunales Superiores procederán, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, a determinar la jurisdicción y residencia de los respectivos Jueces de Instrucción Criminal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior.

Artículo 5º El nombramiento de Jueces de Instrucción Criminal se hará por los Tribunales Superiores en Sala Plena.

Artículo 6º Los Jueces de Circuito Penal pueden ordenar a los Jueces de Instrucción que inicien o adelanten determinada investiación, y los Tribunales Superiores pueden indicar al Juez de Instrucción que debe adelantar determinada investigación, dentro de la jurisdicción del juez designado, cuando se trate de hechos delictuosos de suma gravedad o trascendencia pública, o cuando las necesidades de la recta administración de justicia aconsejen tal designación.

Artículo 7º Habrá un manicomio criminal en Boogtá y otro en Medellín.

Parágrafo 1º Mientras se construyen los edificios y se organizan sus servicios, en cada una de las mencionadas ciudades habrá una sección especial destinada exclusivamente a la reclusión de los infractores a que se refiere el artículo 29 del Código Penal.

Parágrafo 2º La Dirección General de Prisiones reglamentará esta disposición de acuerdo con los respectivos gobiernos departamentales.

Artículo 8º De acuerdo con el artículo 726 del Código de Procedimiento Penal, las autoridades de policía continuarán aplicando las leyes y ordenanzas especiales que hoy aplican y con arreglo al procedimiento en ellas detallado.

Comuníquese y publíquese.

Dado en Bogotá, a 23 de junio de 1938.

ALFONSO LOPEZ.

El Ministro de Gobierno,

Alberto Lleras".

CONCLUSIONES

Los dos cuadros finales de este estudio sintetizan su objeto.

El primero se refiere a la parte técnica.

Este aspecto de la reforma penal y penitenciaria es un hecho. Está concluído.

Dos Códigos: el Penal y el de Procedimiento Criminal, y dos Decretos con carácter de ley: el de Régimen Carcelario y Penitenciario y el de División Territorial Judicial constituyen esa parte técnica fundamental, indican ellos la base y el derrotero progresivo de la reforma.

Pero ella ha de traducirse y ha de vivirse no sólo en los fallos informados en los principios de esos Códigos y de esas doctrinas penales y en la separación de jurisdicciones y en la especialización, sino que ha de cum-

plirse efectivamente, traduciéndose la virtualidad de la nueva concepción jurídica penal en la defensa social, en la prevención de la criminalidad, en la readaptación de quienes por cualquier motivo se pusieron al margen de actividades normales.

Es ésta la parte práctica de la reforma iniciada en parte con la construcción de penitenciarías, de reformatorios penales y de colonias.

El segundo cuadro de este estudio muestra lo que se ha hecho y lo que falta por hacer.

Es imposible en este país y en cualquier otro, dotar de una vez este ramo del servicio público de los elementos materiales necesarios.

Ningún cambio de orientación, ningún cambio de sistema se verifica de un golpe, Nada se hace por saltos. Todo requiere una evolución.

La tarea es ardua, requiere apropiaciones en dinero. Pero aun consiguiéndolas, el tiempo las limita y las espacia. Lo esencial es una labor continua. Es el método, único con el cual puede levantarse así las fábricas del espíritu como las fábricas o edificios y demás elementos materiales que exige una necesidad, un nuevo concepto de vida, un aspecto de relación como es el jurídico que obra en todas las conexiones humanas.

Y al metodizar un esfuerzo es menester principiar por lo más urgente, por lo que es cimiento para proseguir con constancia hasta la realización final.

De allí que en esta materia lo hacedero y factible, y lo de inmediata atención sea la conclusión de las tres grandes penitenciarías iniciadas; la conclusión o dotación de las dos colonias penales ya existentes, y el acometimiento de una tercera, que en nuestro sentir ha de ubicarse en la Cordillera Central entre los departamentos del Valle, Huila y Tolima, no sólo por la facilidad de comunicaciones, algunas ordenadas en leyes vientes, sino porque es de previsión elemental el buscar comarcas del territorio nacional en donde los penados, una vez cumplida la condena y readaptados, encuentren manera de establecerse en fincas y cultivos agrícolas, cuyos productos tengan mercados inmediatos y accesibles capaces de atarlos a la readaptación, y por lo mismo capaces también de impedirles volver a una vida que les sacó del beneficio de la convivencia normal.

Corresponde al Tesoro Nacional erogar las partidas para esa obra.

Insuficientes han sido en los presupuestos nacionales las sumas apropiadas. Ha de cambiarse de política y votar sistemáticamente cada año en el presupuesto lo necesario para tales obras.

Existe una inconsecuencia protuberante entre lo que se dice con respecto a la socialización y a la mejora de la entidad pueblo colombiano en escritos, discursos y propaganda, y lo efectivo de este criterio en las cosas prácticas.

En la liquidación del presupuesto vigente, en el capítulo de auxilios y conservación de monumentos, se apropió una partida de $ 2.704,000, y para la penitenciaría central de Bogotá en construcción se fijó la partida de $ 85,000.00. Los números hablan. Hay una incomprensión de la política penitenciaria, de esta reforma social que el congreso debe atender.

Los reformatorios para menores delincuentes son 14. Hay 5. Faltan 9.

Este aspecto de la política penal y penitenciaria requiere atención. Huelga comentarios sobre el particular.

Corresponde a los departamentos erigir los edfiicios. Los nueve que faltan pueden construírse como lo indicamos atrás en un espacio de dos o tres años. Intertanto pueden adaptarse casas de campo con un costo no mayor de $ 10,000.00 por adecuación y arrendamientos, costo no excesivo en cada vigencia anual para los presupuestos departamentales cuyo monto ínfimo, el del Huila, es de setecientos cuarenta y ocho mil ochocientos noventa y uno noventa y cinco.

Y es que no es posible continuar en el régimen de promiscuidad entre menores y adultos delincuentes.

Lo indicado puede proseguirse y efectuarse, realizarse para que entre a vivir la reforma penal en la técnica y en la práctica.

Quedan las cárceles de distrito y de circuito judicial y las cárceles municipales.

Su número es crecido.

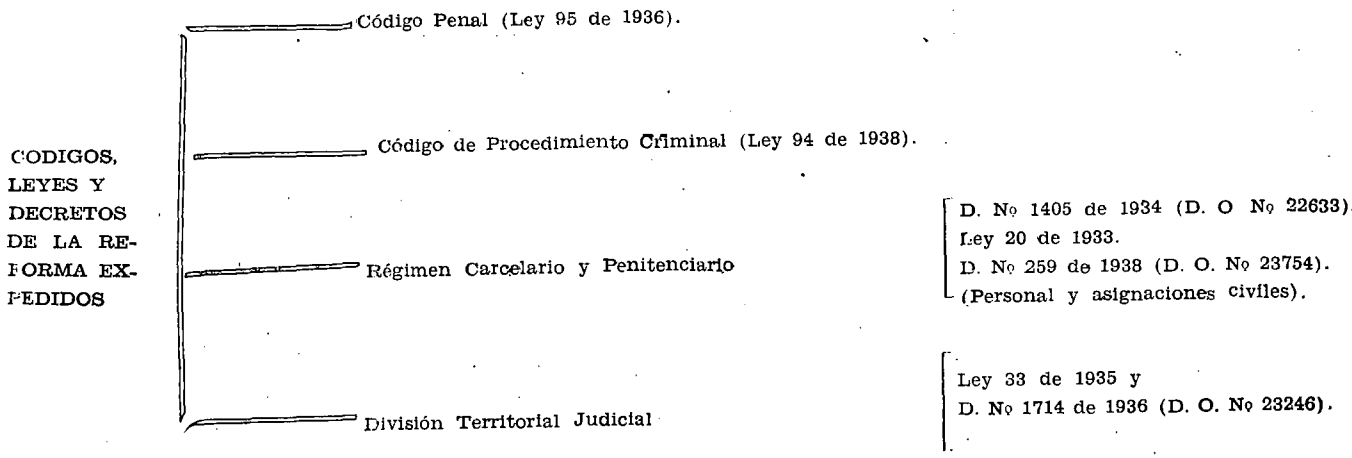
Cárceles municipales son 805, de circuito judicial 127, de distrito judicial 18.

Pensar en su construcción actualmente es intil. Pero sí se puede higienizar, humanizar, reformar, adaptar los edificios destinados a esos servicios.

El presidente Santos manifestó este pensamiento que seguramente se traducirá en acción inmediata y que ha menester de la conjunta cooperación de los departamentos y de los municipios. Sería ya bastante para que la reforma penal y penitenciaria entrase en vía franca, el que se adaptasen esos edificios, se higienizaran, y el sistema

LA REFORMA PENAL Y PENITENCIARIA

PARTE TECNICA



LA REFORMA PENAL Y PENITENCIARIA

PARTE PRACTICA (Edificios iniciados y por adaptar)

EDIFICIOS Y MEDIDAS COMPLEMENTARIAS

- Manicomios criminales (no hay).
- Reformatorios: 5. Son 14. Faltan 9.
  - Costo edificaciones a cargo departamentos.
  - Sostenimiento y funcionamiento a cargo Gno. nal.
- Colonias penales: 3. Falta una (a cargo Gno. nal.).
- Cárceles
  - Municipales: 805. Costeadas y servidas por los municipios. (Adaptarlas a higiene y seguridad).
  - Circuito Judicial: 127. Edificios costeados por los departamentos. (Sólo hay dos nuevos) (Adaptación de los 125 restantes, por cuenta de los departamentos)
  - Distrito Judicial: 18. Adaptaciones de los edificios existentes, cuyo costo corresponde a los departamentos.
- Penitenciarías:
  - Corresponden al gobierno nal.
    - La Central, en La Picota (Bogotá), para hombres, en construcción.
    - La de Palmira (Valle), para hombres en construcción.
    - La de Ibagué (Tolima), mujeres, para adaptar.

NOTA.—En materia de penitenciarías hay hoy funcionando 8 (D. Nº 259 de 1938), que quedarán reducidas a las tres indicadas de La Picota, Palmira e Ibagué.

de ocio obligado de reclusos y penados se convirtiese en locales adaptados, en el del trabajo y en el de producción.

No es un costo excesivo esa adaptación. Y si la acción del Gobierno Nacional es correspondida como debe serlo por la de los departamentos y municipios y encauzada por un criterio general, se realiza, modestamente si se quiere, la aspiración y el imperativo deber de previsión y defensa social que requiere el pueblo colombiano.

Lo importante es obrar, obrar con método, obrar constantemente. La reforma penal y penitenciaria debe ser un hecho, y hay medios de realizarla si se metodizan los esfuerzos.

El Congreso Jurídico, si acoge la tendencia de este ensayo, puede insinuar al Gobierno los siguientes votos:

1º La apropiación en el presupuesto nacional de una partida anual suficiente para concluir en dos o tres años las tres penitenciarías de Bogotá, Palmira e Ibagué.

2º La fundación de una colonia penal en la Cordillera Central y la conclusión de las dos existentes en Acacías y en Araracuara.

3º La higienización y adaptación de las cárceles de distrito y circuito judicial, gasto que corresponde a los departamentos, y que el señor Presidente destacó en su mensaje de posesión, como medida inaplazable.

Y con igual urgencia, en gasto que corresponde a los departamentos, la adaptación de casas de campo para reformatorios provisionales de menores, mientras se construyen los nueve (9) que faltan y que serán los definitivos.

4º La adaptación e higienización de los locales que sirven de cárceles municipales, gasto que corresponde a los municipios, según los decretos y leyes existentes.

De estas medidas las unas son definitivas y las otras provisionales de adaptación. Pero unas y otras, como queda dicho, son la parte práctica de la reforma penal, que así someto a la consideración del Congreso Jurídico, como síntesis de este ensayo.

Salvador Iglesias.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

DESISTIMIENTO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, julio doce de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Lequerica Vélez)

El señor Manuel Agudelo G., representando en su calidad de personero municipal del municipio de Cisneros, en el departamento de Antioquia, y el señor Rafael Piedrahita, mayor y vecino de Medellín, en memorial presentado personalmente ante el señor juez 3º del circuito de Medellín y recibido en la secretaría de esta sala el 4 de este mes, desisten en forma pura y simple del recurso de casación oportunamente intentado por ambos contra la sentencia proferida por el tribunal superior de Medellín el día 29 de noviembre de 1937, en el juicio ordinario que el mencionado municipio promovió contra Piedrahita, sobre pago de una suma de pesos.

El desistimiento se ajusta a lo preceptuado en los artículos 461 y 465 del Código Judicial, por haberse presentado en forma oportuna y legal y tener los memorialistas la capacidad para realizarlo, ya que el personero de Cisneros fue previa y especialmente facultado para desistir de tal recurso por resolución Nº 10, de 28 de junio de 1938, expedida por el concejo municipal de dicha entidad comunal. Por lo cual es de rigor aceptarlo en todas sus consecuencias y devolver los autos al tribunal sentenciador, para que pueda quedar en firme la providencia materia del recurso, a virtud de lo estatuído en el artículo 463 del Código Judicial.

En esa virtud la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, **admite** el desistimiento que del presente recurso de casación hacen el señor Manuel Agudelo G., como personero municipal de Cisneros, y el señor Rafael Piedrahita. En consecuencia, devuélvase el expediente al tribunal de su origen, una vez notificada y ejecutoriada esta providencia.

No hay especial condenación en costas en este recurso, por así haberlo estipulado ambas partes.

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

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza—Fulgencio Lequerica Vélez—Hernán Salamanca—Juan Francisco Mújica.—Pedro León Rincón, secretario en propiedad.

ACCION REIVINDICATORIA— POSESION—ACTOS DE POSESION

1.—Para la viabilidad de la acción reivindicatoria se requieren estos factores: a) Derecho de dominio en el demandante; b) Cosa singular o cuota determinada de cosa singular reivindicable; c) Posesión material con ánimo de señor o dueño en el demandado; d) Identificación de la cosa que es materia de la acción. 2.—La posesión requiere la existencia de una cosa poseída, que es el CORPUS; voluntad de poseer como dueño de la cosa, que es el ANIMUS, y ocupación de la cosa que se pretende poseer, ya directamente, ora por conducto de otra persona que la tenga en nombre y lugar de quien posee. La posesión es ante todo un hecho cuya continuidad produce trascendentales consecuencias jurídicas y puede llegar a vincular definitivamente al sujeto poseedor con la cosa poseída. Si tal vínculo no se rompe bruscamente por la consumación de un acto extraño a la voluntad del poseedor, el hecho determinante del fenómeno está llamado a producir importantes efectos jurídicos y a solidificar la tenencia como dueño con el vínculo moral que constituye propiamente el derecho de dominio. Los actos de posesión deben guardar íntima relación con la naturaleza de la cosa que se pretende poseer.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, julio trece de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes

El actor en este proceso señala en su demanda de casación como hechos antecedentes de la controversia los que pasan a enumerarse:

"a). Mi padre el señor Juan de Dios Ordóñez, por medio de la escritura pública número 56 de 28 de octubre de 1885, otorgada ante el notario de Villeta, compró al señor Casimiro Ordóñez un globo de terreno en los denominados "Uchuta" ubicado en el municipio de Villeta y comprendido por los linderos que contiene dicha escritura'" (cuaderno número 2, folio 52).

"b). Por la escritura número 220 de 21 de octubre de 1906 el señor Juan de Dios Ordóñez le transmitió a título de venta al señor Rubén Gutiérrez parte del lote que había adquirido de Casimiro Ordóñez por la escritura arriba citada.

"c). Por medio del instrumento número 203 de 29 de noviembre de 1908, otorgado en la misma notaría, el señor Juan de Dios Ordóñez le vendió al señor Joaquín Plata otra parte del terreno que había adquirido de Casimiro Ordóñez por la escritura número 56 arriba mencionada.

"d). Entre esos dos lotes vendidos, quedó una faja de terreno de 210 metros de larga por 11 de ancha que don Juan de Dios Ordóñez no enajenó ni transmitió a ningún título, ni a esos compradores, ni al municipio de Villeta, ni a otro alguno, por lo cual quedó siendo de su exclusiva propiedad.

"e). Esa faja de terreno la destinó el municipio de Villeta para una calle pública de la población, arrebatando a mi padre la posesión, y el dominio de ella sin que hubiera mediado juicio de expropiación o compra voluntaria de ella.

"f). En atención a que el municipio de Villeta se apropió indebidamente esa faja de terreno para convertirla en una calle pública de Villeta y antes que se consumara la prescripción adquisitiva de dominio, mi padre el señor Juan de Dios Ordóñez se vio en la necesidad de demandar al municipio de Villeta como poseedor actual de dicha faja para que en la sentencia definitiva se decretara lo siguiente".

Juicio ordinario

Con fundamento en tales antecedentes el señor Juan de Dios Ordóñez demandó al municipio de Villeta, debidamente representado, ante el juez 2º del circuito de Facatativá, solicitando que previa la tramitación de un ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones de condena, como consecuencia de la acción de dominio instaurada:

"**Primero.** Que se condene a dicho municipio a restituírme dentro del término legal el siguiente lote de terreno de mi propiedad, ubicado en dicho municipio, a saber: la extensión de terreno que forma una calle pública con una extensión de 3,892 varas cua-

dradas, y comprendida dentro de los siguientes linderos:.....

"**Segundo.** Que se condene al mismo municipio de Villeta a pagarme los frutos naturales y civiles de la expresada faja de terreno desde la fecha en que me la arrebató hasta el día en que verifique la entrega, por ser dicho municipio poseedor de mala fe.

"**Tercero.** Subsidiariamente, que se condene al mismo municipio de Villeta a que se me pague a justa tasación de peritos el valor de la referida faja de terreno a que se refiere el punto primero de esta demanda, la cual me arrebató dicho municipio por medio de sus agentes, sin que mediara juicio de expropiación, y

"**Cuarto.** Que se condene al expresado municipio de Villeta al pago de las costas del presente juicio".

Surtida la instancia, el juez a quo profirió sentencia fechada el día 24 de febrero de 1936, en la cual condenó al municipio demandado a devolver al actor la extensión de terreno que constituye la calle o vía que es materia del litigio; igualmente ordenó el pago a favor de Ordónez tanto de los frutos naturales y civiles de la expresada faja de terreno, desde la mitad del año de 1905 hasta que se verifique la entrega, como del valor de las costas procesales. Fundó su fallo condenatorio el juzgador de primer grado en que se habían demostrado plenamente todos los factores que hacen viable en juicio la acción reivindicatoria y que, evidenciados esos elementos, era de rigor declarar su procedencia y hacer las declaraciones solicitadas por el demandante en el libelo.

De dicha providencia apeló oportunamente el apoderado del municipio de Villeta, por no conformarse con esa decisión, y luégo de tramitarse en debida forma la segunda instancia y de practicarse, dentro del término legal, las pruebas pedidas por las partes, el tribunal superior de Bogotá a quien correspondió conocer en el segundo grado profirió sentencia definitiva que lleva fecha 6 de julio de 1937, en virtud de la cual revocó en todas sus partes la providencia que era materia del recurso y en su lugar absolvió al municipio de Villeta de los cargos formulados en la demanda propuesta por el actor Odróñez.

El tribunal señaló como fundamento de su fallo la consideración de que no aparecía evidenciado en los autos, en forma alguna, que la entidad opositora fuera en realidad poseedora de la faja de terreno o vía que era materia de la reivindicación, ni se habían demostrado los actos constitutivos de posesión ejecutados por el municipio sobre dicho bien. Dedujo, como consecuencia, que faltaba el importante elemento de la posesión material del demandado sobre la cosa reivindicada, y se imponía por esa circunstancia la absolución de este último.

Como elementos probatorios existen en el proceso las inspecciones oculares y dos grupos de testigos presentados por las partes en ambas instancias. En la segunda de las mencionadas inspecciones se demostró la existencia e identificación de la cosa que se reivindica y en ella hay constancia de que tal faja de terreno estaba arreglada en forma de calle o camellón para el tránsito de peatones y vehículos entre la población y las piscinas. Pero igualmente se desprende de esa diligencia que tal calle o camellón no tiene andenes, ni alcantarillado, ni servicio de acueducto, ni casas, ni alamedas, ni otro cerramiento que el formado por las cercas de alambres. Tampoco aparece constancia de que existan en la vía disputada otras obras de ornato o de higiene o los servicios municipales ordinarios como son los de acueducto, teléfonos, luz y energía, etc.

Los testigos presentados por el actor en la primera instancia deponen con ligeras variaciones que el demandante había sido dueño y poseedor de tal globo de tierra y había ejercitado en éste actos de dominio hasta 1908 en que hizo una venta a Joaquín Plata; y aseveran igualmente que el municipio de Villeta, en forma arbitraria y por medio de sus agentes, le arrebató a Juan de Dios Ordóñez la expresada faja de terreno, a mediados de 1905, la que desde entonces dicho municipio ha venido poseyendo, por haberla destinado para calle de esa población y conservado con tal destinación.

Otro grupo de testigos en número de diez, cuyas declaraciones fueron recibidas en la segunda instancia a petición de la municipalidad opositora, deponen que por haberlo visto y presenciado personalmente les consta que en 1905 llegó a Villeta un batallón o fuerza pública del gobierno con el fin de arreglar el camino de herradura que de este lugar conduce a Honda, empezando los trabajos por la esquina de la casa conocida hoy con el nombre de "Pensión Alemana", antes "Hotel Florián" y que ese batallón, sin intervención alguna del municipio de Villeta rompió una cerca de palos y de guaduas que existía en la mencionada esquina y abrió la comunicación de la población con la quebrada de "Cune", para facilitar el baño y el paso de las bestias; que desde enton-

ces se formó una senda por donde el público siguió transitando a la quebrada y que dicha senda fue aislada en seguida por cercas laterales construídas por los dueños de los predios limítrofes, entre los cuales conocieron a Juan de Dios Ordóñez, quien con los demás siguió cuidando de las cercas.

El municipio de Villeta, en la nota visible al folio 14 del cuaderno número 4, hace la declaración oficial de que en ninguna época ha sido poseedor de faja alguna de tierra de propiedad de Ordóñez y que si existe en esa faja una senda o callejuela aquella entidad no la cuenta entre las calles públicas de la población ni ha realizado en ella actos determinantes de posesión como la construcción de aceras, alcantarillado, acueducto, luz, etc., afirmando que cualquier mejora realizada en esa vía ha tenido que ser hecha por particulares y nunca por un mandatario del municipio.

Tales son, brevemente extractados, los elementos demostrativos recogidos en los autos y alrededor de los cuales se ha planteado el debate en las instancias.

Recurso de casación

El apoderado del actor Ordóñez interpuso en su oportunidad recurso de casación contra esa providencia de segundo grado, como motivo de acusación presentó el primero de los indicados en el art. 520 del C. Judicial, por considerar esa providencia como violatoria de leyes sustantivas, por infracción directa de ciertos preceptos legales, por falta de aplicación de otros al caso del pleito, por apreciación indebida de determinadas pruebas, por error de hecho y de derecho. Se indican como violados los artículos 946, 947, 949, 950, 981 y 1759 del Código Civil y 697 del Código Judicial.

Fundamento del recurso

1º **Acción reivindicatoria.** Con el fin de precisar mejor las razones alegadas por el recurrente para fundamentar el cargo presentado contra la sentencia que viene a ser materia de este recurso, viene a cuentas establecer los factores jurídicos necesarios para la viabilidad de la acción de dominio, los que pueden concretarse a los siguientes: a) Derecho de dominio en el demandante; b) Cosa singular o cuota determinada de cosa singular reivindicable; c) Posesión material con ánimo de señor o dueño en el demandado; d) Identificación de la cosa que es materia de la acción.

En el caso de autos la sentencia acusada acepta que se está en presencia de una cosa singular y sobre este punto no existe controversia entre las partes. La cuestión litigiosa y que en su esencia viene a ser materia básica de la casación estriba en que el tribunal sentenciador estudió en segundo lugar el elemento referente a la posesión material del demandado, para deducir en la providencia que se revisa que tal factor esencial, indispensable para que prospere la acción de dominio, no viene demostrado en autos en forma alguna y tal omisión acarrea consecuencialmente la desestimación de la acción intentada, con la consiguiente absolución de la parte demandada. Con fundamento en esa consideración jurídica el tribunal se abstuvo de estudiar y apreciar los otros elementos necesarios de la acción de propiedad, tales como el mérito probatorio de los títulos de dominio exhibidos por el actor, por estimar que no era indispensable llegar a esos extremos para proferir fallo absolutorio en la segunda instancia.

Contra esa decisión se alza el demandante, por estimar que sí aparece evidenciado plenamente en el proceso que el municipio de Villeta es poseedor material, con ánimo de dueño, sobre la faja de terreno reivindicada y que demostrado este elemento era de rigor pasar a estudiar y resolver sobre los títulos de dominio presentados por el actor, para decretar a su favor la restitución de la cosa reivindicada, con sus debidas prestaciones.

La Corte considera:

De las inspecciones oculares practicadas en las dos instancias aparece la cosa que se reivindica como determinada, cierta y singular y también se desprende que ella hace parte integrante de la finca raíz adquirida por Ordóñez por medio de la escritura pública número 56, de 28 de octubre de 1885 y denominada "Uchuta". Tampoco es materia de controversia que tal faja de tierra se utiliza hoy por los vecinos de aquel municipio como vía de comunicación urbana para el tránsito entre la población y las piscinas de "El Jordán", que están ubicadas en terrenos de la quebrada de "Cune". La cuestión que debe dilucidarse es si el municipio efectivamente ha estado en posesión de tal faja de terreno y si ha realizado sobre ella actos de tál, con ánimo de apropiársela.

Define nuestro código el fenómeno de la posesión como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño. Dedúcese de lo dicho, en armonía con la tesis sostenida por numerosos tratadistas, que la

posesión requiere la existencia de una cosa poseída, que es el corpus; voluntad de poseer como dueño de la cosa, que es el ánimus; y ocupación de la cosa que se pretende poseer, ya directamente, ora por conducto de otra persona que la tenga en nombre y lugar de quien posee.

La posesión es ante todo un hecho cuya continuidad produce trascendentales consecuencias jurídicas y puede llegar a vincular definitivamente al sujeto poseedor con la cosa poseída. Si tal vínculo no se rompe bruscamente por la consumación de un acto extraño a la voluntad del poseedor, el hecho determinante del fenómeno está llamado a producir importantes efectos jurídicos y a solidificar la tenencia como dueño con el vínculo moral que constituye propiamente el derecho de dominio.

Es claro que si la posesión es ante todo un hecho, su existencia como fenómeno trascendente de la vida social debe manifestarse también por medio de una serie de actos de inconfundible carácter y naturaleza, que demuestren su realización y el vínculo directo que ata a la cosa poseída con el sujeto poseedor. Tales actos deben guardar íntima relación con la naturaleza intrínseca y normal destinación de la cosa que se pretende poseer, y así vemos que el artículo 981 del Código Civil estatuye, por vía de ejemplo, que la posesión del suelo deberá probarse por hechos positivos de aquéllos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios y cerramientos, el cultivo de plantaciones y sementeras y otros de igual significación.

En forma tal que si en el caso de autos sostiene el recurrente y actor que el municipio de Villeta ejerce la posesión de la faja de terreno disputada, es indispensable que como demandante haya evidenciado plenamente en el proceso que la mencionada entidad ha realizado en ella, a través del tiempo en que se la considera como poseedora, actos claros y manifiestos de posesión a que sólo da derecho el dominio; que por tratarse de una vía urbana para tránsito de vehículos y de personas, vendrían a ser los que necesaria y ordinariamente ejecuta una comunidad sobre tales vías, tales como construcción de obras de higiene, pavimentación y cerramientos, aceras y malecones para regular su uso, implantación de ciertos servicios públicos de luz, energía eléctrica, teléfonos, redes de alcantarillado y otras de parecida significación. Y es el caso de que el actor no ha presentado elemento probatorio alguno que evidencie plenamente la posesión por parte del municipio.

2º Error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Estima el recurrente que el tribunal incurrió en error de hecho al no apreciar la escritura número 56 de 1885, que constituye el título de propiedad del demandante. Ya se dijo que la sentencia que es materia de este recurso entró a estudiar de lleno la posesión material del demandado sobre la cosa reivindicada, con ánimo de dueño, y como quiera que no halló debidamente demostrado este elemento esencial para el ejercicio y procedencia de la acción de dominio, tuvo que desestimarla de una vez, sin entrar a estudiar los demás requisitos que son necsarios para que llegue a prosperar este medio judicial. No se halla en parte alguna el error de hecho en que haya podido incurrir el tribunal en esta materia. Fuera de que tal error tendría que ser manifiesto en los autos, según el artículo 520 del Código Judicial, para que efectivamente existiera esa tacha, sería menester que el juzgador de segundo grado hubiera entrado a apreciar y estimar tal elemento probatorio y al decidir sobre su valor demostrativo se lo negara fundado en una apreciación errada sobre la naturaleza y extensión de algunas de las cláusulas contractuales de la convención contenida en ese instrumento, como si valga el ejemplo, hubiere sostenido que la faja reivindicada no hace parte del globo de tierra de "Uchuta", adquirida por el actor en la escritura mencionada. Pero no es ese el caso que se ventila en el proceso, porque como se deja determinado, el sentenciador se abstuvo de apreciar tal prueba por considerarlo innecesario, porque no estaba demotsrada la posesión del demandado.

También sostiene el recurrente que el tribunal incurrió en error de derecho al apreciar la prueba testimonial presentada por el actor, porque afirmó en su fallo que los testigos no dan razón de su dicho, y basta leer esas declaraciones para convencerse que tales testigos declararon sobre los hechos preguntados porque los vieron y presenciaron. Tal error de derecho, a su decir, llevó al tribunal a infringir el artículo 697 del Código Judicial.

Observa la Corte, al estudiar este cargo, que la sentencia que se revisa no ha desestimado la prueba testimonial del demanrante por las razones que se acaban se exponer, sino porque siendo la posesión un hecho tie-

ne que manifestarse durante todo el tiempo en que se dice ejercida por actos claros y manifiestos a que sólo da derecho el dominio, habida consideración a la especie y naturaleza intrínseca de la cosa poseída. De manera que en el caso de autos era indispensable que los testigos del actor expresaran qué clase de actos posésorios había realizado el municipio y por conducto de qué mandatarios o funcionarios los había consumado.

Pero a lo expuesto puede agregarse que ni aún en tan favorables circunstancias se podía aceptar que se había incurrido en error de derecho en la apreciación de esta prueba, porque tal error se hubiera perpetrado, por ejemplo, si el juzgador sostuviera que tales actos de posesión sobre un inmueble no pueden demostrarse judicialmente con la prueba testimonial o si concordando tales deponentes en los hechos debatidos y en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, les negara el valor de plena prueba respecto de tales hechos controvertidos. Pero ya se ha visto que es distinto el caso que se dilucida y que no se ha podido incurrir en tal error al concluir que la prueba testimonial exhibida por el actor, aun aceptándola en su pleno valor demostrativo teórico, no es suficiente para evidenciar plenamente la realización de actos permanentes de posesión por parte del municipio.

Fallo

Se desprende de lo dicho que el tribunal sentenciador, al revocar la providencia de primer grado y absolver al municipio opositor, no ha violado ninguno de los preceptos o normas señalados en la demanda de casación. Tampoco incurrió en error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas agregadas al proceso, puesto que tanto las inspecciones oculares como los testimonios exhibidos por ambas partes han sido estimados y justipreciados en su verdadero valor demostrativo, asignándoles el que les corresponde dentro de una sana crítica de esos factores de probanzas. No era necesario, por lo tanto, entrar a estudiar y apreciar los títulos de propiedad presentados por el actor ni tampoco se ha desestimado, en términos de haberse violado el artículo 1759 del Código Civil. El fallo acusado se ha limitado a aceptar el extremo de que el elemento posesión material con ánimo de dueño, por parte del demandado, no ha sido evidenciado en forma plena y suficiente por el actor.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia que ha sido materia del recurso.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DESISTIMIENTO DE UN RECURSO DE CASACION

- I -

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

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Visto el artículo 461 del Código Judicial, y considerando: que ambas parte interpusieron el recurso de casación; que de común acuerdo han desistido de él y que son capaces para hacerlo, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, admite el desistimiento del recurso de casación interpuesto por Carlos Valera y The Liverpool & London & Globe Insurance Company Limited contra la sentencia que el tribunal superior de Bogotá pronunció el 25 de febrero de 1938 en el juicio ordinario del primero contra la sociedad dicha, sentencia que, por lo tanto, queda en firme.

Autorízase al doctor Luis Eduardo Gacharná para que en su calidad de apoderado de Carlos Valero Alcaraz ponga la nota de cancelación a la póliza de seguro que se presentó con la demanda.

Sin costas, por quererlo así ambas partes.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese en la Gaceta Judicial copia de esta providencia.

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica — Hernán Salamanca — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DEMANDA SOBRE NULIDAD DE UNA SOCIEDAD, LIQUIDACION, ETC.—FUSION DE SOCIEDADES

1.—El fenómeno jurídico de la fusión de sociedades, aunque no reglamentado especialmente en nuestra legislación, no se opone a ella. El procedimiento para realizar la fusión asume dos formas: la creación de una sociedad nueva que reúne y engloba las entidades fusionadas que desaparecen completamente, o la anexión o absorción, en que se unen una o más sociedades, que también desaparecen, a otra preexistente que continúa su vida legalmente, modificada apenas en sus estatutos con el aumento de capital necesario para la adquisición del activo y pago del pasivo de la sociedad absorbida. En caso de absorción la sociedad absorbente continúa su existencia legal con las variaciones indicadas en los estatutos, que no implican su transformación en sociedad nueva ni distinta. Para ella la adquisición del activo y pago del pasivo de la absorbida constituye la celebración de un contrato que se considera en sí mismo a la luz del giro de las operaciones autorizadas estatutariamente y que se puede combatir e invalidar, lo mismo que el aumento de capital a que dio lugar, con el ejercicio de las acciones correspondientes, sin afectar la constitución ni existencia de la sociedad. Del propio modo y desde el punto de vista de la sociedad absorbida se puede atacar el convenio de fusión que la hace desaparecer, en caso de que no hayan sido estatutaria y legalmente satisfechos todos los requisitos indispensables para la validez de tal operación, mediante el ejercicio de la correspondiente accion judicial que tendría el carácter de acción social puesto que estaría destinada, en interés general de la sociedad anexada, a reconstruír o mantener su activo y su vida social.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Antecedentes

Por medio de la escritura pública número 1702, pasada ante el notario 3º de este circuito el 23 de noviembre de 1928, se organizó la sociedad comercial anónima "Bolsa de

Bogotá, S. A.", con domicilio en esta capital, cuyo objeto, entre otros, fue establecer una bolsa de valores y de cambio en Bogotá, en los términos y condiciones expresados en los estatutos contenidos en ese instrumento, algunas de cuyas cláusulas fueron modificadas por diversos actos escriturarios de que hay noticia y copia en el proceso.

Seis años después, el 10 de octubre de 1934, por medio de escritura pública otorgada en la notaría 4ª de este circuito, fue organizada para fines análogos otra sociedad comercial anónima que se denominó "Bolsa de Colombia, S. A.", completamente independiente de la anterior.

Pocos meses después de estar desarrollando las mismas actividades y negocios las dos sociedades, y con el objeto de poner fin a la competencia perjudicial en que se empeñaban, por intermedio de sus órganos adecuados las dos entidades iniciaron negociaciones sobre su fusión. En desarrollo de este negocio, la asamblea general de accionistas de la "Bolsa de Colombia", en reunión extraordinaria del 3 de junio de 1935, según copia auténtica de autos, aprobó por unanimidad la siguiente proposición: "La asamblea general de accionistas RESUELVE: autorizar a la junta directiva de la institución para el efecto de que adelante y lleve a cabo formalmente los arreglos referentes a la unión de la "Bolsa de Colombia" con la "Bolsa de Bogotá", en la forma y términos que estime más conveniente a los intereses sociales". En uso de estas autorizaciones, la junta directiva de la "Bolsa de Colombia, S. A.", en sesión del 1º de julio siguiente, cuya acta se protocolizó bajo escritura número 1502 el 5 del mismo julio en la notaría 4ª de Bogotá, adoptó esta resolución: 1º Autorizar al gerente para trasladar a la Bolsa de Bogotá todos los activos por la cantidad de $ 800,000, que la Bolsa de Bogotá pagará con 80,000 acciones de la Bolsa de Bogotá de valor nominal de $ 10 cada una, con la condición de que la Bolsa de Bogotá asume el pasivo de la Bolsa de Colombia sin limitación alguna. 2º El gerente procederá a distribuir entre los accionistas de la Bolsa de Colombia las 80,000 acciones de la Bolsa de Boogtá a razón de una acción de la Bolsa de Bogotá por cada acción de la Bolsa de Colombia. 3º El gerente queda autorizado para elevar a escritura pública la disolución de la Bolsa de Colombia".

La "Bolsa de Bogotá, S. A.", por su parte, para formalizar la fusión negociada, modificó sus estatutos mediante la escritura pública número 1479 otorgada ante el notario 4º de Bogotá el 3 de julio de 1935, en los siguientes términos: El capital de la sociedad será de $ 1,600.000 dividido en 160,000 acciones nominativas de $ 10 cada una. El aumento de capital que implica la anterior modificación de los estatutos, se hará en la forma siguiente: "PRIMERO. Se emitirán 30,000 acciones de $ 10 cada una, que serán vendidas por su valor nominal, de preferencia a los actuales accionistas, a razón de tres por cada cinco pesos de las que poseen. Las acciones correspondientes a la presente emisión, que no sean suscritas por los actuales, serán colocadas en la forma que determine el consejo directivo. El consejo directivo queda facultado para fijar la forma y términos en que deba efectuarse el pago de estas 30,000 acciones. SEGUNDO. Se emitirán 80,000 acciones nominativas de $ 10 cada una, de las cuales se tomarán las que sean necesarias para pagar el activo de la Bolsá de Colombia, a la que se entregarán por su valor nominal, para ser distribuídas entre los accionistas de esa institución". El artículo 30 de los estatutos quedará así: "La sociedad tendrá uno o más gerentes y sus respectivos suplentes elegidos por el consejo directivo, por el período que éste determine".

Realizada la negociación a que se ha hecho referencia, Félix García Ramírez, en su carácter de gerente-liquidador de la "Bolsa de Colombia, S. A." y de gerente de la "Bolsa de Bogotá, S. A.", por medio de la escritura pública número 2363, de fecha 9 de octubre de 1935, pasada ante el notario 4º del circuito de Bogotá, expuso: "PRIMERO. Que de conformidad con la resolución acordada por la junta directiva de la "Bolsa de Colombia,S. A.", según consta en el acta número 32, correspondiente a la sesión del día 1º de julio último, protocolizada por escritura pública número 1502 de 5 de julio próximo pasado, de esta notaría, y en su carácter de gerente, traspasó a la "Bolsa de Bogotá, S. A.", por la suma de $ 800,000 moneda legal, todos los activos de la "Bolsa de Colombia, S. A.", cuyo valor se establece en el balance de 30 de junio último. Que la "Bolsa de Bogotá, S. A." ha pagado el valor de dichos activos con 80,000 acciones de su propia emisión de valor nominal de $ 10 cada una. Que estas acciones se destinan al cambio de las emitidas por la "Bolsa de Colombia, S. A.", en la proporción de una acción de la Bolsa de Bogotá por cada una de la Bolsa de Colombia. SEGUNDO. Que para la conversión de las acciones de la Bolsa de Colombia, que hay todavía en circulación.

la "Bolsa de Bogotá, S. A.", tiene las correspondientes de su propia emisión a la orden y disposición de los dueños o tenedores de aquéllas. TERCERO. En su carácter de gerente de la Bolsa de Bogotá, S. A., declara que esta entidad se hizo cargo del pasivo de la Bolsa de Colombia, por el valor que aparece en el balance de 30 de junio último, copia del cual se extiende a continuación.... CUARTO. Que traspasados los activos a la "Bolsa de Bogotá, S. A.", como se expresó en el punto primero, y entregadas por la "Bolsa de Bogotá, S. A.", las acciones correspondientes y estando, como están, en poder de esta última entidad a la orden y disposición de los accionistas de la Bolsa de Colombia, cuyas acciones no han sido cambiadas todavía, el correspondiente número de acciones de la Bolsa de Bogotá, S. A., el exponente, en su carácter de gerente liquidador de la Bolsa de Colombia, S. A., declara disuelta y extinguida esta sociedad".

José Luis Arango, demandante en este juicio, era accionista de la "Bolsa de Colomba, S. A.", como consta en el expediente, y como tal pasó a ser accionista de la "Bolsa de Bogotá, S. A." por virtud de la fusión de las dos sociedades anónimas, fusión ésta de que fue partidario, según él mismo lo expresa. Pero como esta unión le "resultó desastrosa" y con ella ninguno de sus "anhelos ha sido colmado", de acuerdo con sus propias expresiones, en su propio nombre y en libelo fechado el 11 de octubre de 1935, demandó a la "Bolsa de Bogotá, S. A.", sociedad comercial anónima, domiciliada en esta ciudad y representada por sus gerentes, para que con su citación y audiencia se hicieran en sentencia definitiva de juicio ordinario las siguientes declaraciones: "PRIMERA. Que son nulos, de nulidad absoluta, la constitución, la existencia y el funcionamiento de la actual sociedad comercial anónima denominada "Bolsa de Bogotá, S. A.", domiciliada en esta ciudad. SEGUNDA: Que la actual sociedad comercial anónima denominada "Bolsa de Bogotá, S. A.", domiciliada en esta ciudad, es una sociedad de hecho. TERCERA: Que en virtud de estas declaraciones se decrete la disolución de la sociedad comercial anónima denominada "Bolsa de Bogotá, S. A.", domiciliada en esta ciudad. lo mismo que la liquidación de las operaciones anteriores, sujetándose la liquidación a las reglas del cuasicontrato de comunidad. CUARTA. Que los accionistas que directa o indirectamente han tomado parte en la administración de dicha sociedad quedan en la condición de socios colectivos, y como tales responden solidariamente de las obligaciones contraídas a favor de terceros y de los perjuicios que hayan causado a los mismos, especialmente al demandante doctor José Luis Arango. QUINTA. Que se condene en las costas a la entidad demandada".

De los hechos señalados como fundamento de la acción, expuestos ya en los antecedentes, se copia el 5º por contener la idea central en que el actor apoya este litigio: "Como es natural, mis actividades en la Bolsa actual de Bogotá se han fundado en la creencia de la licitud legal acerca de su funcionamiento. Empero, al no encontrar en ninguna parte las pruebas que acreditan la existencia también legal de dicha Bolsa de Bogotá que absorbió el capital y las actividades de la "Bolsa de Colombia, S. A.", **como una nueva entidad jurídica** capaz de derechos y obligaciones, que con **su nacimiento jurídico sustituyera las Bolsas que se dice fueron fusionadas,** he venido a concluír, señor juez, que la actual "Bolsa de Bogotá, S. A.", es una sociedad de hecho que está sujeta a desaparecer mediante la liquidación y que sus accionistas que han tomado parte en la administración de la compañía, nula por defecto de formalidades, deben ser considerados como socios colectivos, y, como tales, responden solidariamente a nosotros los terceros."

Surtidos los trámites del primer grado, el juzgado del circuito absolvió a la 'Bolsa de Boogtá, S. A." de todos los cargos de la demanda en sentencia de fecha 5 de febrero de 1937, la cual, apelada por el actor, fue confirmada por el tribunal superior en fallo del 11 de noviembre de 1937, que es el sometido al estudio de la Corte en virtud del recurso de casación oportunamente interpuesto por el demandante Arango.

Sentencia acusada

El tribunal hace notar en su sentencia, en primer lugar, la desconexión que se presenta visiblemente entre los hechos fundamentales de la demanda y la súplica de declaración de nulidad absoluta que constituye el objeto esencial de la acción ejercitada, y considera que la decisión del pleito está inmediatamente vinculada a la resolución del problema consistente en averiguar si una sociedad organizada en debida forma puede adquirir el patrimonio y actividades de otra entidad de su misma especie sin necesidad de liquidarse y constituírse en una nueva compañía o sociedad. No halló el tribunal que para tal ocurrencia jurídica existiera in-

conveniente dentro de nuestra legislación y así concluyó que es jurídica y legalmente aceptable que la "Bolsa de Bogotá, S. A.", constituída normalmente desde el año de 1928, sin afectar en modo alguno su existencia, haya adquirido el capital total —activo y pasivo— de la "Bolsa de Colombia, S. A.", porque esta operación cabe dentro de sus actividades estatutarias en la forma y fines que inicialmente se acordaron y para cuya realización la Bolsa de Bogotá llevó a efecto las modificaciones que requerían sus estatutos para hacer el correspondiente aumento del capital social. Advierte la sentencia que no siendo objeto de las súplicas de la demanda la declaración de nulidad del "convenio o acuerdo" celebrado entre las dos sociedades anónimas nombradas, mediante el cual la Bolsa de Colombia fue incorporada a la Bolsa de Bogotá, está fuera de todo lugar la consideración del punto de si en la celebración de ese contrato se cumplieron a cabalidad por parte de la Bolsa de Colombia todas las prescripciones legales y estatutarias pertinentes y si su disolución y extinción, que aparecen protocolizadas por su gerente liquidador, fueron verificadas con observancia de los requisitos y condiciones legales, porque nada tiene que ver la decisión de estas cuestiones con la existencia válida de la "Bolsa de Bogotá, S. A.", cuya nulidad es el exclusivo objetivo de este litigio. Concluye la sentencia acusada con la declaración de que, de acuerdo con el pacto celebrado entre la Bolsa de Colombia y la Bolsa de Bogotá, la adquisición que ésta hizo de la totalidad de los haberes de la primera, no implica la constitución de una nueva sociedad.

El recurso

Se acusa la sentencia por el primero de los motivos legales del art. 520 del C. J., y como violadas por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea enumera el recurrente desordenadamente las disposiciones de los siguientes artículos legales: 6, 16, 22, 1500, 1501, 1526, 1523, 1524, 1568, 1602, 1603, 1687, 1740, 1741, 1760, 2079, 2083, 2084, 2085 del C. C.; 465, 468, 473, 475, 535, 540, 551, 532, 590 del C. de Co.; 593 del C. J.; 15 de la ley 95 de 1890; 4º de la ley 26 de 1922; 1 y 2 de la ley 42 de 1898, y 6 de la ley 27 de 1888.

En ocho capítulos distintos se exponen en la demanda de casación las razones en que se pretende apoyar la acusación contra la sentencia del tribunal. Resumiéndolas, son:

Al creer el tribunal que hubo un "pacto formalizado" entre las dos sociedades anónimas incurrió en un error de hecho evidente y como consecuencia en un error de derecho al darle valor a una prueba que no existe. De esta manera se violó el art. 593 del C. J.

Al considerar el tribunal que la operación por la cual la "Bolsa de Bogotá, S. A." adquirió los haberes de la "Bolsa de Colombia, S. A." estaba dentro del objeto social propio, "desconoció la existencia de la persona jurídica denominada "Bolsa de Colombia, S. A." que no se había disuelto ni liquidado a la fecha de la operación. Así se violaron los artículos del Código de Comercio que versan sobre disolución y liquidación de sociedades.

Las disposiciones legales relacionadas con la constitución, funcionamiento, existencia y extinción de las sociedades comerciales anónimas son de orden público. La desaparición de una sociedad de esta clase sin el previo cumplimiento de los requistos legales es acto viciado de nulidad por falta de causa lícita, y el acto realizado así es ilícito por contrario a la ley. Al admitir el tribunal como válido y arreglado a derecho el traspaso de los haberes de la Bolsa de Colombia a la Bolsa de Bogotá, sin que se observaran las formalidades sobre liquidación y disolución de las sociedades, se incurrió en nuevas violaciones de los textos legales ya indicados.

Al considerar lícita la operación que realizó la "Bolsa de Bogotá, S. A." admite el tribunal que una sociedad comercial anónima puede dejar de existir sin llenar los requisitos que la ley exige para la disolución y liquidación de toda sociedad debidamente constituída.

La sociedad demandada manifestó al contestar la demanda que la Bolsa de Colombia se había declarado disuelta y extinguida legalmente según aparece en la escritura número 1502 de 5 de julio de 1935, notaría 4ª, y como esa escritura no es de liquidación ni extinción, el tribunal, al no tener en cuenta estos hechos, incurrió en error de hecho y de derecho por no haber estimado que ellos demostraban la existencia simultánea y conjunta de dos sociedades comerciales fusionadas de hecho en una sola, cuya nulidad se demanda.

El tribunal al considerar impertinente el estudio de si se cumplieron o no las prescripciones legales y estatutarias en relación con la constitución, existencia y funcionamiento de la "actual" Bolsa de Bogotá, S. A. so pretexto de que no se demandó la nulidad del convenio o negociación entre las

dos sociedades, aceptó un pacto que carece de existencia legal y desconoció el hecho de que la sociedad comercial anónima "Bolsa de Colombia, S. A." "se ha involucrado y viene funcionando en forma de sociedad con otra sociedad comercial anónima."

Por haber aceptado el tribunal como legal el funcionamiento o intromisión de la "Bolsa de Colombia, S. A." en la "Bolsa de Bogotá, S. A." sin haberse cumplido el ritual del caso, violó directamente la ley en las disposiciones citadas por no haber considerado que la fusión de las sociedades era ineficaz.

Finalmente, el tribunal incurrió en error de hecho al no considerar como existente la prueba de que la "Bolsa de Colombia, S. A." se fusionó sin disolverse ni liquidarse y en error de derecho por no haber estimado el valor legal de esta prueba.

La Corte considera los cargos globalmente porque todos ellos parten de la misma base y se enderezan al mismo fin. Iguales consideraciones sirven para apreciar su pertinencia y valía.

El fenómeno jurídico de la fusión de sociedades, no reglamentado especialmente en nuestra legislación, pero no opuesto a ella, consiste, de manera general, en la reunión de dos o más sociedades de creación y vida independiente en forma que no constituyan luégo sino una sola entidad social, y su realización obedece frecuentemente a motivos económicos tales como disminuír los gastos de explotación de las empresas combinando esfuerzos para obtener resultados que no pueden alcanzarse aisladamente, o para luchar contra la concurrencia, o para poner fin a una competencia inconveniente entre dos empresas rivales. La fusión se cumple mediante la celebración de una convención que pone fin anticipado o extraordinario a la sociedad o sociedades que se fusionan o funden, no sujeta a formalidades especiales y que se rige por las reglas generales que gobiernan los contratos. El procedimiento para realizar la fusión asume dos formas: la creación de una sociedad nueva que reúne y engloba las entidades fusionadas que desaparecen completamente, o la anexión o absorción, en que se unen una o más sociedades, que también desaparecen, a otra preexistente que continúa su vida legalmente, modificada apenas en sus estatutos con el aumento de capital necesario para la adquisición del activo y pago del pasivo de la sociedad absorbida. En cada uno de estos casos, cuya apreciación judicial constiutye generalmente una cuestión de hecho, las formalidades legales que es necesario cumplir son distintas, a más de las exigencias estatutarias respectivas, según que la fusión implique el nacimiento y constitución de una nueva entidad social con la disolución y liquidación de todas las que en ella se engloben, o simplemente con la extinción de la sociedad anexada y el aumento de capital de la anexante. En este último caso, por lo que hace a la sociedad que subsiste, las exigencias legales se concretan a las relacionadas con la modificación estatutaria y su publicidad.

Grave confusión acusan las ideas del actor en derredor de este fenómeno de la fución social. Dice una vez: "La entidad denominada Bolsa de Bogotá, S. A., no es sino una sociedad de hecho compuesta de dos entidades de derecho." Y en otra parte: "...desde luego salta a la vista que esta tercera sociedad (la que llama actual Bolsa de Bogotá), resultante de las dos anteriores, es una entidad distinta de sus componentes...." Y en otra parte: "...de modo que no ha dejado de existir la persona jurídica denominada 'Bolsa de Colombia, S. A.', porque no ha muerto conforme a la ley. Existe en derecho, como la 'Bolsa de Bogotá, S. A.', fundada en 1928. Entonces, qué ha ocurrido? Dos personas jurídicas han puesto su capital y otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación."

En esta última transcripción parece referirse el demandante a un modo de fusión aceptado por algunos autores bajo la denominación de alianza, en el cual, sin disolución de sociedades ni creación de ninguna nueva, dos entidades autónomas se agrupan para vivir paralelamente bajo una forma nueva estableciendo un centro común de operaciones con una sola administración, pero conservando cada una su existencia legal y su personalidad propia.

El calificativo de actual que en la demanda se le antepone a la "Bolsa de Bogotá, S. A.", sociedad comercial demandada, en contraposición a la vieja sociedad del mismo nombre que existió hasta la fusión con la Bolsa de Colombia, carece completamente de significado y obedece, según se desprende del contexto del libelo, a la creencia equivocada del recurrente de que siempre que se verifica la fundición de dos sociedades, aunque sea por el sistema de anexión o absorción, usado en este caso, nace o se constituye un nuevo ente social en substitución del antiguo. Este error de concepto original, que afectó este pleito desde su iniciación

hasta el extremo de aparecer visible y notorio en la incongruencia entre la súplica y los hechos básicos de la acción, domina toda la materia del litigio y explica la inconducencia total de las argumentaciones del recurso, enderezadas a suscitar cuestiones completamente ajenas a los fundamentos en que se apoyó la demanda y extrañas también a las que deben ser materia exclusiva del debate y del fallo al tenor inequívoco de las súplicas del libelo. En caso de absorción la sociedad absorbente continúa su existencia legal, con las variaciones de estatuto a que se ha hecho referencia, que no implican su transformación en sociedad nueva ni distinta. Para ella la adquisición del activo y pago del pasivo de la absorbida constituye la celebración de un contrato que se considera en sí mismo a la luz del giro de las operaciones autorizadas estatutariamente y que se puede combatir e invalidar, lo mismo que el aumento de capital a que dio lugar, con el ejercicio de las acciones correspondientes, sin afectar la constitución ni existencia de la sociedad. Del propio modo y desde el punto de vista de la sociedad absorbida se puede atacar el convenio de fusión que la hace desaparecer, en caso de que no hayan sido estatutaria y legalmente satisfechos todos los requisitos indispensables para la validez de tal operación, mediante el ejercicio de la correspondiente acción judicial que tendría el carácter de acción social puesto que estaría destinada, en interés general de la sociedad anexada, a reconstruír o mantener su activo y su vida social.

En el caso de estudio la acción de nulidad incoada no se ha dirigido contra la fusión de las dos sociedades para obtener la invalidación de tal negocio, ni contra los acuerdos adoptados por la "Bolsa de Bogotá, S. A." para cumplir por su parte la operación de la fusión, sino para que se declare "que son nulos, de nulidad absoluta, la constitución, la existencia y el funcionamiento de la actual sociedad comercial anónima denominada "Bolsa de Bogotá, S. A.", con fundamento en la celebración del aludido negocio de absorción y en el entendimiento de que con él se originó una nueva entidad social, aunque del mismo nombre. La sentencia acusada tiene su apoyo principal en que no se probó ni siquiera se enunció en los hechos fundamentales de la demanda, ningún motivo o causa legal que afectara la existencia jurídica de la sociedad comercial "Bolsa de Bogotá, S. A.", ya que todas las pretendidas irregularidades con que la "Bolsa de Colombia, S. A." aceptó su incorporación a la sociedad demandada y a que se refiere el actor, nada tienen que ver con la constitución y existencia de la "Bolsa de Bogotá, S. A." ni pueden determinar la declaración judicial de su nulidad. El tribunal apenas se refiere de manera incidental a la negociación llevada a cabo entre las dos instituciones comerciales y advirtiendo que tal extremo no es el objeto de la demanda. En estas condiciones, todos los argumentos y razones cnosignados en la demanda de casación y destinados a combatir la validez del pacto de fusión, como los encaminados a poner de relieve las irregularidades y deficiencias con que la "Bolsa de Colombia, S. A.", procedió en la celebración del negocio referido de fusión. resultan de una incuestionable inconducencia como motivos de casación, porque versan sobre cuestiones en que no se apoya la sentencia. De la misma manera se afecta la cita de los textos legales en cuya violación se pretende fundar el recurso, porque no es posible aceptar la infracción de preceptos legales que estuvieron fuera de la consideración del sentenciador por ser claramente inaplicables para la resolución del pleito.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia proferida por el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, con fecha once de noviembre de mil novecientos treinta y siete, que ha sido objeto de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

DEMANDA DE RESOLUCION DE UNAS HIPOTECAS, NULIDAD DE REMATES, ETC.

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

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Zoila Rosa Carmona de Suaza suplicó por la vía ordinaria contra Pedro José Sierra la resolución de las hipotecas que constan en las escrituras números 459, de 22 de diciembre de 1929 y 42 de 8 de febrero de 1931, otrgadas en la notaría de Barbosa (Antioquia) y constituídas por Vicente e Isaías Carmona a favor del demandado sobre la finca de "Aguas Claras", la nulidad de las diligencias del remate de esa finca verificado por Sierra y la cancelación de los correspondientes registros; la entrega de "Aguas Claras" a la sucesión de José María Carmona, en cuyo nombre habla la actora, padre de ésta y de los deudores hipotecarios; la restitución de los frutos, como poseedor de mala fe; la indemnización de los perjuicios, y el pago de las costas.

Las afirmaciones del libelo son en compendio estas: José María Carmona vendió a sus hijos Vicente e Isaías la finca de Aguas Claras en mayo de 1914. Por falta de pago del precio estipulado, en 1916 demandó judicialmente la resolución del contrato, la cual fue declarada en primera instancia en agosto de 1918 y en segunda en diciembre de 1932. En julio de 1921 falleció José Mª Carmona y en el correspondiente juicio de sucesión que se siguió no se inventarió ni tampoco, por lo tanto, se adjudicó a sus herederos aquel bien raíz. En diciembre de 1929 Vicente Carmona hipotecó a Sierra la cuota, equivalente a la mitad de toda la finca, de su derecho de dominio, adquirido mediante la compraventa referida, y en febrero de 1931 Isaías hipotecó al mismo Sierra su cuota del derecho de dominio, o sea la otra mitad.

En noviembre de 1931 se registró la diligencia de remate judicial que mediante el respectivo juicio hizo de Aguas Claras el acreedor Pedro José Sierra.

Se presentó demanda de reconvención con el objeto de obtener contra la sucesión de Carmona, representada por la actora, el pago de dos mil seiscientos ochenta pesos ($ 2,680), precio del inmueble que al mismo tiempo es el valor del crédito hipotecario, los intereses al 1% mensual y los perjuicios que cause la resolución.

El 30 de septiembre de 1936 el tribunal superior de Medellín revocó la sentencia de primer grado y desestimó las súplicas de la demanda principal.

Consideró el tribunal que conforme al art. 1548 del C. C., que es el procedente, para resolver un gravamen se requiere que la condición conste en el título respectivo. Como no se trajo a los autos el título que otorgó José María Carmona a sus hijos Vicente e Isaías, compradores de Aguas Claras, y de las sentencias que declararon la resolución de ese contrato no se infiere, porque solamente se adujo copia de su parte resolutiva, si la condición fue tácita o expresa, y para los efectos del citado artículo se requiere que ésta sea expresa, no existen elementos probatorios suficientes.

Tampoco se acreditó que cuando se efectuó el remate de la finca se hallaba registrada la demanda civil de José Mª Carmona contra sus hijos, motivo por el cual no hay lugar a la nulidad pedida del remate.

Concluye el tribunal que por no hallarse establecidos los requisitos necesarios para la existencia de la acción intentada, ésta no puede prosperar.

Contra la sentencia se interpuso recurso de casación por la parte demandante, apoyándose en las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J.

Violó el tribunal el artículo 1548 del C. C., por cuanto exige que la condición conste expresamente, siendo así que basta que la existencia de ella pueda "deducirse o inducirse del texto y contexto de las cláusulas." El tribunal acepta que de las copias de las sentencias con que finalizó el juicio de Carmona contra sus hijos, se desprende que sí hubo una condición resolutoria que afectaba

ese contrato de compraventa, pero que se ignora si era expresa o tácita, y, según él, para la procedencia del artículo 1548 se requiere que sea expresa, lo cual constituye una errónea interpretación de su texto.

La sentencia no es acorde con lo pedido en la demanda, porque allí se solicitó la resolución de los gravámenes hipotecarios y no su nulidad. La súplica de nulidad la motivó el pensamiento que tuvo la actora de que la demanda de resolución del contrato de compraventa entre los Carmona se había registrado y por lo tanto el inmueble se hallaba fuera del comercio cuando se verificó el remate.

Motivos

Visto el art. 1548 del C. C., y considerando: que aun cuando el tribunal no fue feliz en la expresión de su razonamiento, no es menos cierto que el citado artículo exige que la condición conste en el título respectivo, englobándose en este vocablo **condición** tanto lo que es tal jurídicamente como lo que constituye una causa legal resolutoria; que, por lo tanto, el tribunal no violó el referido artículo al exigir para su procedencia la prueba de que la causa legal resolutoria del contrato de compraventa celebrado por Carmona y sus dos hijos constara en la escritura pública, esto es, que fluyera de las estipulaciones mismas de esa convención.

Visto el ord. 2º del art. 520 del C. J., y teniendo en cuenta: que el tribunal no desestimó la primera súplica de la demanda por considerar que la actora pidió nulidad en vez de resolución; que ante el hecho de haberse impetrado la nulidad de la diligencia de remate no le era dable al tribunal tomarla como petición de resolución, so pena de cambiar en ese punto la acción ejercitada; y, por último, que en la hipótesis de que el tribunal hubiera podido interpretar el correspondiente pasaje de la demanda en el sentido de que se incoe o la acción de resolución de la diligencia de remate, ésta habría sido igualmente, a todas luces, inconducente.

Resolución

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 que el 30 de septiembre de 1936 pronunció en este juicio ordinario el tribunal superior de Medellín.

Las costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese en la **Gaceta Judicial** copia de esta providencia.

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica—Hernán Salamanca — Pedro León Rincon, Srio, en ppd.

RECURSO DE HECHO.—FIJACION DE LA CUANTIA DE LA ACCION

Cuando el actor estima desde el principio el valor de su acción en una suma concreta y determinada y la parte demandada no ejercita el derecho que le confiere el artículo 206 del C. J., queda por ese mismo hecho, por esa misma fijación, determinada la cuantía.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

En sentencia de catorce de mayo postrero, el tribunal superior de Bogotá desató el juicio ordinario promovido por Heliodoro D. Rojas, contra Ricardo y Lorenza Tirado Macías, sobre nulidad de sentencia y otras disposiciones.

Rojas interpuso recurso de casación contra dicho fallo y el tribunal lo denegó por cuanto la cuantía del negocio no alcanza a tres mil pesos, toda vez que el demandante estimó o fijó el valor de su acción al proponer la demanda en la suma de dos mil pesos.

Pidió Rojas reposición de ese auto del tribunal, que lleva fecha de nueve de mayo del año en curso, y no habiendo prosperado su petición, el tribunal le concedió el recurso de hecho para ante la Corte, el que está debidamente aparejado y pasa a decidirse.

La estimación de la cuantía corresponde al actor según el artículo 205 del C. J., y ella tiene en principio como objeto fijar la competencia del juez, pero también puede tener el de limitar desde el principio el valor de la acción, en sí misma considerada.

Cuando la estimación hecha por el actor tiene un carácter indefinido, como sería el caso en que dijera, v. g., "una suma mayor de mil pesos", quedaría, si no fuere objetada, fijada aquélla para efectos de la competencia, lo cual quiere decir que posteriormente podría ocurrir avalúo para otros fines, y tal es por ejemplo uno de los casos que están comprendidos dentro del artículo 524 del C. J.

Pero cuando el actor estima desde el principio el valor de su acción en una suma concreta y determinada y la parte demandada no ejercita el derecho que le confiere el artículo 206 del C. J., queda por ese mismo hecho, por esa misma fijación, determinada la cuantía. Y si se objetare que la fijación exigida por dicho artículo 205 se concreta, según él mismo, a lo atañadero a la competencia, esa objeción no desvanece lo expuesto, porque apenas habrá para qué observar que en el concepto global de competencia figura la de la Corte para casación, como figura la posibilidad o imposibilidad de este recurso, a la luz del artículo 519 del C. J.

La doctrina anterior ha sido la sostenida por esta Corte como puede verse en varios fallos entre otros el de 11 de febrero de este año, que cita el tribunal.

Si, pues, el demandante Rojas en su demanda estimó la cuantía de la acción en dos mil pesos y si según el artículo 519 del C. J. la cuantía en los juicios ordinarios debe alcanzar por lo menos tres mil pesos para que sean susceptibles del recurso de casación, se concluye que es legal el auto del tribunal que lo negó.

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, deniega el recurso de hecho interpuesto por Heliodoro D. Rojas y ordena poner esta resolución en conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta.

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica—Hernán Salamanca — Pedro León Rincon, Srio, en ppd.

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS, RESTITUCION, ETC.

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

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

Ante el juzgado 1º del circuito de Fredonia, Clímaco, Julia, Leonor, Luisa y Teresa Henao, "en su propio nombre y como representantes o herederos de Rita y Salvador Henao", demandaron a Pedro Díaz Granados, con acción procesal de condena, a) el pago de tres mil pesos ($ 3,000) valor de los perjuicios provenientes de la mora del reo en la solución de las obligaciones emanadas de la sentencia de casación que con fecha 23 de febrero de 1931 impuso a las partes, por haber decretado la resolución del contrato de compraventa de una finca que consta en la escritura Nº 54 de 9 de julio de 1920, pasada por las partes ante el notario 2º de Fredonia; b) la restitución del lote que formaba parte de esa finca y que vendió Díaz Granados a un tercero por medio de la escritura Nº 320 de 12 de junio de 1923, otorgada ante el notario dicho, o, en su defecto, el pago de cuatro mil pesos ($ 4,000); c) el pago de quince mil pesos ($ 15,000), valor de los frutos percibidos por el demandado; d) la entrega de tres mil peso ($ 3,000), precio de los deterioros habidos en el inmueble; e) el pago de mil trescientos pesos ($ 1,300), valor de herramientas y otras cosas muebles que recibió el demandado cuando la celebración del referido contrato de compraventa. En subsidio, suplicaron la condena por todos estos conceptos a las sumas que determinaran peritos.

Aparece de las afirmaciones comprobadas en el pleito, que Pedro Díaz Granados, en 1925, demandó la resolución del referido contrato, la cual fue decretada por el tribunal el 30 de marzo de 1928 en fallo no casado por la Corte en la fecha ya mencionada. La acción se apoyó en la falta de la entrega por parte de los vendedores de toda la cosa vendida.

El precio convenido del inmueble fue el de ocho mil pesos ($ 8,000) que el comprador se obligó a pagar en dos contados de tres mil y cinco mil pesos, el 30 de septiembre de 1920 y 30 de junio de 1921, respectivamente. El demandado garantizó el cumplimiento de su prestación con hipoteca de la finca.

Los actores exigieron el pago del resto del precio a Díaz Granados por la vía ejecutiva antes del pronunciamiento de las referidas sentencias, y en efecto, como culminación de ese juicio, se practicó la diligencia de remate de bienes el 27 de junio de 1927, y su aprobación y entrega de la finca a los demandantes se efectuó el 29 de julio de ese mismo año. El contrato de compraventa resuelto judicialmente se celebró con Clímaco Henao, en su propio nombre y como mandatario de las otras personas que forman la parte actora. La venta que hizo Díaz Granados en 1923 del lote que hacía parte de la primitiva finca, fue consentida por Clímaco Henao, quien recibió la mayor parte del precio y canceló en la porción correspondiente la hipoteca.

Sentencia recurrida

El tribunal falló el 25 de mayo de 1937 en el sentido de desestimar las peticiones de la demanda. Consideró el tribunal que aun cuando el fallo que decretó la resolución de la compraventa impuso a Díaz Granados la obligación de restituír la finca vendida, y a los actores a devolverle la parte del precio recibida por éstos, es lo cierto que el demandado no está en mora porque aun cuando personalmente no verificó el traspaso del inmueble, los actores están en poder de él, a consecuencia de la acción ejecutiva que promovieron. Falta, pues, por entregar el lote que de la finca vendió Díaz Granados, el cual no le es posible restituír a causa de que no se encuentra ya bajo su dominio. Además, la transferencia de éste fue aceptada por Clímaco Henao "en su propio nombre y como apoderado de quienes figuran como tradentes en la escritura Nº 54."

Según nuestro derecho positivo, Díaz Granados no debe "el valor de los frutos producidos por el inmueble que le vendieron ni el

de los deterioros y desmejoras del mismo, como tampoco el de los accesorios que formaban parte integrante de la finca." El art. 1545 del C. C. sienta esta regla general. Uno de los casos de excepción lo establece el art. 1932 para la resolución de la venta por falta de pago del precio. El art. 1882 que trata de la resolución de la compraventa por falta de pago del precio. El art. 1882 que trata de la resolución de la compraventa por falta de la tradición de la cosa, no habla de los frutos ni de los deterioros.

A la acción resolutoria del art. 1932 renunciaron los vendedores, debido a que demandaron ejecutivamente a Pedro Díaz Granados para el cumplimiento del contrato.

"Sabido es que los accionistas de que trata el art. 1546 del C. C. implican dos remedios opuestos o contrarios y son alternativos, es decir, que no pueden ejercitarse conjuntamente. Si promovida una de ellas no prospera, por cualquier motivo, puede intentarse la otra; pero si la primera sale avante, ya la acción contraria queda eliminada."

Además de lo dicho caben estas otras observaciones en relación con la demanda. Que en la hipótesis de la conducencia del artículo 963 del C. C., no probaron los actores, para la imputación de los deterioros, que el demandado se aprovechara de ellos; que no demostraron su personería sustantiva de herederos de Rita y Salvador Henao, y que habiendo muerto María de los Angeles Roldán, mujer del demandado, la acción debió dirigirse contra la sociedad conyugal, disuelta e ilíquida porque el contrato de compraventa se celebró durante la existencia de esa sociedad.

Recurso

Contra la sentencia se interpuso recurso de casación por la parte actora, con base en la causal 1ª del art. 520 del C. J.

El tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de la escritura Nº 320 del 12 de junio de 1923, porque de su texto no aperece que Clímaco Henao, al aceptar ese contrato de compraventa celebrado entre Díaz Granados y un tercero del lote que hacía parte integrante de la finca, hablara en su calidad de mandatario de las demás personas que constituyen la parte demandante. De donde se sigue que ese error de hecho en cuanto desfiguró el texto de la declaración de Clímaco Henao y de derecho en cuanto dio a ella el alcance de obligar a sus mandantes, condujo al sentenciador a la violación de los arts. 1505, 2177 y 2186 del C. C.

Sentado lo anterior, esto es, que los poderdantes de Clímaco Henao no aceptaron la venta que hiciera Díaz Granados, éste debe restituír, en virtud de la sentencia de resolución, la porción en referencia.

La obligación de restituír de Díaz Granados se hizo exigible a fines de julio de 1931 y la falta de su cumplimiento da derecho a los actores para ser resarcidos de los perjuicios causados. El tribunal violó los artículos 1608, 1613 y 1615 del C. C., demostrado como está que Díaz Granados no ha devuelto toda la cosa vendida.

El tribunal violó los artículos 765, 779, 1401, 2442, 1544, 1494, 1602 del C. C. y 549 del C. J. y 34 de la ley 57 de 1887. La obligación de restituír no tiene su fuente en la sentencia, porque ella no implica creación de derechos sino declaración de éstos, a causa de que tanto en nuestro derecho como en el moderno todas las sentencias son declarativas.

El origen de esa obligación se halla en el contrato de venta que las partes celebraron, la cual "ellas habían previsto para el caso de falta de cumplimiento de las que se originan directa y principalmente de la venta."

"El tribunal desconoció la doctrina en punto a fuentes de las obligaciones, pues negó a la venta en este caso el efecto natural, necesario de su resolución: la restitución de la cosa vendida." De otro lado, ha desconocido la fuerza probatoria de la sentencia porque negó la restitución por ella ordenada.

El tribunal violó los arts. 1605, 1616 del C. C. debido al error anotado. "La obligación de dar comprende la de entregar y la de conservar la cosa, si es cuerpo cierto, hasta el momento de la entrega. La obligación de conservarla no implica facultad para explotarla." De donde se infiere que los frutos deben pertenecer forzosamente al acreedor, y el deudor debe responder del deterioro de la cosa. Así, pues, a partir del día en que Díaz Granados estuvo en mora, los frutos del fundo que él vendió y los deterioros allí causados deben ser reconocidos a los actores, sobre la base de que el deudor ha procedido de mala fe, en virtud de que "se constituyó en mora de cumplir la obligación por su hecho, cual es haber enajenado libremente aquel predio y no haber concurrido a cumplir el fallo de resolución."

El 5 de diciembre de 1925, Díaz Granados demandó la resolución del contrato de compraventa por falta de entrega de toda la cosa vendida, lo cual significa la voluntad en él de restituír lo recibido. Desde ese momen-

to, en lo relacionado con frutos, deterioros y mejoras, las facultades del comprador se hallaban limitadas, porque sería absurdo suponer que podía hacer sobre la cosa, durante el lapso entre la demanda y la sentencia, lo que a bien tuviera, desmejorarla, destruyéndola y deteriorándola. El silencio del art. 1882 no impide adoptar un criterio en relación con la conservación de la cosa que debe ser restituída.

Cuando la resolución pedida por el comprador se declara, éste es un poseedor vencido, "no en el sentido de perder el pleito sino en el sentido de tener que restituír en virtud de la resolución. La materia se regula, por lo tanto, en el capítulo sobre prestaciones mutuas. La obligación de restituír se combina con la buena o mala fe de la posesión. Después de notificada la demanda de resolución, o sea después de haber presentado su libelo ante el juzgado del circuito de Fredonia, surge una situación, a la cual debe acondicionar sus procederes el demandante para los efectos de restituír los frutos y de conservar la cosa que debe devolver. Lo contrario, que es lo sostenido por el tribunal, o sea el reconocimiento de la facultad para el comprador de deteriorar y de destruír la cosa impunemente, es la consagración, por lo menos, del abuso del derecho."

Motivos

Vistos los artículos que invoca la parte recurrente, y considerando: que el tribunal sustentó su sentencia en tres fundamentos distintos, a saber: 1º la ausencia de mora por parte de Díaz Granados en la entrega de la finca, desde luego que una porción fue rematada por los recurrentes y la otra vendida con su consentimiento a un tercero; 2º la eliminación de la acción resolutoria en cabeza de los demandantes por la escogencia que éstos hicieron, al entablar el juicio ejecutivo, de la acción de cumplimiento de la obligación; 3º la carencia en los actores de legitimación en la causa, esto es, de facultad de disposición procesal, que es el tercero de los presupuestos procesales, tanto porque no demostraron su calidad de herederos, como porque no dirigieron la demanda contra la sociedad conyugal disuelta e ilíquida; que cada uno de estos fundamentos del fallo conduciría fatalmente a la resolución adoptada en él, y que no fue atacado en casación sino el primero de los dichos, siendo por lo tanto vedado a la Corte analizar lo jurídico o injurídico de los otros dos fundamentos, los cuales, por consiguiente, subsisten; que, por lo tanto, se hace inútil el estudio detenido de los motivos de la casación, desde luego que ésta no es una labor académica; que no obstante, y como observación general sobre el pleito, la Corte anota que la acción ejercitada aquí es a todas luces temeraria, porque con la sentencia de resolución se tuteló el derecho de Díaz Granados, que fue el demandante, por incumplimiento de las obligaciones de los actores, culpa ésta de los últimos que da origen al resarcimiento de los perjuicios. Los demandantes, que han sido satisfechos ya del precio, pretenden ahora el absurdo de que se les resarza el daño que ellos causaron a Díaz Granados y la restitución de una cosa vendida, cuyo precio obtuvieron ejecutivamente. En el fondo lo que ha habido es un error de técnica del tribunal, porque habiendo tenido en cuenta la carencia de acción y la ausencia de facultad de gestión procesal, ha debido prescindir del resto de la motivación dada a su sentencia.

Resolución

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 que el 25 de mayo de 1937 profirió el tribunal superior de Medellín en este juicio ordinario.

Notifíques, cópiese y publíquese. Insértese en la **Gaceta Judicial** copia de la presente providencia.

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica.— Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNA CLAUSULA ESTATU TARIA DE UNA SOCIEDAD ANONIMA.—DERECHO DE CONTROL Y VIGILANCIA QUE TIENEN LOS SOCIOS DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS SOBRE LA GESTION ADMINISTRATIVA DE SUS MANDATARIOS.— LEGISLACION EXTRANJERA SOBRE LA MATERIA.— LEGISLACION COLOMBIANA

1.—Los socios de las sociedadse anónimas tienen el derecho de control y vigilancia sobre la gestión administrativa de sus mandatarios. Esta vigilancia es un derecho propio de los accionistas, conforme al artículo 586 del C. de Comercio, no desvirtuado ni modificado por el artículo 6º de la ley 73 de 1935, porque en nada se opone a que subsista este derecho frente a la institución del revisor fiscal. Ese derecho armoniza perfectamente con las funciones de vigilancia permanentes del revisor; y cuando éstas tienen, entre otros, el mismo fin informativo con respecto a los accionistas, no se contrapone de ningún modo a la actuación del revisor, sino que el examen previo de los accionistas sobre los documentos a que haga referencia la memoria, en los ocho días anteriores a la reunión de la asamblea general, complementa también la información del revisor fiscal; a que se agrega que capacita al accionista para hacer la crítica de los actos del revisor y mostrar su incapacidad o deficiencia. De esta suerte, como el legislador se abstuvo de reformar o derogar expresamente las disposiciones normativas del Código de Comercio citadas, hoy ellas subsisten en toda la plenitud de su contenido. 2.—Las asambleas generales de la sociedad anónima, ni aun con la unanimidad de sus votos, tienen poder para restringir el término de ocho días del artículo 586 citado. Ese término, por consagrar un derecho primario de los accionistas, está fuera de toda reglamentación estatutaria, perteneciendo al orden de las disposiciones que no son susceptibles de ser derogadas por convenios privados entre los particulares (C. C., art. 16). 3.—El derecho consagrado en el artículo 587 es de naturaleza distinta al consagrado por el artículo 586. En aquel se consagra, más que el derecho del accionista, el de la sociedad misma. Si los estatutos, independientemente del término legal de los ocho días precedentes a la reunión de la asamblea general, facultan también a los accionistas para examinar la contabilidad de la empresa, en época distinta a la de aquellos ocho días, el examen se someterá a la respectiva reglamentación determinada en los estatutos. Nada más dice el artículo 587. 4.—La facultad de inspección de los accionistas sobre la contabilidad de la sociedad no es un derecho ilimitado Ese derecho existe legalmente en la medida en que todo accionista necesita valorar las informaciones de la memoria de los administradores. Tal restricción infiérese de los propios términos que usa el artículo 586, en relación con el 587. La contabilidad se exhibe y se examina únicamente en cuanto es elemento justificativo de la memoria. Nada más. Si hay pues partes de la contabilidad o documentos de otra índole de los cuales no se pueda decir con propiedad que guarden una conexión íntima con la memoria, o que tengan el carácter de piezas justificativas, su exhibición no es obligatoria. Y como puede haber casos en que surja la duda acerca de si determinado elemento hace parte integrante de la contabilidad que los socios tienen el derecho de conocer, lo natural es entonces que el punto lo resuelva la asamblea general, entidad la más autorizada para ello. Una absoluta libertad en favor de los accionistas para escudriñar hasta los más reservados sistemas de que se valga la empresa para asegurar el éxito del negocio, so pretexto del examen de la contabilidad, lanzaría sobre las sociedades anónimas constantes amenazas de inseguridad por el peligro de la divulgación de los secretos técnicos o científicos en que precisamente puede estribar la prosperidad y el prestigio de la asociación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

- I -

La asamblea general de accionistas de la Compañía Colombiana de Tabaco, sociedad anónima, domiciliada en la ciudad de Medellín, aprobó en primer debate en su reunión ordinaria del 27 de agosto de 1935, y en segundo debate en la extraordinaria del 5 de septiembre siguiente, esta adición a sus estatutos:

"La asamblea general de accionistas de la Compañía Colombiana de Tabaco, en uso de las atribuciones de que está investida, resuelve hacer la siguiente adición a les actuales estatutos:

"Art. 81-bis.—Los derechos conferidos a los accionistas de acuerdo con los artículos 586 y 587 del Código de Comercio Terrestre, se ejercerán en cada ejercicio social por el

revisor fiscal de la Compañía y en el día de la reunión de la asamblea en sesión ordinaria y en el día hábil inmediatamente anterior por cualquiera de los accionistas.

"La facultad de inspección de los accionistas se limita al estudio de los libros y elementos necesarios para verificar las partidas del balance y los datos justificativos de la memoria, pero no comprende la de averiguar los secretos técnicos, la política comercial y aquellos asuntos, en general, que se refieran a la reserva necesaria para la buena marcha de la empresa. En caso de duda, la junta directiva someterá el punto materia de discusión a la decisión de la asamblea general de accionistas."

La compañía de Alejandro Angel e Hijo, S. A. es accionista de la Colombiana de Tabaco y en esa calidad se opuso a la aprobación de la anterior reforma, la cual fue elevada a escritura pública por medio de la número mil ochocientos veintiocho (1828), en la notaría segunda de Medellín, el día 12 de septiembre del año citado.

- II -

Demanda judicial

El doctor Eduardo Toro Escobar, obrando como apoderado general de Alejandro Angel e Hijo, S. A., promovió entonces juicio civil ordinario contra la Compañía Colombiana de Tabaco, para que se decrete que es nula la reforma o adición de los estatutos que se deja copiado; o que es nula dicha reforma en cuanto limita el derecho que el artículo 586 del Código de Comercio otorga a los accionistas de las sociedades anónimas de examinar, durante los ocho días anteriores al señalado para la reunión de la asamblea general de accionistas, el balance, inventario, actas, libros y demás piezas justificativas de la memoria de los administradores, sin limitación de ninguna clase; o que dicha reforma no obliga a la sociedad demandante, ni a los demás accionistas de la compañía demandada; o que la compañía demandada carece de derecho para anular, restringir, limitar ni variar la facultad que sus accionistas tienen de examinar el balance y demás piezas justificativas de la memoria en los ocho días anteriores a la reunión de la asamblea general de accionistas.

La Compañía Colombiana de Tabaco contestó la demanda sosteniendo que la reforma es legal Por eso se opuso a la acción.

Siendo el problema por resolver de puro derecho, sin abrir a prueba el juicio y previos los trámites de regla, dictó sentencia negando las solicitudes de la demanda el juez 4° del circuito de Medellín.

El tribunal superior de allí confirmó este fallo por el suyo de 10 de septiembre del año próximo pasado, contra el cual interpuso casación la parte actora, recurso que está ya en estado de que la Corte lo estudie.

- III -

La sentencia acusada

Para el tribunal, si bien es innegable que el examen de la administración social constituye en las sociedades anónimas un derecho esencial de los accionistas, también es verdad que ese derecho tampoco puede ejercitarse de manera permanente e ilimitada, pues la inspección constante de los socios sobre los negocios sociales entraba la marcha de la sociedad, y la vigilancia indiscreconial tiene el inconveniente de que cualquier persona por el solo hecho de poseer una acción tiene el derecho de imponerse de los secretos industriales del negocio social.

El artículo 586 del Código de Comercio no es bien claro, pues no dice el objeto que tenga el depósito de la memoria y de sus documentos justificativos; solamente porque dicho depósito debe encaminarse a algún fin concreto y porque el artículo 587 confiere a los socios la facultad para examinar la contabilidad social dentro de los ocho días anteriores a la reunión de la asamblea general de accionistas, es dable inferir que los accionistas pueden revisar el balance, inventarios, actas, etc., dentro del mismo plazo, o en la época y forma que lo permitan los estatutos.

"En resumen: no existe disposición expresa —dice el tribunal— en nuestro Código de Comercio que otorgue a los socios la facultad de inspeccionar las piezas competentes del informe que están obligados a rendir los administradores; luego si ese derecho de revisión se deduce del que tienen aquéllos para examinar la contabilidad de la empresa, consecuencialmente queda también sujeto a reglamentación por la asamblea general, entidad que puede señalar la época en que puede ejercitarse y la forma de ejercicio, por parte de los accionistas.

"Y es apodictica esta conclusión porque el artículo 587 del mencionado código está redactado en una forma disyuntiva: los accionistas pueden examinar la contabilidad de la administración dentro de los ocho días anteriores a la reunión de la asamblea gene-

ral, o en la época y forma que lo permitan los estatutos."

Al razonamiento anterior agrega el tribunal la circunstancia de que de acuerdo con la letra K del artículo 54 de los estatutos de la Compañía demandada, constituye función de la asamblea general nombrar de su seno una comisión plural para que estudie las cuentas de la administración, el inventario y el balance, con lo cual los accionistas de la Colombiana de Tabaco tienen todos los medios idóneos para ejercer el derecho de examen tanto de la contabilidad de la Compañía como de los documentos justificativos de la memoria de los administradores.

De lo expuesto el sentenciador concluye que la reforma estatutaria, materia de la demanda, se conforma con los artículos 586 y 587 del Código de Comercio.

- IV -

La acusación del recurrente

La Corte, en uso del artículo 538 del Código Judicial, de la demanda del recurrente va a destacar solamente una de las causales de casación, donde encuentra sintetizadas las tesis que el abogado de la parte actora ha venido sosteniendo con vigoroso empeño desde la primera instancia, hasta la casación inclusive, y que no merecieron la acogida de los juzgadores.

En el capítulo III de la demanda de casación el recurrente ataca el fallo por aplicación indebida al caso del pleito de los arts. 586 y 587 del Código de Comercio. Es así su pensamiento:

No es el artículo 587 la disposición que rige el sentido del artículo 586, sino a la inversa. Lo demuestra la circunstancia de que el artículo 587 es el que hace referencia a lo estatuído en el 586 y la de que el 587 es el que supone la norma establecida en el 586, de tal manera que éste, sin aquél, tendría sentido completo, pero no aquél sin éste.

Una y otra disposición contemplan situaciones distintas: el artículo 586 consagra un derecho esencial del accionista, cual es el de examinar, dentro de los ocho días anteriores al señalado para la reunión de la asamblea general, el balance, inventario, actas, libros y demás piezas justificativas de la memoria de los administradores, fundado en el derecho general que todo mandante tiene a exigir cuentas comprobadas a su mandatario, y en el hecho de que durante aquella reunión debe ejercitar las facultades que a la asamblea otorga el artículo 591 del Código Comercial. Dentro de estas funciones cuéntase la de revocar o confirmar el nombramiento de gerentes, función íntimamente ligada al derecho de exigir a éstos cuentas comprobadas, como que del resultado del ejercicio de ese derecho depende el voto revocatorio o confirmativo de los poderes.

El artículo 587 otorga a los mismos accionistas un derecho distinto, si bien, semejante: el de examinar la sola contabilidad social. Este derecho tiene un objeto y una finalidad diferentes del que consagra el 856. En éste, el objeto de examinar lo constituyen las piezas **justificativas** de la memoria de los administradores; en el 587, lo constituye la contabilidad de la empresa. En el 586, la finalidad del derecho es 'justificar" la memoria, estudiar los comprobantes de las cuentas rendidas por medio de ésta y del balance; en el 587, la finalidad es vigilar la marcha de la sociedad.

Siendo distintos el objeto y la finalidad de los derechos de examen establecidos por los artículos comentados, no puede aplicarse el artículo 587 al caso del 586 sin desvirtuar el derecho que éste consagra.

"Dice el H. tribunal —continúa el recurrente— que el artículo 587 está redactado en forma disyuntiva, por lo cual los accionistas pueden examinar la contabilidad de la administración dentro de los ocho días anteriores a la reunión de la asamblea general o en la época y forma que lo permitan los estatutos. Esto es cierto, y no solamente no lo hemos negado, sino que desde un principio lo reconocimos; pero es verdadero con relación al derecho que consagra dicho artículo o sea al de examinar la sola contabilidad social, independientemente de su calidad de pieza justificativa de la memoria. No es igualmente verdadero con relación al derecho de examen consagrado en el artículo 586, en que la materia del examen son tales piezas, por la simple razón de que, como vimos, el artículo 587 no es aplicable al caso del 586. De lo contrario tendríamos al legislador otorgando un derecho en este artículo y dando, simultáneamente, en aquél, a las mayorías de las asambleas, el poder de hacerlo írrito; lo tendríamos borrando con el codo lo que escribiera con la mano. Porque hasta ahora nadie nos ha sabido decir a dónde iría a parar el derecho de estudiar las piezas **justificativas**, es decir, las piezas destinadas a "justificar", a comprobar la memoria de los administradores, si se reconoce a las asambleas la facultad de cambiar la época del examen para un momento en que no hay memoria pendiente de aprobación, o la de restringir el plazo a un día, a una hora, a un minuto, o al tiempo que dura

la reunión de la asamblea, como han hecho varias compañías siguiendo el ejemplo de la Colombiana de Tabaco."

- V -

Examen del cargo

Para la Corte la tesis anterior del recurrente es en parte exacta, de modo que el cargo, acogiéndolo únicamente en lo verdadero, es suficiente a dejar sin apoyo jurídico la sentencia del tribunal, por cuya razón debe ella casarse en lo pertinente y en su lugar dictarse la que corresponda, según las ideas que van a exponerse, las cuales al propio tiempo que sirven para justificar la anulación parcial del fallo del inferior, van a mostrar globalmente hasta dónde coinciden las ideas de la Corte con las expuestas del recurrente.

La naturaleza de la sociedad anónima, formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo hasta el monto de sus aportes y administrada por mandatarios revocables, exige que la gestión administrativa de éstos esté sometida a determinado control, el cual es así un elemento esencial en la buena organización de dichas sociedades y constituye al propio tiempo garantía eficaz no sólo en lo que respecta a los accionistas sino también para los terceros.

Esta vigilancia es un derecho propio de los accionistas; y emana de aquel otro que éstos tienen para intervenir en el gobierno de la sociedad por medio de su voto en las asambleas generales, pues no se concebiría dicha intervención sin que el accionista sea informado suficientemente acerca de la regularidad y exactitud de las operaciones efectuadas por los administradores y sobre la marcha general de los negocios sociales, a los cuales están los accionistas vinculados por su interés económico.

Tal derecho lo consagran en forma varia las diferentes legislaciones positivas. No sería justo dejar su expreso reconocimiento en la carta social a la potestad de quienes van a asociarse o están ya asociados, pues ello equivaldría a exponerlo al capricho de mayorías que quisieran desconocerlo o reducirlo a irrisoria fórmula.

En Francia, por ejemplo, la ley comercial organiza el control sobre las sociedades anónimas por medio de los comisarios de vigilancia, también llamados comisarios de cuentas. Nombrados ellos por la asamblea general tienen por principal función informar periódicamente a la asamblea acerca de la situación de la sociedad, sobre el balance y sobre las cuentas presentadas por los administradores (art. 32 de la ley de 24 de julio de 1867). Este informe es absolutamente necesario y la asamblea general no puede válidamente deliberar sin él. Quince días, cuando menos, antes de la reunión de la asamblea general todo accionista puede tomar en el domicilio social, conocimiento del inventario, de la lista de accionistas y hacerse expedir copia del balance y del informe de los comisarios (art. 33 **ibídem**). El informe debe pues redactarse en tiempo hábil para permitir a cada accionista ejercer el derecho que le consagra el artículo 33. Según jurisprudencia de la casación francesa, citada por Rodolphe Rousseau en su obra **Traité Theorique et Practique des Sociétés Commerciales francaises et étrangéres,** tomo 1º, página 750, para responder al propósito de la ley el informe de los comisarios debe mostrar exactamente a la asamblea general no solamente la situación material de la sociedad, sino también contener una apreciación sobre las operaciones desarrolladas por el consejo. El mandato de los comisarios les obliga, pues, a examinar el conjunto de la situación social, el resultado de la gestión, la calidad de los negocios emprendidos y su conformidad con los estatutos.

El código federal de obligaciones, en su artículo 641, confiere a los accionistas de sociedades suizas un derecho de control indirecto bastante definido, así: "Los accionistas tienen derecho a llamar la atención de los contralores sobre los puntos dudosos y a pedir las explicaciones necesarias. Pero no pueden ser autorizados para adquirir conocimiento de los libros de correspondencia, sino por decisión de la asamblea general o de la administración y a condición de que el secreto de los negocios no sea comprometido sin necesidad. Este derecho de los accionistas no puede ser suprimido ni restringido por los estatutos ni por la decisión de la asamblea general".

En Alemania existen peritos oficiales extraños a la sociedad que deben acreditar la exactitud de los balances sociales.

En Chile el presidente de la república tenía facultad para nombrar un comisario que vigilara las operaciones de la administración de una sociedad anónima y diera cuenta de la inejecución o infracción de los estatutos. Esta facultad la consagraba el artículo 436 del Código de Comercio. Pero por el decreto ley número 158 de 18 de diciem-

bre de 1924 quedó establecida la inspección de sociedades anónimas y en comandita por acciones "para que se ejercite permanentemente la vigilancia pública de que habla el artículo 436 del Código de Comercio". Esta inspección se ejerce por dos supremos inspectores designados por el gobierno.

Palma Rogers apunta que en Chile no existen disposiciones que regulen lo relativo a la vigilancia particular de los accionistas sobre la marcha de la sociedad. Y en muchos casos han sostenido que ellos tienen derecho a que se les muestren los libros de la sociedad; pero sentencias arbitrales han estimado que por el hecho de haber inspectores de vigilancia, nombrados por la asamblea general para que examinen el inventario y el balance, se entienden delegados en éstos esas facultades inspectivas.

Por lo que hace a la legislación colombiana el derecho de vigilancia está reglamentado en una forma de la mayor amplitud para los accionistas.

En primer lugar, por el artículo 586 del Código de Comercio según el cual "el balance, inventario, actas, libros y demás piezas justificativas de la memoria serán depositadas en la oficina de la administración, ocho días antes del señalado para la reunión de la asamblea general de accionistas".

Es verdad que la disposición no indica expresamente el fin con el cual se hace el depósito en las oficinas de la administración. Pero ese objeto es manifiesto pues no puede ser otro que el de que los accionistas particularmente confronten las informaciones contenidas en la memoria de los administradores de la sociedad con los datos en que ésta se apoye tomados del balance, inventario, etc. Si así no se interpreta esa parte del precepto carecería de finalidad. Desde que se ordena la exhibición de piezas justificativas de la memoria días antes al en que ella debe ser sometida a discusión entre los accionistas, lo natural, lo lógico y lo razonable es para efecto de que los accionistas que lo deseen hagan particularmente las confrontaciones y verificaciones conducentes a obtener un suficiente conocimiento de causa respecto de las cuestiones que se susciten en la reunión de la asamblea, de manera que las deliberaciones que en esta corporación ocurran, acerca de los temas de la memoria, estén de antemano ilustradas y fundadas en la observación personal y previa de los accionistas.

De esta manera, hasta la expedición de la ley 73 de 1935, que en su artículo 6º hizo obligatoria para toda sociedad anónima la institución del revisor fiscal, como delegado de la asamblea general ante los administradores, con funciones permanentes y exclusivas de control y vigilancia, la del artículo 586 era la única forma mediante la cual los accionistas podían adquirir un antelado conocimiento cierto y veraz acerca de las informaciones, datos y conclusiones de la memoria; por ende, esta forma constituía aún, no obstante la mencionada ley 73, una prerrogativa esencial de cada socio encaminada a salvaguardiar su interés en la sociedad, por lo tanto, inmodificable e irrenunciable por los accionistas, porque alcanza esa disposición la categoría de orden público, en fuerza del propósito primordial que la inspira, de tutela sobre el derecho patrimonial del accionista, así actual como futuro, de tomar anticipadamente completo conocimiento de causa sobre la marcha de los negocios sociales, a fin de que en el momento oportuno su voz autorizada esté en capacidad de imponerse y prevalecer en el ánimo de la mayoría de la asamblea general, y, en todo caso, de ilustrarla.

La vigencia del artículo 6º de la ley 73 no ha desvrituado o modificado el alcance del derecho individual de examen conferido a los accionistas por el artículo 586, porque en nada se opone a que subsista este derecho frente a la institución del revisor fiscal. Ese derecho armoniza perfectamente con las funciones de vigilancia permanentes del revisor; y aun cuando éstas tienen, entre otros, el mismo fin informativo con respecto a los accionistas, no se contrapone de ningún modo a la actuación del revisor, sino que el examen previo de los accionistas sobre los documentos a que haga referencia la memoria, en los ocho días anteriores a la reunión de la asamblea general, complementa también la información del revisor fiscal; a que se agrega que capacita al accionista para hacer la crítica de los actos del revisor y mostrar su incapacidad o deficiencia. De esta suerte, como el legislador se abstuvo de reformar o derogar expresamente las disposiciones normativas del Código de Comercio, citadas, hoy ellas subsisten en toda la plenitud de su contenido.

Con la guía de este razonamiento, la conclusión de que las asambleas generales de la sociedad anónima, ni aun con la unanimidad de sus votos, tienen poder para restringir el término de ocho días del artículo 586, fluye sin esfuerzo. Ese término, por consa-

grar un derecho primario de los accionistas, está fuera de toda reglamentación estatutaria, perteneciendo al orden de las disposiciones que no son susceptibles de ser derogadas por convenios privados entre los particulares (C. C., artículo 16).

En segundo lugar, el derecho de vigilancia en la legislación colombiana está reglamentado por el artículo 587 del Código de Comercio, a términos del cual los accionistas no podrán examinar la contabilidad de la administración, sino en el lapso de los ocho días indicados en el artículo 587, o en la época y forma que lo permitan los estatutos.

Se argumenta con el signfiicado aparente de esta disposición diciendo que así como el artículo 587 establece que la contabilidad sólo puede ser examinada en los ocho días inmediatamente anteriores a la reunión de la asamblea general de accionistas, o en la época y forma que lo permitan los estatutos de la sociedad, el balance y el inventario detallado, que con los libros de contabilidad forman un conjunto que es el que permite formarse idea exacta de la situación de la empresa, tampoco pueden ser examinados sino en los ocho días anteriores de la reunión de la asamblea general de accionistas **o en la época y forma que lo permitan los estatutos**; subrayando la frase los que tal tesis sostienen.

Inaceptable. El derecho conferido en el artículo 587 es de naturaleza distinta al consagrado por el artículo 586. El primero, como se dejó dicho, tiende a salvaguardiar el poder primario del accionista para adquirir una información personal y directa en las propias fuentes de la contabilidad respecto del manejo de la empresa por los administradores, con el fin de habilitar al accionista para discutir y votar en la asamblea general la memoria que a aquellos corresponde presentar. El segundo, más que un derecho del accionista, lo es de la sociedad misma, en cuanto el artículo 587 de manera expresa consagra una prohibición tocante con los accionistas, consistente en que ellos fuera del término de los ocho días de que habla el art. 586, no pueden examinar la contabilidad de la empresa, a menos que los estatutos se lo permitan. Es decir, que si los estatutos, independientemente del término legal de los ocho días precedentes a la reunión de la asamblea general, facultan también a los accionistas para examinar la contabilidad de la empresa, en época distinta de la de aquellos ocho días, el examen se someterá a la respectiva reglamentación determinada en los estatutos. Nada más dice el art. 587.

Esta interpretación surge de la lectura misma de las dos disposiciones legales, de las cuales la segunda aclara el sentido de la primera, señalando, de una parte, el objeto del depósito de la memoria de los administradores y de sus documentos justificativos, como el balance, inventario, actas, libros, etc., es decir, de la contabilidad, en las oficinas de la administración, con anticipación de ocho días a la reunión de la asamblea general; y de otra parte, negándoles expresamente a los accionistas el derecho de ver la contabilidad en época distinta, salvo que los estatutos lo permitan.

Esta interpretación cobra fuerza igualmente si se considera que con la tesis opuesta, consistente en que en definitiva queda a la regulación de los estatutos la forma y época del examen de la contabilidad por los accionistas, según el artículo 587, no se sabría con qué objeto serio el legislador había consagrado un derecho y su respectivo término para ejercitarlo oportunamente, y luégo, a renglón seguido, olvidando lo que acaba de disponer, dejara a la voluntad mudable de las personas que elaboran los estatutos o que constituyeran la mayoría de la asamblea de accionistas, la libertad, sin cortapisas, de reglamentar el mismo derecho cercenándolo como a bien tuviéranlo.

Dejando potestativo de los estatutos la regulación de la forma y época del examen de los elementos de la contabilidad justificativos de la memoria, se llegaría necesariamente a reconocer que los estatutos podrían cambiar la época de dicho examen, así fuese para fijarla en tiempo distinto e inoportuno, como para restringir o suprimir el examen. Solución evidentemente inaceptable y que lógicamente se imponía aun antes de que la ley hiciera forzoso el revisor fiscal, en que los accionistas no contaban con más derechos que el que les ofrecía el artículo 586 para vigilar de cerca la marcha de la sociedad.

Y no se diga que la asamblea general que examina el informe de los administradores tiene facultad para designar comisiones de su seno que investiguen los puntos que ofrezcan duda. Si el legislador hubiera creído suficiente esa medida, carecería entonces de objeto el que hubiera ordenado depositar con ocho días de anticipación en las oficinas

de la administración, la memoria de los administradores y sus elementos justificativos, a efecto de que de todo ello se enteren los accionistas que a bien lo tengan. Y porque de todas maneras tal remedio estará siempre sometido al imperio de las mayorías, con menoscabo de las minorías que por una deficiente información, o por cualquiera otra causa, no puedan en un momento dado imponer el nombramiento de dichas comisiones.

Los motivos jurídicos precedentes prevalecen sobre cualquiera otra consideración de índole distinta. Con tanto mayor razón si esas consideraciones giran en torno a los móviles de equidad y de protección que inspiraron la reforma. Estriban ellos, según la Compañía Colombiana de Tabaco alega tesoneramente en este pleito, en que ella tiene numerosos accionistas en todo el territorio de la república y su sede en Medellín, y si se permite que los accionistas que residen en la ciudad de Medellín y sobre todo sus grandes accionistas puedan informarse ampliamente y con todos los detalles imaginables con alguna anticipación del balance correspondiente a un ejercicio de la sociedad, es natural que esos accionistas se encuentren en una situación privilegiada para comprar o vender acciones de la misma sociedad en otros lugares del país, llegando hasta a sorprender a muchas personas que en un momento dado no tienen la información suficiente. Y fue precisamente para proteger a esas personas y a los accionistas que se encontraban en otros lugares del país, por lo que la Compañía adoptó la reforma.

Como se ve, estas consideraciones de conveniencia y protección para los pequeños accionistas no residentes en Medellín, y para extraños, se desvanecen con sólo enunciarlas. Precisamente el juego de la especulación sobre el comercio de acciones se conjura dejándole, así al grande como al pequeño accionista, residente o no en la sede social, tiempo suficiente para verificar sobre los elementos pertinentes de la contabilidad, la realidad del informe razonado de los administradores. Es obvio que mientras mayor sea la insuficiencia de ese tiempo, menos protegido resulta el accionista pequeño o grande domiciliado en lugar distinto de la sede social, porque las facilidades de examen le van disminuyendo. Para todo accionista, inclusive el establecido en lugar distante del domicilio social, es mucho más protector y ventajoso el término de ocho días preestablecido en la ley que el de veinticuatro horas fijado en la reforma. Las razones huelgan.

Por todos estos motivos, para la Corte es indudable que la asamblea general de accionistas de la Compañía Colombiana de Tabaco carecía de poder para modificar el derecho conferido a los socios en los artículos 586 y 587 del Código de Comercio, consistente en que en los ocho días anteriores a la reunión de la asamblea ellos pueden examinar, en las oficinas de la administración, todos los elementos de la contabilidad en que se apoya el informe de los administradores.

Siendo así, la primera parte de la reforma a los estatutos, aprobada por dicha asamblea en su reunión ordinaria del 27 de agosto de 1937, es inválida por versar sobre una materia ajena a su competencia y ajena por lo tanto a la ejecución del contrato social (art. 591 **ibidem**).

Debe, pues, casarse la sentencia de instancia que resolvió lo contrario, y en su lugar, decretarse dicha nulidad conforme el pedimento principal de la demanda.

Corre mejor suerte la segunda parte de la reforma acusada también por el demandante. Reza ella que la facultad de inspección de los accionistas se limita al estudio de los libros y elementos necesarios para verificar las partidas del balance y los datos justificativos de la memoria, pero no comprende la de averiguar los secretos técnicos, la política comercial y aquellos asuntos que se refieran a la reserva necesaria para la buena marcha de la empresa; y que en caso de duda, la junta directiva someterá al punto materia de discusión a la decisión de la asamblea general de accionistas.

La facultad de inspección de los accionistas sobre la contabilidad de la sociedad tampoco es un derecho ilimitado. Ese derecho existe legalmente en la medida en que todo accionista necesita valorar las informaciones de la memoria de los administradores. Tal restricción infiérese de los propios términos que usa el artículo 586, en relación con el artículo 587. El balance, inventario, libros, actas, y demás piezas justificativas de la memoria se depositan con ocho días de anticipación en el despacho de la administración, según el artículo 586, para su examen por los accionistas, según el artículo 587. De manera que la contabilidad se exhibe y se examina únicamente en cuanto es elemento justificativo de la memoria. Nada más. Si hay pues partes de la contabilidad o documentos de otra índole de los cuales no

se pueda decir con propiedad que guarden una conexión íntima con la memoria, o que tengan el carácter de piezas justificativas, su exhibición no es obligatoria. Y como puede haber casos en que surja la duda acerca de si determinado elemento hace parte integrante de la contabilidad que los socios tienen el derecho de conocer, lo natural es entonces que el punto lo resuelva la asamblea general, entidad la más autorizada para ello.

Una absoluta libertad en favor de los accionistas para escudriñar hasta los más reservados sistemas de que se valga la empresa para asegurar el éxito del negocio, so pretexto del examen de la contabilidad, lanzaría sobre las sociedades anónimas constantes amenazas de inseguridad por el peligro de divulgación de los secretos técnicos o científicos en que precisamente puede estribar la prosperidad y el prestigio de la asociación.

El expositor Copper Royer en su obra **Traité des Societés Anonymes**, tan citada por el abogado de la parte demandante en su extenso alegato de conclusión de primera instancia, observa con exactitud en el tomo II, número 428, cuán delicado es para el legislador el problema de la reglamentación del derecho de vigilancia que compete a los accionistas, porque debe salvaguardiar dos intereses de orden distinto y en ocasiones contradictorios. De un lado es indispensable proteger eficazmente al accionista, y de otro lado precisa evitar que la inspección que éste pueda ejercitar se convierta en una pesquisa inquisitiva con fines torcidos. Se pregunta luégo el mismo autor si el legislador puede razonablemente permitir que cualquier persona, con la sola condición de ser poseedora de una acción, adquiera un íntimo conocimiento de los procedimientos comerciales, industriales o financieros por medio de los cuales las entidades directivas traten de asegurar el buen resultado del negocio social; y contesta: "Evidentemente no, porque todo negocio importante vendría a ser así impracticable bajo la forma de una sociedad anónima."

Y si esto se dice en Francia en donde la inspección de los accionistas está, como vióse al principio de este capítulo, restringida al conocimiento del informe de los comisarios, del inventario y de la lista de accionistas, ¿qué no podrá decirse en Colombia no ya con referencia al legislador sino del intérprete que con autoridad doctrinaria fija el alcance de las disposiciones legales, que confieren a los accionistas un derecho incomparablemente más extenso que en Francia? Si a estas disposiciones no se les ponen límites, con un criterio de interpretación científica que las acomode a la realidad ambiente y las haga responder a las necesidades económicas de la época, en que tantos pequeños y grandes capitales se agrupan bajo la forma de acciones, la sociedad anónima en Colombia estaría constantemente amenazada de insuceso, con grave daño para el progreso industrial del país.

Por estas razones la Corte sostiene la legalidad de la segunda parte de la reforma estatutaria en estudio, y la improcedencia del recurso de casación en lo pertinente.

- VI -

Sentencia

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autroidad de la ley, casa parcialmente la sentencia pronunciada en este juicio por el tribunal de Medellín el diez de septiembre del año próximo pasado y reformando la de primera instancia, falla:

1º Es nula la reforma o adición a los estatutos de la Compañía Colombiana de Tabaco, S. A., aprobada por la asamblea general de accionistas de la misma en sus reuniones de veintisiete (27) de agosto y cinco (5) de septiembre de mil novecientos treinta y cinco (1935), y elevada a escritura pública por medio de la número mil ochocientos veintiocho (1828) otorgada en la notaría segunda de Medellín el doce (12) de septiembre del año citado, en su primera parte, esto es, en cuanto dicha reforma limita el término que el artículo 586 del Código de Comercio confiere a los accionistas de las sociedades anónimas, de examinar, durante los ocho días anteriores al señalado para la reunión de la asamblea general de accionistas, el balance, inventario, actas, libros, y demás piezas justificativas de la memoria de los administradores.

2º No se accede a declarar la nulidad del resto o segunda parte de la misma reforma, o sea, en cuanto de la facultad de inspección de los accionistas excluye la averiguación de los secretos técnicos, la política comercial y aquellos asuntos, en general, que se refieran a la reserva necesaria para la buena marcha de la empresa.

3º Por el juez de primera instancia, y para los efectos de la publicidad requerida en toda reforma estatutaria, se librarán sendos oficios al notario que autorizó la escritura

número 1828 de 12 de septiembre de 1935, al registrador de instrumentos públicos de Medellín y a la Cámara de Comercio del mismo lugar, transcribiéndoles la parte resolutiva de este fallo, a efecto de que practiquen las necesarias anotaciones.

Queda en los presentes términos reformada la sentencia del tribunal.

No hay costas en el recurso de casación ni en las instancias.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en el próximo número de la Gaceta Judicial.

Arturo Tapias Pilonieta — Liborio Escallón—Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez—Juan Francisco Mújica—Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

APELACION DE UN AUTO EJECUTIVO

1.—No es óbice para el ejercicio de la acción ejecutiva para implorar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a una de las partes, la ejecutada en este caso, el hecho del no cumplimiento por el ejecutante de las obligaciones que le incumben. 2.—Una ejecución puede adelantarse con base en un crédito embargado, porque lo que el artículo 1636 del C. C. declara nulo es el pago de la deuda embargada o cuando se ha mandado retener. De manera que la obligación del juez en el caso de que se ejecute con un crédito embargado, es retener el pago, pero no negar el mandamiento ejecutivo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio diez y siete de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, en sentencia de fecha 29 de abril de 1935, resolvió lo siguiente:

"**Primero.** Declárase resuelto el contrato de compraventa de que da fe la escritura pública número quinientos cincuenta y cuatro (554) de primero de agosto de mil novecientos treinta, otorgada en la notaría primera del circuito de Ibagué, contrato por el cual el departamento del Tolima vendió al señor Ramón L. González M. la hacienda denominada "Maracaibo", integrada por los lotes descritos y alinderados en la cláusula primera de dicho instrumento, y por las minas y servidumbres allí mismo relacionadas;

"**Segundo.** Como consecuencia de la anterior declaración, el señor Ramón L. González M. restituirá al departamento del Tolima, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, la referida hacienda de 'Maracaibo' con todas sus minas, anexidades, dependencias y servidumbres, por los linderos expresados en la mencionada escritura número quinientos cincuenta y cuatro;

"**Tercero.** El departamento del Tolima devolverá al demandante señor Ramón L. González dentro del mismo término de seis días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, la suma de cuarenta y dos mil quinientos veinte pesos setenta y ocho centavos ($ 42,520.78) moneda corriente que recibió como parte del precio de la compraventa antes mencionada;

"**Cuarto.** El señor Ramón L. González M. restituirá al departamento del Tolima los frutos que haya producido la hacienda de 'Maracaibo' que se viene mencionando, desde que la recibió del departamento a virtud de la compraventa de que aquí se trata, hasta que verifique la restitución de dicha hacienda, frutos que restituirá en la proporción que corresponda a la parte del precio que no ha sido pagada, teniendo en cuenta que el precio total fue de setenta y cuatro mil doscientos veintiséis pesos cuarenta y dos centafos ($ 74,226.42) y que la parte pagada de ese precio total fue la suma de cuarenta y dos mil quinientos veinte pesos setenta y ocho centavos ($ 42,520.78). El monto de estos frutos se fijará con arreglo a la ley;

"**Quinto.** El departamento del Tolima indemnizará al mismo señor Ramón González L. los perjuicios que le haya ocasionado con la infracción del indicado contrato de compraventa, pero sólo en cuanto tales perjuicios se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. El valor de estos perjuicios se determinará en forma legal;

"**Sexto.** No es el caso de considerar las postulaciones de la demanda subsidiaria;

"**Séptimo.** No se hace condenación alguna por concepto de costas."

Apoyado en esta sentencia, el señor Ramón L. González M. por medio de su apoderado doctor Edmundo Vargas R., inició ante el Tribunal Superior de Ibagué juicio ejecutivo contra el departamento del Tolima, por la suma de $ 42,520.78, a que se refiere el punto tercero del fallo transcrito, más los

intereses. El tribunal en auto de 26 de octubre de 1937, libró mandamiento ejecutivo contra el departamento por la suma expresada y los intereses legales.

Al notificar el auto ejecutivo al fiscal del tribunal, manifestó que el departamento no podía pagar por dos razones: 1ª Porque el señor Ramón L. González no ha cumplido ni puede cumplir por su parte las obligaciones o prestaciones a que fue condenado por la misma sentencia que ha servido de base al mandamiento ejecutivo. 2ª Porque si el departamento entrega al señor González la cantidad expresada, haría un pago nulo, porque esa suma de dinero ha sido embargada en juicios ejecutivos que se adelantan contra dicho señor. Se apoya en el artículo 1636 del C. C.

El doctor Alberto Camacho Angarita, apoderado del departamento del Tolima, pidió reposición del auto ejecutivo, apoyado en las razones expuestas por el fiscal, y en subsidio apeló de tal providencia. La solicitud del doctor Camacho fue apoyada por el fiscal.

El tribunal, en auto de doce de marzo pasado, negó la reposición del auto ejecutivo y concedió la apelación interpuesta en el efecto devolutivo. El recurso se ha sustanciado legalmente y es llegado el momento de decidirlo. A ello se procede, previas las siguientes consideraciones:

Durante el término de fijación en lista, alegaron tanto el señor procurador delegado en lo civil, quien sustentó las razones expuestas por el fiscal y por el abogado del departamento en la primera instancia, como el doctor Juan Bautista Neira, apoderado en la Corte del ejecutante, quien pidió la confirmación del auto apelado.

La sentencia de la Corte quedó ejecutoriada y fue registrada, según constancias de autos. Del punto tercero se desprende una obligación clara y actualmente exigible de pagar una cantidad líquida de dinero. De manera que el auto ejecutivo es legal, conforme al artículo 982 del C. J., según el cual puede exigirse ejecutivamente toda obligación que emane de una decisión judicial que debe cumplirse.

Las argumentaciones de los representantes del departamento del Tolima sobre que el señor González no puede exigir ejecutivamente el cumplimiento de la obligación a cargo del departamento porque no ha cumplido por su parte las prestaciones a que está obligado conforme a la sentencia, no tienen fundamento, porque la obligación que del punto tercero de la sentencia surge contra la entidad nombrada de pagar al ejecutante determinada suma dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo, no está sujeta a condición alguna ni al evento de determinadas circunstancias, sino que es clara y actualmente exigible. Para el cumplimiento de las obligaciones que del fallo surgen contra el señor González y en favor del departamento, éste tiene por su parte los medios legales para hacerlas efectivas, pero no puede sujetarse el derecho del expresado señor González al ejercicio de las acciones que corresponden al departamento.

La obligación que emana contra el departamento del Tolima de la sentencia de la Corte, es una obligación de condena, a la cual no pueden aplicarse por analogía las disposiciones relativas a los contratos bilaterales. Si el departamento con fundamento en la misma sentencia tiene motivos para enervar la acción ejecutiva iniciada por el señor González, puede hacerlos valer en el incidente de excepciones, donde tiene amplísimo campo para las defensas de sus derechos.

Si se aceptaran los motivos que se aducen para atajar la acción ejecutiva, se haría nugatoria la sentencia de la Corte y se sujetaría su cumplimiento a la voluntad de una de las partes, lo cual pugna contra elementales principios de derecho.

Tampoco es procedente la segunda objeción, porque no se puede confundir el mandamiento de pago con el pago mismo. Una ejecución puede adelantarse con base en un crédito embargado, porque lo que el artículo 1636 del C. C. declara nulo, es el pago de la deuda embargada o cuando se ha mandado retener. De manera que la obligación del juez en el caso de que se ejecute con un crédito embargado, es retener el pago, pero no negar el mandamiento ejecutivo, como lo piden los representantes del departamento del Tolima en el caso que se estudia.

Con relación al primer punto estudiado, el tribunal se expresa así:

"Sostiene el señor apoderado que como el fallo de la Corte Suprema contiene prestaciones que deben hacer ambas partes, la sentencia o título que ha presentado el ejecutante González no presta mérito ejecutivo por no haber restituído el señor González al departamento la hacienda de "Maracaibo" ni poderlo hacer en los mismos términos en que la recibió. Esta argumentación no es aceptable dado el estado en que la actuación se encuentra porque si la entidad departamental no ha demandado para que se le restituya la hacienda, la culpa no puede ser imputable al señor González. Las declaracio-

nes del fallo con que finalizó el juicio ordinario forman dentro de él un conjunto ordenado y armónico y quizá lo más procedente habría sido realizar o ejecutar ese fallo a un mismo tiempo en su totalidad, es decir, haber hecho que las prestaciones de parte y parte se hubieran verificado en lo posible, simultáneamente. Pero no habiéndose hecho así, cada una de las partes tiene acción para implorar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a la otra sin que pueda ser inconveniente el no cumplimiento todavía de las de la otra parte. Si al departamento del Tolima no le ha sido restituída la hacienda de "Maracaibo" todavía, esa circunstancia no puede evitar el cobro judicial de la suma de dinero a que tiene derecho el demante González. Si la finca ha sufrido desmejoramiento durante el tiempo que ha dejado de tenerla el departamento, ese será asunto que corresponde ventilarse en actuación diferente al presente juicio".

Con relación al segundo punto, dice así el tribunal:

"Como fundamento para sostener que no es procedente el mandamiento de ejecución contra el departamento por la suma a que alude la demanda ejecutiva que ha motivado este proceso, se alega que esa suma de dinero ha sido embargada por algunas entidades judiciales de la capital de la república y que al secretario de hacienda de este departamento le han sido comunicadas las órdenes de los juzgados de Bogotá para retener la suma que ahora cobra ejecutivamente el señor González. Este motivo quizá pueda servirle a la parte ejecutada en otro lugar de la actuación para abstenerse de entregar el dinero al acreedor que exige la devolución de lo que dio al departamento como parte de mayor precio de la hacienda de "Maracaibo", pero en ningún caso puede ser eficiente esa alegación para estorbar la iniciación de una acción ejecutiva que viene apoyada en un documento que reúne todas las formalidades suficientes para que la justicia ordinaria disponga hacer efectiva la obligación que se reclama".

Estas razones son jurídicas y por consiguiente, se impone la confirmación del auto apelado.

El apoderado del ejecutante llama la atención a la circunstancia de que el tribunal aceptó la caución de $ 4,000 en un ejecutivo que vale más de $ 50,000, lo cual en su concepto va contra la equidad. Pero sobre este particular nada puede resolver la Sala, porque se trata de una cuestión que no está sometida a su jurisdicción.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma el auto ejecutivo apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán — Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández, Srio.

ACCION SOBRE DEVOLUCION DE LO PAGADO POR IMPUESTOS

La Corte ha establecido que cuando se alega como hechos fundamentales de la acción la existencia de ordenanzas, acuerdos o decretos, es necesario acompañarlos en copia debidamente autenticada o solicitar ésta en el término correspondiente, sin lo cual no puede estimarse que tales hechos están comprobados, ya que con los actos expresados no ocurre como con las leyes, que basta citarlas para que el juez o tribunal verifiquen la autenticidad de la referencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio quince de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Leovigildo Hernández, como apoderado de la señorita Ester Mejía Gutiérrez, representante de la sucesión del señor Clímaco Mejía, demandó por la vía ordinaria al departamento de Cundinamarca, ante el tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, para que se condene a dicha entidad a devolver a la sucesión del señor Mejía la suma de $ 651.45 oro colombiano o su equivalente en moneda legal y los intereses legales de esa suma computados desde el día 30 de diciembre de 1915 hasta el día en que se verifique la devolución demandada. El demandante expone así los antecedentes del pleito:

"En el año de mil novecientos quince la asamblea de este departamento expidió la ordenanza número 66, en la cual elevó el impuesto sobre instalación de fábricas, producdución, introducción, rectificación, transformación de alcoholes y consumo de los mismos y la gobernación del departamento por decreto número 116 de 1915, en desarrollo de la ordenanza citada, dispuso que el impuesto sobre licores alcohólicos establecido por la ordenanza memorada fuese cobrado desde el primero de julio siguiente. Los productos tuvieron que someterse al decreto aludido para no parar los trabajos en sus fábricas y durante el espacio de tiempo comprendido entre el primero de julio y el treinta de noviembre de mil novecientos quince, cubrieron el impuesto en la forma prevenida en el decreto.

"La ordenanza y su decreto reglamentario fueron acusados ante el tribunal de lo contencioso administrativo y esta entidad y el Consejo de Estado declararon nulos entre otros artículos del decreto, los que imponían el cobro del gravamen antes de vencerse el semestre constitucional inmediato a la promulgación de la misma ordenanza y como los productores habían pagado indebidamente aquellos impuestos durante el semestre indicado, deben ser devueltos por cuanto el Acto Legislaitvo número 3 de 1910, en su artículo 79, el artículo 97 del Código Político y Municipal y otras disposiciones legales, fueron violadas por el decreto reglamentario de la ordenanza al exigir el pago de los nuevos impuestos antes de vencerse el semestre constitucional, caso en el cual se halla esta acción".

Los hechos de la demanda son los siguientes:

"1º La ordenanza número 66 de 10 de mayo de 1915, expedida por la asamblea de Cundinamarca, gravó el alcohol etílico con un impuesto que para su percepción y cobro distribuyó en la forma indicada en el artículo 1º de dicha ordenanza;

"2º Por decreto número 116 de 22 de junio del mismo año de mil novecientos quince, el gobernador de Cundinamarca dispuso que el impuesto sobre licores alcohólicos destilados que señaló la ordenanza número 66 de 1915, se cobrara desde el primero de julio del mismo año;

"3º El señor Clímaco Mejía J. como industrial que era en aquella época en el ramo de producción, rectificación y transformación de alcoholes, para no cerrar su fábrica tuvo que pagar desde el mes de agosto hasta diciembre de mil novecientos quince, por impuestos de consumo de aguardientes y de alcohol la suma de seiscientos cincuenta y un pesos cuarenta y cinco centavos, oro colombiano;

"4º Mi poderdante representa la sucesión ilíquida del señor Clímaco Mejía J. en su calidad de heredera legítima de dicho señor;

"5º La ordenanza número 66 de mil nove-

cientos quince y el decreto reglamentario fueron acusados ante el Tribunal de lo Contencioso administrativo y este tribunal en sentencia de 1º de octubre de 1915, declaró nulos, entre otros artículos del decreto, los que imponían el cobro del gravamen antes de vencerse el semestre constitucional inmediato a la promulgación de la misma ordenanza, sentencia que no fue infirmada por el Consejo de Estado;

"6º El señor Clímaco Mejía J. gestionó ante la gobernación del departamento la devolución de los impuestos pagados en el tiempo comprendido entre el mes de agosto y el de diciembre de 1915, sin obtener resultado favorable;

"7º La Corte Suprema de Justicia, en caso idéntico al que contempla esta demanda, condenó al departamento de Cundinamarca a devolver al industrial demandante la suma que había pagado por impuestos durante el semestre que siguió a la implantación del gravamen y los intereses legales de aquella suma, como puede verse en sentencias publicadas en la Gaceta Judicial del 16 de julio de 1930 y en la de 20 de agosto del mismo año;

"8º En las administraciones de los señores Samper Sordo y Liborio Cuéllar Durán la gobernación arregló con varios productores la devolución de los impuestos que habían pagado en la época prohibida confirmándose así la justicia de las reclamaciones, arreglos que fueron amigables".

El señor fiscal 1º del tribunal, contestó la demanda a nombre del departamento. Los hechos 1º, 2º, 3º y 5º, fueron negados, para que se comprueben por los medios legales. Los hechos 4º, 6º y 7º, se aceptaron por el señor fiscal, agregando con relación al último que el caso a que se refiere el demandante no es idéntico al que motiva la demanda. Con relación al punto 8º, el representante de la entidad demandada manifestó: "No me consta".

El Tribunal, en sentencia de fecha 31 de agosto de 1937, absolvió al departamento de los cargos de la demanda. De este fallo apeló el apoderado de la demandante y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo. Como no se observan en el proceso causales de nulidad, se pasa a resolver la apelación de la sentencia, previas las siguientes consideraciones:

El Tribunal de primera instancia apoyó su decisión en estas razones:

"Según el artículo 632 del C. J., los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan su autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones, constituyen plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos, pero se necesita que tales documentos se hallen expedidos formalmente y autorizados por los secretarios o empleados encargados de los archivos.

"De manera, pues, que como las sentencias pronunciadas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y por el Consejo de Estado, tienen el carácter de documentos auténticos, en cuanto se afirma por el actor se declaró nulos, entre otros artículos, del decreto número 116 de 20 de junio de 1915, pronunciado por la Gobernación de Cundinamarca en desarrollo de la ordenanza número 66 del 10 de mayo anterior, expedida por la Asamblea de este mismo departamento, los que imponían el cobro del gravamen sobre el alcohol etílico, tal prueba debe consistir, de acuerdo con el postulado anterior, en las copias del fallo que así lo declaró, junto con la constancia de encontrarse provisto de la firmeza requerida por la ley para que produzca todos sus efectos jurídicos.

"Empero, como anteriormente lo observó el Tribunal, en el proceso no figuran las piezas mencionadas autenticadas por el secretario a cuyo cargo estén los archivos del Tribunal Contencioso Administrativo y del Consejo de Estado. De donde se concluye que la parte demandante no ha probado el hecho 5º de su demanda, alusivo a la anulación de la ordenanza y del decreto que sirvieron de fundamento para el pago de la suma de $ 651.45 m. c., que consignó Clímaco Mejía por concepto de aquellos impuestos que, según se dice, anuló la sentencia del Contencioso Administrativo, confirmada por el Consejo de Estado, circunstancia que inhibe el tribunal para estudiar los hechos restantes en que se apoya la demanda, como quiera que la sola ausencia del fallo por el cual las autoridades del ramo administrativo anularon el impuesto creado por la ordenanza y el decreto memorados, deja sin apoyo las pretensiones de la parte demandante."

El fundamento principal de la demanda es el de que la ordenanza número 66 de la asamblea de Cundinamarca, por medio de la cual se elevó el impuesto sobre instalación de fábricas, producción, introducción, rectificación, transformación de alcoholes y consumo de los mismos, y el decreto número 116 de 1915, en desarrollo de la ordenanza, que dispuso que el impuesto fuese cobrado desde el primero de julio siguiente, fueron anulados en sus disposiciones referentes al caso por el Tribunal de lo Contencioso Ad-

ministrativo y por el Consejo de Estado. Correspondía al actor comprobar esta circunstancia y la prueba no podía ser otra que la copia de las sentencias respectivas, expedida con las formalidades legales. El Tribunal no encontró en autos dicha prueba y por consiguiente, absolvió a la entidad demandada de los cargos del libelo, conclusión que la Sala encuentra jurídica, porque la prueba de la nulidad de los actos que motivaron el cobro de la cantidad que el demandante considera pagada sin causa y la cual pretende repetir, es esencial para que pueda prosperar la acción, ya que es la base o fundamento de ésta.

En la segunda instancia no se modificó la situación contemplada por el Tribunal, porque sólo se acompañó a los autos, pedida durante el término correspondiente, copia de la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bogotá, de fecha primero de octubre de 1915, en la cual se declararon nulas algunas disposiciones de la Ordenanza número 66 y del Decreto número 116 del mismo año y se advirtió que tal sentencia debía consultarse con el superior si no era apelada; pero no se presentó copia de la sentencia del Consejo de Estado, la cual es indispensable para saber si las nulidades decretadas por el Tribunal están en firme y también para conocer el alcance de aquéllas. Por tanto, subsisten las razones que tuvo en cuenta el tribunal para apoyar su fallo, el cual debe ser confirmado, como lo pide el señor Procurador Delegado en lo Civil en el concepto que emitió sobre este negocio con fecha 22 de abril pasado.

También observa la Sala que como el actor alega en los hechos primero y segundo de la demanda las circunstancias de que por medio de la Ordenanza 66 de 10 de mayo de 1915, se gravó el alcohol etílico con un impuesto y de que la gobernación por medio del Decreto 116 del mismo año estableció que tal impuesto se cobrara desde el 1º de julio, le correspondía dar la prueba de esos hechos, es decir, presentar debidamente autenticados los actos mencionados. No figuran en el proceso las copias de la ordenanza ni del decreto referidos, y por tanto, tampoco puede estimarse que el demandante cumpliera con la obligación de acreditar los hechos primero y segundo del libelo. La Corte ha establecido que cuando se alega como hechos fundamentales de la acción la existencia de ordenanzas, acuerdos o decretos, es necesario acompañarlos en copia debidamente autenticada o solicitar ésta en el término correspondiente, sin lo cual no puede estimarse que tales hechos están comprobados, ya que con los actos expresados no ocurre como con las leyes, que basta citarlas para que el juez o tribunal verifiquen la autenticidad de la referencia. La misma doctrina ha sido acogida por el Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán — Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández, Srio.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio ocho de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Marco A. Monroy, vecino de Fúquene, departamento de Cundinamarca, solicita se le conceda una pensión vitalicia de jubilación por sus servicios en la instrucción primaria oficial. La documentación fue enviada a la Corte acompañada de un concepto favorable del señor Ministro de Educación nacional. Para resolver la solicitud se considera:

El director de educación pública de Cundinamarca certifica que el señor Marco A. Monroy ha desempeñado escuelas primarias oficiales, con honradez y consagración, por más de veinte años. Los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicio son los de $ 58, $ 60 y $ 85.

Los testigos Luciano Hernández y José Sagrario Díaz, en declaraciones rendidas ante el señor juez primero en lo civil del circuito de Chiquinquirá, con intervención del agente del ministerio público, dicen que el señor Monroy es persona honorable y cumplidor de su deber y que carece de bienes de fortuna y de renta mayor de $ 50.

El Auditor de Impuestos de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca certifica que el peticionario no figura como contribuyente a los impuestos sobre la renta y patrimonio y que no hay constancia que sea propietario de finca alguna.

Tiene el señor Monroy más de cincuenta años, pues nació en el año de 1883, según la copia de la partida de bautismo que figura en autos.

No es ni ha sido pensionado ni ha recibido recompensa del tesoro nacional. Así lo certifica el jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se han llenado los requisitos necesarios para obtener pensión, de conformidad con la ley 114 de 1913. La cuantía debe ser la de $ 33.83, o sea la mitad del promedio de los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor del señor Marco A. Monroy, vecino de Fúquene, Cundinamarca, una pensión vitalicia de jubilación de treinta y tres pesos con ochenta y tres centavos ($ 33.83) mensuales, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el día doce del corriente, fecha en que fue presentada la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Téngase la doctor Manuel J. Hernández como apoderado del señor Marco A. Monroy en estas diligencias, en los términos del poder que figura en autos.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y al señor Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PENSION

Coret Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo treinta y uno de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La señorita Lucía Calderón, vecina de Neiva, por medio de su apoderado doctor Roberto Delgado A., solicita una pensión vitalicia de jubilación por sus servicios en la instrucción primaria oficial. La documentación fue enviada a la Corte acompañada de un concepto favorable del señor ministro de educación nacional. Para resolver la solicitud se considera:

El Director de Educación Pública del Departamento del Huila certifica que la Srita. Lucía Calderón sirvió escuelas primarias oficiales por espacio de veinte años, con honradez y consagración. El sueldo devengado durante los dos últimos años de servicios fue de cuarenta pesos ($ 40) mensuales.

Los testigos Alfonso Medina y Cástulo Córdoba, en declaraciones rendidas ante el señor juez 2º civil del circuito de Neiva, con intervención del agente del ministerio público, dicen que la peticionaria es bien reputada, de limpios antecedentes y que carece de bienes de fortuna y renta que alcance a $ 50. El administrador de hacienda nacional de Neiva certifica que no es contribuyente a los impuestos de la renta, patrimonio y exceso de utilidades.

La peticionaria tiene más de cincuenta años, pues nació en el año de 1880, según la partida de bautismo, copia de la cual figura en autos, expedida por el señor cura párroco de Villavieja.

No es ni ha sido pensionada ni ha recibido recompensa de fondos del tesoro nacional. Así lo certifica el jefe de la sección respectiva del ministerio de hacienda y crédito público.

Se han llenado los requisitos necesarios para obtener pensión, de conformidad con la ley 114 de 1913. La cuantía debe ser la de veinte pesos ($ 20) mensuales, o sea, la mitad del sueldo devengado durante los dos últimos años de servicios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor de la señorita Lucía Calderón, vecina de Neiva, una pensión vitalicia de jubilación de veinte pesos ($ 20) mensuales, que le será pagada del tesoro nacional desde el día doce del corriente, fecha en que fue presentada la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Téngase al doctor Roberto Delgado A. como apoderado de la señorita Lucía Calderón en estas diligencias, en los términos del poder que figura en autos.

Copia de la sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente archívese el expediente.

Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Aníbal Cardoso Gaitán. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad

RECURSO DE HECHO

Admitido un apoderado para promover un incidente es ilegal negarle la apelación del auto que lo resuelve.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo diez y ocho de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

En el juicio ejecutivo seguido por la Sindicatura de Lazaretos contra la sucesión de Lastenia Peña v. de Peña, el doctor Melquisedec Amézquita y Avila, como representante del albacea doctor Manuel Loaiza, pidió la nulidad de lo actuado por haberse reconocido al doctor Rafael Ruiz Manrique personería para intervenir en el juicio en nombre del señor Pastor Vásquez. Con fecha siete de febrero pasado, la Sindicatura de Herencias, Asignaciones y Donaciones, resolvió tramitar el incidente como una articulación, la cual fue decidida negativamente en auto de diez y siete del mismo mes.

El veintiuno del citado mes de febrero, se notificó la providencia al doctor Amézquita, quien apeló de ella. El recurso le fue negado el dos de marzo siguiente y el día cuatro se notificó por estado. El siete del mismo mes, el doctor Amézquita pidió reposición del auto que le negó la apelación y en subsidio, solicitó las copias necesarias para interponer recurso de hecho.

La Sindicatura, en auto de quince de marzo, negó la reposición y ordenó expedir las copias para el recurso de hecho. Tales copias fueron expedidas el 28 de marzo, según consta de autos. En memorial presentado al día siguiente en la secretaría de la Sala, el doctor Amézquita sustentó el recurso de hecho contra el auto de 17 de febrero, dictado por la Sindicatura del Impuesto de Herencias, Asignaciones y Donaciones de Bogotá.

Para resolver se considera:

Para que pueda prosperar un recurso de hecho, conforme al art. 516 del C. J., se requiere que la apelación sea procedente, conforme a la ley, y que haya sido interpuesta en tiempo, y que en tiempo también se haya pedido la reposición e introducido el de hecho.

En el caso que se estudia, se observa: la providencia de 17 de febrero, es apelable, de conformidad con el art. 491 del C. J., pues se trata de un auto interlocutorio que pone fin a un incidente del juicio; el doctor Amézquita, como apoderado del señor Manuel Loaiza, inició el incidente, y es obvio que si se admitió como parte para promover la articulación, también debía reconocérsele el derecho de interponer el recurso de apelación contra el fallo adverso a su petición. La apelación era procedente y está, por tanto, cumplida la primera exigencia del art. 516 del C. J. ya citado.

La apelación se interpuso en tiempo y en tiempo también se pidió la reposición del auto que la negó y se introdujo el recurso de hecho, que debe prosperar por las razones expresadas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, admite el recurso de hecho propuesto por el doctor Melquisedec Amézquita y Avila, como apoderado del señor Manuel Loaiza, y en consecuencia, concede en el efecto suspensivo la apelación del auto de fecha diez y siete de febrero pasado, dictado por el señor Síndico del Impuesto de Herencias, Asignaciones y Donaciones de Bogotá, en el juicio ejecutivo seguido contra la sucesión de Lastenia Peña v. de Peña. Solicítese el envío del expediente original, conforme al art. 514 del C. J.

Cópiese y notifíquese.

Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo treinta y uno de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Eugenio Prieto Berrío, vecino de Medellín, demandó a la Nación ante el Tribunal Superior de aquella ciudad, para que se declare que dicha entidad debe pagarle una pensión de ochenta pesos ($ 80) mensuales, por sus servicios como empleado civil por más de treinta años. La demanda fue decidida por el Tribunal en sentencia de fecha dos de agosto del año pasado, en la cual se negaron las declaraciones pedidas. Se apoyó el fallo en la circunstancia de ser deficiente la prueba de los servicios, pues sólo se estimó comprobado el tiempo de veintinueve años, cuatro meses y quince días.

El demandante apeló de la sentencia y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo. Agotada la tramitación de la segunda instancia sin que se observen en el proceso causales de nulidad, se procede a ponerle fin al negocio, previas las siguientes consideraciones:

El señor Procurador Delegado en lo Civil es de concepto que se conceda la pensión solicitada en la cuantía de setenta y cinco pesos ($ 75) mensuales, porque el actor llenó durante el término de prueba de la segunda instancia las deficiencias que encontró en el expediente el Tribunal.

Aparece de autos comprobado lo siguiente:

Que el señor Eugenio Prieto Berrío prestó sus servicios como empleado civil por un término mayor de treinta años, en los siguientes puestos: Administrador de Correos, Secretario del Concejo de Jericó, Prefecto de la Provincia de Suroeste y Notario del Circuito de Jericó. Para acreditar estos servicios se presentaron copias de los nombramientos y actas de posesión y certificaciones oficiales sobre el ejercicio de los cargos.

Que en el desempeño de los destinos se condujo con honradez y consagración; que carece de medios de subsistencia y que en la actualidad como siempre, ha observado buena conducta. Estas circunstancias se comprobaron con declaraciones de cinco testigos, que son los señores Feliciano Echeverri, Ricardo García, Alberto Angel, Pedro A. Posada y Benjamín Martínez, testimonios que se recibieron con intervención del agente del ministerio público y se ratificaron en oportunidad.

Que tiene más de sesenta años de edad. Para esto se acompañó a la demanda la correspondiente partida de bautismo, en la cual consta que el señor Prieto nació en el año de 1861.

Que no es deudor moroso del Tesoro Nacional. Se presentó sobre el particular un certificado del contralor general de la república.

Que no es ni ha sido pensionado ni ha recibido recompensa del Tesoro Nacional. Para acreditar este hecho se presentó un certificado del jefe de la sección respectiva del ministerio de hacienda y crédito público.

Aparecen comprobados los requisitos exigidos por la ley 29 de 1905 para tener derecho a pensión de jubilación por servicios civiles. Por tanto, se debe revocar la sentencia de primera instancia y decretar en favor del señor Eugenio Prieto Berrío la pensión solicitada.

Como el último empleo desempeñado fue el de Notario de Jericó, que no tiene sueldo fijo, para determinar la cuantía de la pensión se solicitó durante el término de prueba de la segunda instancia la práctica de una inspección ocular sobre los archivos de aquella oficina, con el fin de determinar el promedio de la remuneración obtenida. Practicada la inspección en el protocolo de la Notaría, los peritos llegaron a la conclusión de que el señor Prieto gozó de un sueldo de ciento cincuenta pesos ($ 150) mensuales como Notario de Jericó. La cuantía de la pensión debe ser la de setenta y cinco pesos ($ 75) mensuales, o sea, la mitad del último sueldo devengado. En esta forma se ha fijado la cuantía de la pensión en casos análogos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada y en su lugar decreta a favor del señor Eugenio Prieto Berrío, vecino de Medellín, una pensión

vitalicia de jubilación de setenta y cinco pesos ($ 75) mensuales, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el día veinticinco de enero de mil novecientos treinta y siete, fecha en que fue presentada la correspondiente demanda.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Gobierno y al señor Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo diez y seis de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Benjamín Arciniegas, vecino de Bogotá, solicita se le conceda una pensión vitalicia de jubilación por sus servicios en la instrucción primaria oficial. La documentación fue enviada a la Corte acompañada de un concepto favorable del señor Ministro de Educación Nacional. Para resolver la solicitud se considera:

Los doctores Luis F. Neira Chacón y Pedro Ospina Herrera, declararon con las formalidades legales, que reconocieron al señor Benjamín Arciniegas y por esto certifican que por motivo de las enfermedades que detallan se halla incapacitado de una manera permanente y definitiva para continuar en el magisterio, o para dedicarse a cualquiera otra profesión u oficio. Esta prueba sustituye la de la edad, la cual no aparece de autos, según la ley 114 de 1913.

El Director de Educación Pública del Departamento de Cundinamarca certifica que el peticionario ha ejercido los cargos de maestro de escuela y de inspector escolar en dicho Departalento, por espacio de 23 años, 7 meses y 5 días, con honradez, consagración, competencia y honorabilidad. Los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios fueron los siguientes: en el año de 1936, $ 160 mensuales; de enero a junio de 1937, $ 160, y de ese mes en adelante, $ 200.

Los testigos señores Ulpiano Arenas y Jorge Isaac Martínez, en declaraciones rendidas ante el señor juez 5º civil del circuito de Bogotá, con intervención del agente del ministerio público, dicen que el señor Arciniegas en la vida social se ha conducido con honradez, consagración y honorabilidad y carece de bienes de fortuna y de renta distinta de su sueldo.

El Auditor de Impuestos Nacionales de la Admistración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, certifica que el demandante no figura como contribuyente a los impuestos sobre la renta y patrimonio por los sueldos recibidos como inspector escolar, porque no han alcanzado a ser gravables.

No es ni ha sido pensionado ni ha recibido recompensa del tesoro nacional.

Se han comprobado los requisitos legales para tener derecho a pensión, cuya cuantía debe ser la de $ 80 mensuales, de conformidad con el art. 9º del decreto Nº 136 de 1932.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor del señor Benjamín Arciniegas, vecino de Bogotá, una pensión vitalicia de jubilación de ochenta pesos ($ 80) mensuales, que le será pagada del tesoro nacional desde el día en que haga dejación del cargo que en la actualidad desempeña.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente archívese el expediente.

Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo catorce de mil novecientos treintreinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Joaquín E. Múnera, vecino de Medellín, solicita se le conceda una pensión vitalicia de jubilación por sus servicios en la instrucción oficial. La documentación fue enviada a la Corte acompañada de un concepto favorable del señor Ministro de Educación Nacional. Para resolver la solicitud se considera:

El señor Joqauín E. Múnera sirvió por más de veinte años en la instrucción pública, con honradez y consagración. Para comprobar estos servicios se acompañó un certificado del señor Director de Educación Pública de Antioquia, en el cual consta que sirvió como maestro de escuelas primarias (diurna de Barbosa y nocturna de Barbosa y Medellín), dos años, cuatro meses y seis días, y un certificado del señor Secretario-Tesorero de la Universidad de Antioquia, sobre que desempeñó allí los cargos de Pasante, Director Seccional del Liceo y Director general del Liceo, desde el 7 de abril de 1910 hasta el 31 de enero de 1928. El sueldo devengado los dos últimos años de servicios fue de $ 235 mensuales.

Los testigos Faustino López y Gabriel Gómez A., en declaraciones rendidas ante el señor Juez 1° Civil del Circuito de Medellín, con intervención del Agente del Ministerio Público, dicen que el peticionario ha observado conducta ejemplar y que no tiene bienes ni renta de ninguna clase para atender a sus necesidades. El Juez certifica que los declarantes son honorables y dignos de crédito.

El Auditor de Rentas Nacionales de Medellín certifica que el señor Múnera no ha sido gravado por concepto de impuesto sobre la renta en ese municipio.

El demandante tiene más de cincuenta años de edad, pues nació en el año de 1878, según se desprende de la copia de la partida de bautismo que figura en autos, expedida por el señor Cura Párroco de Don Matías.

No es ni ha sido pensionado ni ha recibido recompensa del Tesoro Nacional. Así lo certifica el jefe de la Sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se han llenado los requisitos necesarios para obtener pensión de jubilación, de conformidad con la Ley 114 de 1913 y demás que la adicionan y reforman. La cuantía de la pensión debe ser de $ 80 mensuales, que es el máximo señalado por el artículo 9° del Decreto número 136 de 1932.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor del señor Joaquín E. Múnera, vecino de Medellín, una pensión vitalicia de jubilación de ochenta pesos ($ 80) mensuales, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el veintiuno de abril pasado, fecha en que fue presentada la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Téngase al doctor Jesús María Arias como apoderado del señor Joaquín E. Múnera en estas diligencias, en los términos del poder que figura en autos.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente archívese el expediente.

Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán — Pedro A. Gómez Naranjo — Gustavo Gómez Hernández, Srio.

APELACION DE UN AUTO EJECUTIVO

El auto ejecutivo puede hablar de la obligación del ejecutado de pagar las costas, de conformidad con el artículo 1029 del C. J.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo catorce de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La Sala en auto de fecha primero de septiembre del año pasado, revocó el mandamiento ejecutivo dictado por la Sindicatura de Lazaretos de la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico, contra The Colombia Railway & Navigation Cº, Ltd., por la suma de $ 23,220.46, por el impuesto de patrimonio del año de 1935. Se fundó la Sala en que no estaba comprobada la existencia de la Sociedad ejecutada ni el carácter de su representante, señor Gilbert Irvine.

La Inspección Seccional de Rentas de Barranquilla, en providencia de fecha 26 de noviembre pasado, una vez allegados a los autos los documentos necesarios, libró de nuevo mandamiento ejecutivo contra la referida Compañía, por la cantidad expresada. Notificado el auto al señor Gilbert Irvine, gerente de la entidad ejecutada, denunció bienes para el pago a nombre de la Compañía y apeló de la providencia. El recurso se concedió en el efecto devolutivo. Tramitado legalmente en la segunda instancia, se pasa a resolverlo, previas las siguientes consideraciones:

De acuerdo con el numeral 2º del artículo 1059 del C. J., las copias de los reconocimientos hechos por los recaudadores a cargo de los deudores de impuestos, prestan mérito ejecutivo en los juicios por jurisdicción coactiva. Por consiguiente, el auto ejecutivo es legal, ya que se apoya en el reconocimiento de fecha 5 de mayo de 1937, hecho por el Recaudador de Hacienda Nacional de Barranquilla, quien tenía facultad para dictarlo. Si la Compañía ejecutada tiene motivos para desconocer la obligación, puede hacer valer sus derechos dentro del juicio ejecutivo en el incidente respectivo.

El señor Gilbert Irvine, en memorial dirigido a la Sala, dice que los documentos que figuran en autos no son suficientes para comprobar la existencia de la sociedad ejecutada ni su carácter de representante de ella. La Sala estima que tanto la existencia de la Compañía ejecutada como la personería de su gerente, están comprobadas, y por consiguiente, no accede a la revocatoria del auto ejecutivo con apoyo en las razones expuestas por el señor Irvine, quien desconoce su carácter de representante de The Colombia Railway & Navigation Cº, Ltd., y no obstante esa circunstancia al recibir en tal carácter la notificación del auto ejecutivo, denunció a nombre de la citada entidad bienes de propiedad de ésta para el pago de la deuda.

También considera el señor Irvine que el auto es ilegal por constar en su texto el nombramiento del Secretario ad-hoc que lo autoriza, lo cual no le resta valor jurídico a la providencia; y que en el mandamiento ejecutivo aparecen enmendaturas sin las salvedades del caso, manifestación respecto de la que se observa que el auto de fecha veintisiete de noviembre del año pasado, que es el que ha venido en apelación, no contiene modificaciones ni enmendaturas de ninguna clase (folio 27 del cuaderno número 2).

El señor Irvine dice que la parte del mandamiento ejecutivo en que se condena en costas a la Compañía ejecutada, es prematura, de conformidad con los artículos 1026 y 1029 del C. J. Sobre esto se observa que si bien los términos en que está el auto no son los apropiados, en el fondo la cuestión es jurídica, porque toda ejecución se adelanta por el principal, los intereses y las costas, las cuales se liquidan a su debido tiempo, si hubiere lugar. El artículo 1029 del C. J., dice que en la sentencia de pregón y remate se condena al ejecutado al pago de las costas del juicio, "si antes no lo ha hecho". De manera que la obligación de pagar las costas es ineludible para el ejecutado y no tiene — por tanto — razón lo manifestado por el señor Irvine.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma el auto ejecutivo apelado con la aclaración de que las costas serán liquidadas en la oportunidad debida, si hubiere lugar a ellas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo — Aníbal Cardoso Gaitán — Gustavo Gómez Hernández, Srio.

APELACION DE UN AUTO

Después de fenecido definitivamente un juicio ejecutivo no puede revivirse y menos por medio de un auto que declara la nulidad del que declaró terminado el juicio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

Los antecednetes de este negocio pueden resumirse así:

Por la sección 7ª de la Contraloría General de la República y en octubre 1º de 1934 en virtud del auto de fenecimiento número 1428 se feneció la cuenta del consulado en New York en la vigencia de 1916 a 1917, siendo responsables los señores Jorge Moya Vásquez, por los meses de enero a 22 de mayo de 1916; Francisco Escovar, por los días del 23 al 31 de mayo y por el mes de junio de 1916; y Aurelio Rueda Acosta, por el resto del período, con cargos así: para Jorge Moya Vásquez, $ 20,364.38, como alcance, y multa por $ 17.00; para Francisco Escovar, $ 404.44, como alcance, y multa por $ 12.00; y para Aurelio Rocha Acosta, por..... $ 130,528.09, como alcance. El Sr. Dr. Francisco Escovar consignó la suma liquidada a su cargo; en cuanto a los señores Jorge Moya Vásquez y Aurelio Rueda Acosta apelaron ante el H. Consejo de Estado y se les concedió el recurso. Esta entidad, en sentencia de 23 de octubre de 1928 reformó el auto dictado por la Contraloría en el sentido de reducir el alcance deducido contra Aurelio Rueda Acosta a la cantidad de $ 6,246.18 y confirmar el alcance contra el señor Jorge Moya Vásquez.

Enviado el expediente al Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales para lo de su cargo, este despacho dictó auto ejecutivo contra Jorge Moya Vásquez para el pago del alcance de $ 20,364.38 y multa de $ 17.00, más los intereses de la primera cantidad al 12% anual desde el 17 de diciembre de 1928 hasta el día del pago, y contra sus fiadores Roberto Leiva y Julio R. Herrera por $ 5,000.00 más los intereses a la rata ya dicha y desde la fecha anunciada, como fianza limitada, y contra Aurelio Rueda Acosta por la suma de $ 6,246.18 y por los intereses de esta suma a la rata mencionada y desde esa misma fecha, y contra Nemesio Camacho y Miguel Rueda A., sus fiadores limitados, por $ 5,000.0 con sus intereses a la rata y por el tiempo referidos, más, para todos, las costas del juicio, si se causaren.

Surtida la tramitación del caso el señor Roberto Leiva, fiador de Jorge Moya Vásquez, pagó el valor de su fianza, junto con los intereses y las costas causadas, todo lo cual ascendió a la suma de $ 5,612.40.

En lo relacionado con el señor Aurelio Rueda Acosta, el señor Luis Camacho Matiz, en su condición de heredero del doctor Nemesio Camacho, celebró contrato con el señor Ministro de Hacienda para pagar el valor de su fianza con la rebaja concedida por el Ministerio y canceló la suma de $ 4,250.00, los cuales consignó en la Tesorería General de la República en depósitos provisionales y a orden del juzgado. Con este pago, la fianza limitada del señor doctor Nemesio Camacho quedó cubierta.

Así las cosas y cuando el juzgado se disponía a continuar la ejecución contra los respnosables y fiadores por el saldo de los alcances deducidos y sus multas, la Contraloría General de la República, por medio de la Sección 5ª dictó la providencia número 1340 de 25 de noviembre de 1936 relativa a la cuenta del Consulado de Colombia en New York en la vigencia de 1916 a 1917, de la responsabilidad de Aurelio Rueda Acosta, providencia por medio de la cual la Contraloría revocó el alcance deducido en auto de 23 de octubre de 1928 del Consejo de Estado, feneciéndola sin alcance alguno. En vista de esta revocatoria el señor Camacho Matiz apoderó al doctor Francisco Castilla G., para reclamar del juzgado la devolución de los $ 4,250.00 que él consignara en virtud del contrato celebrado con el Ministerio de Hacienda, de que ya se hizo mención. El juzgado, en vista de la providencia de revocatoria, ordenó terminar el juicio en lo relacionado con Aurelio Rueda Acosta y sus

fiadores y devolver la suma de $ 4,250.00 a Camacho Matiz o a su representante, hechos que se efectuaron el 10 de diciembre de 1936.

Igualmente por providencia número 421 de la Sección 5ª de la Contraloría General de la República de 26 de mayo de 1937, referente a la responsabilidad del señor Jorge Moya Vásquez y sus fiadores en las cuentas del Consulado General de Colombia en New York, dicha entidad revocó el alcance por $ 20,364.38 y la multa por $ 17.00 dejando, pues, libre al responsable por la revocatoria del alcance y multa deducidos. En vista de esta revocatoria, el Juzgado por auto de 28 de mayo de 1937 declaró terminado el juicio ejecutivo contra Jorge Moya Vásquez y sus fiadores, y no ordenó desembargo de las sumas retenidas a Roberto Leiva M. por cuanto ya habían sido pasadas a rentas definitivas en la Tesorería General de la República.

En este estado las cosas, la Contraloría General de la República, directamente, por providencia número 532 de 22 de junio de 1937 y referente a las responsabilidades de Aurelio Rueda Acosta y sus fiadores, Jorge Moya Vásquez y los suyos, relacionado con las cuentas del Consulado de Colombia en New York, en la vigencia de 1916 a 1917, declaró nulas las providencias número 1340 y 421 dictdaas por el Contralor Auxiliar con fechas 25 de noviembre de 1936 y 26 de mayo de 1937, respectivamente, lo mismo que lo actuado en dichas providencias. Igualmente declaró en todo su vigor el alcance elevado por el Consejo de Estado a cargo de Jorge Moya Vásquez con la siguiente modificación: "valor del alcance confirmado por el Consejo, $ 20,364.38, menos valor de estampillas de timbre glosadas que aparecen anuladas en la solicitud de reconsideración hecha por el doctor Federico A. Daza $ 2.92. Valor del alcance, $ 20,361.46. Más valor de multas por demora en la rendición de la cuenta, $ 17.00. Total, $ 20,344.46"

En vista de la comunicación de la Contraloría, con la cual se acompañó copia de la providencia número 532 de 22 de junio de 1937, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, por auto de fecha 13 de octubre de 1937, declaró nulos los autos de fechas 10 de diciembre de 1936 y 28 de mayo de 1937 y ordenó continuar la tramitación del juicio ejecutivo.

Notificado el auto al señor Luis Camacho Matiz, éste apeló de él y el recurso se le concedió en el efecto devolutivo. Tramitado legalmente el asunto en la Corte, se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

La Sala tiene jurisdicción para conocer únicamente en lo relacionado con la responsabilidad del doctor Nemesio Camacho, como fiador del señor Aurelio Rueda Acosta, en virtud de la apelación del señor Luis Camacho Matiz.

Con fecha 10 de diciembre de 1936, folio 109 v. del expediente, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales declaró fenecido el juicio ejecutivo en cuanto se refiere al señor Aurelio Rueda Acosta y sus fiadores Miguel Rueda A. y Nemesio Camacho, previa la respectiva desanotación en los libros del Juzgado. El auto se notificó y se cumplió, según constancia del expediente.

No hay disposición legal alguna que autorice a un juez para revivir en la forma en que lo ha hecho el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales por medio del auto apelado, un juicio ejecutivo definitivamente fenecido. La providencia apelada es — por tanto — ilegal, y debe ser revocada en cuanto se refiere a la parte que interpuso el recurso.

La Sala estima jurídicas las siguientes razones expuestas por el señor Procurador Delegado en lo Civil para pedir la revocatoria del auto apelado:

"Para la Procuraduría, la tesis del juzgado es jurídicamente errónea. En primer término, habiéndose terminado el juicio ejecutivo por auto ejecutoriado, mal pudo ordenarse su continuación. Lo que ha finalizado no puede continuarse sin dejar de ser un contrasentido. Los efectos jurídicos de la terminación de un juicio, por cualquier causa, chocan contra la prosecución del mismo. La terminación, una vez operada, excluye toda actuación posterior en virtud del juicio terminado. Lo contrario sería causar grave inestabilidad jurídica.

"Por otra parte, la nulidad que se declara por medio del auto recurrido no está erigida en causal por el Código de Procedimientos. Taxativamente enumera el artículo 448 las causales de nulidad y entre ellas no se encuentra la decretada por el Juzgado. Por esta razón es igualmente ilegal la providencia que se revisa.

"Lo indicado hubiera sido que se dictara nuevo mandamiento de pago contra los mismos ejecutados, con base en el auto número 532 de 22 de junio de 1937, que declaró en vigor los alcances que habían sido derogados por virtud de la facultad que tiene la

contraloría para revisar los juicios de cuentas concluídos."

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca el auto apelado en cuanto se refiere a la responsabilidad del doctor Nemesio Camacho como fiador del señor Aurelio Rueda Acosta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

APROBACION DE UNA LIQUIDACION

El término concedido por el artículo 553 del C. J. es perentorio, pues su solo transcurso sin presentar objeciones a la liquidación debe producir el efecto de que ella quede firme mediante auto aprobatorio del juez. 2.—Los fueros y privilegios de los funcionarios que representan a las entidades de derecho público no comprenden en su favor el caso a que se refirió el tribunal. 3.—Si se guarda silencio durante el término concedido para objetar una demanda no se hace confesión alguna respecto de ser verdaderos los hechos en ella planteados. La confesión de un apoderado no equivale a su silencio. 4.—Si el fiscal de un tribunal guarda silencio durante el término del traslado de una liquidación, o, no la objeta dentro de él, debe dictarse auto aprobatorio de ella, pues no les es dado a los jueces concederles a los agentes del ministerio público un tratamiento de excepción no autorizado por el legislador.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril ocho de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En el juicio sobre ejecución de sentencia seguido por Ramón L. González contra el Departamento del Tolima, el Tribunal Superior de ese Distrito resolvió negativamente la solicitud que el apoderado del actor formuló para que se aprobara la liquidación que en armonía con lo dispuesto en el art. 553 del Código Judicial había presentado el demandante. Se basó aquella petición en el hecho de no haber objetado la liquidación en el término legal el agente del ministerio público.

Expresa el Tribunal, en la aludida providencia, que no puede accederse a lo pedido porque el traslado de la demanda no se corrió en forma legal al agente del ministerio público. "Es cierto —dice— que se le notificó el auto en que mandó correr traslado, pero no se puso a disposición de éste el expediente por el término de cinco días (que es lo que carcteriza propiamente el traslado, artículo 199), por haberse ausentado aquel empleado de la cabecera del distrito judicial obedeciendo a órdenes terminantes de la procuraduría general de la república." Y agrega: "...tratándose de no particulares donde el silencio de una de las partes se considera como asentimiento tácito a las pretensiones de su contraparte, sino de funcionarios que representan a las entidades de derecho público con atribuciones limitadas, el silencio de aquéllos no compromete a la entidad representada en orden a considerar tal silencio como una aceptación tácita de la demanda."

El 26 de enero del año en curso dictó nueva providencia el Tribunal, en la cual, después de reafirmar su parecer acerca de que el silencio de los funcionarios que representan a las entidades de derecho público no compromete a éstas, al tenor de lo dispuesto en los artículos 170 y 171 del Código Judicial, termina así: "...no accede a la reposición solicitada, pero concede en el efecto suspensivo apelación ante la honorable Corte Suprema de Justicia del auto de 25 de noviembre pasado en cuanto en esa providen-

cia se dispuso que no era posible acceder a lo solicitado en memorial del 25 de octubre sobre aprobación a la liquidación hecha por el apoderado de Ramón L. González."

Debe la Corte examinar el punto materia del recurso, que se concreta a la expresada negativa del Tribunal a aceptar la liquidación presentada por el demandante, quedando fuera de la apelación otras cuestiones sometidas al Tribunal, como la que planteó el señor fiscal de restitución del término para el traslado.

En cuanto al traslado al señor agente del ministerio público, halla la Corte que éste se cumplió en forma satisfactoria, según la ley, porque no solamente se notificó el auto que mandó correrlo, sino que se puso a disposición del fiscal el expediente respectivo y se le hizo entrega de él, expresándose en el acto que el traslado se daba por el término legal de cinco días, aludiendo allí al auto que dispuso conferirlo, con base expresa, porque la disposición se citó, en el artículo 553 del Código Judicial. El auto de ordenación del señor magistrado sustanciador aparece al folio 5 vuelta, cuaderno Nº 2, con fecha 30 de septiembre de 1937, y la constancia del secretario al folio 5 vuelta, ibidem, con fecha 16 de octubre siguiente: "Corro traslado —dice— al señor fiscal del anterior escrito y liquidación con los documentos adjuntos, entregándole uno y otros, por el término de cinco días."

Como la certificación del secretario es auténtica, lo que ella afirma ha de tenerse por verdadero, o sea el hecho de haberse corrido el traslado y entregado los autos al fiscal.

Este funcionario descorrió el traslado por medio de memorial (fls. 14, 15, 16 y 17), presentado el 23 de octubre, como lo expresa la constancia dejada por el secretario al pie del propio documento (fl. 17).

Como el día 19 de octubre fue feriado, estima el recurrente que el traslado corrió en los días 16, 17, 18, 20 y 21, y que el fiscal debió aprobar o impugnar la liquidación el día 21 o el 22, concediendo que el 16, por ser primero del traslado, no pudiera computarse dentro del término.

Se observa:

Término judicial es el plazo señalado por la ley o por el juez para que dentro de él se haga uso de un derecho.

El artículo 553 del Código Judicial establece que la parte, al pedir el cumplimiento del fallo, hace una liquidación motivada y especificada, "de la cual se da traslado a la contraparte por el término de cinco días."

De conformidad con la disposición transcrita la persona que fue condenada a pagar una cantidad ilíquida por frutos, perjuicios u otra cosa semejante, recibe en traslado, por el término de cinco días, la liquidación hecha por la parte favorecida, a fin de que manifieste si la impugna u objeta.

Cinco días es el plazo señalado por la ley para que dentro de él se haga uso del derecho de objetar o impugnar la liquidación. Si ese término transcurre y aquélla no es objetada, el juez dicta auto aprobatorio; si se impugna, abre el incidente a pruebas por quince días. Lo que indica que el término es perentorio, pues su solo transcurso sin presentar objeciones a la liquidación debe producir el efecto de que ella quede firme mediante auto aprobatorio del juez.

La naturaleza de los juicios sobre ejecución de sentencias justifica el procedimiento señalado, con las sanciones que él establece. Estos juicios especiales han de ser breves, porque suponen el cumplimiento anterior de las tramitaciones ordinarias procesales para la declaración de un derecho. Fijado éste por sentencia, queda tan sólo el detalle de su ejecución, y la ley determina que si se trata de la entrega de un bien mueble o inmueble, se proceda a poner al favorecido por la sentencia en posesión material de aquél, y si de cantidades ilíquidas o frutos se trata, el trámite debe inspirarse en el mismo principio, de ponerlos en breve término dentro del patrimonio de la persona a quien beneficia el fallo. Por esto dispone el código que si la liquidación no se objeta, el juez la aprueba sin más actuación.

Alude el Tribunal a las disposiciones de los artículos 170 y 171 del Código Judicial para basar el concepto de que el silencio de los funcionarios que representan a las entidades de derecho público no compromete a éstas en orden a considerarlo como aceptación tácita de la demanda. Sin embargo, los fueros y privilegios de las entidades dichas, cuando litigan, no comprenden en su favor aquél a que se refiere el tribunal.

En efecto. Rezan las disposiciones que tales agentes carecen de facultad para promover acciones civiles sin orden del gobierno, gobernador o alcalde, para transigir, desistir, absolver posiciones, y que sus confesiones no perjudican a la parte que representan. Se ha estimado que dentro de estos actos, el de la confesión, equivale al silencio de un apoderado cuando se abstiene de descorrer el traslado de una demanda; mas la analogía no existe, pues la confesión es la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra,

y si se guarda silencio durante el término concedido para objetar una demanda no se hace confesión alguna respecto de ser verdaderos los hechos en ella planteados; al contrario, el silencio en tales casos equivale a la negación de los cargos del libelo.

El fenómeno que se produce es muy otro. Es del abandono del pleito, como el que ocurre cuando se dejan pasar los términos de pruebas o el de los traslados para alegar sin hacer gestión en el juicio. Las consecuencias pueden ser fatales para la parte negligente. Si la defensa ha de resultar de las pruebas, y éstas no se practican por su incuria, o bien de la ilustración del negocio por medio de alegatos, y ellos no se presentan, no puede pretenderse que el resultado adverso del pleito provenga de una confesión, más o menos implícita, resultante de no haberse alegado o producido las pruebas, por culpa de la parte perjudicada.

Fuera de los casos señalados en las leyes como prerrogativas o privilegios de las entidades de derecho público cuando se presentan en juicio, en todos los demás han de comparecer con sujeción al procedimiento común, que las coloca en igualdad de condiciones a las demás personas que litigan. En consecuencia, no les es dado a los jueces concederles un tratamiento de excepción no autorizado por el legislador. Y tal ocurriría si en el caso estudiado ahora por la Corte llegase a considerarse que el silencio del fiscal no afecta al departamento en la forma prevista claramente en el artículo 553 del Código Judicial, respecto de las partes, en general, que intervienen en los juicios de ejecución de sentencias.

El precepto establece que una vez corrido el traslado de la liquidación a la contraparte, si ésta no la objeta, el juez dicta auto aprobatorio de ella. Por no haberse impugnado, procede a la aprobación.

Para decretarla considera la Corte que, sin entrar en el examen de las diversas partidas que forman la exposición que presentó al Tribunal de que trata el texto ya citado liquidación de que trata el texto ya citado del Código Judicial, está en el deber de confrontar tal liquidación con la sentencia cuya ejecución se ejercita. Y con este criterio, encuentra necesario verificar si los perjuicios que se fijaron en la liquidación llenan el requisito señalado en el punto 5º de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de haberse previsto o podido prever al tiempo en que se celebró el contrato de compraventa que esa sentencia declaró resuelto. Esta confrontación es obligada, por tratarse de la ejecución de un fallo en que de modo expreso así se dispuso que se hiciese. Respecto a los demás puntos de la liquidación, en relación con el fallo condenatorio, no halla la Corte que sea de su incumbencia efectuar un análisis semejante, ya que ellos no quedaron sujetos a condición alguna en esa sentencia que autorizara su examen, debiendo la Corte aprobarlos en los términos de la liquidación que presentó el demandante.

En el memorial de liquidación, bajo el epígrafe **Prestación de perjuicios**, dice el demandante:

"Con estos antecedentes, liquido así los perjuicios:

En el negocio acordado con el señor Camacho G. dejé de ganar las sumas siguientes:

En los lotes de la estación de la Sabana, que compraba a razón de $ 5,00 cada uno, y que fueron vendidos a razón de $ 8,00 cada vara, en un total de 3,000 varas cuadradas	$ 9,000.00
En los lotes de la manzana "A" de la Urbanización Camacho, que compraba a razón de $ 5,00, 7,000 varas cuadradas, y que fueron vendidos a $ 8,00 y a $ 10,00 vara.....	21,000.00
Y como consecuencia de los embargos y el descrédito consiguiente e inmovilización de mis actividades, padecí un detrimento pecuniario no inferior a la suma de.....	20,000.00
Suman los perjuicios.....	$ 50,000.00"

La sentencia condenatoria de la Corte expresó: "Por lo que hace a los perjuicios que se demandan en la tercera de las peticiones principales, el derecho a ellos se encuentra consagrado en el artículo 1546 del mismo código, que en caso de incumplimiento de un contrato bilateral por una de las partes contratantes, confiere a la otra la facultad de demandar indemnización de perjuicios, ya que sea que pida la resolución del contrato, o el cumplimiento del mismo. Aun cuando no aparece acreditada la existencia ni la cuantía de los perjuicios, la Corte tiene establecido que tratándose de un contrato oneroso, como lo es el de compraventa, que tiene en mira la utilidad de las partes, debe presumirse que la infracción de él por uno de los contratantes le ocasionará perjuicios a la otra, debiéndose hacer en tal caso la condenación en abstracto, para que en forma legal se efectúe posteriormente la regulación de ellos. Para el efecto de sentar las bases

con arreglo a las cuales ha de efectuarse la indicada regulación (art. 480 del Código Judicial), debe tenerse en cuenta la norma establecida en el artículo 1616 del Código Civil, de cuya aplicación al caso de este litigio resulta que no habiéndose comprobado ni apareciendo que la inejecución del contrato por parte del departamento hubiera sido dolosa, éste solamente es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato."

Expresa el artículo 1616 del Código Civil que si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

En la hipótesis más desfavorable para el deudor a quien se imputa dolo, responde de los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa del no cumplimiento y aun dentro de este supuesto, el departamento del Tolima no es responsable de los perjuicios que cobra el demandante, porque ellos no se derivan inmediata y directamente del no cumplimiento de sus obligaciones por el departamento. La jurisprudencia es clara y unánime en el sentido de considerar que los perjuicios no se refieren sino al daño que emana inmediata y directamente del no cumplimiento del contrato. Pero ello, como ya se expresó, cuando hay dolo del deudor. No habiéndolo, según lo declaró la Corte, menos razón existe para pensar que el departamento pueda estar obligado a indemnizar el perjuicio que se demanda, el cual no pudo preverse, ni se previó, en el momento de la celebración del contrato.

Como los términos empiezan a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que los concede, y como el del traslado que se dio al fiscal del Tribunal fue de días, aunque aquí no se trata de un término a partir de una notificación, pero sí de un término de días, éstos deben contarse desde el siguiente al de entrega del expediente, máxime si se considera que no consta en autos en la hora del día en que se dio el traslado. Por lo cual éste corrió en los días 17, 18, 20, 21 y 22 de octubre de 1937. Es decir, que estaba vencido cuando aquel empleado lo descorrió, el día 23.

Expresa el señor Procurador Delegado en lo Civil que en su concepto la demora del fiscal en devolver el asunto después del término de los cinco días no atrae la sanción consagrada en el artículo 553 del Código Judicial, sino las determinadas por los artículos 379 y siguientes para los casos de demoras por los litigantes en la devolución de expedientes, o sea la pérdida del derecho a volver a sacar los autos de la secretaría, apremios y multas, y el requerimiento, con las consecuencias de la negativa, del artículo 381 ibidem. Pero una cosa es la devolución de un expediente al juez o tribunal, para lo que se aplican los apremios, y otra distinta el descorrer o no un traslado. La ley autoriza, cuando hay varios demandados, a que se les confiera el traslado para que contesten la demanda enviándoles copias de ella, y si quien recibe el traslado en una copia del libelo deja pasar el tiempo de contestarla, no por eso podría sufrir las sanciones legales por la no devolución del expediente, ya que no tiene ninguno en su poder. Lo que pone de manifiesto que las disposiciones citadas por el señor procurador no son aplicables.

En atención a las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generlaes, revoca el auto dictado por el Tribunal Superior de Ibagué el día 25 de octubre de 1937, en el punto materia del recurso, y en su lugar aprueba la liquidación presentada por el señor Ramón L. González M., en su memorial del 22 de septiembre del mismo año, con excepción de la parte contenida en el capítulo denominado **Prestación de perjuicios.**

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán — Eleuterio Serna — Pedro A. Gómez Naranjo — Gustavo Gómez Hernández, Srio.

SE REPONE PARCIALMENTE EL AUTO ANTERIOR

1.—La regla general en materia de traslados es la de que son obligatorios para las partes que litigan y aquel a que alude el artículo 553 del C. J. envuelve un término perentorio. 2.—Ni del espíritu ni menos del texto de ese artículo puede deducirse lógicamente que la parte que guarda silencio, que no objeta, confiese ser ciertos los hechos afirmados por el actor. El demandado que guarda silencio, ni aprueba ni objeta la liquidación. De consiguiente, no puede entenderse como confesión el hecho de no haber objetado oportunamente el fiscal la liquidación presentada por el actor.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, mayo veintiuno de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor Procurador Delegado en lo Civil y el señor Ramón L. González M. piden a la Corte reposición del auto proferido con fecha 8 del mes de abril anterior. El primero, para que se revoque esa providencia y en su lugar se confirme la del Tribunal Superior de Ibagué, venida en apelación a esta Sala; y el segundo, para que se apruebe el capítulo denominado "Prestación de Perjuicios", de la liquidación presentada por el actor y que se excluyó en el auto cuya reposición se solicita.

De las razones aducidas por la Procuraduría se destacan las que se refieren a los puntos siguientes:

1ª El término del traslado previsto en el artículo 553 del C. J. no es perentorio; 2º El silencio de la parte en el caso de ese artículo equivale a ua confesión, que no puede perjudicar a la entidad pública representada por el Fiscal del Tribunal de Ibagué; 3º Por estar pendiente aún el incidente sobre restitución del término del traslado, propuesto por el Fiscal, no puede la Corte fallar el presente recurso en que se decide sobre la aprobación de la liquidación presentada

Respecto al término del traslado expresa el señor Procurador:

"Dice la Sala que si el término del traslado transcurre sin que la liquidación sea objetada, el juez dicta auto aprobatorio; si se impugna, abre el incidente a pruebas por quince días. 'Lo que indica que el término es perentorio, pues su solo transcurso sin presentar objeciones a la liquidación debe producir el efecto de que ella quede firme mediante auto aprobatorio del Juez'.

"Con todo respeto y acatamiento me permito diferir de esa autorizada opinión. En la teoría del procedimiento civil se distinguen fácilmente los términos perentorios de los que no lo son, y puede decir (sic) que, en derecho procesal colombiano, el sistema que surge y vive a todo lo largo del Código, da asidero para sentar dos reglas igualmente importantes al respecto: 1ª En tesis general, son perentorios los términos señalados por las leyes para que dentro de ellos se ejerciten derechos dentro de un juicio: como los probatorios, los concedidos para interponer recursos legales, etc. 2ª No son perentorios, sino excepcionalmente, los términos de traslados.

"No puede confundirse el carácter de perentorio que tenga un término, con la sanción aplicable en cada caso. Son distintas las situacinoes y las sanciones, según que se trate de que una de las partes deje transcurrir el término de pruebas sin pedir las que crea necesarias a su defensa o no interponga en tiempo los recursos legales contra las providencias que le perjudiquen, o de que incurra en demora para evacuar un traslado, sea de la demanda, de las excepciones, de la liquidación de costas, etc.

"La no interposición oportuna de un recurso produce el efecto de dejar la providencia, porque la ley presume que el silencio equivale a consentimiento tácito pero el no pedir en tiempo una prueba no conlleva sanción ninguna: el pleito puede ganarse o perderse por la parte que no adujo la prueba, según que sea demandante o demandada y según un cúmulo de otros factores más que el juzgador debe tener en cuenta. Mas en el caso de pérdida del pleito, no podrá decirse en técnica procesal que la sentencia sea una sanción por la demora en la petición de la prueba.

"La segunda regla se induce fácilmente de la letra y el espíritu de nuestro Código Judicial. Basta citar algunos ejemplos tomados al azar para evidenciarla. Sólo existen dos casos en el código en los cuales es fatal el término del traslado. Pero debe estimarse porque de manera clara, terminante y expresa dice la ley que el recurso de casación civil o las objeciones a la liquidación de las costas deben presentarse 'dentro del término del traslado' (artículos 532 y 582 del C. J.)

"En los demás casos, el traslado de la demanda puede retardarse sin que por eso deje de tenerse en cuenta la contestación que dé el demandado. Pueden verse los artículos 739 y 744 relativos al traslado de la demanda en juicio ordinario; los artículos 796 a 799 referentes al juicio de separación de bienes, y los artículos 1126 a 1128 que regulan el juicio de cuentas, el más análogo al presente asunto. Y para ir hasta los extremos, cabe citar también el artículo 546, según el cual, contestados o no los traslados en el recurso extraordinario de revisión civil, debe abrirse a pruebas el juicio.

"Se concluye de lo expuesto que en todos los casos en que la ley quiere que no se tenga en cuenta la contestación tardía de un traslado, lo ha dicho expresamente. Tales casos, como se acaba de ver, son: el que se da al recurrente para que funde el recurso de casación (artículo 532) y el que se da a las partes de la liquidación de costas hecha y presentada por el Secretario (artículos 581 y 582)".

Distingue el señor Procurador los términos que en lo general y para todos los casos señalan las leyes, a fin de que dentro de ellos se ejercite un derecho, y los términos especiales referentes a traslados, conferidos con el mismo objeto. Conceptúa aquel alto funcionario que los primeros, como son los probatorios, los que se conceden para interponer recursos, etc., son perentorios, y que no lo son los que se dan a las partes en los casos de traslados. No capta la Sala la razón diferencial de la perentoriedad del término en todos los demás casos y no en el de los traslados. Parece sugerirla el señor Procurador en la distinción que anota, y que es obvia, entre el carácter perentorio de un término y la sanción por su ejercicio, pues observa que son diferentes las situaciones y las sanciones, cuando se deja transcurrir un término de pruebas sin pedir las que se crean necesarias, o para apelar sin interponer el recurso correspondiente, a la que se contempla cuando se incurre en demora para evacuar un traslado. La no interposición del recurso — dice produce el efecto de dejar en firme la providencia, porque la ley presume que el silencio equivale á consentimiento tácito, pero el no pedir una prueba no produce como sanción la pérdida del pleito.

Las consecuencias que se deducen legalmente a las partes cuando quiera que no hacen uso oportuno de los términos para interponer un recurso, producir pruebas, descorrer traslados, varían según los casos y circunstancias, como son diferentes asímismo los fenómenos jurídicos que se operan. Unas veces es el de la presunción legal, a que alude el señor Procurador, de que el silencio supone el consentimiento; otras es simplemente la aplicación de la norma necesaria para el adelantamiento de los juicios, sin presunción alguna contra quien no actúa; en otras el precepto de la ley se inspira ya sea en el asentimiento de la conrtaparte, ya en una necesidad de orden puramente procesal sobre seguimiento de los juicios.

Si son diferentes las situaciones jurídicas contempladas cuando se deja transcurrir un término probatorio sin hacer uso de él, o el de la apelación sin interponer el recurso, de la que se contempla cuando no se descorre oportunamente un traslado, ello no fundamenta la distinción que se pretende hacer entre los términos para todos los casos y los de los traslados, para considerar que los primeros sí son perentorios y no los últimos, pues a aquella diferencia de situaciones, un tanto sutil, no corresponden modalidades distintas en la estructura legal del código respectivo.

Prescindiendo de la investigación, no indispensable o necesaria a los fines de la aplicación de la ley, sobre la naturaleza jurídica o calificcaión específica de la ordenación procesal cuando el legislador le atribuye consecuencias determinadas y claras al no uso de un derecho dentro de los términos prefijados para ejercerlo, se impone por ministerio de la ley el reconocimiento por el juez de la situación jurídica prevista y de sus efectos y consecuencias. Lo que lleva a la existencia jurídica de la perentoriedad de los términos correspondientes.

Tal cosa ocurre en el del traslado establecido por el artículo 553 del C. J. Ya se expresó en el auto que se reconsidera que según sus voces, si el término del traslado transcurre sin que la liquidación sea objetada, el juez la aprueba, lo que está diciendo que el término es perentorio, pues el mandato para el juez es terminante, claro,

al ordenarle aprobar la liquidación si no se objeta. La objeción debe hacerse dentro del término señalado por el artículo, pues si así no fuese quedaría al arbitrio de la parte obligada a cumplir la sentencia el dilatar a su voluntad la ejecución de ella, con sólo demorar indefinidamente su parecer acerca de la liquidación presentada.

Dice el señor Procurador que sólo existen dos casos en el Código en los cuales es fatal el término del traslado, pero que debe estimarse así porque de manera clara, terminante y expresa dice la ley que el recurso de casación civil o las objeciones a la liquidación de las costas deben presentarse "dentro del término del traslado" (artículos 532 y 582 del C. J.) Que en los demás casos, el traslado de la demanda puede retardarse sin que por eso deje de tenerse en cuenta la contestación que dé el demandado, como en los casos de los artículos 739 y 744 relativos al traslado de la demanda en juicio ordinario; los artículos 796 a 799 referentes al juicio de separación de bienes; los artículos 1126 a 1128 que regulan el juicio de cuentas, y 546 según el cual, contestado o no el traslado en el recurso de revisión, debe abrirse éste a pruebas. De todo lo cual concluye que en los casos en que la ley quiere que no se tenga en cuenta la contestación tardía de un traslado, lo ha dicho expresamente, que son tan sólo los de los artículos 532 y 582.

La Sala observa como en casi todos los traslados de demandas la falta de contestación oportuna no implica asentimiento, pero en otros como en el del artículo 871, que señala diez días para objetar un deslinde, el juez lo aprueba y declara en firme, si ese término transcurre sin formularse oposición; en el traslado de la demanda sobre separación de bienes si éste se deja transcurrir sin que el marido se oponga, el juez decreta la separación; en el del juicio de cuentas, si no se hace objeción a ellas, deben ser aprobadas. La no perentoriedad del traslado en las demandas ordinarias resulta de un mandato expreso de la ley que así lo dispone, al establecer que transcurridos los términos, sigue el juicio; en cambio en los demás casos citados el código apenas prescribe que el deslinde se apruebe, que la separación de bienes se decrete o que las cuentas sean también aprobadas, y guarda silencio en cuanto a la prosecución del juicio sin haberse decretado antes la aprobación correspondiente. Luego la regla general en materia de traslados, el principio que los informa en el código es el de que son obligatorios para las partes que litigan. La regla parece ser la contraria a la que deduce el señor Procurador Delegado: la contestación tardía de un traslado obliga al juez a declraar válido el acto ejecutado o aprobados los documentos que se presentaron en el mismo; excepcionalmente, cuando la ley así lo previene, el trancurso del término de un traslado no produce consecuencias que afecten la situación de las partes, pues el juicio continúa sin interrupción como en los casos que se citan de los artículos 546 y 744.

A un principio diferente obedece la obligación que tiene la Corte de declarar desierto el recurso de casación, si dentro de los treinta días del traslado no se formula la demanda, ya que la declaración de la Corte no envuelve la aprobación ni la improbación de ningún acto o documento, sino que simplemente significa la constatación de un hecho, el de la inexistencia del recurso por no haberse presentado la demanda.

De todo lo cual se deduce que sí es perentorio el término del traslado de que trata el artículo 553 del C. J.

Para afirmar su concepto el señor Procurador de que el silencio del Fiscal del Tribunal de Ibagué durante el término del traslado no puede afectar al departamento, expresa que si tal se entendiera aparecería la entidad de derecho público perjudicada, mediante la confesión ficta o presunta de su representante, lo que contraría el mandato de los artículos 170 y 1701 del C. J., según los cuales las confesoines de los Agentes del Ministerio Público no perjudican a la parte que representan. Y en apoyo de su tesis cita los casos contemplados por los artículos 303, 381 y 618 del C. J., por considerar que en ellos la declaración del juez se basa en la existencia de una confesión presunta del demandado. Sin embargo, la técnica jurídico procesal no admite como verdadera esa interpretación analógica, porque se opone a los principios que informan el estatuto legal de la confesión.

Los tratadistas no se hallan contestes acerca de esta noción, difícil de precisar. Un autorizado comentarista colombiano, después de analizar las definiciones que de la confesión traen numerosos autores, se expresa así: "En todo caso de esas definiciones, y de muchas otras que dan notables expositores se deduce que la confesión es una manifestación — oral o escrita — que en juicio, o fuera de él, hace una parte capaz de obligarse sobre la verdad de hechos de valor jurídico afirmados por el adversario, al cual son favorables, y que perjudican a la que los acepta en sus intereses o en los de

las personas de quienes lleva la representación legal, y que tiene valor probatorio cuando el hecho puede ser probado por medio de confesión". (Derecho Probatorio, L. Alzate Noreña).

Para que haya confesión se requiere, por tanto:

a) Una declaración o manifestación, que es siempre un acto externo, pues las intenciones no pueden ser objeto de vida legal.

b) Su objeto debe ser una acción o un hecho, porque al derecho no puede referirse, ya que éste lo aplica el juez.

c) El hecho o la acción han de tener un valor jurídico capaz de crear un derecho, ser lícitos y que respecto de ellos no exija la ley una prueba distinta.

d) Que el confesante pueda obligarse por su declaración de voluntad, lo que dice relación a la capacidad y al consentimiento.

Pero importa no confundir la confesión con el precepto. Este entraña un concepto afín al de la presunción legal: es el mandato de que una cosa sea de tal manera y no de otra. Cumplido el hecho, no hay necesidad de probar nada para deducir las consecuencias que la ley consagra. Tiene el carácter de una presunción legal absoluta (presunción de derecho). El precepto sustituye a la voluntad presunta, o independientemente de ella, determina que las cosas sean como se contemplan en la ley.

Una presunción análoga, aunque distinta, a la del precepto es la que hace la ley en los casos que en nuestro código se denominan de confesión ficta o presunta. Esta no es más que una presunción, con origen en la ley, deducida del hecho contra el autor del mismo. Y que se distingue de la confesión expresa, en orden a su fuerza probatoria, en que a ésta le da la ley el valor de plena prueba, en tanto que la ficta o presunta puede ser combatida, por cualquier prueba en contrario. Lo que la ley llama confesión presunta no es más que una presunción que admite prueba en contrario (presunción legal relativa), como lo establece el inciso final del artículo 606 del C. J.: "Contra la confesión presunta por declaración del Juez, o por otra causa, se puede aducir plena prueba que la desvirtúe". En cambio, respecto de la confesión expresa, ella se tiene como plena prueba que no admite otra en contrario "a menos de demostrarse que el confesante ha incurrido en error inculpable o explicable" (inciso primero, ibídem).

De los casos a que alude el señor Procurador, considerándolos como de confesión ficta o presunta, solamente tienen tal carácter los de los artículos 303 y 618 del C. J., que tratan, respectivamente, de la renuencia de una persona a la exhibición de cosas o documentos, y de su negativa a contestar un interrogatorio en posiciones. En ambos casos la negativa del demandado determina la decisión judicial en su contra. El otro de los casos, el del artículo 381, no es el de la confesión ficta o presunta, sino el de una presunción legal derivada de la aplicación de la teoría ya expuesta del precepto, fundamento de la propia presunción. Si la parte requerida no devuelve el expediente, el juez dicta sentencia en su contra disponiendo que se tengan como ciertos los hechos de la demanda.

Pero en ninguno de los dichos casos propuestos por el señor Procurador hay una verdadera confesión de parte, ya que el fenómeno que en ellos se presenta carece de requisitos esenciales a la confesión: declaración expresa, oral o escrita, y el **ánimus confitendi**, el propósito de hacer la declaración, la voluntariedad, el consentimiento de quien la hace, ya que, como se ha visto, la confesión no puede resultar del silencio de la parte.

El artículo 553 establece que si la liquidación no es objetada, el juez dicta auto aprobatorio de ella. Es este otro caso de aplicación de la teoría del precepto. Ni del espíritu ni menos del texto de la disposición puede deducirse lógicamente que la parte que guarda silencio, que no objeta, confiese ser ciertos los hechos afirmados por el actor. El demandado guarda silencio, ni aprueba ni objeta la liquidación. La ley ordena que se tengan como ciertos los hechos a que aquélla se refiere. El demandado no hace manifestación alguna de su voluntad en el sentido de aceptar o reconocer los hechos de que se trata, por lo cual no hay fundamento en el que pueda basarse una presunción confesional. Como el demandado no presta su asentimiento, no tiene el propósito de confesar, no hay allí confesión.

Establecido, como queda, que el silencio de la parte a quien se confiere el traslado de que trata el artículo 553, no es confesión, no puede entenderse como tal la omisión del Fiscal del Tribunal Superior de Ibagué consistente en no haber objetado oportunamente la liquidación.

Por haber propuesto el fiscal un incidente sobre restitución del término del traslado, y estar pendiente su decisión, estima el señor Procurador Delegado que la Corte no puede fallar el presente recurso en que se dilucida acerca de la validez de la liquida-

ción que presentó el actor. Desde el primer auto dictado por esta Sala el día 8 de abril se observó cómo el punto materia de la apelación se concreta a la negativa del Tribunal a aceptar tal liquidación, "quedando fuera de la apelación otras cuestiones sometidas al Tribunal, como la que planteó el señor fiscal de restitución del término para el traslado". Esto pone de presente que es infundado el reparo del señor Procurador, pues el punto tocante con la restitución del término no está sometido al fallo de la Corte, no se halla **sub-judice**, y no puede, por tanto, ser tenido en cuenta actualmente. La decisión del recurso de que aquí se trata no es óbice para que en el mismo negocio se dicten las providencias a que haya lugar y para que ellas surtan los efectos legales consiguientes.

La solicitud del señor Ramón L. González ordenada a la revocación y reforma del auto dictado el día 8 de abril se concreta al capítulo de la liquidación referente a perjuicios.

Estima el reclamante que es ilegal la exclusión que la Sala hizo del mencionado capítulo al aprobar la liquidación propuesta.

Tanto el recurrente, en su memorial, como los distinguidos abogados cuyos conceptos acompañó a su pedimento, le niegan a la Corte la facultad de improbar parcialmente tal liquidación. Al hacerlo se expresan así:

"Al juzgador cuando es juez de derecho y cuando ejerce jurisdicción, sólo le está permitido lo que la ley ha autorizado expresamente, y así, cuando el ligislador, para el caso de que el demandado en el juicio especial sobre ejecución de una resolución no presenta objeciones al libelo del demandante, dispuso cue el Juez dicta auto aprobatorio de ella, no ha concedido, no ha otorgado, no ha delegado jurisdicción distinta, diferente de la que lleva a dictar el auto aprobatorio de la demanda presentada. Y todo otro acto jurisdiccional, así sea para regular o morigerar alguna de las prestaciones, o rechazar alguna de ellas, excede la potestad de la Corte, que por alta, que por elevada, que por excelsa que sea, no conoce, no puede conocer, no transita sino el carril legal... La Corte no puede sin asumir un carácter oficioso, una misión de procuraduría del departamento demandado entrar en el análisis de las prestaciones que no fueron objetadas, por la única persona que tenía capacidad jurídica para la objeción o el rechazo, que para el caso lo era exclusivamente el departamento demandado" (memorial del actor).

"La ley no ha facultado al juez para objetar de oficio una declaración de esta clase. Entendiendo las cosas de otro modo habría que permitirle a los jueces que en los juicios de cuentas, por ejemplo, entraran a examinar y glosar las no objetadas" (Luis F. Latorre U.)

"Cómo ha podido la Corte asumir en este caso tal jurisdicción y tales facultades, no habiendo habido impugnación ni término probatorio ni por lo tanto las pruebas que han de servir de guía al juez para regular la liquidación y hacer la fijación? Cómo puede la Corte dejar indefensa a la otra parte, a la que presentó la liquidación especificada y motivada y que por no haber habido objeción no pudo producir las pruebas que desbarataran o desvirtuaran tal impugnación no hecha por la parte contendora? Y, en fin, cómo podría condenarse a la parte que produjo la liquidación sin haberla oído y vencido en el juicio, valga decir en el incidente decisivo provocado por una impugnación que no se hizo?" (Carlos Bravo).

En idéntico sentido expresan su concepto los señores abogados Alberto Goenaga y Emilio Ferrero.

Ha de comenzar la Corte, en este punto, por expresar su extrañeza de que los distinguidos abogados, por no haberse detenido suficientemente en el examen de la providencia criticada, le atribuyan un contenido que no tiene. La Corte no se basó, al improbar en parte la liquidación, en el simple concepto de tener ella jurisdicción para hacerlo, pues al proceder así habría incurrido en notoria contradicción, destruyendo su propia tesis, fundamento de su auto, de que en el caso del artículo 553, cuando la liquidación no es objetada, procede su aprobación de plano.

Existe una circunstancia, que se ha pasado por alto, y que sirvió de norma a la Sala para su decisión: la de que la sentencia de la Corte de cuya ejecución se trata ordena que al liquidarse los perjuicios se tengan solamente en cuenta aquéllos que se previeron o pudieron preverse cuando se celebró el contrato.

En atención a esta exigencia del fallo, de obligatorio cumplimiento para el juzgador en el incidente de su ejecución, expresó la Corte, en el auto que se revisa, que sin entrar en el examen de las diversas partidas que forman la exposición que presentó al tribunal el demandante, está en el deber de confrontar la liquidación con la sentencia cuya ejecución se ejercita.

Con ese criterio encontró necesario veri-

ficar si los perjuicios que se fijaron en la liquidación llenan el requisito señalado en el punto 5º de la sentencia de la Corte Suprema, confrontación obligada por tratarse de ejecutar un fallo en que de modo expreso así se dispuso que se hiciese. Respecto a los demás puntos de la liquidación no halló la Corte ser de su incumbencia un análisis semejante, porque ellos no quedaron sujetos a condición alguna en la sentencia, que autorizase tal examen, debiendo la Corte aprobarlos en los términos de la liquidación que presentó el demandante.

De suerte pues que la facultad en virtud de la cual la Sala desechó el capítulo sobre perjuicios no le viene de la disposición contenida en el artículo 553 del C. J., sino de un mandato, de ineludible cumplimiento, impuesto por la sentencia que declaró resuelto el contrato entre el Departamento del Tolima y Ramón L. González M.

Si la Corte en su fallo de 1935 no hubiera establecido como norma obligatoria al ejecutarlo el lleno del requisito mencionado, se hallaría hoy el juzgador en presencia de una situación diferente: la de aplicar, con entera libertad y sin embarazo, la disposición del artículo 553 del código. Y entonces sí vendrían al caso las consideraciones que se han hecho sobre el procedimiento a seguir, y que coinciden con el pensamiento de la Sala respecto a la aprobación de plano por el juez de la liquidación presentada, cuando ella no se ha objetado durante el término del traslado.

Sentado que la Corte sí tenía y tiene la facultad y el deber de confrontar el capítulo de perjuicios con la exigencia establecida en la sentencia de la Corte Suprema, es del caso examinar el fondo del reclamo presentado por González respecto a la exclusión que se hizo en el auto anterior de los perjuicios que él liquidó. Y este estudio ha de hacerse dentro del propio criterio que inspiró la decisión revista, de no hallar la Corte que los perjuicios alegados fueron previstos o pudieron preverse al celebrarse el convenio.

Refiriéndose a este aspecto del asunto el señor González manifiesta que a su parecer los perjuicios sí fueron previstos: "Y sucedió lo que tenía que suceder, — dice — y lo que el Departamento del Tolima aun sin anteojo de larga distancia, podía y debía prever, y previó expresamente al celebrar conmigo el contrato en el cual se comprometió expresa y solemnemente a que ratificaría el título: como no me lo ratificó me ocasionó un demérito y un perjuicio evidente para cualquier operación comercial, para todas las operaciones comerciales que con base en tal título hube de prospectar y de acordar, ya que no hallé a nadie que estuviera dispuesto a entrar en negocios sobre una finca en circunstancias de quedar expuesto a las contingencias y resultados de un posible, agrego yo, de un necesario litigio".

Conviene tener a la vista la cláusula tercera de la escritura número 554, del 1º de agosto de 1930, Notaría 1ª de Ibagué, por la cual el departamento vendió a Ramón L. González M. la hacienda de Maracaibo, y que es de este tenor: "Tercera. Que los bienes materia de este contrato los adquirió el departamento por compra que de ellos hizo para la empresa del Ferrocarril Ambalema-Ibagué de propiedad del Departamento del Tolima, el superintendente general de dicho ferrocarril doctor Carlos Cock como aparece del instrumento público número 1911 pasado ante el notario 4º del circuito de Bogotá el 8 de octubre de 1927, compra que autorizó y aceptó el departamento por medio de su representante General José Joaquín Caycedo Rocha, ingeniero interventor de la obra de dicho ferrocarril, como igualmente aparece de la escritura pública número 928 pasada ante el notario 1º del circuito de Ibagué el día 14 de noviembre de 1927, siendo de advertir que el precio pagado por el adquirente doctor Cock y los gastos ulteriores hechos en la hacienda han sido cargados a la cuenta del departamento y consecuencialmente ingresados tales bienes entre los que constituyen la empresa del ferrocarril. Pero que para evitar toda duda que pudiera presentarse en lo relativo a los requisitos legales sobre transmisión del dominio sobre los mismos bienes por haberse otorgado la citada escritura de compraventa número 1911 en favor del doctor Carlos Cock como superintendente del ferrocarril y para esta empresa, el departamento se obliga para con Ramón L. González M. a que dentro del término de sesenta días a contar de esta fecha el doctor Carlos Cock en su carácter dicho de superintendente del Ferrocarril Ambalema-Ibagué y representante del Promotor, o quien tenga la personería legal suficiente de esas entidades, y con asistencia del ingeniero interventor de la obra de dicho ferrocarril, ratificará por escritura pública el presente contrato de venta en los términos aquí pactados y declararán legal y plenamenee verificada la transferencia de los derechos y bienes materia de la venta o cosa vendida".

La sentencia de la Corte Suprema, al analizar el cumplimiento de las obligaciones que

el departamento se impuso de acuerdo con la cláusula transcrita, expresó: "Y era tanto más justifciada la expresada duda cuanto que en la escritura de compraventa otorgada por el Gobernador al demandante no aparece la prueba de que la empresa del ferrocarril perteneciera en realidad al Departamento, pues esta circunstancia contribuía a hacer menos clara todavía la legalidad de dicho título. Es preciso tener en cuenta que en tratándose de dudas acerca de la legalidad de un título, no hay, puede decirse, parquedad de materia, dado que cualquier objeción que con aparente fundamento siquiera pueda oponerse a un título, ocasionaría un demérito y un perjuicio evidente para cualquier operación comercial que con base en tal título haya de verificarse, ya que nadie estará dispuesto a entrar en negocio sobre una finca en circunstancias de quedar expuesto a las contingencias y resultados de un posible litigio. De lo anterior se concluye, de una parte, que la duda a que alude la escritura que se analiza era justificada y, de otra, que la estipulación en virtud de la cual el gobernador en nombre del departamento se obligó a obtener la ratificación del Superintendente del ferrocarril con asistencia del ingeniero interventor, lejos de ser superflua, como lo considera el Tribunal, tenía una importancia real e innegable para el comprador, en términos de poderse presumir que sin dicha estipulación no hubiera éste contratado. De lo hasta aquí expuesto se sigue que es procedente la acción resolutoria fundada en la falta de cumplimiento del contrato por parte del Departamento del Tolima, y que en tal virtud hay lugar a decretar las prestaciones mutuas consiguientes a la resolución".

Al verificar hoy la Corte si el requisito establecido en la sentencia dictada en 1935, de haberse previsto o podido prever los perjuicios cuando el contrato se celebró, encuentra que el fallo de cuya ejecución se trata fue claro y explícito al estimar que fue fundamental la estipulación en que el Departamento se obligó a que la venta fuese ratificada por el Superintendente y el Interventor, que "tenía una importancia real e innegable para el comprador, en términos de poderse presumir que sin dicha estipulación no hubiera éste contratado"; y que "es preciso tener en cuenta que en tratándose de dudas acerca de la legalidad de un título, no hay, puede decirse, parvedad de materia...."

La Corte apreció ya, desde la sentencia resolutoria del contrato, que el señor Ramón L. González M. se le causaron perjuicios por el departamento, provenientes de no haberle perfeccionado el título, "ya que nadie estará dispuesto a entrar en negocio sobre una finca en circunstancias de quedar expuesto a las contingencias y resultados de un posible litigio."

La Corte estimó pues que por el no perfeccionamiento del título, dentro del término de sesenta días que para el efecto se fijó en el contrato, González sufría "un perjuicio evidente para cualquier operación comercial que con base en tal título haya de verificarse."

Al constatar si los perjuicios causados al demandante fueron previstos o pudieron preverse al momento del convenio, halla la Sala que la misma sentencia de la Corte consideró que los perjuicios de que se trata eran connaturales a la falta de cumplimiento del Departamento, al no perfeccionar el título, con lo cual la hacienda de "Maracaibo" quedaba prácticamente fuera del comercio, con lesión manifiesta en los intereses del comprador.

Cuáles fueron esos perjuicios, es asunto que quedó sometido a la regulación correspondiente, en armonía con el precepto del artículo 553 del C. J.

Como al tramitarse el juicio respectivo y presentada la liquidación de perjuicios, la contraparte no la objetó, no ha sido procedente el término probatorio, y en presencia de tal situación, la Corte no puede ilustrar este punto de los perjuicios declarados por el actor, con las glosas o reparos que la otra parte hubiera podido presentar, y ha de impartir necesariamente su aprobación a las partidas a que esos perjuicios se refieren, sin que le sea dado regular o modificar la cuantía asignada por el actor a cada una de ellas.

Debe sí, en cumplimiento de la sentencia, verificar si tales partidas se refieren a perjuicios previsibles al tiempo de la celebración del contrato.

Y en este orden de ideas, considera la Sala:

Las dos primeras partidas del capítulo se refieren a los perjuicios que recibió González, como efecto de la insuficiencia de los títulos que le otrgó el departamento, por no haber podido celebrar las operacoines que allí se detallan. Dada la falta de probanzas no puede calificar la Corte la situación de hecho planteada por la afirmación del demandante acerca de la previsibilidad de estos perjuicios; en tales circunstancias, no le es dado discutir sobre el lleno de esa condi-

ción o requisito, y, por tanto, respecto de ellos debe impartir su aprobación.

No sucede lo propio con la tercera partida que fundamenta el actor en los perjuicios que sufrió "como consecuencia de los embargos y el descrédito consiguiente a la inmovilización de mis actividades." Aparece que ellos carecen del requisito de su previsibilidad al momento de celebrarse el convenio, pues no provienen ni siquiera directa o indirectamente del no cumplimiento del contrato, y menos, es lógico, pudieron preverse al momento de pactar. Se hacen consistir en el descrédito que sufrió el demandante y en la inmovilización que en sus actividades produjeron los embargos que sobre sus bienes llevó a cabo el Departamento. Y, como es obvio, tales perjuicios no pudieron preverse al pactar ni tienen como origen el incumplimiento contractual. No se ve la relación directa, de causa a efecto, que pueda haber entre la no ratificación del títutlo de la hacienda de "Maracaibo" y los perjuicios sufridos por los embargos. Es elemental que a ellos no pudo referirse la sentencia que declaró resuelto el contrato, por ser absolutamente extraños a la controversia planteada. Y aun acreditados por una plena prueba, su aprobación no podría prosperar en este procedimiento especial por ser indiscutiblemente ajenos a él.

Lo que no impide que si tales perjuicios se han causado, puedan exigirse por medio de las acciones establecidas en la ley.

En consecuencia de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia repone parcialmente su auto de ocho de abril anterior, en el sentido de aprobar, como parueba, las partidas del capítulo denominado prestación de perjuicios, con excepción de la de $ 20,000.00 que figura como última en esa parte de la liquidación. En todo lo demás, mantiene tal providencia.

Notifíquese y cópiese.

Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA

La facultad concedida al administrador de los Ferrocarriles Nacionales para presentarse ante los tribunales a demandar en nombre de la nación, o a proponer excepciones, se refiere a asuntos meramente administrativos, relacionados con la gestión que tiene a su cargo, y no puede representar a la nación en los juicios que se adelanten contra ella ante los Tribunales por perjuicios u otras causas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo diez de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El Tribunal Superior de Cali, en sentencia de fecha 29 de octubre del año pasado, declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería del Fiscal del Tribunal, propuesta por dicho funcionario, en el juicio ordinario iniciado por el doctor Salustio Victoria contra la Nación, como apoderado del señor Honorio Arce, para que ésta sea condenada al pago de perjuicios por la muerte violenta de Hernando Arce Herrera, ocurrida estando al servicio del Ferrocarril del Pacífico.

La sentencia fue apelada por el apoderado del señor Arce y el recurso concedido para ante la Corte en el efecto suspensivo. Se procede a fallar el negocio, previas las siguientes consideraciones:

Se fundó el Tribunal para declarar probada la excepción en que en su concepto es al Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales a quien privativamente corresponde representar a la Nación en casos de la índole del presente y no al Fiscal del Tribunal.

Se observa:

El artículo 139 de la Constitución establece que corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación, lo mismo que promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas. En desarrollo de este principio, la ley le ha dado al Procurador la facultad de llevar en la Corte la voz de la Nación y promover y sostener los juicios para la defensa de los bienes o intereses del Estado (artículo 175 del C. J.), y a los Fiscales de los Tribunales Superiores la personería para representar a la Nación ante los Tribunales y para promover y sostener ante ellos las acciones necesarias para la defensa de los bienes e intereses del Estado (artículo 176 del C. J.)

Conforme al precepto constitucional referido y a las disposiciones legales que se han mencionado, la representación de la Nación en juicio corresponde en los Tribunales Superiores a los Fiscales respectivos y ante la Corte al Procurador, o a sus apoderados, en los casos del artículo 173 del C. J. (Artículo 252 del mismo texto).

La Ley 29 de 1931 creó el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales, "destinado a administrar los ferrocarriles de propiedad de la Nación sobre una base comercial y con la debida consideración a los intereses económicos del país." El artículo 2º de la Ley citada dice que el Consejo disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el Administrador General; ejercerá todas sus funciones con una completa independencia y podrá presentarse ante los Tribunales y autoridades de cualquier orden, y ejercitar cualquier acción o excepción que considere conveniente o necesaria para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado.

La facultad concedida al Administrador de los Ferrocarriles Nacionales para presentarse ante los tribunales a demandar en nombre de la Nación, o a proponer excepciones, se refiere a asuntos meramente administrativos, relacionados con la gestión que tiene a su cuidado conforme a la ley. Esta atribución es facultativa, desde que la ley dice que "podrá presentarse".

Sintetizando lo anterior, se tiene: generalmente la representación de la Nación en juicio corresponde a los Fiscales de los Tribunales Superiores y al Procurador; pero eso no obsta para que si el Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales lo considera conveniente y necesario pueda ejercitar también acciones o excepciones en

beneficio de los intereses confiados a su cuidado.

En casos como el que se estudia, es indudable que la representación de la Nación corresponde al Fiscal del Tribunal, porque se trata de un juicio seguido contra aquélla para que responda por una culpa extracontractual, o sea, la muerte violenta de un individuo, ocasionada según el demandante por descuido, imprevisión, imprudencia o negligencia de empleados del Ferrocarril del Pacífico y por desorganización de la empresa. No se trata de una cuestión administrativa a cargo de los Ferrocarriles Nacionales, sino de una acción dirigida contra la Nación, que si prospera, afecta directamente su patrimonio.

El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, no obstante los términos en que está concebido el artículo 2º de la Ley 29 de 1931, no puede considerarse como una persona jurídica perfecta, con arreglo al artículo 633 del C. C., capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, porque no tiene patrimonio propio ni puede adquirir para sí bienes de ninguna naturaleza. Es una entidad organizada, como su nombre mismo lo indica, con fines simplemente administrativos. En esas condiciones, no puede llevar la representación pasiva de la Nación para su defensa, en casos como el presente.

Además, si se admitiera que el Consejo de los Ferrocarriles por medio de su Administrador debe representar a la Nación en los juicios que se adelanten contra ella ante los Tribunales por perjuicios u otras causas, se presentarían inconvenientes de orden práctico que afectarían los intereses de las personas que se creyeran lesionadas: como el Consejo tiene su residencia en Bogotá, surgirían innumerables dificultades para adelantar los juicios que con arreglo a las leyes de procedimiento deben iniciarse en otros Tribunales distintos al de esta capital.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en el importante concepto que emitió en este negocio, está de acuerdo con la tesis sostenida en este fallo por la Sala.

Por las razones anteriores se concluye que la sentencia apelada es injurídica y que debe revocarse para declarar en cambio que no está probada la excepción de ilegitimidad de la personería.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada, dictada el veintinueve de octubre del año pasado por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, y en su lugar declara que no está probada en este juicio la excepción de ilegitimidad de la personería del señor Fiscal del Tribunal.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

SALVAMENTO DE VOTO

En el fallo anterior se dice que la facultad concedida al Administrdaor de los Ferrocarriles Nacionales para presentrase ante los Tribunales a demandar en nombre de la Nación, o a proponer excepciones, se refiere a asuntos meramente administrativos, relacionados con la gestión que tiene a su cuidado conforme a la ley; y se expresa, asímismo, que la muerte de una persona, ocasionada por descuido, imprevisión, imprudencia o negligencia de empleados del ferrocarril, o desorganización de la empresa, no es una cuestión administrativa a cargo de los ferrocarriles nacionales.

Entiendo que la mayoría de la Sala piensa que la muerte de una persona, por culpa de empleados del ferrocarril, no es acto de que deba responder la empresa, por considerar que no queda comprendido en los asuntos que llama meramente administrativos.

Dentro de la administración no hay por qué distinguir entre otros actos y los que se denominan "meramente administrativos". Los poderes de los administradores son plenos, completos, para ejecutar actos de administración. La ley le concedió al Consejo la administración. Todo lo que quepa dentro de ella cabe también en sus facultades.

Así como no habría base para afirmar que un ferrocarril no puede, en el giro ordinario de su administración, cobrar los créditos a su favor provenientes de daños que le causen terceros, v. gr., con la rotura de los vidrios en las ventanas de un coche del tren, no hay fundamento para sostener que no puede el viajero cobrar a la empresa el valor de su equipaje, perdido por culpa del ferrocarril, ni otra persona reclamar el valor de los vidrios de su vehículo destruídos a causa de un choque de éste con la máquina del ferrocarril, cuando la culpa del accidente se debe a impericia del maquinista.

Si no son pues actos administrativos, en el sentido en que los toma la mayoría de la Sala, sí son actos de la administración de la empresa los que motivan el pago de perjuicios por daños causados a terceros en accidentes debidos a descuido, imprevisión, imprudencia o negligencia de sus empleados. Cuando éstos obran negligentemente o descuidadamente, lo hacen sin embargo con el carácter de agentes de aquélla, y si bien es verdad que entonces no realizan actos de buena administración, sí desarrollan una labor de imperfecta o deficiente administración, que hace responsable a la empresa de las consecuencias de esa gestión.

Luego la personería qua la ley otorga al Consejo lo obliga a presentarse en juicio, cuando quiera que se controvierta un asunto de indemnización como el que ha motivado este pleito.

Aunque en el fallo se lee que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles no puede llevar la representación pasiva de la Nación para su defensa, en casos como el presente, dicho concepto no implica que el Consejo no haya de representar pasivamente a la Nación cuando se trate de aquellos casos en que la mayoría de la Sala considera como "meramente administrativos". Habiendo propugnado el suscrito por la tesis del reconocimiento de la facultad del Consejo para representar pasivamente en juicio a la Nación, es obvio que acepta la tesis general que fija la mayoría de la Sala sobre aceptación de tal facultad, lo que parece se desprende del texto de la sentencia.

Las razones que aquí expongo explican mi discrepancia, en lo esencial, con el pensamiento de mis ilustres colegas, y el motivo que tengo para separarme, a mi pesar, de su muy autorizada opinión.

Bogotá, marzo quince de mil novecientos treinta y ocho.

Aníbal Cardoso Gaitán.

NULIDAD DE LO ACTUADO POR NO PODER REPRESENTAR A LA NACION EN ACCIONES POR PERJUICIOS EL ADMINISTRADOR DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

El administrador de los Ferrocarriles Nacionales tiene facultad para representar a la Nación en juicio, en forma activa o pasiva, cuando se trata de asuntos meramente administrativos y lo considere necesaria y conveniente "para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado." En los demás casos, la representación les corresponde, al Procurador ante la Corte y a los Fiscales ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo veintitrés de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en auto de fecha 21 de julio del aoñ pasado, declaró nulo lo actuado en este juicio a partir del auto de fecha diez y seis de agosto de 1935. Como apoyo de su decisión, el Tribunal dice que el juicio se ha seguido con intervención del administrador general de los Ferrocarriles Nacionales y no con el Fiscal del Tribunal, a quien corresponde la representación de la Nación de conformidad con la atribución tercera del artículo 176 del C. J., lo cual constituye causal de nulidad de la actuación según el artículo 448, numeral 2º, del mismo texto.

El auto fue apelado por el doctor Eduardo Garrido Campo, apoderado del actor señor Juan C. Cabrera. El recurso se le concedió en el efecto suspensivo y como está terminada la tramitación legal correspondiente, se pasa a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

El proyecto presentado por el Magistrado doctor Cardoso Gaitán no fue aceptado por la Sala, por lo cual pasó el negocio al Magistrado doctor Gómez Naranjo para redactar el nuevo proyecto de acuerdo con las conclusiones adoptadas.

El señor Procurador Delegado en lo Civil en el importante estudio que hizo del problema, termina pidiendo la confirmación del auto apelado, por considerar que el administrador de los Ferrocarriles Nacionales carece de personería para representar a la Nación en este juicio.

En sentencia de fecha diez del corriente, la Sala dijo lo siguiente que determina con claridad cuáles son las atribuciones del Administrador de los Ferrocarriles Nacionales para representar en juicio a la Nación:

"El artículo 139 de la Constitución establece que corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación, lo mismo que promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas. En desarrollo de este principio, la ley le ha dado al Procurador la facultad de llevar en la Corte la voz de la Nación y promover y sostener los juicios para la defensa de los bienes o intereses del Estado (artículo 175 del C. J.), y a los Fiscales de los Tribunales Superiores la personería para representar a la Nación ante los Tribunales y para promover y sostener ante ellos las acciones necesarias para la defensa de los bienes e intereses del Estado (artículo 176 del C. J.)

"Conforme al precepto constitucional referido y a las disposiciones legales que se han mencionado, la representación de la Nación en juicio corresponde en los Tribunales Superiores a los Fiscales respectivos y ante la Corte al Procurador, o a sus apoderados, en los casos del artículo 173 del C. J. (Artículo 252 del mismo texto).

"La Ley 29 de 1931 creó el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales, "destinado a administrar los ferrocarriles de propiedad de la Nación sobre una base comercial y con la debida consideración a los intereses económicos del país". El artículo 2º de la ley citada dice que el Consejo disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, representada por el Administrador General; ejercerá todas sus funciones con una completa independencia y podrá presentarse ante los Tribunales y autoridades de cualquier orden, y ejercitar cualquier acción o excepción que considere conveniente o necesaria para la buena adminis-

tración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado.

"La facultad concedida al Administrador de los Ferrocarriles Nacionales para presentarse ante los Tribunales a demandar en nombre de la Nación, o a proponer excepciones, se refiere a asuntos meramente administrativos, relacionados con la gestión que tiene a su cuidado conforme a la ley. Esta atribución es facultativa, desde que la ley dice que "podrá presentarse".

"Sintetizando lo anterior, se tiene: generalmente la representación de la Nación en juicio corresponde a los Fiscales de los Tribunales Superiores y al Procurador; pero eso no obsta para que si el Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales lo considera conveniente y necesario pueda ejercitar también acciones o excepciones en beneficio de los intereses confiados a su cuidado."

De conformidad con la doctrina anterior, el Administrador de los Ferrocarriles Nacionales tiene facultad para representar a la Nación en juicio, en forma activa o pasiva, cuando se trata de asuntos meramente administrativos y lo considere necesario y conveniente "para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado". En los demás casos, la representación les corresponde, al Procurador ante la Corte y a los Fiscales ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Este juicio fue iniciado por el señor Juan C. Cabrera contra la Nación para que se condene a dicha entidad a pagarle los perjuicios por el incendio de veintiuna plazas de caña de su finca de "El Diamante", ocasionado por las locomotoras del Ferrocarril del Pacífico. El hecho que motiva la indemnización que se pretende obtener de la Nación es completamente ajeno a la Administración de los Ferrocarriles Nacionales, y por tanto, de conformidad con lo expuesto anteriormente, el Administrador General de ellos carece de personería para representar a la Nación en el juicio que se adelanta para que se fijen los perjuicios por la culpa que a aquélla se le imputa.

Las acciones judiciales que se intentan para la reparación de los daños civiles, no pueden considerarse como cuestiones administrativas de una empresa, porque ellas afectan el patrimnoio de la persona o entidad responsable. El Consejo de los Ferrocarriles no tiene patrimonio propio para que pueda sostenerse que es la entidad obligada al pago en caso de que prospere la acción; si el resultado de la litis es adverso a la Nación, el Tesoro de ésta es el afectado; el representante en juicio para defender los intereses del Estado no es, por consiguiente. el Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, que tiene funciones simplemente administrativas, sino el Fiscal del respectivo Tribunal, conforme a la Constitución y a las leyes de procedimiento.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales, confirma el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

SALVAMENTO DE VOTO

Como varias de las tesis de orden jurídico que propuse a la Sala en el estudio del presente negocio no fueron aceptadas, y el debate sobre ellas me reafirmó en mis apreciaciones, he tenido la pena de separarme, en esta vez, del parecer tan autorizado de mis colegas, y salvar mi voto en la sentencia. Para fundarlo, doy las razones del proyecto que redacté, y que aquí inserto, y agrego algunas consideraciones.

En la demanda que el señor Juan C. Cabrera sigue contra la Nación, representada por el Administrador de los Ferrocarriles Nacionales, por perjuicios, dispuso el Tribunal Superior de Buga, en auto de fecha 12 de mayo de 1937, poner en conocimiento de las partes una causal de nulidad consistente en ilegitimidad de la personería de quien figura como representante del demandado, y en providencia del 21 de julio del mismo año el Tribunal declaró nulo el juicio a partir del auto de fecha 16 de agosto de 1935, que admitió la demanda y ordenó el traslado legal.

El señor abogado del demandante apeló del auto que declaró la nulidad, y concedida la alzada, ha llegado la oportunidad de decidir el recurso.

Expresa el tribunal que el actor señaló al Administrador de los Ferrocarriles Nacionales como representante de la Nación en el negocio, y que es bien sabido que de conformidda con la atribución tercera del artículo 176 del C. J. es a los Fiscales de los Tribunales a quienes corresponde sostener las acciones para la defensa de los bienes del Estado en el respectivo Tribunal. Agrega que aunque se arguye que de conformidad con el artículo 2º de la Ley 29 de 1931 el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles tiene privilegios y prerrogativas como persona jurídica y está autorizado para comparecer ante los Tribunales y proponer cualquier acción o excepción que considere conveniente y necesaria para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado, su radio de actividad se halla limitado a aquellas cuestiones relacionadas "**con la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado**", y en modo alguno puede creerse que se extienda a otras de mayor importancia como son las de indemnizaciones, por concepto de perjuicios, en las cuales los reprensentantes natos de la Nación ante los Tribunales son los respectivos Fiscales de esas entidades.

El Sr. Procurador Delegado en lo Civil distingue — en conceptuoso y erudito estudio presentado a la Corte—entre la representación activa y la representación pasiva de la Nación por el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales. Estima que esta entidad no tiene personería para representar a la Nación pasivamente en los juicios en que se ejercita por un particular una acción de responsabilidad extracontractual, "puesto que, en primer lugar, faltaría el elemento 'necesidad' o 'conveniencia' para la buena administración y desarrollo de los Ferrocarriles y, en segundo lugar, quedaría excluída por virtud de la hipótesis misma, la soberanía y libertad del Consejo para **considerar** esa misma necesidad o conveniencia, que la propia ley le reconoce y concede".

Son éstas, esencialmente, las razones que se aducen así por el Tribunal como por la Procuraduría, para fundamentar la tesis de que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles carece de personería para representar en juicio a la Nación: a) que las facultades del Consejo, para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado, no se extienden a actos "de mayor importancia" como las indemnizaciones por perjuicios; y b) que tales facultades no le permiten al Consejo representar a la Nación pasivamente.

La Sala considera:

La Ley 29 de 1931 confiere un mandato al Consejo Administrativo para "administrar los ferrocarriles de propiedad nacional sobre una base comercial y con la debida consideración a los intereses económicos del país". "El Consejo **administrará** — ordena el artículo 1º — los ferrocarriles que se hallen actualmente en servicio, los que en adelante vayan entrando en explotación y los que pasen a ser de propiedad nacional".

El artículo transcrito es la disposición fundamental de la ley en lo que concierne al mandato conferido al Consejo. Por él se le constituye administrador de los ferrocarriles. Quiere la ley que desde su vigencia todos los ferrocarriles nacionales, los que estaban en servicio al expedirse aquélla y los que posteriormente entraran en explotación, como también los que después llegaran a ser propiedad de la Nación, sean administrados

por una entidad autónoma que los explote con criterio comercial y teniendo en cuenta los intereses económicos del país. Esta administración por el Consejo puso término a las administraciones anteriores, que muchas veces no se inspiraban en las normas que la ley 29 le trazó al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

Colocada así la administración de los ferrocarriles en una entidad autónoma, era de rigor que ésta dispusiese de los medios adecuados y suficiente para cumplir su mandato. A ello se dirigen las demás disposiciones de la ley mencionada.

Y así hay que entender el artículo 2°, que concede al Consejo Administrativo las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma y que establece que "podrá presentarse ante los Tribunales y autoridades de cualquier orden, y ejercitar cualquier acción o excepción que considere conveniente o necesaria para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado".

No ha de entenderse el último artículo, cuando expresa que el Consejo puede presentarse a los Tribunales y ejercitar las acciones y excepciones que considere convenientes o necesarias, independientemente de lo establecido en el artículo 1°, sino, al contrario, como desarrollo de aquél. La administración se la otorga el artículo 1° de la ley; las facultades para comparecer en juicio resultan del texto del segundo. Pero, ya se dijo, la disposición fundamental es la primera, que le hace entrega al Consejo de unos bienes del Estado en calidad de administrador.

Ni sería lógico que el legislador confiriera un mandato amplísimo, como lo es el que se establece por el artículo 1°, para administrar los ferrocarriles, con la responsabilidad consiguiente a su manejo según las normas que le señaló, sin que al propio tiempo le concediera los elementos de acción eficaces para atender debidamente a la guarda de esos intereses.

Los poderes naturales de los administradores, según lo prescribe el artículo 2158 del C. C., son los que se requieren para ejecutar los actos de administración. Allí se enumeran algunos, por vía de ejemplo, como pagar las deudas y cobrar los créditos que pertenezcan al giro administrativo ordinario. Correr los trenes de un ferrocarril es acto administrativo ordinario de una empresa de esa clase. Si al hacerlo se causan gastos, como el de pago del carbón o petróleo para movilizarlos o se producen otros créditos a favor de terceros, por virtud del acto que se ejercita, como el que tiene el damnificado por la muerte de una persona causada por el ferrocarril, o en un incendio ocasionado por el paso de la locomotora, es claro que el administrador de la empresa debe reconocer y pagar esos daños, del propio modo que cubre el valor de los combustibles.

En cuanto a la comparecencia del Consejo ante los Tribunales, quiso la ley, anticipándose a resolver cualquier duda en el particular, que dicha entidad tuviese poderes plenos para ello. En efecto. Al decir el texto legal que el Consejo podrá ejercitar cualquier acción o excepción, lo faculta para demandar en juicio y para actuar cuando se le demanda.

Contra lo que se afirma, resulta evidente que la personería del Consejo no es solamente activa sino pasiva, para demandar y ser demandado, pues las excepciones se ejercitan precisamente en la posición pasiva que a éste corresponde. Al Consejo se le otorga la facultad de presentar excepciones en juicio, luego al propio tiempo se le confiere la de representar a la Nación pasivamente

Sin que la frase "acción o excepción que considere conveniente o necesaria para la buena administración" modifique el sentido o alcance de los poderes del Consejo, según quedan examinados. Porque allí se dice que el Consejo ejercita las acciones y excepciones que estime convenientes o necesarias, lo que puede ocurrir en cualquier posición en que le corresponda actuar. Si demanda escoge la acción; si es demandado elige la excepción; y en cada caso se determina por la acción o excepción que considere necesaria a la defensa de los bienes a su cuidado.

Al darle al Consejo, de un lado, la facultad de presentarse ante los los Tribunales y autoridades de cualquier orden, y al otorgarle, de otro, derechos y prerrogativas de persona jurídica autónoma, le concedió la ley la atribución de presentarse en juicio como demandante y el deber de comparecer como demandado. Siendo persona jurídica autónoma queda, por el mismo hecho, sujeto a la obligación, que las personas de esa clase tienen, de responder en juicio por los actos que realizan en ejercicio de sus derechos y facultades. El Consejo Administrativo obra como administrador de los ferrocrariles nacionales y persona jurídica autónoma. Debe, por tanto, comparecer en juicio con la plenitud de su personería, activa y pasiva.

Y no hay fundamento para creer que es sólo la primera la que corresponde al Con-

sejo, porque si tal hubiera sido el pensamiento del legislador, así lo habría consignado expresamente. Como no lo hizo, debe entenderse que al Consejo se le otorgó una personería amplia y general, que es la que armoniza mejor con el propósito visible de la ley, de que el Consejo administre los ferrocarriles nacionales con una completa independencia. Es lo natural que si con un acto de administración se afectan derechos de terceros que deben discutirse ante el Organo Judicial, la atención del asunto le corresponda al Consejo o a sus agentes, con lo cual es claro el mayor beneficio de los intereses nacionales confiados al Consejo, ya que dicha entidad está en mejor capacidad que los funcionarios del Ministerio Público para defender a la Nación eficazmente en tales negocios. La independencia que le reconoce la ley al Consejo estaría muy disminuída si cuando quiera que se presente la necesidad de acudir en defensa de los intereses anexos a los ferrocarriles tuviese para ello su administrador que solicitar el concurso del Ministerio Público.

Y sin que pueda distinguirse entre actos de menor y mayor importancia, tocantes con la administración de los ferrocarriles, para apreciar que a los primeros los comprende el mandato que desempeña el Consejo, y nó a los últimos; pues las atribuciones del Consejo se refieren a las acciones y excepciones conducentes, en general, a la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su guarda.

Se agrega que siendo el Consejo administrador general de los ferrocarriles y persona jurídica autónoma para todo lo concerniente con esa administración, es claro que pueda ser demandado como todos los administradores de esa clase.

El Gobierno Nacional no puede ejercer actos de administración de los ferrocarriles, no obstante ser el gestor nato de los intereses nacionales. Los agentes del Ministerio Público son también gestores natos de la Nación, pero en casos como el de que se trata, intervienen solamente a falta de los representantes directos del Consejo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, por medio de su Sala de Negocios Generales, revoca el auto apelado.

A la sentencia de esta Sala, dictada el 10 del mes en curso, en la cual se basa, como antecedente jurisprudencial, el presente fallo, hizo el suscrito los reparos que en seguida se reproducen, y que son pertinentes porque la sentencia actual, lo mismo que la anterior, sostiene la tesis que no estimo acertada de que los hechos que motivaron los reclamos, en ambos casos, son ajenos a la administración de los ferrocarriles:

Entiendo que la mayoría de la Sala piensa que la muerte de una persona, por culpa de empleados del ferrocarril, no es acto de que deba responder la empresa, por considerar que no queda comprendido en los asuntos que llama meramente administrativos.

Dentro de la administración no hay por qué distinguir entre otros actos y los que se denominan "meramente administrativos". Los poderes de los administradores son plenos, completos para ejecutar actos de administración. La ley le concedió al Consejo la administración. Todo lo que quepa dentro de ella cabe también en sus facultades.

Así como no habría base para afirmar que un ferrocarril no puede, en el giro ordinario de su administración, cobrar los créditos a su favor provenientes de daños que le causen terceros, v. gr., con la rotura de los vidrios en las ventanas de un coche del tren, no hay fundamento para sostener que no puede el viajero cobrar a la empresa el valor de su equipaje, perdido por culpa del ferrocarril, ni otra persona reclamar el valor de los vidrios de su vehículo destruídos a causa de un choque de éste con la máquina del ferorcarril, cuando la culpa del accidente se debe a impericia del maquinista.

Si no son pues actos administrativos, en el sentido en que los toma la mayoría de la Sala, sí son actos de la administración de la empresa los que motivan el pago de perjuicios por daños causados a terceros en accidentes debidos a descuido, imprevisión, imprudencia o negligencia de sus empleados. Cuando éstos obran negligentemente o descuidadamente, lo hacen sin embargo con el carácter de agentes de aquélla, y si bien es verdad que entonces no realizan actos de **buena administración,** sí desarrollan una labor de **imperfecta o deficiente administración,** que hace responsable a la empresa de las consecuencias de esa gestión.

Luego la personería que la ley otorga al Consejo lo obliga a presentarse en juicio, cuando quiera que se controvierta un asunto de indemnización como el que ha motivado este pleito.

Bogotá, marzo veinticinco de mil novecientos treinta y ocho.

Aníbal Cordoso Gaitán.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril cuatro de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de diez de noviembre del año pasado, decretó a favor del señor Antonio Jiménez Alfonso una pensión mensual de veinte pesos ($ 20), por sus servicios como empleado civil, comprobados en el juicio ordinario adelantado contra la Nación. Como el fallo no fue apelado, se remitió a la Corte en consulta. No se observan en el juicio causales de nulidad, y por tanto, como está terminada la tramitación propia de la segunda instancia, se pasa a fallar en definitiva el negocio, previas las siguientes consideraciones:

El artículo 2º de la Ley 29 de 1905, da derecho a los empleados civiles que hayan desempeñado destinos públicos por treinta años a una pensión de jubilación equivalente a la mitad del sueldo del último empleo que hubiere ejercido. El artículo 3º de la misma ley señala los requisitos que se deben comprobar, que son los siguientes:

"1º Que en los destinos que han desempeñado se han conducido con honradez y consagración;

"2º Que carecen de medios de subsistencia;

"3º Que no han recibido pensión o recompensa ni están en el goce de ella;

"4º Que observan buena conducta;

"5º Que han cumplido sesenta años, y

"6º Que como empleados de manejo están a paz y salvo con el Tesoro Nacional".

Estos requisitos fueron llenados satisfactoriamente por el demandante, como se verá a continuación.

En primer lugar, el señor Jiménez acreditó sus servicios como empleado civil, por espacio de treinta y dos años, nueve meses y veintiún días. Esto se estableció con pruebas de origen oficial, que se estiman satisfactorias. Los puestos desempeñados fueron los siguientes: Agente de la Policía Nacional, Guardián de la Colonia Penal de Albán, de la Penitenciaría de Ibagué y de la Cárcel de Sumariados de Bogotá; Agente de la Policía Sanitaria del Dispensario de Bogotá y Zapador del Cuerpo de Vigilancia.

El demandante tiene más de sesenta años. Con el libelo presentó copia de la partida de bautismo, expedida por el señor Cura Párroco de Miraflores, en la cual consta que nació en el año de 1876.

El Auditor del Impuesto sobre la Renta de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, certifica que el señor Antonio Jiménez Alfonso no figura en los registros de la oficina como contribuyente por concepto del impuesto sobre la renta, ni tampoco hay informes de que sea propietario de finca alguna. Con este certificado y con las declaraciones de los testigos Ignacio Pulido C., Andrés Avelino Vásquez, Emilio Angulo, Jesús Hernández y Antonio Panquera, recibidas etxrajuicio y ratificadas durante el término de prueba de la primera instancia, se comprobó que el señor Jiménez carece de medios de subsistencia.

Con los testimonios citados se estableció igualmente que el demandante ha observado buena conducta y que en el desempeño de los destinos se manejó con honradez y consagración.

No ha recibido pensión o recompensa ni está en el goce de ella. Así lo certifica el jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Con un certificado del Contralor General de la República se comprobó que el actor no es deudor moroso del Tesoro Nacional.

Por lo expuesto se llega a la conclusión de que se han llenado por parte del señor Jiménez todos los requisitos legales para obtener pensión por sus servicios como empleado civil. La cuantía de la pensión fue correctamente fijada por el Tribunal y por tanto, la sentencia es jurídica en todas sus partes y debe ser confirmada.

El señor Procurador Delegado en lo Civil estima que se han comprobado las exigencias legales para obtener pensión. Pero agrega que en autos aparece un certificado de la Contraloría General del Departamento de Cundinamarca en que se expresa que el señor Antonio Jiménez, ex-síndico del hospital de Zipaquirá, es en la actualidad deudor moroso del tesoro departamental, y que por tanto, no se halla a paz y salvo con las

rentas de Cundinamarca, por lo cual no se debe decretar la pensión mientras subsista la duda.

Sobre el particular se observa que lo que exige el ordinal 6º del artículo 3º de la Ley 29 de 1905, es que se compruebe que el agraciado como empleado de manejo está a paz y salvo con el Tesoro Nacional y esto se acreditó con un certificado del Contralor General de la República. Además, no hay constancia de que el señor Antonio Jiménez Alfonso hubiera desempeñado el cargo de Síndico del hospital de Zipaquirá ni ningún otro empleo de manejo; los puestos ocupados por dicho señor fueron los de policía y guardián de cárceles. Es indudable, por consiguiente, que Antonio Jiménez, quien figura como deudor del Tesoro Departamental de Cundinamarca, es persona distinta del demandante en este juicio, de nombre Antonio Jiménez Alfonso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia consultada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

APELACION DE UN AUTO

El cumplimiento de la orden de embargo antes de la notificacióo de la providencia en que tal se decreta, es legal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril cinco de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Contra los señores José María Carrera, en su carácter de deudor principal, y Ulises y Marco A. Carrera, como fiadores del primero, el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales libró orden de pago, por la vía ejecutiva, el día 12 de febrero de 1934, por las cantidades de $ 3,203.50 y $ 0,88, los respectivos intereses y las costas judiciales de cobranza, si se causaren.

Con fecha 15 de mayo de 1935 la referida providencia fue notificada legalmente al señor Ulises Carrera, en la población del Fresno. El intimado manifestó no poseer bienes con qué satisfacer la obligación y expresó que la quinta parte del sueldo que en ese tiempo devengaba ya se hallaba sujeta a la traba ejecutiva, por orden del Juez 2º del Circuito de Ibagué.

Posteroirmnete, el Juez ejecutor, enterado de que Carrera disfrutaba de un empleo distinto, ordenó el embargo y retención de la parte del sueldo del deudor que las leyes consieraban embargable.

Por las razones que el funcionario comisionado expone al fl. 33 vto., no fue posiple notificar al ejecutado esta última providencia; pero la orden de embargo y retención sí fue cumplida.

Consideró el señor Carrera que tal medida vulneraba sus derechos y solicitó al Juzgado de Rentas que, en vista de las razones que aducía, se declarase ilegal el embargo de la expresada quinta parte de sus sueldos y, por ende, se ordenase la devolución de las sumas retenidas.

No accedió el funcionario ejecutor a lo pedido; mantuvo sus puntos de vista en el proveído que resolvió la reposición que impetró el ejecutado de la primera negativa, y concedió la apelación que se había interpuesto en subsidio.

El recurso ha recibido la tramitación que ordena la ley.

Se considera:

Cuando se dio la orden de embargo y retención, como el juicio ejecutivo había estado en suspenso por más de seis meses, el Juzgado de Rentas al tomar aquella medida dispuso que ella fuese notificada personal-

mente al deudor, de conformidad con lo establecido en el art. 322 del C. J.

Como tal no se hizo y sí se dio cumplimiento a la orden de retención, el ejecutado al afirmar que el auto de embargo no podía cumplirse mientras no se notificara deduce las siguientes consecuencias: la retención de la quinta parte del sueldo es ilegal; el dinero retenido debe serle devuelto, y el auto referido debe notificarse como lo previene el mencionado artículo 322.

El problema debatido puede plantearse así:

¿Es legal el cumplimiento de la orden de embargo antes de la notificación de la providencia en que tal se decreta?

No es necesario un prolijo estudio para resolver afirmativamente la cuestión.

La respuesta se basa en motivos de orden legal y de utilidad práctica. Basta tener en cuenta la naturaleza de la acción ejecutiva y la finalidad que la ley persigue con la institución del embargo. En efecto, el juicio ejecutivo más que una verdadera contención judicial es una serie de medidas procedimentales encaminadas a dar efectividad a una obligación ya declarada como tal. De ahí que se exija para la viabilidad de la acción que el título ejecutivo reúna los requisitos del artículo 982 del Código de Procedimiento Civil.

Establecida la ejecución existe la presunción legal, que sólo puede destruírse por la prosperidad de alguna excepción, de que el ejecutado es deudor de la suma que se le cobra, y de tal consideración se desprende el que la ley otorgue al acreedor las garantías suficientes para la cabal efectividad de sus créditos. Y una de ellas es el embargo, que tiene por objeto asegurar el pago con los bienes del deudor, mediante la traba para la enajenación de ellos en perjuicio del ejecutante.

Evidentemente, por regla general ninguna providencia judicial produce efectos antes de haberse notificado legalmente a las partes (artículo 322 del C. J.), pero tal precepto no puede hacerse extensivo a las órdenes de embargo, pues con ello se desvirtuaría la índole propia de tal medida. Así lo reconoce la ley expresamente cuando establece el embargo preventivo. Lo contrario significaría una advertencia al deudor para facilitarle el medio de evadir el cumplimiento de su obligación.

A pesar de que nuestra legislación concede mayor importancia a los bienes inmuebles sobre los muebles y de que la propiedad raíz se halla especialmente protegida, respecto de embargos sobre aquéllos ha dado la siguiente regla:

"Artículo 39 de la ley 57 de 1887.—Todo Juez que decrete el embargo de una finca, 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."

Asímismo, el artículo 1179 del C. J., inciso 4º, autoriza el embargo de la finca hipotecada en el auto que admite la demanda, orden que se comunica al Registrador antes de todo traslado o citación.

Y si para el embargo de bienes raíces la ley no considera que deba notificarse previamente la deudor no se ve la ilegalidad de lo propio en tratándose de bienes muebles.

La Sala considera que la retención de la quinta parte de los sueldos del ejecutado es perfectamente legal y que, en tal virtud, las sumas retenidas no pueden devolverse. Respecto de la petición sobre notificación personal del auto que ordenó el embargo se observa que el Juez ejecutor accedió a ella, con la salvedad que allí se establece, en la providencia que concedió la alzada.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma el auto objeto del presente recurso.

Notifíquese y cópiese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

SE DECLARA LA NULIDAD DE LO ACTUADO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril seis de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

Este asunto ha venido a la Corte en virtud de apelación concedida en el efecto suspensivo por el Tribunal Superior de Bogotá, contra el auto de siete de abril del año pasado, dictado por dicho Tribunal, y contra el auto de fecha nueve de marzo de mil novecientos treinta y cinco, dictado por el señor juez primero en lo civil del circuito de Bogtoá. Agotada la tramitación legal correspondiente, se pasa a resolver lo pertinente, previas las siguientes consideraciones:

En auto de fecha quince de febrero pasado, la Sala puso en conocimiento de las partes, de conformidad con el artículo 455 del C. J., la causal de nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisicción, desde el auto del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha diez y siete de julio de mil novecientos treinta y seis, inclusive. El auto fue notificado personalmente a las partes y éstas guardaron silencio, a excepción del apoderado del departamento de Cundinamarca, doctor Ricardo Sarmiento Alarcón, quien se opuso a la declaratoria de nulidad y pidió en cambio la confirmación de los autos apelados. La Sala no estima procedente acceder a lo solicitado por el doctor Sarmiento Alarcón, por las razones que se exponen a continuación.

En el juicio ejecutivo seguido por el Banco Francés e Italiano contra el señor Carlos de la Espriella, se verificó el remate de la cas anúmero treinta y uno B (31-B) de la calle veinticuatro de esta ciudad, alinderada como se anota en el acta respectiva de remate. El Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, en auto de fecha nueve de marzo de mil novecientos treinta y cinco, aprobó el remate que hizo el señor Pedro Ignacio Escobar, como único postor, por la cantidad de $ 24,000. Este auto fue apelado por el apoderado del Departamento de Cundinamarca y después de varios incidentes ocurridos en el juicio, el Tribunal de Bogotá concedió el recurso de apelación de la mencionada providencia para ante esta superioridad.

El otro proveído, fue dictado por el Tribunal con fecha siete de abril del año pasado y en él se declaró terminado el embargo del inmueble mencionado por haberse registrado otro embargo de la misma finca, con fecha 3 de abril de 1935, en el juicio especial de venta iniciado por el Departamento de Cundinamarca contra el señor Carlos de la Espriella.

Los antecedentes del negocio son los siguientes:

El juicio ejecutivo fue iniciado por el Banco Francés e Italiano contra el señor Carlos de la Espriella para que le cubriera la suma de $ 3,000; el Anglo South American Bank introdujo tercería para que se le pagara la suma de $ U. S. $ 36,000. Para pagar estas cantidades se había obtenido el embargo de la casa mencionada; al traer a los autos el certificado de libertad que exige la ley, se supo que sobre ese inmueble existía un gravamen hipotecario a favor del Departamento de Cundinamarca. Dentro del término legal se procedió a citar al representante del Departamento para que hiciera valer sus derechos en la forma que estimara pertinente, pero el Departamento no lo hizo en la debida oportunidad. En tal virtud, el 8 de marzo de 1935 se verificó el remate del inmueble.

Con anterioridad a esta fecha el Departamento pidió que se anulara lo actuado alegando en primer término que la citación como acreedor hipotecario no estaba hecha de acuerdo con la ley, pues se había notificado al Gobernador y no al Fiscal del Tribunal, y en segundo término por haber conocido un Juzgado de Circuito de un negocio en que tenía interés el Departamento. Por auto de fecha 2 de marzo de 1935 el Juzgado negó esas peticiones y el Tribunal confirmó la providencia con fecha 24 de agosto de 1935 (folio 96). Se fundó el Tribunal en que el Departamento de Cundinamarca no es parte en el juicio.

El 17 de julio de 1936, al entrar el Tribunal a decidir sobre la apelación interpuesta por el representante del Departamento contra el auto del Juzgado de fecha 9 de marzo de 1935, se abstuvo de conocer la apelación en el fondo y resolvió que era a esa entidad y no al Juzgado a la que correspondía deci-

dir la concesión o denegación del recurso de apelación, por considerar que el Departamento se hizo parte incidental en el juicio. Es decir, avocó el conocimiento del negocio como Juez a quo. La Sala de Decisión del Tribunal, con fecha 7 de abril de 1936, negó la reposición del auto de fecha 17 de julio.

Una vez que el Tribunal avocó el conocimiento del juicio, dictó el auto de 7 de abril de 1937, declarando cancelado el embargo del inmueble, y concedió para ante la Corte la apelación del auto de 9 de marzo de 1935, dictado por el Juez Primero Civil del Circuito de Bogotá.

Al estudiar este negocio, se advierte en primer lugar la forma irregular como el tribunal avocó su conocimiento. El juicio subió en virtud de un recurso de apelación concedido por el Juzgado y a la decisión de él debía limitarse la actuación del superior, de conformidad con el artículo 494 del C. J. En el caso de observarse alguna nulidad por incompetencia de jurisdicción u otra causa, el camino indicado era declararla con las formalidades legales.

En auto de fecha 24 de mayo de 1935, el Tribunal dijo lo siguiente:

'Para resolver sobre el recurso de apelación, o sea, como ya se dijo, sobre si es legal o no la negativa dada por el Juzgado del conocimiento a la petición de envío del expediente al Tribunal, petición formulada por el Departamento de Cundinamarca, se considera:

"Conforme a lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 76 del Código Judicial, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial son competentes para conocer en primera instancia, 'de los asuntos contenciosos en que sea parte un Departamento y en que se controviertan cuestiones de derecho privado, cualquiera que sea su cuantía, con la misma salvedad', o sea la salvedad establecida por el numeral 1º del mismo artículo referente a los juicios de expropiación, y los de que trata el artículo 40 que sólo reza con asuntos en que interviene la Nación.

"Esta disposición establece, pues, la competencia del Tribunal para conocer de los asuntos contenciosos en que se controviertan cuestiones de derecho privado y en que sea parte el Departamento.

"Clarísimo es que el Juez de Circuito, y toda autoridad judicial distinta del Tribunal respectivo, queda inhibido del conocimiento de todo asunto en que se presente como parte un Departamento o una entidad departamento, así sea no más que como parte incidental. Y, consecuencialmente, debe enviar las diligencias en que tal cosa suceda, al conocimiento del Tribunal Superior que corresponda.

"La única petición formulada por el Departamento es la contenida en el memorial del dos de marzo pasado, a que se ha hecho referencia, tendiente a obtener del Juzgado el envío del asunto al Tribunal. Como es obvio, atendiendo a la naturaleza de la petición y a que ella debía ser resuelta por el mismo juzgado del conocimiento, dicha petición no Juzgado del conocimiento, dicha petición no Juzgado del conocimiento del asunto.

"Verdad es que en el mismo escrito se manifiesta el deseo del Departamento de Cundinamarca de intervenir cuando dice por medio de su apoderado que ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá ventilará la nulidad de lo actuado. La manifestación de ese deseo o de esa intención no puede considerarse como actuación o demanda que jurídicamente le dé carácter de parte, aunque sea incidentalmente; esa manifestación no es demanda, no es petición con que se inicia un juicio (art. 205 del C. J.), no da lugar a procedimiento alguno, que es lo que constituye el juicio (art. 194, inc. 2º, C. J.). Esa petición debía ser resuelta de plano y por el mismo Juzgado. La petición inicial de un juicio o procedimiento, o sea la demanda, es indispensable para deducir la existencia de parte, la cual es definida —acertadamente en concepto del Tribunal— por el expositor de derecho procesal Chiovenda, así: "es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada), una actuación de ley, y aquel frente al cual ésta es demandada." (José Chiovenda. Principio de Derecho Procesal Civil. Tomo II, pág. 6).

"De lo dicho se concluye que la negativa del Juzgado del conocimiento a enviar al Tribunal el asunto, es legal y debe confirmarse. El Departamento de Cundinamarca no es parte, ni se ha hecho parte en el juicio, luego no hay razón legal alguna para ordenar el envío solicitado."

No obstante estas razones, el Tribunal en auto posterior resolvió como se ha visto, avocar de manera irregular el conocimiento del negocio, con motivo de apelación de otra providencia, sin que la situación del Departamento de Cundinamarca en el juicio hubiera variado. Por esta anomalía se llegó al extremo de conceder la apelación de un auto que no había dictado el Tribunal, para cuyo

conocimiento no tendría en este caso jurisdicción la Corte Suprema de Justicia.

Correspondía al Tribunal en primer término examinar si la apelación fue interpuesta oportunamente y por parte legítima, o por persona que tuviera derecho de interponer el recurso de acuerdo con la ley.

En el juicio ejecutivo son parte el ejecutante y el ejecutado y los terceristas. El Departamento de Cundinamarca en este negocio, no apeló en calidad de parte en el juicio, sino apoyado en el artículo 233 del C. J. El apoderado del Departamento en el memorial presentado en el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, manifestó sobre el particular lo siguiente:

"La intervención del Departamento, sin necesidad por ahora de hacerse parte, está autorizada por el art. 233 del C. J." (Folio 99, cuaderno Nº I).

De manera que sí es procedente la citación de este artículo, contra lo que dice en su último memorial el doctor Sarmiento Alarcón.

El artículo 233 referido dice que todo aquel a quien conforme a la ley pueda aprovechar o perjudicar una sentencia, tiene derecho a intervenir en el juicio, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa. Y agrega que si alguno se opone a la intervención, se sustancia el incidente como articulación, debiéndose condenar en perjuicios y costas al que resulte vencido.

También era cuestión de analizar previamente si en el caso que se confronta era aplicable la disposición mencionada del Código Judicial y si se cumplieron por el Juzgado las prevenciones legales.

El apoderado de la parte demandante se opuso a la apelación, alegando que el Departamento no podía apelar por no ser parte ni como demandante ni como demandado ni como tercerista (folio 82 del cuaderno Nº I). Era el caso de abrir una articulación como lo ordena el texto citado y decidir previamente el incidente. No hay constancia de que se cumplieran estas formalidades. Hubo, pues, oposición, no obstante las afirmaciones hechas por el señor abogado del Departamento de Cundinamarca.

Por estas razones y de conformidad con el artículo 148 del C. J., se llega a la conclusión de que el procedimiento está viciado de nulidad desde el auto de fecha diez y siete de julio de mil novecientos treinta y seis, inclusive (folio 147 del cuaderno Nº I).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara nulo lo actuado en este juicio, desde el auto de fecha diez y siete de julio de mil novecientos treinta y seis, inclusive, dictado por el Tribunal Superior de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril diez y nueve de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La señora María de la Cruz León de Coronel, vecina de Bucaramnaga, por medio de su apoderado doctor Roberto Delgado A., solicita se le conceda una pensión vitalicia de jubilación por sus servicios en la instrucción primaria oficial. La documentación fue enviada a la Corte, acomapñada de un concepto favorable del señor Ministro de Educación Nacional. Para resolver la solicitud se considera:

La peticionaria es mayor de cincuenta años, pues nació en 1887, según se desprende de la copia de la partida de bautismo, expedida por el señor Cura Párroco de Molagavita.

El Director de Educación Pública del Departamento de Santander, certifica que la señora María de la Cruz León de Coronel desempeñó escuelas primarias oficiales, en diversos lugares de aquel Departamento, con honorabilidad y consagración y observando buena conducta, por espacio de veintidós años y nueve meses.

Los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios, según certificado del Contralor del Departamento de Santander, fueron los siguientes: en 1935, $ 35; en 1936, $ 42.

Los testigos Tomás French y Lázaro María Hernández, en declaraciones rendidas ante el señor Juez 2º en lo Civil del Circuito de Bucaramanga, con intervención del Personero Municipal, dicen que la demandante es pobre y no tiene bienes de fortuna ni renta mayor de veinte pesos mensuales, provenientes de capital, profesión u oficio, y que siempre ha observado buena conducta pública y privadamente. El juez certifica que los testigos son idóneos y de reconocida honorabilidad.

El Administrador de Hacienda Nacional de Bucaramanga certifica que la Sra. María de la Cruz León de Coronel, no aparece como contribuyente al impuesto sobre la renta, patrimonio, exceso de utilidades ni cuota militar.

No es ni ha sido pensionada ni ha recibido recompensa del Tesoro Nacional. Así lo certifica el jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se han llenado los requisitos necesarios para obtener pensión, de conformidad con la ley 114 de 1913. La cuantía debe ser la de $ 19.25 mensuales, o sea la mitad del promedio de los sueldos devengados durante los dos últimos años de servicios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor de la señora María de la Cruz León de Coronel, vecina de Bucaramanga, una pensión vitalicia de jubilación de diez y nueve pesos con veinticinco centavos ($ 19.25) mensuales, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el día cinco del corriente, fecha en que fue presentada la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Téngase al doctor Roberto Delgado A. como apoderado de la señora María de la Cruz León de Coronel en estas diligencias en los términos del poder que figura en autos.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril diez y nueve de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de fecha once de diciembre del año pasado, decretó a favor del señor Obdulio Jiménez Jaramillo una pensión de jubilación de ochenta pesos mensuales, por sus servicios como empleado civil. La sentencia fue enviada a la Corte en consulta. Agotada la tramitación legal propia de la segunda instancia, se pasa a decidir el negocio, previas las siguientes consideraciones:

El señor Procurador emitió concepto favorable a la confirmación de la sentencia, por encontrar llenadas suficientemente las exigencias legales para obtener pensión por servicios civiles.

El artículo 2º de la ley 29 de 1905, da derecho a los empleados civiles que hayan desempeñado destinos públicos por treinta años a una pensión de jubilación equivalente a la mitad del sueldo del último empleo que hubieren ejercido. El artículo 3º de la misma ley, señala los requisitos que se deben comprobar, que son los siguientes:

"1º Que en los destinos que han desempeñado se han conducido con honradez y consagración;

"2º Que carecen de medios de subsistencia;

"3º Que no han recibido pensión o recompensa ni están en el goce de ella;

"4º Que observan buena conducta;

"5º Que han cumplido sesenta años, y

"6º Que como empleados de manejo están a paz y salvo con el Tesoro Nacional."

Aparece de autos que el demandante señor Obdulio Jiménze Jaramillo prestó sus servicios por más de treinta años como empleado civil, en los siguientes puestos: secretario y oficial escribiente de los Juzgados 1º y 2º Superior de Medellín; en el ramo de instrucción pública y en la Contraloría General del Departamento de Antioquia, como Contador General, Contador Revisor del Tribunal de Cuentas y Contador Revisor Presidente del mismo Tribunal. Para comprobar el tiempo de servicios se presentaron copias de los decretos de nombramientos y actas de posesión, certificaciones de origen oficial sobre el ejercicio de los cargos y declaraciones de testigos. El último sueldo devengado fue de $ 160 mensuales.

Los requisitos mencionados en los numerales 1º, 2º y 4º del artículo 3º de la ley 29 de 1905, se comprobaron con las declaraciones de los testigos Antonio Gómez Campillo, Luis Latorre M., Jesús A. Rincón, Francisco Callejas y Jorge Lince, recibidas con las formalidades legales durante el término de prueba de la primera instancia.

El demandante tiene más de sesenta años, pues nació en el año de 1877, según la partida de bautismo, copia de la cual figura en autos, expedida por el señor Cura Párroco de la Catedral de Santa Rosa de Osos.

No es ni ha sido pensionado ni ha recibido recompensa del Tesoro Nacional. Así lo certifica el jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El Auditor de Rentas Nacionales de la Administración de Hacienda de Medellín certifica que el señor Jiménez está a paz y salvo con el Tesoro Nacional por todo concepto.

De lo anterior se deduce que se han llenado las formalidades legales para obtener pensión de jubilación por servicios civiles. La cuantía de ésta se fijó correctamente. Por tanto, la sentencia debe confirmarse por ser jurídica.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia consultada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

PENSION

Los maestros de enseñanza secundaria tienen, como los de primaria, derecho a pensión en las condiciones y de conformidad con la Ley 114 de 1913.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, abril veintiuno de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Domingo Torres Triana, vecino de Ibagué, solicita se le conceda una pensión de jubilación vitalicia, por servicios prestados en el ramo de la instrucción pública. La documentación fue enviada a la Corte, acompañada de un concepto favorable del señor Ministro de Educación Nacional. Para resolver la solicitud se considera:

Según la certificación expedida por el señor Director de Educación Pública del Departamento del Tolima, de fecha 15 de marzo último, el peticionario ejerció el profesorado en los planteles oficiales, Colegio de San Simón de Ibgaué y en las escuelas normales de la misma ciudad, en varias cátedras permanentes, y desempeñó los empleos de Rector y Vicerrector del colegio citado en varias ocasiones, por más de veinte años, habiéndose conducido siempre con honradez, consagración y competencia. Devengó los siguientes sueldos durante los dos últimos años de servicios: en 1936, $ 174 mensuales; en 1937, $ 160.

No aparece de autos que el peticionario hubiera servido como maestro de escuela primaria. No obstante esta circunstancia, la Sala estima que el doctor Torres tiene derecho a la pensión que solicita, por las siguientes razones, expuestas en sentencia de fecha 24 de abril de 1936:

"La Ley 114 de 1913 creó pensiones para los maestros de escuelas primarias oficiales. El artículo 3º de la Ley 37 de 1933, hizo extensivas tales gracias "a los maestros que hayan completado los años de servicio señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria". La Sala estima que la interpretación equitativa de esta última disposición es la de aceptar para la comprobación del derecho a pensión, la prueba de los servicios por 20 años en establecimientos de enseñanza secundaria de carácter oficial, aun cuando el peticionario no haya servido en la instrucción primaria, porque el verbo "completar" empleado en el artículo referido, significa "hacer cumplida y perfecta una cosa", según el Diccionario de la Academia, y esto se consigue con el desempeño de cargos en la enseñanza secundaria por el tiempo que exige la ley. Además, no sería justo negar la pensión a los maestros de enseñanza secundaria, que tienen a su cuidado una labor más intensa que los maestros de escuelas primarias".

Los testigos Manuel Antonio Bonilla y Narciso Viña, en declaraciones rendidas ante el señor Juez 1º del Circuito de Ibagué, con intervención del Agente del Ministerio Público, dicen que el doctor Domingo Torres Triana ha observado conducta intachable, es padre de numerosa familia y carece de medios de subsistencia en armonía con su posición social y costumbres. El administrador de Hacienda Nacional de Ibagué certifica que el nombre del doctor Domingo Torres Triana no figura en los registros de contribuyentes al impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades relativos al año de 1936.

El demandante no tiene cincuenta años, pues nació en el año de 1894. Pero en autos figuran las declaraciones de los médicos doctores Roberto Parra Bernal y Raúl Castilla, quienes lo examinaron y dicen que padece una miopía fuerte que lo incapacita para dedicarse al estudio debido a la cefalagia constante que le ocasiona. También padece de una hernia que lo imposibilita para trabajos físicos. Estiman que está incapacitado para trabajar.

No es ni ha sido pensionado ni ha recibido recompensa del Tesoro Nacional. Así lo certifica el jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Se han llenado los requisitos legales para obtener pensión de jubilación, cuya cuantía debe ser la de ochenta pesos ($ 80) mensuales, de conformidad con el Decreto número 136 de 1932, artículo 9º

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor del doctor DOMINGO TORRES TRIANA, vecino de Ibagué, una pensión vitalicia de jubilación de ochenta pesos ($ 80) mensuales, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el día cinco del corriente, fecha en que fue presentada la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Educación Nacional y Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro A. Gómez Naranjo — Eleuterio Serna R. — Gustavo Gómez Hernández, Sri.o

---

ACCION PARA OBTENER LA DECLARACION DE BALDIO DE UN TERRENO EXCEDENTE EN UNA ADJUDICACION

Para comprobar el exceso en los baldíos adjudicados se requiere la práctica de una inspección ocular con el lleno de todas las formalidades legales, en la cual se pueda determinar por medio de expertos la cabida del terreno y la existencia del excedente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio diez de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

Con fecha veinte de marzo del año pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, decidió en primera instancia el juicio ordinario iniciado por el señor Fiscal del Tribunal en representación de la Nación, contra los señores Víctor, Joaquín y Ricardo Castaño, para que se hagan las siguientes declaraciones:

a) Que el terreno de "La Cascada", según los linderos por los cuales se adjudicó al señor don Víctor Castaño, por resolución del Ministerio de Obras Públicas de fecha veintidós (22) de noviembre de mil novecientos once (1911), linderos expresados en el punto I de esta demanda, tiene una extensión mayor de cuatrocientas noventa y una (491) hectáreas;

b) Que por lo mismo en el terreno de que se trata hay o debe haber un exceso, respecto de lo adjudicado, exceso de cuyo dominio no se ha desprendido la Nación;

c) Que, en consecuencia, sobre el terreno se determinen, judicialmente, las cuatrocientas noventa y una (491) hectáreas que fueron adjudicadas al señor Víctor Castaño por resolución de fecha 22 de noviembre de 1911, originaria del Ministerio de Obras Públicas, y se declare baldío el excedente que comprende el plano de la adjudicación;

d) Que los demandados deben pagar las costas de este juicio, caso que se opongan a la expresada demanda.

El Tribunal en la sentencia absolvió a los demandados Víctor, Joaquín y Ricardo Castaño de los cargos formulados en la demanda inicial de fecha 31 de enero de 1934 y en los escritos de adición de esa demanda, de fechas 2 de marzo y 22 de agosto del mismo año.

El señor Fiscal del Tribunal apeló del fallo y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo. Tramitado legalmente en la Corte, se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

No se observan en el proceso causales de nulidad. Tanto el señor Procurador Delegado en lo Civil como el doctor Enrique A. Becerra, apoderado de los demandados en la segunda instancia, alegaron de conclusión.

Los antecedentes de este negocio se pue-

den resumir así: El Ministerio de Obras Públicas, por resolución de 22 de octubre de 1911, adjudicó al señor Víctor Castaño, a título de cultivador, el terreno baldío denominado "La Cascada", ubicado en jurisdicción de los municipios de Pereira y de Santa Rosa de Cabal, en el Departamento de Caldas. La cabida del terreno adjudicado es de 491 hectáreas, comprendidas dentro de los linderos mencionados en el título.

El Ministerio de Industrias por resolución número 46 de 27 de octubre de 1932, declaró extinguida la condición resolutoria que afectaba el dominio del terreno denominado "La Cascada", adjudicado al señor Castaño, condición a que estaba sometido conforme al título de adjudicación, en cumplimiento del artículo 7º de la Ley 56 de 1905.

Posteriormente, el señor Luis Eduardo Mejía, en memorial dirigido al Ministerio de Industrias, denunció la existencia de un excedente de más de diez mil hectáreas en el terreno adjudicado al señor Castaño. En vista del denuncio, el Ministerio designó una comisión compuesta de los señores doctores Eduardo Garrido Campo y Ricardo Valencia R., para que se trasladaran al terreno de "La Cascada" e investigaran los hechos denunciados. Los comisionados rindieron su informe con fecha 10 de agosto de 1933 y en él dijeron que en la adjudicación de los terrenos baldíos conocidos con el nombre de "La Cascada" se presenta el caso típico de exceso a que se refiere el artículo 58 del Código Fiscal, reglamentado por el Decreto número 582 de 3 de abril de 1916.

Apoyado en el anterior informe, el Presidente de la República autorizó al Fiscal del Tribunal Superior de Pereira para que, en nombre de la Nación, inicie y adelante, hasta ponerles término, ante dicho Tribunal, las acciones pertinentes a efecto de que se declare que no ha salido de su patrimonio, y por consiguiente pertenece al Estado en calidad de baldíos, el exceso en la adjudicación hecha al señor Castaño.

La acción fue dirigida contra el señor Víctor Castaño. Después se adicionó en el sentido de demandar en juicio de reivindicación a los señores Víctor, Joaquín y Ricardo Castaño, para que se hagan las declaraciones pedidas en la demanda principal. La corrección de la demanda se debió a que el señor Víctor Castaño traspasó parte de la propiedad adjudicada a los señores Joaquín y Ricardo Castaño. Los mencionados señores Víctor, Joaquín y Ricardo Castaño, fueron señalados como poseedores del inmueble.

La demanda fue contestada por el señor doctor José Valencia Caballero, oponiéndose a que se hagan las declaraciones pedidas, en su calidad de apoderado de los señores Víctor y Joaquín Castaño. A nombre de sus poderdantes propuso varias excepciones. En auto de 23 de julio de 1934, el Tribunal declaró "probada la excepción de inepta demanda, propuesta por el apoderado de Víctor M. Castaño pero únicamente en cuanto salieron de su poder para pasar al de Joaquín y Ricardo Castaño, los lotes de que dan cuenta las dos escrituras estudiadas en la parte motiva, por los linderos que quedaron copiados con partes de los mismos títulos", dice el fallo.

El Tribunal apoyó la sentencia absolutoria de los demandados en las siguientes consideraciones:

"No hay prueba de que en verdad exista el exceso en la adjudicación hecha por el Gobierno Nacional a Víctor Castaño porque no se practicó prueba alguna con citación de la parte contraria a efecto de establecer una vez identificado el lote adjudicado, que en verdad dicho lote tenía una cabida superior a la que se dio en adjudicación, o sea, cutarocientas noventa y una hectáreas, como se desprende claramente de la resolución de adjudicación de 22 de noviembre de 1911. Peritos entendidos en la materia han debido establecer ese hecho sin el cual no le es permitido al Tribunal dar por acreditado el exceso que se dice existente en lo adjudicado, así como dar por acreditado también que los lotes que adquirieron por transacciones con Víctor Castaño los señores Ricardo y Joaquín de igual apellido, hacen parte integrante de lo que fue adjudicado al primero de estos señores. Como la constatación de este hecho exige especiales conocimientos de entendidos en la materia, la prueba era del resorte de expertos que ayudaran a la justicia con sus luces y experiencia a establecer dicha circunstancia.

"Ahora, aun cuando de autos obra el informe que se ordenó tener como prueba y del cual aparece que hubo exceso en la adjudicación hecha a Víctor Castaño, ese dato o informe no puede hacer fe de plena prueba porque no hay constancia de que los empleados designados por el Ministerio de Industrias para verificar el exceso, hubieran identificado el lote en cuestión por todos los linderos y que dicha diligencia se hubiera realizado en toda su extensión con citación de la parte contraria. El informe podría servir, y con ese efecto se escribió, para justificar la autorización que el gobierno debía

dar al representante de la Nación en este Distrito Judicial a efecto de que promoviera las acciones tendientes a conseguir que judicialmente se reconociera que había exceso en el terreno que fue adjudicado a Víctor Castaño, pero en ninguna forma esa actuación extrajudicial sirve de plena prueba aun cuando ella se haya mantenido como tal en providencia que ya es ley del proceso. Se hacía necesario ratificar ese hecho con peritos nombrados por las partes y con citación de éstas.

"La circunstancia anotada que obedece a descuido de la Nación o de su representante legal para hacer que la diligencia de inspección ocular de que se ha hecho mención se llevara a cabo a fin de determinar con entera precisión los hechos de que trata la demanda, hacen que en esta instancia no pueda reconocerse el derecho invocado por la parte demandante. No estando probado el derecho que se reclama por falta de la diligencia anotada, es impropio entrar a estudiar los hechos que sirven de fundamento a las excepciones propuestas, pues éstas tienen por objeto enervar la acción que en este caso no ha sido probada."

La Sala considera jurídicas las razones en que se basa la sentencia de primera instancia. En efecto, correspondía a la parte actora, o sea a la nación, comprobar que en el terreno adjudicado al señor Víctor Castaño hay excedentes, para que prosperara la acción intentada. Esa prueba no se suministró en la primera instancia y ante la Corte ni siquiera se intentó por el representante de la entidad demandante allegar a los autos la comprobación de los hechos fundamentales de la demanda.

No se presentó el plano del terreno. Para comprobar el exceso en los baldíos adjudicados, se necesitaba la práctica de una inspección ocular con el lleno de todas las formalidades legales, en la cual se pudiera determinar por medio de expertos la cabida del terreno y la existencia del referido excedente. Aparece de autos el informe de los comisionados del Gobierno que sirvió a éste para ordenar la iniciación del pleito y que fue acompañado a la demanda; pero ese documento no puede servir de prueba para fundamentar un fallo condenatorio, porque los peritos no fueron nombrados por las partes ni tomaron posesión ni se repitió la diligencia en la debida oportunidad.

Pero aun en el supuesto de que se pudiera dar valor probatorio a la diligencia extrajudicial practicada por los comisionados del Gobierno, existe una circunstancia que haría completamente ineficaz esa prueba, y es la de que el terreno no fue identificado en forma alguna, requisito indispensable para llevar al ánimo del juzgador el convencimiento de que realmente existe un exceso en la adjudicación de los terrenos materia del pleito.

El señor Procurador insinúa a la Sala que dicte un auto para mejor proveer con el fin de comprobar el exceso de baldíos en la adjudicación hecha al señor Víctor Castaño. Pero no es posible acceder a lo manifestado, porque el auto para mejor proveer, conforme al artículo 600 del C. J., sólo se puede dictar para aclarar los puntos que el Juez o el Tribunal juzguen oscuros o dudosos, mas no para allegar a los autos las pruebas de los hechos fundamentales de la demanda que correspondía presentar a la parte actora y que ésta no solicitó en la debida oportunidad.

El señor Procurador estima que hay varios indicios que se desprenden de las contestaciones de la demanda, con los cuales "se puede, sin reato de conciencia, aceptar la existencia del exceso." Los demandados negaron en las contestaciones de la demanda el fundamento de ésta y se opusieron a que se hagan las declaraciones pedidas. Ellos agregan que si acaso existe exceso, no tiene el carácter de baldío que se encuentre dentro del patrimonio de la Nación. De manera que ningún indicio se desprende de tales respuestas que pueda apreciarse como una confesión, porque ésta es la aceptación explícita o el reconocimiento del hecho que genera el derecho de la contraparte, y en el presente caso no ha habido por parte de los demandados ese reconocimiento. Además, dada la naturaleza de la acción intentada, era indispensable para comprobar la existencia de excesos de baldíos la mensura de los terrenos y su identificación, pruebas que como se ha visto no se practicaron.

De lo anterior se conlcuye que la sentencia es jurídica y debe ser confirmada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada.

Se ordena cancelar el registro de la demanda, para lo cual el Tribunal de primera instancia librará el despacho correspondiente al Registrador de Instrumento Públicos de Pereira.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

PERITOS EN ASUNTOS DE AVALUOS O REGULACIO NES EN CIFRAS NUMERICAS.—MEDIO ARITMETICO. PROMEDIO.

1.—La regla general en los dictámenes periciales es la de que deben verificarse por tres peritos, con la sola excepción de que puede realizarse por uno solo cuando las partes convienen en ello (art. 705 del C. J.). Este es el mismo criterio que informa el artículo 721, pues cuando dice que "el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba", no manifiesta que el avalúo debe hacerse por los dos peritos principales, sino que puede realizarse por éstos, o por un principal y el tercero, quien "emite su opinión sobre los puntos en que discuerden los principales" (art. 716 ibidem). De modo que si el dictamen de un perito principal es debidamente fundamentado y explicado y a él adhiere el tercero, ese dictamen es uniforme y hace plena prueba. El que la disposición diga que en caso de desacuerdo "se toma el medio aritmético" nada dice en contra del aserto anterior y bien por el contrario lo confirma. 2.—El artículo 721 del C. J. quiso hablar de PROMEDIO ARITMETICO, o sea el término medio entre varias cantidades o extremos, lo que técnicamente y así también se entiende en el lenguaje común, está constituído por la suma de los extremos dividido por el número de los sumandos. Esa ha sido siempre la noción legal de "medio aritmético." Para el legislador colombiano de tiempos pasados, como para el de la época contemporánea MEDIO y PROMEDIO aritmético tienen la misma equivalencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia. — Bogotá, junio catorce de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, es realmente improcedente el nombramiento e intervención del perito tercero en un dictamen pericial, según los términos y el significado del artículo 721 del Código Judicial?

Este es el problema de hermenéutica legal que le corresponde resolver hoy a la sala civil de decisión de única instancia, por virtud del recurso de súplica hecho valer contra el auto del señor magistrado ponente de fecha 18 de febrero último, dictado en el juicio promovido por José Alberto Maldonado y otros contra la nación, sobre nulidad de un contrato por lesión enorme.

Porque en dicho juicio, nombrados y debidamente posesionados los peritos principales designados para hacer el avalúo de la finca, y cuando el perito tercero llamado a dictaminar por desacuerdo de los principales evacuaba el cargo, el señor procurador delegado en lo civil solicitó se prescindiera de este último perito, alegnado que jurídicamente no cabe el nombramiento de perito tercero para hacer avalúos o regulaciones en cifras numéricas. El magistrado ponente no halló acertada la tesis del procurador, y por ello en definitiva negó el pedimento, que es a lo que en difinitiva equivale el auto suplicado.

El argumento que el señor procurador encuentra irrefutable en pro de su tesis, se basa en la expresión "medio aritmético" que usó el legislador en el artículo 721. Arguye que de conformidad con el artículo 29 del Código Civil las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diferente; y como la expresión aludida tiene su significado técnico en matemáticas, que excluye la hipótesis de tres términos a considerar, resulta que no puede encontrarse medio aritmético sino entre dos términos, y por consiguiente, en el caso particular de avalúos, entre dos dictámenes nada más. Luégo agre-

ga lo siguiente que es el meollo de toda su argumentación:

"En efecto, debe decirse que medio aritmético no es el término medio de una proporción continua, como lo han sostenido algunos, sino el término medio de una equidiferencia continua, que son cosas diferentes. El término medio de una proporción continua tiene una denominación distinta y es la de medio proporciònal o medio geométrico. Aunque bien es cierto que algunos autores dan a la equidiferencia el nombre de proporción aritmética, no es menos evidente que siempre que de proporción se habla se entiende que es de la **geométrica.** Ahora, la equidiferencia es igualdad de dos razones y como en la equidiferencia continua los medios son iguales, el medio aritmético sólo puede existir o encontrarse entre dos términos. Por el contrario, en tres o más términos no puede haber propiamente medio aritmético, sino término medio a promedio. Por consiguiente como el artículo 721 del Código Judicial sólo habla de dos peritos, y dice que si hay desacuerdo se buscará el medio aritmético, no cabe duda que esa expresión está empleada en su significado técnico. Se necesitaría que el legislador hubiera dicho de manera expresa que entre tres avlaúos se buscara el medio aritmético para poder sostener que esa expresión no fue tomada en su significado clásico sino que quiso expresarse con ella el concepto de término medio o de promedio; pero como aquel precepto sólo habla de dos peritos, no es posible jurídica ni legalmente dar a tal expresión un significado distinto del que vengo dándole en este memorial".

La Corte considera:

El artículo 721 dice así: "Cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba. Si hay desacuerdo, se toma el medio aritmético, a menos que la diferencia entre los dos extremos exceda de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, pues en este evento, el juez hace la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso; y aun puede decretarse de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe".

El magistrado ponente tiene plena razón cuando afirma que "la regla general es la de que todo dictamen pericial debe verificarse por tres peritos, con la sola excepción de que puede realizarse por uno solo cuando las parte convienen en ello (artículo 705 del C. J.) Este es el mismo criterio que informa el artículo 721, pues cuando dice que 'el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba', no manifiesta que el avalúo debe hacerse por los dos peritos principales, sino que puede realizarse por éstos, o por un principal y el tercero, quien 'emite su opinión sobre los puntos en que discuerden los principales' (artículo 716, ibídem). De modo que si el dictamen de un perito principal es debidamente fundamentado y explicado y a él adhiere el tercero, ese dictamen es uniforme y hace plena prueba".

El que la disposición diga que en caso de desacuerdo "se toma el medio aritmético" nada dice en contra del aserto anterior y bien por el contrario lo confirma, como va a demostrarse.

El precepto, al referirse al medio aritmético, no lo toma con el significado que le atribuye el señor Procurador; el legislador quiso más bien hablar de **promedio aritmético,** o sea el término medio entre varias cantidades o extremos, lo que técnicamente y así también se entiende en el lenguaje común, está constituído por la suma de los extremos dividido por el número de sumandos.

Esa ha sido siempre la noción legal de "medio aritmético". La cual además coincide con la que según el uso corriente corresponde al significado natural y obvio de ese concepto. Para comprobarlo basta echar una ojeada a las disposiciones de leyes anteriores y posteriores al artículo 721, relativas a la misma materia de la discordancia en el dictamen pericial:

El artículo 653 del Código Judicial anterior, reemplazado por el que es hoy la ley 105 de 1931, decía: "Cada una de las partes nombrará un perito, si no se convinieren todas en nombrar uno solo, y el juez otro, para el caso de discordia entre aquéllos, la cual se decidirá por mayoría de **todos** los peritos; pero en el caso de que **todos** discordaren en cuanto a la cantidad, se adoptará el **medio aritmético".**

El artículo 747 de la ley 103 de 1923, la cual contenía el Código Judicial que rigió por breve tiempo durante el año de 1924, repetía en términos exactos la disposición anteriormente transcrita.

De manera que antes de la vigencia del actual artículo 721, no cabía duda que el legislador cuando hablaba de **medio aritmético** quería referirse a lo que en el sentido corriente significa tal expresión: promedio de varias cantidades. Y después de la vigencia de ese precepto sí que ha sido más

explícito todavía. El artículo 14, ordinal c) de la ley 10 de 1934, al regular el monto de la indemnizaicón debida en caso de despido al empleado particular, dispone que para ese efecto "se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio". Empero donde fue más terminante aún es en la ley 63 de 1936, orgánica del impuesto de sucesiones y donaciones, cuyo artículo 40, no deja lugar a dudas:

"Si los dos peritos principales no están de acuerdo en el avalúc, el juez nombra el tercero en discordia para que éste dictamine sobre el avalúo materia de la diferencia.

"El dictamen uniforme de dos peritos, explicado y debidamente fundamentado, hace plena prueba sobre el valor de los bienes, sin perjuicio del derecho de las partes a formular objeciones dentro del término legal. Si hay descauerdo entre los tres, se toma el medio aritmético, a menos que la diferencia entre los dos extremos excede de un cincuenta por ciento (50 por 100) de la cantidad menor, pues en este evento el juez debe ordenar de oficio o a petición de parte que se rehaga el avalúo".

Como se ve esta disposición repite hasta con las mismas frases el principio y el procedimiento del artículo 721 con el único agregado de hacer mención expresa de los tres peritos. los dos principales y el tercero en discordia.

Lo cual quiere decir que para el legislador colombiano de tiempos pasados, como para el de la época contemporánea medio y promedio aritmético tienen la misma equivalencia.

De aquí se infiere sin mayor esfuerzo que en nuestra legislación está exactamente definido la expresión en que se apoya para su reclamo el señor Procurador, la cual gramaticalmente también tiene aquella misma acepción, pues según el diccionario de la Academia Española, término medio es acepción de promedio. A que se agrega que aun los mismos matemáticos cuando hablan en un lenguaje lato, hacen uso de esta acepción: "Se hace uso frecuente de los promedios en las estadísticas y en las ciencias de observación.

"Se calcula la mortalidad media, la duración media de la vida humana en un país, el promedio de los matrimonios, el promedio de los nacimientos, el promedio de la asistencia a las escuelas, el promedio de la instrucción, el promedio de los delitos y de los crímenes. etc" (Tratado de aritmética teórica y práctica por M. P. Leyssenne. París. 1927).

Parece que lo expuesto acredita en forma concluyente la juricidad del auto reclamado, y por ende la ausencia de apoyo de la tesis del señor Procurador.

Esta resolución debe terminar negando la reposición del auto suplicado, ya que el fin de éste fue negar la estudiada solicitud de la Procuraduría, conforme lo explicó el ponente. Según los artículos 511 y 512 del Código Judicial, el recurso de súplica no es otro que el de reposición con la única peculiaridad de que es resuelto por los demás magistrados que componen una sala de decisión, a la cual corresponde por ende calificar tanto la admisibilidad del recurso como su procedencia de fondo, previo el cumplimiento de la formalidad prevista en el artículo 488 del mismo código, acerca de la manera de oir a la parte contraria a la que interpone la súplica.

Por lo expuesto la sala civil de única instancia de la Corte Suprema de Justicia, en sala de decisión, no accede a reponer el auto suplicado dictado por el magistrado ponente, en la parte que ha sido materia de la súplica.

Cópiese, notifíquese y publíquese copia de esta resolución en la Gaceta Judicial.

Aníbal Cardoso Gaitán — Liborio Escallón — Pedro A. Gómez Naranjo — Arturo Tapias Pilonieta — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.

PROPOSICION

"La Corte Suprema de Justicia con motivo de cumplirse el día 10 de los corrientes el primer centenario del natalicio del doctor Nicolás Esguerra, magistrado que fue de esta Corporación, evoca con emoción profunda la memoria de tan eminente ciudadano que enalteció su saber e inteligencia singulares con las más altas virtudes, entre las cuales se destacan diamantina probidad, tolerancia plena y sólida, recio valor civil y amor patrio a toda hora encendido y vigilante.

Copia de esta proposición se enviará en nota de estilo a la familia del doctor Esguerra en la persona de su hijo y digno heredero de su nombre doctor Carlos Esguerra.

Insértese en la Gaceta Judicial."



ADVERTENCIA

Con el presente número termina el tomo XLVI. El Nº 1939 está destinado para Indice y Jurisprudencia de este tomo.

Quien corrige siempre las pruebas de imprenta es el Auxiliar de la Relatoría, señor don Manuel Francisco Medina.

INDICE

Págs.

EDITORIAL.—De la teoría de la imprevisión, por Lorenzo de la Maza Rivadeneira 697

COLABORACION JURIDICA. — La reforma penal y el régimen penitenciario, por el doctor Salvador Iglesias 700

SALA DE CASACION CIVIL

DESISTIMIENTO.—Se decreta el presentado por las partes en relación con el recurso de casación de la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario del Municipio de Cisneros contra el señor Rafael Piedrahita. Magistrado ponente, doctor F. Lequerica Vélez 712

ACCION REIVINDICATORIA — POSESION. — ACTOS DE POSESION. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Juan de Dios Ordóñez contra el Municipio de Villeta.—Magistrado ponente, Dr. Fulgencio Lequerica Vélez 713

DESISTIMIENTO DE UN RECURSO DE CASACION.—Se admite el presentado por las partes del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Carlos Valera contra The Liverpool & London Globe Insurance Cº Limited. — Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica. 718

DEMANDA SOBRE NULIDAD DE UNA SOCIEDAD, LIQUIDACION, ETC. — FUSION DE SOCIEDADES. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de José Luis Arango contra la "Bolsa de Bogotá, S. A." — Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca..... 718

DEMANDA DE RESOLUCION DE UNAS HIPOTECAS, NULIDAD DE REMATES, ETC.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario de Zoila Rosa Carmona contra Pedro José Sierra.— Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica 724

RECURSO DE HECHO.—FIJACION DE LA CUANTIA DE LA ACCION. No se admite el recurso de hecho interpuesto por Heliodoro Rojas contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario del recurrente contra Ricardo y Lorenza Tirado Macías. — Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 726

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS, RESTITUCION, ETC.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario de Clímaco, Julia, Leonor, Luisa y Teresa Henao contra Pedro Díaz Granados. — Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica..... 727

ACCION DE NULIDAD DE UNA CLAUSULA ESTATUTARIA DE UNA SOCIEDAD ANONIMA. — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario de Alejandro Angel e Hijo contra la Compañía Colombiana de Tabaco.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 730

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

APELACION DE UN AUTO EJECUTIVO.—Se confirma el auto ejecutivo del Tribunal Superior de Ibagué en la demanda de Ramón L. González M. contra el Departamento del Tolima. — Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo..... 739

ACCION SOBRE DEVOLUCION DE LO PAGADO POR IMPUESTOS.— Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de la sucesión de Clímaco Mejía contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 742

PENSION. — Se decreta a favor de Marco A. Monroy y a cargo del Tesoro Nacional por servicios en la ins-

Págs.

trucción primaria oficial.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 745

PENSION.—Se decreta a favor de Lucía Calderón y a cargo del Tesoro Nacional, por servicios en la instrucción primaria oficial. — Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 746

RECURSO DE HECHO.—Se admite el interpuesto en el juicio seguido por el Síndico del Impuesto de Herencias, Asignaciones y Donaciones de Bogotá contra la sucesión de Lastenia v. de Peña.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo..... 747

PENSION—Se decreta a favor de Eugenio Prieto Berrío y a cargo del Tesoro Nacional, por servicios públicos. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 748

PENSION. — Se decreta a favor de Benjamín Arciniegas y a cargo del Tesoro Nacional por servicios en la instrucción primaria oficial.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 749

PENSION. — Se decreta a favor de Joaquín E. Múnera y a cargo del Tesoro Nacional por servicios en la instrucción oficial.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo. 750

APELACION DE UN AUTO EJECUTIVO.—Se confirma el dictdo por la Inspección Seccional de Rentas de Barranquilla contra The Colombian Railway & Navigation Cº Ltd.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 751

APELACION DE UN AUTO.—Se revoca el auto apelado en el ejecutivo de la Nación contra Aurelio Rueda Acosta y Jorge Moya Vásquez, en lo que se refiere a la responsabilidad del fiador de Rueda Acosta.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 752

APROBACION DE UNA LIQUIDACION.—Se aprueba, en parte, la hecha por el señor Ramón L. González en el juicio de éste contra el Departamento del Tolima sobre ejecución de una sentencia.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 754

SE REFORMA PARCIALMENTE EL AUTO ANTERIOR.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 758

LEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA.—Se declara que no está probada la excepción de ilegitimidad de la personería del Fiscal del Tribunal Superior de Cali en el ordinario del señor Salustio Victoria contra la Nación. — Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo..... 766

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán. 768

NULIDAD DE LO ACTUADO POR NO PODER REPRESENTAR A LA NACION EN ACCION POR PERJUICIOS EL ADMINISTRADOR DE LOS FERROCARRILES NACIONALES.—Se decide que quien tiene que representar a la Nación en esta clase de juicios, es el Fiscal del Tribunal Superior respectivo y no el Administrador de los Ferrocarriles Nacionales. En tal virtud se declara nulo lo actuado en el ordinario de Juan C. Cabrera contra la Nación. — Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 769

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán 771

PENSION.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en que se decreta pensión a favor de Antonio Jiménez Alfonso y a cargo del Tesoro Nacional, por servicios públicos—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo..... 774

APELACION DE UN AUTO—Se confirma el dictado por el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales contra José María Carrera y su fiador.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 775

SE DECLARA LA NULIDAD DE LO ACTUADO en el juicio seguido por el Banco Francés e Italiano contra el señor Carlos de la Espriella, Administrador de la Lotería de Cundinamarca.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo..... 777

PENSION—Se decreta a favor de María de la Cruz León de Coronel y a cargo del Tesoro Nacional, por servicios en la instrucción primaria oficial.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo..... 780

PENSION.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que decreta pensión, por servicios públicos, a favor de Obdulio Jiménez Jaramillo. — Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo..... 781

Págs.

PENSION.—Se decreta a favor del señor Domingo Torres Triana y a cargo del Tesoro Nacional, por servicios en la instrucción pública.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 782

ACCION PARA OBTENER LA DECLARACION DE BALDIO DE UN TERCERO EXCEDENTE EN UNA ADJUDICACION. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en el ordinario de la Nación contra Víctor, Joaquín y Ricardo Castaño. — Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo..... 783

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

PERITOS EN ASUNTOS DE AVALUOS O REGULACIONES EN CIFRAS NUMERICAS. — MEDIO ARITMETICO.—PROMEDIO — No se accede a reponer el auto reclamado en el juicio ordinario de José Alberto Maldonado y otros contra la Nación. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 786

Proposición. — Advertencia..... 789

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XLVI — BOGOTA, JUNIO DE 1939. — NUMERO 1939.

JURISPRUDENCIA RAZONADA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO XLVI

POR

JULIAN MOTTA SALAS

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Págs.

A

ABANDONO DE MINAS

- 1 -

"..... El fenómeno del abandono minero no se produce legalmente sino como consecuencia de la falta de pago oportuno de los impuestos a que se refieren los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 223 (1), varias veces citado, por la razón muy trivial de que no mediando aún adjudicación y posesión regular de la mina no es procedente ni actualizable la noción de abandono. (Artículos 12, Decreto 223 de 1932 y 341 del C. de M.)" Casación. XLVI, número 1937, junio 14 de 1938). 646, 1ª

ABUSO DE LOS DERECHOS

- 2 -

Como el Municipio de Bogotá hubiese promovido un juicio de expropiación de unos terrenos de propiedad particular y desistiese del pleito en la segunda instancia de él por disposición del Concejo, los dueños de aquéllos, demandados en el juicio, promovieron a su vez juicio sobre indemnización de perjuicios alegando la teoría del abuso de los derechos. Interpusieron recurso de casación de la sentencia del Tribunal sentenciador que, si es verdad que juzgó probada la culpa objetiva por parte del Municipio, también consideró que el elemento subjetivo de ella estaba ausente. Se acusaba el fallo por violación de los artículos 63, 2342, 2343, 2347 y 2352 del Código Civil. Dijo la Corte:

"MOTIVOS DE LA CORTE. — Ciertamente el Tribunal en sus razonamientos, exigiendo la prueba del DOLO o del ANIMUS NOCENDI, en un caso particular que lo excluye, dada la naturaleza de la persona o entidad demandada y la forma como el demandante plantea la acción en la demanda, limita el alcance del artículo 2341 del Código Civil, desprendiendo de esa base insuficiente una noción igualmente limitada y errónea de lo que en el derecho contemporáneo comprende la teoría del abuso del derecho. En efecto: TEORIA DEL ABUSO DE LOS DERECHOS. Bajo la rúbrica de 'Responsabilidad común por los delitos y las culpas' nuestro Código en desarrollo del principio general que sienta el artículo 2341, reúne un conjunto de normas tendientes a sancionar civilmente los hechos injustos y culpables que, ofendiendo el derecho ajeno, deben en justicia y equidad, y en guarda del equilibrio social, someter a su autor responsable a la obligación de resarcir el daño sufrido por el ofendido. Bajo el dominio del artículo 2341,

(1) Decreto 223 de 1932.

Págs.

cae, según sus términos, toda acción humana DELICTUOSA o CULPABLE que haya inferido daño a otra persona. Es la misma idea concebida por el derecho positivo universal, formulada por el Código francés así: 'Todo hecho cualquiera del hombre que causa a tercero un daño, obliga a aquél por cuya culpa (PAR LA FAUTE DUQUEL) ocurrió a repararlo' (artículo 1382); y que el Código italiano repite en los mismos términos (artículo 1151). Esa idea en otros códigos, como en los dos citados, y en el chileno, está bajo el epígrafe de DELITOS y CUASIDELITOS con que en todos ellos encabeza el tema de las obligaciones nacidas extracontractualmente. En el colombiano la expresión CULPAS sustituye en el epígrafe al segundo de aquellos vocablos, sin que ello tenga alcance distinto del de mero cambio de palabras, intrascendente para modificar la esencia del régimen que el legislador quiso establecer, a tono con las regulaciones positivas y doctrinarias de otros pueblos de más avanzada cultura jurídica, de donde Colombia ha tomado frecuentemente el molde de sus concepciones de derecho civil. Por disposición expresa de nuestro código la noción de CUASI DELITO equipárase a la de CULPA no intencional, pues a propósito de los llamados CUASI CONTRATOS, designación ésta repudiada por la doctrina moderna, dice que 'si el hecho es ilícito y COMETIDO CON INTENCION DE DAÑAR, constituye un delito', pero que si el hecho es culpable, 'pero cometido SIN INTENCION DE DAÑAR, constituye un CUASI DELITO o CULPA'. (Artículo 34 de la Ley 57 de 1887). Es decir, que la diferencia que según nuestra ley y la doctrina general existe entre el delito y el cuasi delito es, como lo apuntan los autores, puramente psicológica. Habrá DELITO cuando el agente obra impulsado por mala intención, por un fin nocivo, con el ANIMUS NOCENDI. En el cuasi delito esta intención no existe; hay simple negligencia o imprudencia no intencionada. Pero esta distinción carece de importancia práctica, porque las reglas y las consecuencias de un hecho ilícito no dependen del nombre de delito o cuasi delito, sino de las condiciones sustanciales en que se consuma. Exista culpa con intención o sin intención, la ley obliga por igual al autor del hecho nocivo a repararlo. De ahí que la mayoría de los autores modernos prescinden de la nomenclatura tradicional, reemplazándola por otra cualquiera más comprensiva y real como DELITOS, HECHOS ILICITOS, bajo las cuales designan todo perjuicio causado, intencionado o no, de un modo culpable, a otro. En este criterio científico hanse inspirado las modernas legislaciones de Suiza y Alemania; bajo la denominación genérica de HECHOS ILICITOS agotan completamente la materia de la responsabilidad fuera de contrato, sin descuidar ninguna distinción sustancial, y sin dar margen a las disputas académicas a que ha dado lugar la distinción nominal de DELITOS y CUASI DELITOS del Código francés y sus similares. La responsabilidad por el delito civil descansa, pues, en nuestra legislación, como descansa en su tronco, la legislación francesa, en la existencia de culpa intencional o no. Nadie ha dado una definición concreta de la culpa. Y esto es natural, porque dentro de la noción de culpa cabe, según el concepto más antiguo una gama infinita de actos, desde el inspirado en la malevolencia, guiado por el solo y exclusivo propósito de inferir daño a otro, equivalente al dolo, el acto más reprobable de la culpa intencional, hasta el que es producto de móviles inocentes pero violatorio de las normas de previsión y de prudencia que todo hombre está obligado a observar en el trato con sus semejantes para evitar la ocasión de un perjuicio. La culpa aquiliana germinó a la vida del derecho presidida por la famosa fórmula romana, según la cual fuera de contrato la responsabilidad se extiende también a la culpa levísima; fórmula que antes que haberse abatido por la impetuosa corriente del progreso jurídico, es la base fecunda de las más modernas concepciones de la responsabilidad, que la toman como punto de partida. En cambio, los criterios que se han dado para juzgar en cada caso de la

Págs.

Págs.

existencia de la culpa son múltiples. Y así podrían recordarse el tradicional y clásico del hombre DILIGENTE, según el cual cuando se está en presencia de un hecho nocivo para otro, hay que meditar al fijar la responsabilidad si el autor de ese hecho se ha portado como lo hubiera hecho un hombre diligente; el criterio de la CONFIANZA LEGITIMA ENGAÑADA, en que todo hombre tiene el deber de ajustar su conducta de tal modo que los terceros no se encuentren engañados en la confianza que necesitan tener en él; el de los HECHOS ILICITOS, es decir, prohibidos por la ley; y el criterio que acude a la teoría de las obligaciones preexistentes; una persona no puede incurrir en culpa, si no estaba obligada a nada antes del acto que se le reprocha. De todos estos criterios el clásico es el que mayor adhesión despierta, porque si no resuelve completamente el problema, sí ofrece soluciones más armónicas con la realidad de la vida. 'Debemos preguntarnos, siempre que nos encontremos en presencia de un acto dañoso para otro: el autor de este acto, se ha portado como lo hubiera hecho un hombre diligente? En caso afirmativo no es responsable. Si no, ha incurrido en culpa y debe pagar indemnización de daños y perjuicios. Además, es casi inútil añadir que este tipo abstracto de HOMBRE DILIGENTE cambia necesariamente con los tiempos, y, en cada época, con el medio social a que pertenece el individuo' (Colin y Capitant, Curso elemental de Derecho Civil, tomo III). La sola norma del criterio clásico, nada más, daría base para condenar como responsable de culpa no intencional y por ende al resarcimiento de daños a la persona o entidad jurídica que, haciendo uso de la prerrogativa que le confiere un derecho subjetivo, adelanta un proceso civil contra un tercero con el objeto de obligarlo a determinadas prestaciones, y después de cierto tiempo más o menos largo, en que el demandante vése obligatoriamente sometido a la incertidumbre del buen o mal suceso del pleito y a la necesaria repercusión que sobre su patrimonio tiene el gravamen de un proceso ante los tribunales, resuelve a la postre esa entidad o persona, sin explicación razonable, movida únicamente por impulso egoísta, como el temor del insuceso total o parcial de sus aspiraciones concretadas en la demanda, dejar que ésta corra la suerte lógica de un abandono tácito o expreso. Considerando este hecho en sí mismo, escuetamente, sin relación por ahora con el aspecto y la teoría del abuso del derecho, cuestión que se examinará más adelante, hay que convenir en que quien de tal modo y con tanta ligereza de conducta procede, inconsiderada e imprudentemente respecto de los intereses de la contraparte, incurre cuando menos en censura por la manifiesta ausencia de previsión razonable con que así comprueba que obró al empezar a actuar, o de precauciones medias en la determinación insólita de esquivar o burlar el veredicto justiciero por él mismo provocado. La conciencia humana condena ese acto y justifica la sanción civil del responsable, en beneficio de la burlada víctima. Por eso la ley procesal en esos casos impone un principio de reparación obligando al pago de las costas. (Artículos 464 y 575, inciso 4º del Código Judicial). El tema de la responsabilidad civil ha tenido en los últimos tiempos un tan acelerado desarrollo jurisprudencial que con razón un ilustre autor recientemente anotaba que más que 'evolución' el fenómeno ha sido de 'revolución'. Ya el ilustre expositor Giorgi apuntaba lo siguiente en alguno de los primeros años de este siglo: 'El mundo marcha, y la ley del progreso que todo lo mueve no puede detenerse cristalizando la cienci.a El resarcimiento de los daños es, entre todos los temas jurídicos, el que siente más que otro alguno la influencia de la conciencia popular y debe proporcionarse a las necesidades morales y económicas de la convivencia social. La doctrina, pues, del resarcimiento debe ajustarse a ella siguiendo sus progresos. Y, así como en el pasado despojó al resarcimiento del carácter de pena, no es imposible que lo despoje, al menos en ciertos aspectos, del de culpa.' Ese movimiento profundo de las ideas en los últimos años, tiende a ampliar

Págs.

Págs.

aún más el concepto fundamental de la responsabilidad, para así sancionar hechos lesivos del interés de terceros que antes no generaban reparación. Dada la complejidad de la vida social moderna y el desigual poderío de los individuos que ello ha venido a ocasionar, es natural que la doctrina contemporánea preconice un análisis más hondo y sutil de las ideas de causa y daño. La culpa sigue siendo el fundamento de la responsabilidad civil en derecho común, pero se dan nuevos métodos para examinarla. La vieja máxima romana: IN LEGE AQUILIA ET CULPA LEVISSIMA VENIT, con la cual la falta más ligera, el más pequeño descuido compromete la responsabilidad de su autor en el dominio delictual o cuasi delictual, ha sido no solamente mantenido, sino desenvuelto por la jurisprudencia moderna con la aplicación de nuevas teorías tendientes a ensanchar y dar mayor contenido al concepto de culpa, en mira a convertir así la solidaridad social en una idea práctica y eficaz, dándole a cada cual mejor conciencia de su propio derecho y del ajeno, con el natural resultado entonces de un mayor equilibrio de las prerrogativas individuales. El progreso de las ideas revalúa hoy el dogma antiguo de que NO HAY RESPONSABILIDAD SIN CULPA DEMOSTRADA, merced al cual la víctima de un daño estaba obligada a suministrar en el proceso esta triple prueba: que había sufrido un daño; que su adversario había incurrido en culpa; y que el daño se originaba de aquella culpa. Culpa, daño y relación de causalidad entre aquélla y ésta, eran las tres cargas procesales que soportaba el demandante en toda demanda de reparación, siguiendo el principio de que al demandante incumbe siempre el peso de la prueba: ACTORI INCUMBIT PROBATIO. — Josserand en reciente estudio resume los procedimientos técnicos a los cuales la doctrina y la jurisprudencia han recurrido en Francia y Bélgica, especialmente con la idea de suavizar el rigor del principio de que no hay responsabilidad sino culpa probada por el actor y en mira de realizar la practicabilidad de la responsabilidad y asegurar la reparación debida a la víctima. Esos procedimientos los reduce a cuatro categorías: 1º admítese hoy más fácilmente la existencia de la culpa; 2º alígérase la carga de la prueba que pesa a veces demasiado sobre la víctima, utilizando toda una gama de presunciones; la culpa probada y efectiva sustitúyese por la culpa presunta y probable; 3º suplántase a veces en la ley la noción de culpa por el concepto de riesgo; la responsabilidad de subjetiva como tradicionalmente se considera, conviértese en objetiva; y 4º el más reciente de todos y que consiste en aplicar la noción de responsabilidad contractual a la delictual; la víctima se coloca así en una situación completamente favorable en cuanto a la prueba. La teoría del ABUSO de los derechos, tan admirablemente sistematizada por el mismo Josserand en su obra De l'esprit des droits et de leur relativité. Theorie dite de l'abus des droits — 1927 — da testimonio inequívoco del desarrollo actual del concepto de la responsabilidad. A la antigua concepción rígida de los derechos individuales, opónese hoy la teoría de su relatividad, que conduce a admitir el posible abuso de los derechos, aun de los más sagrados. Según esta teoría, cada uno de los derechos tiene su razón de ser, y su misión que cumplir; cada uno de ellos persigue un fin del cual no le es dado desviarse a su titular. Los derechos son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo; por lo tanto no son absolutos sino relativos; deben pues ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira; no siendo lícito imprimirles una falsa dirección sin abusar de ellos, con lo cual el titular compromete su responsabilidad hacia la víctima de esa desviación. Vanamente alegaráse que se ha utilizado un derecho; porque habiéndose cometido una falta en el ejercicio de ese derecho, tal falta es precisamente lo que causa el ABUSO DEL DERECHO, es decir, el acto cumplido como enseña Josserand, conforme a determinado derecho subjetivo, pero que está en conflicto con el derecho

Págs.

Págs.

en general o derecho objetivo, con lo que él y otros autores llaman la JURICIDAD, o conjunto de la regla social. De esta manera el antiguo adagio latino: NEMIMEM LAEDIT QUI JURE SUO UTITUR, que tomado en un sentido absoluto aparenta ser la expresión del buen sentido, no significa más que esto: 'El que ejercita su derecho con prudencia y atención no es responsable del daño que pueda causar a otro'. 'Comprendida de este modo, la vieja regla romana —agregan Colins y Capitant — lejos de tener el contenido ANTISOCIAL que se le ha atribuído, aparece, por el contrario, como útil y beneficiosa. Garantiza al hombre la esfera de independencia, de irresponsabilidad, de que necesita. En efecto, el ejercicio concurrente de sus derechos que los hombres hacen al mismo tiempo, no deja de causarles alguna molestia, algunas veces hasta cierto daño. Es el precio que se paga por la vida en sociedad. De este daño no será el hombre responsable desde el momento en que haya tomado todas las precauciones dictadas por la prudencia, en que haya dado pruebas de la diligencia normal que se puede y se debe exigir de él'. Comprendido así, el abuso del derecho constituye una especie particular de la culpa aquiliana; por ende en el abuso puede irse desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, ANIMUS NOCENDI, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada. Estará en el primer caso por ejemplo el propietario que ejecuta excavaciones en su predio con la mira exclusiva de secar una fuente o manantial de su vecino; o el acreedor que por espíritu de persecución contra su deudor honorable, intempestivamente lo ejecuta haciéndole un embargo excesivo de bienes en relación con el crédito que cobra, para empujarlo así aun hasta la ruina; o el litigante que confiando su causa menos en el examen cauteloso de su derecho que en el albur de todo pleito, promueve temeraria controversia judicial, y después de someter al adversario a larga, costosa y reñida lucha, inesperadamente desiste de ella atento a eludir inminente fallo adverso, que le diese a la contraparte la victoria judicial. Y encontraráse en el segundo caso el que pone un denuncio criminal contra otra persona, formulándolo a la ligera o imputándole perentoriamente, sin base seria, la comisión de un hecho criminal. (Caso resuelto por esta misma Corte en sentencia de fecha 5 de agosto de 1937. Gaceta Judicial, número 1927, páginas 419 a 422). 'Para que haya abuso del derecho — dicen los citados Colin y Capitant — no es indispensable que el autor del daño causado a otro tenga la intención de dañar, el ANIMUS NOCENDI. Basta con que pueda encontrarse en su conducta la falta de precauciones que la prudencia de un hombre atento y diligente le hubiera inspirado'. Y ponen como ejemplo entre otros, el empleo de PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS especialmente rigurosos por un acreedor contra su deudor, cuando estas medidas estén en manifiesta desproporción con el fin que se busca. Aquí ya no habría la intención perversa de arruinar al deudor, sino la falta de precauciones en no causar más daño que el indispensable dentro de los justos límites del cobro coactivo del crédito. 'Para que una perfecta irresponsabilidad — escribía mucho tiempo antes Larombiére — garantice el ejercicio de un derecho, hay que ejercitarlo prudentemente, con las precauciones ordinarias, sin abusar y sin exceder los justos límites'. Josserand en una admirable conferencia dictada el año pasado decía: 'Para los romanos el acto abusivo era únicamente aquel que había sido cumplido con intención de daño. El derecho moderno, y especialmente el derecho actual, hace del abuso una idea mucho más comprensiva; es abusivo todo acto que, por sus móviles y por su fin, es opuesto a la destinación, a la función del derecho en ejercicio; al criterio puramente INTENCIONAL tiende a sustituír un criterio FUNCIONAL, deducido del espíritu del derecho, de la función que le ha sido asignada. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete

Págs.

Págs.

una culpa, delictual o cuasi delictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad'. (Evolutions et Actualités.—Conferences de Droit Civil.—París, 1936)". Casación, XLVI, número 1932, febrero 21 de 1938..... 58, 1ª 2ª, 59, 1ª y 2ª, 60, 1ª y 2ª, y 61, 1ª y 2ª

ACCIONES ADMINISTRATIVAS SOBRE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR ACCIDENTES

- 3 -

"Estas acciones administrativas no limitan ni subordinan las acciones judiciales, pues no existen disposiciones constitucionales ni legales que estatuyan semejante prescripción. Lo que ocurre es que el legislador, además del derecho común, estableció normas especiales para dar más garantías a la efectividad de los derechos reconocidos por la legislación civil. Pero la plena facultad jurisdiccional de los juzgadores ordinarios no ha sido limitada o restringida, pues si tal cosa se afirmara, la garantía especial del reclamo administrativo, en vez de ser una nueva defensa del derecho de los ciudadanos para exigir responsabilidades civiles, habría sido una valla, lo cual no se acompasa ni con los términos de las respectivas leyes ni con el espíritu o intención que en ellas se relieva". (1) (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1937, junio 17 de 1938) .....

ACCION CIVIL Y ACCION CRIMINAL

- 4 -

Como el que iba manejando un automóvil atropellase a un ciclista y le causase la muerte, los padres de éste, una vez que se sobreseyó definitivamente en la acción criminal contra el sindicado, iniciaron la civil para el pago de la indemnización por la culpa. El Tribunal sentenciador absolvió al demandado basándose en que, en su opinión, el sobreseimiento definitivo tiene fuerza de cosa juzgada y ella influía en el caso de autos. En casación alegó el actor la violación de los artículos 63, 2341 y 2356 del Código Civil, porque demostró que el sentenciador había confundido las dos culpas, delictual y civil. Dijo la Corte:

"Acogiendo la Sala este cargo, por lo que se ve en seguida, a él se concreta, sin considerar los restantes, de conformidad con el artículo 538 del C. J. La obligada distinción jurídica entre delito y culpa civil la hace nuestra ley escrita en diversas oportunidades, de ellas en el artículo 39 de la 169 de 1896, en cuya parte última se refiere a los cuasidelitos y culpas para establecer que la acción civil encamniada a indemnizar el daño puede intentarse 'sin sujeción a la criminal', después de haber establecido en sus incisos precedentes algo atañero al delito tan sólo y a las dos acciones, la criminal y la de reparación del daño, para decir que pueden intentarse conjuntamente, sin necesidad de constituírse acusador el interesado, o que puede la civil intentarse por separado, caso para el cual advierte que esta acción estará en suspenso hasta que la criminal se decida. Y es obvio que esto no podía suceder de otro modo, puesto que cuando se trata del delito como fuente de 679, 1º la reparación, mal podría decidirse sobre ésta, que es efecto, sin tenerse como base la decisión sobre aquél, que es la causa; y del propio modo, cuando no se trata de delito, no siendo éste la causa de la reparación, no hay lugar ni motivo para aquella espera. Posible y hasta frecuente es que a la vez se esté ante un delito y una mera culpa; y posible consiguientemente que se incoe, sin sujeción a la criminal, la acción civil por rrespondiente a la indemnización por la culpa, a tiempo que el proceso netamente criminal esté cursando por separado. En tal evento, no habría motivo alguno para demorar el pleito civil sobre la indemnización por la

Págs.

(1) Concordancia: Cita la Corte la sentencia que aparece publicada en el número 1926, página 370, de la Gaceta Judicial. Las acciones administrativas a que alude el fallo son aquellas de que trata el artículo 27 de la Ley 76 de 1920.

Págs.

culpa en espera de la decisión en lo criminal, siendo así que, como empieza en este evento por suponerse, lo indicado como fuente de la acción civil no es el delito. Y si (siguiendo el mismo supuesto), ya se ha decidido sobre el delito, es igualmente claro que esta decisión en nada obsta a la acción civil de indemnización por la culpa, porque, siendo distintos el delito y la culpa y no tratándose en el pleito civil de aquél sino de ésta, la decisión sobre aquél, extraña por ende a la fuente de la acción civil, que se repite es la sola culpa, no puede tener alcance de cosa juzgada. Muy distinta modalidad del problema es la que se presenta cuando se ha decidido sobre el delito y en que la acción civil sobre indemnización del daño se ejercita aduciendo ese delito como fuente o causa, porque entonces habiendo esta conexión o vinculación, ese alcance es incuestionablemente decisivo, haya habido absolución o condena; si lo primero, cegada con ello esa fuente o negada la causa, no puede producirse el efecto; si lo segundo, establecida la fuente y causa, ya no habrá cómo ni para qué contender sobre ello en el pleito civil y éste será sólo contienda sobre el perjuicio en sí y en su monto, a que se agrega lo que oficiosamente ha de hacer el juez por virtud del artículo 113 de la ley 57 de 1887, sobre lo cual ocurre citar el artículo 9º de la ley 92 de 1920, según el cual 'de la acción civil que resulte de una sentencia ejecutoriada, dictada en causa criminal, corresponde conocer a los jueces civiles, conforme a las reglas generales sobre jurisdicción y competencia'. La acción civil derivada de la sola culpa no puede ser afectada ni detenida por la acción criminal, dada la diferencia de causales y de fines. El estudio de aquélla y de la sola culpa en que se basa no puede significar violación de la cosa juzgada en el juicio criminal y establecida sobre el delito en la sentencia dictada respecto de éste, tanto por las razones ya expresadas, cuanto porque la controversia civil sobre la indemnización no puede entenderse surtida y decidida en el fallo de la autoridad en lo criminal que se ha concretado y debe concretarse, en su caso, a absolver

Págs.

sobre el delito. Claro es que esta autoridad puede y aun debe en muchas ocasiones adentrarse en el estudio íntimo del respectivo caso — y de ello es ejemplo el presente — en forma de considerar si hubo o no algo inevitable o casual que exonere de responsabilidad al autor de un suceso dado o impida ver en éste un delito. En la actuación contra Villegas, v. gr., quedó para él establecida la situación de que habla el artículo 614 del Código Penal. Pero la responsabilidad a que esta disposición mira es la que el delito, cuando la hay, lleva consigo o genera. No puede ser la simplemente civil. La ley, que tan nítidamente distingue entre esas dos responsabilidades, no ha atribuído a los jueces en lo criminal, de suyo, la decisión de lo tocante a la última, ni impone la actuación sobre ésta como incidente de la actuación sobre aquélla. Distintas las fuentes, distintas las acciones, distintos los fines, no puede concebtuarse que la absolución por el delito tenga fuerza de cosa juzgada para absolver de la indemnización o impedir controversia por ésta. Si en un caso dado se ha condenado por delito, es claro que el juez civil violaría la cosa juzgada si decidiese el ulterior litigio civil de indemnización fundándose en no haber delito; pero si por éste se ha absuelto, no se viola la cosa juzgada ni por tanto se incurre en los males y peligros de todo orden que esto traería consigo, por el hecho de que en el juicio civil sobre indemnización derivada, no de delito, sino de culpa civil, se contienda ante este juez y él decida absolviendo o condenando tal como corresponde a las probanzas de este proceso civil y a las pertinentes disposiciones civiles. Si toda absolución en lo criminal o, digamos, una proveniente de que la autoridad de ese ramo no ha hallado delito en el hecho respectivo, hubiera de cegar toda fuente o posibilidad de acción civil se podría producir una situación conflictiva demasiado extraña, cual sería la de que el interesado en esta última se aplicase a activar su acción civil por la culpa con prescindencia de la criminal, a fin de lograr que aquélla se le decidiese antes que ésta y de evi-

tar así que una posible absolución en lo criminal le sacrificase su derecho pecuniario; y que, del propio modo, el imputado se empeñase en apresurar el fallo en el proceso criminal a fin de ser absuelto en él, estar armado de la excepción de cosa juzgada que lo librase de indemnizar la culpa. Se asistiría así a algo como un espectáculo deportivo en que de dos contendores sería vencedor el primero en llegar a la meta. Salta a la vista lo inaceptable de esa interpretación del procedimiento y de la ley. (Artículo 39 citado). Y se habla de actipidad del imputado en obtener fallo que de antemano puede confiar le será favorable, porque a la verdad, particularmente tratándose de accidentes automoviliarios, lo sorprendente por excepcional sería que un homicidio, v. gr., obedeciese a propósito deliberado del chofer de matar al chofer, transeunte, jinete, carrero o ciclista a quien atropelle o con quien choque empleando su propio vehículo como arma y valiéndose de la avariencia de un mero accidente fortuito para disimular su ánimo homicida. Lo habitual, lo cuotidiano, lo de ocurrencia constante es la falta de intención dañada y que quien viene a resultar autor de la muerte de otro sufra tanto que sinceramente se crea víctima; a que se agrega que él pasó por igual peligro, lo que concurre a rechazar, dentro de lo general, hasta la sospecha de haber mediado ANIMUS NOCENDI. De ahí que lo frecuente sea la absolusión en lo penal del que iba dirigiendo el automóvil que hirió o golpeó a quien quieto o en marcha, en dirección contraria o igual, a pie, o a caballo, o en automóvil u otro vehículo, chocó contra aquél o se vio alcanzado por el mismo; y más probable y hasta segura esa absolución en lo penal, si no se trata de simple herida sino de muerte. Si el juez en lo penal, conceptuando que no hubo delito, sobresee o dicta sentencia absolutoria, el imputado queda libre en razón del delito; y cualesquiera que hayan sido las razones de aquel concepto, las que, como es de rigor, se exponen en la parte motiva del fallo, éste deja juzgado sólo el delito, que es lo que, en la parte resolutiva se

Págs. Págs

decide. Y no sobra recordar que la cosa juzgada consiste o se halla en la parte resolutiva de la respectiva sentencia y no en la motiva. Una sentencia condenatoria en lo criminal anticipa base firme a la del pleito civil que se siga por la indemnización patrimonial procedente del delito, en el caso de que esta acción no se haya ejercitado conjuntamente con esotra; y una sentencia absolutoria en lo penal o sobreseimiento definitivo, que a tanto equivale, no prejuzga sobre la acción civil cuando después se demanda indemnización aduciendo como fuente, no el delito sobre el cual ya la autoridad competente juzgó en definitiva absolviendo, sino la culpa civil, acerca de la cual la autoridad en lo criminal no ha tenido por qué decidir, ya que la mera culpa es algo diferente del delito, y que es éste y no la indemnización lo sentenciado en el juicio criminal. Siguiendo la frecuente comparación de los dos consabidos círculos concéntricos, se halla con radio menor el penal; de suerte que un acto dado que escapa a la acción criminal o que no está o no podría estar bajo ella, bien puede ser fuente de indemnización pecuniaria. En otras palabras: si, por regla general, todo delito determina indemnización, el solo hecho de no hallarse delictuoso un acto dado no autoriza para decir A PRIORI que no hay lugar a indemnización, puesto que no es necesario a ésta un delito como causa única y perfectamente puede caber indemnización, aun sin pensarse en delito, tan sólo porque haya culpa civil. En realidad, más que tales dos círculos concéntricos de radios diferentes, lo que hay es dos grupos distintos de hechos, según sean o no delictuosos, y PARI PASU con cada uno van sus respectivas acciones. Los delictuosos con sólo serlo generan indemnización de esta precisa procedencia, y los otros, que no siendo delictuosos no tienen por qué condenarse en sentencia penal, pueden generar indemnización si constituyen culpa. Estos últimos no determinan siquiera estudio del problema de si son o no delito cuando se les aduce en su mera calidad de culpa como fundamento o razón de la demanda de indemnización por el daño patrimonial.

Págs.

En juicios de esta clase no hay sentencia criminal que esperar para decidirlos y del propio modo la sentencia absolutoria que se haya dictado en el juicio criminal seguido por si eran delito y en que resultaron no siéndolo, no obsta en manera alguna a que la controversia civil se incoe, se tramite y se falle ni a que el fallo sea, en su caso, condenatorio. Así, en el presente caso, Villegas fue absuelto en el juicio criminal y en éste quedó juzgado definitiva y negativamente el delito; de suerte que no podía válidamente seguírsele nuevo juicio sobre ese delito para decidir si lo hubo o no, o si es inocente o culpado, y por el mismo motivo no podría prosperar demanda de indemnización por el delito. Pero cosa muy distinta es este litigio civil que se está sentenciando, en que se pide no que se le considere delincuente o que como tál pague, sino que se demanda la indemnización por algo muy diferente del delito, como es la mera culpa, el mero daño en sí, abstracción hecha de si el acto que lo causó es o no delictuoso, más aún: dentro del concepto y sobre la base de no serlo. No obsta la circunstancia de haber llegado el juez en lo criminal a la decisión expresada en la extrema plenitud del citado artículo 614, ya porque aquí no se trata del delito sino de la culpa civil como fuente de la acción, según acaba de recordarse y ahincadamente lo advierte la demanda, ya porque hay, además, otras razones sobre improcedencia de la cosa juzgada. Alúdese con esto a la identidad jurídica requerida por el artículo 474 del C. J., la que aquí falta. En el proceso criminal se ejercita por el Estado una acción pública y se busca la intención, la peligrosidad y el castigo de un delincuente, en la civil el actor ejercita para sí una acción privada que mira a su interés patrimonial. Si la absolución en lo criminal se reputase cosa juzgada contra la demanda de indemnización por culpa, se incurriría hasta en quebranto de precepto constitucional (Codificación de la Constitución, artículo 22), pues el interesado en la reparación civil, no oído en la actuación criminal en que no ha sido parte y en que la indemnización no fue debatida, quedaría vencido de antemano. Es de esta suerte como en el presente juicio el actor ha visto embotada su acción con el referido sobreseimiento por el alcance que le dio el Tribunal, sin haber intervenido en manera alguna en la actuación criminal en que se sobreseyó, sin que ella, como ya se observó, versara sobre la indemnización y sin que él (Echeverri), por tanto, tuviera oportunidad ni manera de alegar, de invocar su derecho, ni de aducir prueba alguna sobre su interés patrimonial debatido ahora en el presente juicio civil. La limitación que en fuerza de las consideraciones hasta aquí hechas tiene la absolución en lo penal, no sólo es consecuencia e interpretación de disposiciones legales nuestras, lo que bastaría en su caso, sino que no es algo aislado que nos singularizara. 'Con frecuencia—dice Von Thur — el acto ilícito es a la vez punible, porque constituye igualmente un delito en el sentido del derecho penal. El legislador se coloca en puntos de vista diferentes cuando instituye una pena o cuando prescribe indemnización de perjuicios; la solución diferirá por consiguiente a menudo en derecho civil y en derecho penal, especialmente en lo concerniente a la responsabilidad. Según los términos del inciso 1º del artículo 53, el juez civil, que estatuye sobre los perjuicios no está vinculado por las disposiciones del derecho penal en materia de IMPUTABILIDAD. De igual manera el procedimiento penal difiere del procedimiento civil sobre numerosos puntos, en particular sobre la apreciación de la prueba: el juez civil no se halla, pues, vinculado por una absolución pronunciada en lo penal: a pesar del texto muy estrecho del artículo 53, inciso 1º, esta regla se aplica no solamente cuando se trata de decidir si ha habido culpa o si el actor era capaz de discernimiento sino aun en otras condiciones: así el juez civil aprecia libremente si el acto era lícito. Ninguna sentencia penal, aun de condena, vincula al juez civil en lo que concierne a la apreciación de la culpa y a la fijación del daño, artículo 53, inciso 2º Se deriva de esta disposición que la sentencia penal cuando es de condena vincula al juez

Págs

Págs.

civil para otras cuestiones, por ejemplo en la medida de la comprobación del hecho y de su carácter ilícito'. El artículo 53 a que se refiere este comentario es del Código Suizo de las Obligaciones y reza: 'El juez no queda vinculado por las disposiciones del Derecho Criminal en materia de imputabilidad, ni por la absolución pronunciada en lo penal, para decidir si ha habido culpa cometida o si el autor del acto ilícito era capaz de discernimiento. La sentencia penal no vincula tampoco al juez civil en lo que concierne a la apreciación de la culpa y a la fijación del daño' ". (Casación, XLVI, número 1934, marzo 14 de 1938. . . . . 212, 2º, 213, 1ª y 2ª, 214, 1ª y 2ª, 215, 1ª y 2ª

Aunque coincidieron en la parte resolutiva no dieron su voto a esta sentencia los Magistrados Hernán Salamanca y Arturo Tapias Pilonieta, los cuales, en síntesis, declararon que es "equivocado sentar como principio rígido e invariable que la presunción de verdad que se genera en la cosa juzgada por los tribunales del crimen en materia cuasi delictual carece de toda influencia sobre la acción privada de perjuicios a que da lugar el mismo hecho juzgado penalmente". Contempla también el Salvamento otros puntos sobre modo interesantes. . . . . 218 y siguientes

ACCION DE DOMINIO

- 5 -

La acción de dominio no existe por el simple hecho de la adquisición de la propiedad, sino que brota de ésta sólo cuando la conducta de una persona es opuesta al contenido de ese derecho. (Casación, XLVI, Nº 1934, marzo 14 de 1938). . . . . .

ACCION DE DOMINIO

- 6 -

Para la viabilidad de la acción reivindicatoria o de dominio se requieren estos factores: a) Derecho de dominio en el demandante; b) Cosa singular o cuota determinada de cosa singular reivindicable; c) Posesión material con ánimo de señor o dueño en el demandado; d) Identificación de la cosa que es materia de la acción. (Casación, XLVI, número 1938, julio 13 de 1938). 715, 1ª

ACCIONES EMITIDAS POR UNA SOCIEDAD AFECTADA DE NULIDAD

- 7 -

"La trasferencia de acciones emitidas por una sociedad regular afectada del vicio de nulidad que la convierta en sociedad de hecho, es plenamente válida". (1) (Casación, XLVI, Nº 1936, mayo 23 de 1938). 542, 1ª y 2ª

ACCIONES NOMINATIVAS EN COMPAÑIAS ANONIMAS

- 8 -

De acuerdo con el artículo 576 del Código de Comercio, el registro es el único elemento esencial al perfeccionamiento del traspaso y tradición de las acciones nomitivas de las compañías anónimas. Los requisitos mayores o menores con que cada compañía en sus estatutos exige se haga la inscripción, miran a garantizar la autenticidad de los traspasos en orden a conjurar dudas y dificultades, de manera que es a la compañía a quien interesa el cumplimiento de todos y cada uno de esos requisitos. La ausencia de algunos de ellos no puede alegarse entre comprador y vendedor para pretender la ineficacia de un traspaso, cuando de otro lado la formalidad esencial del registro de la cesión ha tenido cumplimiento y el nuevo socio asume sin obstáculos de la sociedad ni del vendedor la función que como a tal le compete. La expedición material del título tampoco es esencial para la validez del traspaso de las acciones nominativas, según el citado artículo 576. El título es el comprobante de la acción, pero no de la cesión o

(1) Es doctrina expuesta en la parte motiva de instancia por haberse de casar la sentencia recurrida.

traspaso. El accionista nominativo tiene esa calidad cuando habiéndola adquirido legítimamente como socio fundador, o de otro socio, figura efectivamente en la nómina de los accionistas, aun cuando esté desprovisto del título material de sus acciones, por haberlo perdido, no haberlo reclamado, o haber faltado la sociedad, sin el reclamo de los socios, al deber de expedir los respectivos certificados destinados a comprobar ante terceros —no ante la sociedad— el interés de cada socio en la sociedad. (Casación, XLVI, número 1936, mayo 23 de 1938) (1).....

ACREEDORES EN EL INCIDENTE DE PARTICION

- 9 -

Un Tribunal había negado el recurso de casación a unos acreedores en el incidente de partición de un juicio de sucesión porque no los reputó como "partes" en el juicio. Sobre el punto dijo la Corte, al negar el recurso de hecho intentado por aquéllos:

".....Los acreedores no se mencionan en lo atañedero a partición, salvo tan sólo en el artículo 967, en cuanto su inciso 4º autoriza la venta de bienes relictos 'para facilitar la partición, o cuando ello sea necesario para pagar deudas hereditarias o testamentarias', cuando entre los herederos hay personas incapaces o, siendo todos capaces, no se ponen de acuerdo sobre esa venta. Bien se echa de ver que este detalle adjetivo no mira a la partición en sí misma; en otras palabras, poderse vender bienes de la sucesión directamente por los herederos o mediante subasta para pagar deudas, no es autorizar a los acreedores para gestionar acerca de la distribución de los bienes entre los partícipes. Grave sería y ocasionado a serios peligros que podrían llegar hasta sacrificar el derecho de los causahabientes a poner fin a su comunidad, el que se confiriera a los acreedores el derecho de intervenir en la partición misma. Basta pensar, por ejemplo, en el abuso que de semejante arma podrían hacer para obtener una situación ventajosa sobre los causahabientes interesados en librarse de procastinaciones y estorbos con tal de llegar a la partición efectiva. De otro lado, ya se vio que en manera alguna se vulnera el derecho de los acreedores no otorgándoles esa intervención, porque tienen los varios recursos de que ya se ha hablado en relación con la muerte del deudor, a más de conservar las acciones que de suyo corresponden a cada crédito. El vocablo PARTE se define por el artículo 202 del C. J. actual como lo definía el anterior en su artículo 260, 'el litigante o grupo de litigantes que sostienen en el juicio unas mismas pretensiones'. Esta definición sugiere la idea de juicio en el sentido de pugna, por lo cual, recordando la diferencia que, en razón de haber o no controversia hacían los artículos 146 y 147 para distinguir entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, ocurre comprender que no es procedente para calificar o clasificar las varias tendencias que pueden ocurrir dentro de una causa mortuoria. Pero, aun en el supuesto de que, siguiendo literalmente esa definición hubiera de entenderse como parte el acreedor o acreedores enfrentados a los herederos en caso de diferencias entre unos y otros, es evidente, ante el contraste entre las disposiciones del incidente de inventario y las del incidente de partición, que dentro de este último no pueden aspirar a ser parte el acreedor o grupo de acreedores, por la decisiva circunstancia de no darles entrada la ley, como sí se la da en el inventario, según queda visto. Las precedentes consideraciones demuestran la legalidad de la negativa pronunciada por el Tribunal sentenciador sujeta hoy al recurso que se está decidiendo". (Auto, Sala de Casación Civil, XLVI, Nº 1933, febrero 25 de 1938). (1)..

Págs. 535, 1ª

Págs. 113, 1ª y 2ª

(1) Esta doctrina fue expuesta en los razonamientos de instancia por casación del fallo recurrido.

(1) Concordancias: véanse las doctrinas que contienen los números 82 y 85, tomo 1º, **Jurisprudencia de la Corte**, número 159 de la **Jurisprudencia de los Tribunales**, tomo 1º, Nº 17 de la obra ti-

Págs.

ACTOS DE POSTULACION U OBTENCION Y ACTOS CONSTITUTIVOS

- 10 -

"Los actos de causación o constitutivos o generadores de situaciones procesales suelen ser catalogados por los doctrinantes en las cinco especies siguientes: 1ª Los que se realizan por las partes en virtud de un acuerdo recíproco de ellas, por ejemplo, en los casos de los artículos 85 y 2469 del C. C. y de los artículos 152, ordinal 3º, 360, 461, 705 en cuanto al nombramiento de un solo perito, 964, inciso 1º, 1208, 1209 inciso final, 1210, 1212 y 1214 del C. J. 2ª Los actos de voluntad unilaterales. Por ejemplo, los previstos en los artículos 208, 255, 256, 260, 261, 266, 358, 461 y siguientes del C. J., y en general, los de allanamiento o ratificación de lo actuado por la parte con derecho a ello, como en el caso del artículo 455 ibídem. 3ª Los actos unilaterales de voluntad de cualquiera de las partes, susceptibles de producir o no el efecto jurídico querido de acuerdo con lo manifestado. Por ejemplo, en la cesión de bienes (artículo 1079 del C. J.,) el acto de los acreedores de aceptación de ella al contestar la demanda no obsta para que el juez decida si es el caso de que se acepte o no la cesión. El artículo 625 ibídem sólo concede fe relativa al acto realizado por la parte sobre estimación en dinero de un derecho suyo. El juramento de ratificación que previene el art. 626 ibídem. Y, en general, la aceptación por parte del demandado de los hechos de la demanda, como en las ocurrencias de los artículos 797 y 799, inciso 2º del C. J. 4ª Ciertas noticiaciones. Por ejemplo, las que tienen por objeto participar la expiración de la representación legal o del poder o la renuncia de éste (artículo 265); la absolución de posiciones (artículo 610); la denuncia del pleito (artículo 235) del C. J. 5ª Por último, los denominados actos reales, como son el suministro de papel, la revalidación de éste, la estampillación o el suministro de estampillas para las diligencias de avalúo, la presentación personal de memoriales, el aporte de documentos, la realización del desglose. Para apreciar la idoneidad de los actos de causación, el criterio procesal es distinto del que se sigue para valorar los actos de postulación, porque aquéllos sólo generan situaciones procesales pero nunca relaciones jurídicas, y además, estas situaciones procesales no se producen sino mediante su vinculación con actos de postulación ya realizados o que habrán de realizarse. Por consiguiente y en realidad, los actos de tal clase no son objeto de estimación en sí mismos, hasta el punto de que cuando los de postulación no se llevan a cabo aquéllos terminan por ser desatendidos. De ahí que los actos constitutivos sean en realidad simples factores determinantes para la valoración de los actos de obtención. Por ejemplo, el convenio de las partes es un factor determinante para la tramitación del juicio por el juez o el Tribunal, en la forma que previene el Título XLVI del Libro II del Código de Procedimiento civil. El acuerdo en un contrato de domicilio civil especial para los actos judiciales a que diere lugar aquél, es un factor determinante de la admisibilidad de la demanda por el juez del lugar determinado por la convención. La suficiencia de los actos de postulación se aprecia, según lo expuesto en la citada sentencia (1), desde el doble punto de vista de su admisibilidad o conducencia y de su fundabilidad o procedencia. Esta doble valoración, según nuestro sistema procesal, puede desdoblarse para realizarse en dos momentos distintos del procedimiento. Por ejemplo, en los actos referentes a las peticiones de prueba. No acontece lo mismo respecto de los actos constitutivos, los cuales se valoran únicamente en cuanto a su atendibilidad. Basta para esto que el juez los considere o los tenga en cuenta. Valoración típica de ellos

Págs.

tulada Doctrinas Legales del Tribunal Superior de Ibagué, compiladas por el doctor Antonio Rocha, y número 22 de la Jurisprudencia Razonada de Latorre.

(1) Se refiere la Corte a la sentencia del 24 de julio de 1937, publicada en la Gaceta Judicial, número 1926.

Págs.

y exclusiva, porque en los actos de obtención desatenderlos implica denegación de justicia, salvo cuando ni siquiera revisten la apariencia de tales, en cuyo caso son también desatendibles. Por ejemplo, una petición formulada en papel común". (Auto, Sala de Casación Civil, XLVI, Nº 1932, diciembre 16 de 1937).... 1ª y 2ª 35,

ACTUACION

- 11 -

La ley no prohíbe al renuente pedir, recurrir, gestionar; lo que hace es prohibir al Juez que lo oiga mientras esté en falta. Si en la fecha de la providencia recaída a la solicitud que hizo una de las partes en tiempo oportuno ya la renuencia en el suministro de papel sellado había desaparecido porque las estampillas se suministraron por el renuente y se adhirieron y anularon por el Secretario, antes de que ella se dictase, es de reconocerse que esto advino cuando ya no se podía oír al litigante. Cuando ya ha mediado la consignación de las estampillas y por lo mismo se ha restablecido el estado normal de audiencia, ya no es dado al Juez desoír la solicitud hecha por el litigante. (Artículo 351, C. J.) (Auto, Sala de Casación Civil, XLVI, número 1935, mayo 10 de 1938).... 430, 1ª y 2ª

ACTUACION

- 12 -

"Cuál es la interpretación del artículo 351 citado? (1). Dispone éste que cuando se haya usado papel común, la parte renuente no es oída en el juicio mientras no pague en estampillas el doble del papel sellado que ha debido emplearse. Este es un mandato que debe cumplir el juez. Pero si él oye a la parte y la sigue oyendo, se pregunta si las actuaciones judiciales subsiguientes son válidas o nulas. A ello se responde que tienen que ser válidas, porque la nulidad no se produce sino como consecuencia de causas que expresa y taxativamente determina la ley. El juez no debe oír a la parte que no revalida el papel; pero si la oye, podrá decirse que el juicio es anulable por esa causa? o que en todas las actuaciones en que la oyó los actos judiciales deben considerarse inexistentes o nulos? Esto no se aviene con el dispositivo legal, ni con todo el alcance de la ley procesal. Lo que sucede es que si la parte oída en la primera petición que haga después del empleo del papel común, la sanción desaparece, o debe desaparecer, porque la disposición se refiere a una prohibición impuesta al juez de oír la petición mientras no se consigne el valor doble del papel sellado que debió emplearse. Pero no puede seguirse de esa prohibición que la parte que no suministró el papel pueda ser desoída en cualquier tiempo cuando ya se han realizado actos procesales perfectos sobre peticiones suyas. Pretender que en solicitudes posteriores pueda aplicarse la sanción que no se hizo efectiva en oportunidad, es contrariar el fin de la ley procesal sin miras a un fin práctico, porque sucedería: o que actos procesales perfectos y cerrados, quedarían sin efecto, como si se hubiesen declarado nulos; o que la intención maliciosa, o el descuido u olvido del funcionario podrían en un momento avanzado del proceso vulnerar sin razón los derechos de la parte en cuyo favor se empleó el papel común; o que la parte contraria, en la segunda instancia, se creyese con derecho a impetrar la falta de jurisdicción en el superior, o, por lo menos, que invocase la causa de no validación del papel para impedir que sea oída aquélla. Cualquiera de estas situaciones sería aberrante, puesto que el concepto de la Corte es que el juez no debe oír a la parte que no revalida el papel en la primera petición, pero que si la oye, él es quien ha transgredido la prohibición". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1937, junio 17 de 1938). 680, 1ª

ACTUACION

- 13 -

"El artículo 351 del C. J. ha sido interpretado y aplicado de dos maneras distintas, a saber: a) La mayor parte de los Tribunales y Juzgados

Págs.

de la República ha estimado que la sanción establecida por el segundo inciso de ese texto contra el litigante que no suministró oportunamente papel sellado, es una sanción que no se limita a no oír al recurrente mientras no consigne las estampillas necesarias para revalidar el papel común empleado, sino que se extiende también a esto otro: a dar por no presentadas oportunamente las peticiones formuladas dentro de los respectivos términos legales cuando la revalidación del papel sellado no se efectuó dentro de los mismos términos. b) El Tribunal de Pasto, en este juicio, estimó, en cambio, que dicho artículo 351 no puede tener ese alcance, sino que debe aplicarse e interpretarse en el sentido de que, una vez suministradas las estampillas, debe ser resuelta, en la forma a que haya lugar en derecho, la respectiva petición formulada en tiempo, aunque el suministro de estampillas se haya hecho con posterioridad al vencimiento del respectivo término. Para aplicar de esa suerte el artículo, aduce el Tribunal estas razones: 'No puede remitirse a duda que la interpretación de un recurso cualquiera y la sanción de no ser oída la parte, en el caso previsto en el artículo 351 del C. J., son dos cuestiones distintas, tanto en el tiempo como en sus consecuencias jurídicas. En efecto, al interponer un recurso dentro del término legal, la parte ejercita un derecho, a la vez que se consuma un hecho, cuya existencia o acaecimiento no puede desconocerse. Oír a la parte, significa decretar su petición, ya concediéndole un recurso, ordenando la práctica de alguna diligencia, etc., función que, naturalmente, corresponde al juzgador; por consiguiente, no puede confundirse la presentación de la solicitud o interposición del recurso con el despacho o decreto de la misma. La sanción que establece el artículo 351 del C. J. no se refiere al acto de la parte, en cuyo caso sería el señor Secretario el encargado de rechazar la petición, sino simplemente al despacho favorable de lo pedido; pero ni siquiera en forma absoluta, sino relativa, temporal, condicional, y si se quiere porque el artículo invocado dice que la parte renuente no es oída en el juicio MIENTRAS no consigne las estampillas necesarias; por lo tanto, una vez llenado aquel requisito, la parte tiene que ser oída, de acuerdo con el texto literal de la ley. Si se interpretara la disposición en la forma expuesta por los reclamantes, se impondría una sanción distinta de la prevista por el artículo comentado, como quiera que se llegaría a la conclusión de desechar un recurso interpuesto en tiempo, siendo así que lo único que cabe es no decretar, temporalmente, la solicitud, pero no puede considerársela como no presentada o como presentada fuera de tiempo. Por otra parte, una interpretación semejante del artículo 351 del C. J. causaría un perjuicio irreparable a la parte que tiene que habilitar el papel, cuando la intención del legislador, al imponer tal sanción, fue la de que no se ocasionara perjuicio a nadie, como puede verse en el siguiente aparte de la exposición de la comisión: '..... En la mayoría de los casos el perjuicio será irreparable, porque, según el artículo 350 del C. J., los secretarios no pueden dar cuenta con los recursos interpuestos, sino cuando haya transcurrido, respecto de todas las partes, el plazo para hacer uso del mismo derecho; de suerte, pues, que el auto que dispone no oír al renuente, será dictado ya vencido el término legal. En consecuencia a la parte afectada por la sanción, ni siquiera le quedaría la POSIBILIDAD LEGAL de presentar nuevamente su solicitud. Podría objetarse a lo anterior que la efectividad de una solicitud cualquiera, de una apelación, por ejemplo, podría aplazarse indefinidamente por el renuente, no suministrando las estampillas; pero, en este evento, a la contraparte le quedaría el derecho de pedir al Juez que, previo requerimiento, se declarara desierto el recurso o solicitud en cuestión, si, dentro de un determinado plazo, no se cumple con el requisito de adherir las estampillas (artículo 367 del C. J.) Por último, si la tesis sustentada antes fuera inadmisible, la sanción de no oír a la parte renuente no puede quedar en firme sino una vez ejecutoriado el auto respectivo; pero como el doctor Coral

Págs.

Págs.

Samper suministró las estampillas antes de estar ejecutoriado el auto de ..... debe concluírse que la sanción determinada en el artículo 351 del C. J., cualquiera que sea la interprtación que se acepte, no puede tener aplicación en el presente caso'. La Corte acoge la segunda de las interpretaciones expuestas, es decir, la contenida en la providencia del Tribunal Superior de Pasto, no sólo por las razones que allí se exponen, sino también por estas otras: Suplido con papel común el papel sellado que dejó de suministrar el respectivo interesado, y evitadas con ello las demoras con que el inciso primero del artículo 351 se pretendió evitar, es obvio que la regla contenida en el inciso segundo del mismo texto sólo tiene una finalidad de carácter fiscal, lo cual se cumplió con la interpretación que el Tribunal de Pasto le ha dado a dicho texto, y sin necesidad de exponer a los litigantes a continuas asechanzas y celadas que culminan frecuentemente en el sacrificio, desconocimiento o menoscabo de derechos que la ley sustantiva les reconoce y cuya paralización no es necesaria para la realización de la aludida finalidad fiscal, sobre todo si se tiene en cuenta que, como lo dice el Tribunal, en todo caso le queda a la contraparte que llegue a considerarse perjudicada por alguna demora en el suministro de las estampillas, el derecho de pedir al Juez que, previo requerimiento, se declare desierto el recurso respectivo si dentro de un determinado plazo no se suministran aquéllas " (Auto, Sala de Casación Civil, XLVI, número 1932, mayo 2 de 1936). ..... 17, 1ª y 2ª, y 18, 1ª

ACTUACION

- 14 -

".....El Juez, de acuerdo con el texto mismo del artículo 351 del C. J., debiera ordenar la inmediata ejecución de ese acto con la prevención de ser ello un requisito indispensable para oír a la parte. Aun en la hipótesis de no fijarse término al acto constitutivo dicho, éste debe entenderse de ejecución inmediata, conforme al artículo 327, ibídem. Tal manera de proceder no sacrifica la efectividad de un derecho al cumplimiento de una obligación fiscal y se inspira además en el mandato del artículo 472 del C J., que está muy lejos de ser, como se ha creído hasta ahora, un simple e inoperante brote de romanticismo jurídico. Considerado el punto conforme a la viciosa práctica corriente que consiste en desestimar el acto de postulación, es jurídico reponer la providencia cuando, al interponer el recurso de reposición, se realiza el correspondiente acto real constitutivo de revalidar el papel, porque la preclusión es fenómeno que afecta a aquél y no a éste, como ya se demostró. Síguese de ello que es la ejecutoria de la providencia que desestima un acto de obtención por el motivo del inciso 2º del artículo 351, lo que hace que precluya la posibilidad de reformarla aun cuando después se revalide el papel. El artículo 351 del C. J. establece una relación de finalidad inmediata, pero no de prelación, entre los dos actos de postulación y de causación. De ahí que el Tribunal carezca de poder para desestimar la interposición del recurso de casación basado en l a falta de revalidación del papel incompetente, falta en que se hallaba el recurrente al interponer el recuso de casación; y que estaba ya subsanada cuando interpuso reposición contra la negativa. Y si lo hasta aquí dicho bastaría para invalidar la providencia del Tribunal, y, por lo mismo, para conceder el recurso de casación interpuesto en tiempo, con más veras se tiene que hallar la solución así, se considera que el recurrente fue oído en todo el curso del pleito con posterioridad a la ocasión en que pudo desoírsele por obra de la referida falta". (Auto, Sala de Casación Civil, XLVI, número 1932, diciembre 16 de 1937). 37, 2ª

Salvaron su voto los Magistrados Arturo Tapias Pilonieta, Miguel Moreno Jaramillo y Hernán Salamanca, los cuales dijeron, en síntesis, lo siguiente: "La verdadera fecha procesal de la petición que hace la parte remisa al suministro de papel sellado para la actuación, entiéndese ser aquella en que se cumple la revalida-

Págs.

ción con estampillas del papel común empleado en sustitución del que debió suministrarse por la parte obligada a ello". Las consideraciones de la mayoría de la Sala sobre ACTOS CONSTITUTIVOS, DE CAUSACION, etc., y sobre PRECLUSION están expuestas en las doctrinas así tituladas.

ADMINISTRADOR DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

- 15 -

El Administrador de los Ferrocarriles Nacionales tiene facultad para representar a la Nación en juicio, en forma activa o pasiva, cuando se trate de asuntos meramente administrativos y lo considere necesario y conveniente "para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado", conforme al artículo 2º de la Ley 29 de 1931. En los demás casos la representación les corresponde al Procurador ante la Corte y a los Fiscales ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1934, marzo 16 de 1938). . . . . 376, 1ª y 2ª

ADMINISTRADOR DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

- 16 -

La facultad concedida al Administrador de los Ferrocarriles Nacionales para presentarse ante los tribunales a demandar en nombre de la Nación, o a proponer excepciones, se refiere a asuntos meramente administrativos, relacionados con la gestión que tiene a su cargo, y no puede representar a la Nación en los juicios que se adelanten contra ella ante los tribunales, por perjuicios u otras causas. El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, no obstante los términos en que está concebido el artículo 2º de la Ley 29 de 1931, no puede considerarse como una persona jurídica perfecta, con arreglo al artículo 633 del C. C., capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, porque no tiene patrimonio propio ni puede adquirir para sí bienes de ninguna naturaleza. Es una entidad organizada, como su nombre mismo lo indica, con fines simplemente administrativo.s (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1938, marzo 10 de 1938). (1). . . . . 767, 1ª 768, 1ª y 2ª

AGUAS

- 17 -

Se había pedido aclaración de una sentencia por estimar el actor que existía contradicción en ella. Dijo la Corte:

"No existe la contradicción o incompatibilidad a que se refiere el reclamante, porque en la sentencia se contemplan, tanto por el fallador de Tunja como por la Corte, dos extremos: a) Que en ejercicio del derecho reconocido por el artículo 892 del C.

(1) Salvó su voto el Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán en comentario al cual corresponden los siguientes apartes: "Entiendo que la mayoría de la Sala piensa que la muerte de una persona, por culpa de empleados del ferrocarril, no es acto de que deba responder la empresa, por considerar que no queda comprendido en los asuntos que llama meramente administrativos..... Aunque en el fallo se lee que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles no puede llevar la representación pasiva de la Nación para su defensa, en casos como el presente (en que se trataba de la demanda contra la Nación por la muerte violenta de un individuo atropellado por el Ferrocarril del Pacífico, agrega el Relator), dicho concepto no implica que el Consejo no haya de representar pasivamente a la Nación cuando se trate de aquellos casos en que la mayoría de la Sala considera como 'meramente administrativos'. Habiendo propugnado el suscrito por la tesis del reconocimiento de la facultad del Consejo para representar pasivamente en juicio a la Nación, es obvio que acepta la tesis general que fija la mayoría de la Sala sobre aceptación de tal facultad, lo que parece se desprende del texto de la sentencia". . . . . 768, 1ª y 2ª

C., el dueño de una heredad haga uso de las aguas que corren naturalmente por ella, y devuelva el sobrante a su acostumbrado cauce a la salida del fundo; y b) Que el dueño de una heredad, en ejercicio también del precitado artículo, haga uso de las aguas, pero que por la conformación topográfica del terreno o por otras circunstancias, no pueda devolver el sobrante de las aguas a su acostumbrado cauce a la salida del fundo. En el primer caso, se trata de un uso regular y legal de las aguas; en el segundo, el usuario no puede beneficiarse de ellas porque ese beneficio equivaldría a una apropiación de aguas de uso público, las cuales no son susceptibles de apropiación por los particulares". (Sentencia, Sala de Casación Civil, XLVI, Nº 1932, diciembre 10 de 1937). . . . . .

ANTICRESIS

- 18 -

"La obligación del acreedor en la anticresis de conservar y mantener en buen estado el inmueble y de administrarlo para procurar frutos a fin de abonarlos a su crédito, es por su naturaleza distinta a la del mandatario, cuya prestación se limita a la diligencia y cuidado. Tal obligación constituye el correlativo del derecho de goce sobre la cosa, a diferencia del acreedor prendario, se radica en cabeza del anticrédito. De ahí el texto del artículo 2463 del C. C. que hace participar a la obligación que se analiza de la naturaleza de la prestación prevista en el artículo 1996, que es de resultado. (1). Por ello se explica que el artículo 2467 conceda la facultad al acreedor anticrético de restituír el bien raíz en cualquier tiempo para liberarse de su obligación, salvo cuando se haya estipulado lo contrario". (Casación, XLVI, número 1936, mayo 31 de 1938). 572, 1ª

(1) Véase la doctrina titulada OBLIGACIONES DE MEDIO Y OBLIGACIONES DE RESULTADO.

Págs.

APELACIONES

Recusado un Magistrado en un juicio que había subido en apelación de un auto proferido por un Juez Superior, el abogado del reo había apelado del auto del Tribunal en que se negó la recusación, y como se le negase la apelación ante la Corte, recurrió de hecho. Dijo la Corte:

"El numeral 2º, artículo 33 de la Ley 105 de 1931, atribuye a la Corte la segunda instancia de los asuntos criminales de que conocen en primera los Tribunales Superiores; pero esto no significa que cuando los Tribunales conozcan en segunda instancia de un negocio, exista en él una tercera ante la Corte respecto de las providencias que allí se dicten. Con este criterio, a la Corte vendrían por apelación todos los autos sobre pruebas, excarcelaciones, etcétera, cosa por demás inadmisible". (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLVI, número 1935, mayo 18 de 1938). 20, 2ª 447, 2ª

APELACION DEL APODERADO

- 20 -

Admitido un apoderado para promover un incidente es ilegal negarle la apelación del auto que lo resuelve, pues tiene pleno derecho para interponer el recurso. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1938, mayo 18 de 1938). 747, 2ª

APELACIONES DE LOS AUTOS DE PROCEDER

- 21 -

Se había incoado como causal de nulidad de un proceso criminal el hecho de haber concedido uno solo de los Magistrados de un Tribunal la apelación contra un auto de proceder, en vez de hacerlo toda la Sala. Dijo la Corte:

"Sobre el punto concreto de la nulidad, constante ha sido la doctrina de la Corte, reproducida en múltiples fallos, en los cuales se han propuesto los considerandos siguientes: No se diga que el artículo 35 de la Ley

104 de 1922 dejó de regir al expedirse la Ley 105 de 1931 sobre organización judicial y procedimiento civil, en cuyos artículos 82 y 84 se determina que los Tribunales conocen en Sala de Decisión de las apelaciones contra las SENTENCIAS de los Jueces Superiores y de Circuito, y a él toca proferir los AUTOS INTERLOCUTORIOS y de sustanciación y presentar el proyecto de sentencia. En primer lugar, la Ley de 1931 no provee sobre procedimiento penal, a lo que se agrega que los artículos 82 y 84 de ella son de mera organización judicial, y no constituyen normas ni regulan trámites para lo criminal. En segundo lugar, la Ley 105 de 1931 no derogó expresamente el artículo 35 de la 104 de 1922; y como esta ley versa sobre procedimiento penal, si alguna relación fuera necesario establecer entre los dos estatutos, se hallaría en el artículo 204 de la Ley de 1931, a cuyo tenor 'las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia'. Desde el punto de vista procesal, el auto que llama a juicio y el de sobreseimiento tienen la misma significación jurídica, ya que mediante uno u otro se decide en el fondo sobre el mérito del sumario; y si de conformidad con el artículo 33 de la Ley 104 de 1922, el sobreseimiento definitivo pone término al juicio y pasa en autoridad de cosa juzgada, es decir, equivale a una sentencia, no es posible aceptar que el auto de proceder, tan grave, para el sindicado y que cumple igual fenómeno de decisión, represente apenas una providencia de carácter meramente incidental. Ahora bien, si práctica constante de los Tribunales ha sido la de resolver en Sala de Decisión acerca de las consultas de los sobreseimientos definitivos, con igual o mayor razón deben aquéllos fallar también en Sala Plural las apelaciones de los autos de proceder..... Resta examinar si la irregularidad de que el auto de proceder no se haya revisado o proferido por el Tribunal en Sala de Decisión es motivo de nulidad que imponga la reposición del proceso, o sea, si debe prosperar la causal 2ª de casación invocada. Para resolver el punto afirmativamente, basta considerar que no hallándose ejecutoriado el auto de proceder, carecía el Tribunal de facultad para pronunciar sentencia definitiva; y la carencia de esta facultad implica incompetencia de jurisdicción, que es la causal de nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 264, Ley 57 de 1887. En otras palabras, falta en este juicio el auto de proceder, puesto que el dictado por el Juez A QUO fue apelado y la apelación no se resolvió en la forma legal arriba explicada". (Casación, XLVI, número 1932, noviembre 15 de 1937). ..... Págs. 72, 2ª, y 73, 1ª y 2ª

Págs.

APODERADO

- 22 -

Admitido un apoderado para promover un incidente es ilegal negarle la apelación del auto que lo resuelve, pues tiene pleno derecho para interponer el recurso. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1938, mayo 18 de 1938). 747, 2ª

APRECIACION ERRONEA DE UNA PRUEBA

- 23 -

Para que el recurso de casación pueda prosperar por apreciación errónea de una prueba es indispensable que se demuestre que ha habido una mala apreciación de determinada probanza expresando en este caso en qué consiste la equivocación, y es necesario, además, que esa mala apreciación haya dado por resultado un manifiesto o evidente error de hecho que a su vez haya determinado la violación de una regla jurídica. (Casación, XLVI, número 1932, febrero 16 de 1938). (1). 50, 2ª

(1) Concordancias: Véanse las doctrinas que contienen los números 283, tomo 1º, Jurisprudencia de la Corte, 136, 139, 145, tomo 2º, 243, 246, 247, tomo 3º.

Págs.

- 24 -

APRECIACION DE PRUEBAS

"Cuando el juzgador de instancia aplica una teoría legal cierta e incontrovertible, que no se discute (1), a hechos que él estima establecidos en la litis a través del examen y de la crítica del acervo probatorio, el cargo viable en casación es el de la violación de la ley proveniente de apreciación equivocada o ausencia de apreciación de determinada o determinadas pruebas, mas no el de quebratamiento directo, en fuerza de que, dentro de la limitada libertad con que la Corte actúa en el recurso de casación, para ella los juicios del fallador emanados de las pruebas son verdades incontrovertibles mientras no se les desvirtúe, formulando debidamente la acusación, conforme lo previene la segunda parte del primer numeral del artículo 520 del Código Judicial". (Casación, XLVI, número 1937, junio 13 de 1938) ..... 638, 1ª y 2ª

- 25 -

ASIGNACION CONDICIONAL, PURA Y SIMPLE Y CONDICIONAL Y MODAL

"Hay trascendental diferencia entre una asignación condicional y una pura y simple o entre la condicional y la modal. Esa diferencia resalta en nuestro Código Civil, del cual basta citar a este fin los siguientes artículos: el 1019, según el cual el asignatario condicional bajo condición suspensiva, aun sobreviviendo al testador, se incapacita si fallece antes de que la condición se cumpla; el 1136 que, corroborando esa alusión y anotando una de sus principales consecuencias, advierte que en tal caso ese asignatario no trasmite derecho alguno; y, de otro lado, el 1147, según el cual el modo no suspende la adquisición, de suerte que para la asignación modal sí hay lugar, en su caso, a la trasmisión establecida y reglamentada por el 1014". (Casación, XLVI, número 1937, junio 10 de 1938) 634, 1ª

- 26 -

AUTO DE EMBARGO

Véase: EMBARGO (Auto del 5 de abril de 1938, G. J., Nº 1938, 776, 1ª y 2ª).

- 27 -

AUTOS DE LA CONTRALORIA

Véase: CONTRALORIA.

- 28 -

AUTO PARA MEJOR PROVEER

El artículo 600 del Código Judicial faculta al Juez o Tribunal que va a fallar definitivamente un asunto en segunda instancia para que dicte un auto para mejor proveer con el sólo objeto de que se aclaren los puntos que juzgue oscuros o dudosos. Esa norma, simple facultad, es potestativa del fallador de segunda instancia y de que hace uso, no a solicitud de parte, sino cuando su criterio de apreciación se lo indica, pero con el fin expresado en ese artículo. Un auto para mejor proveer no es una creación de prueba, sino un medio de aclarar puntos que el juzgador estime oscuros, o dudosos. Esa norma tiene dos caracteres, potestativa y adjetiva; en cuanto adjetiva no puede influir en casación en ciertos casos. (Casación, XLVI, número 1934, marzo 31 de 1938) 282, 1ª

- 29 -

AUTO PARA MEJOR PROVEER EN CASACION CRIMINAL

La enajenación mental del reo, cuando aparece probada en las instancias, puede aducirse como fundamento de la causal 3ª de casación; pero dada la estructura legal del recurso, no es posible invalidar una

(1) Había sentado el Tribunal sentenciador la doctrina de que para declarar la nulidad de un testamento por demencia del testador es indispensable probar plenamente que en el momento mismo de testar se hallaba en ese estado, y no antes o después.

Págs.

sentencia por esta causal, con la única mira de buscar nuevos elementos de juicio por medio de auto para mejor proveer. (Casación, XLVI, número 1932, febrero 9 de 1937. ..... 82, 1ª y 2ª

- 30 -

AUTO PARA MEJOR PROVEER EN MATERIA CRIMINAL

"Es verdad que el veredicto en esta causa fue afirmativo, que resolvió así una cuestión de voluntariedad en el hecho de la muerte que Antonio Muñoz Leal dio a su esposa Inocencia Carrillo; y que la sentencia se construyó sobre este veredicto simplemente afirmativo. Aprecia sin embargo la Corte que esta cuestión de la voluntariedad, o sea, de la responsabilidad, lleva envuelta también la de la imputabilidad, y que existe en el proceso un elemento de confusión que es preciso aclarar, ya que se ha alegado el hecho de la anormalidad del delincuente, proveniente de su estado físico. El hecho aludido consiste en una mixedema en evolución que determinó un acceso de locura moral, durante el cual dio muerte a su esposa. No obsta para la Sala el que los conceptos médico-legales hubiesen sido debatidos en las audiencias y puestos por consiguiente a la disección de los jurados como elementos que debían apreciar para dar su veredicto. Y que éste fuese afirmativo. Los jurados aprecian en conciencia, según la ley. No tienen en cuenta el valor de las pruebas en la clasificación legal. Deciden según sus juicios de hombres rectos y buenos ciudadanos. Pero en tratándose de un aspecto científico atañedero, no al acto mismo sino a la integridad psíquica del agente, a la perturbación de la voluntariedad por efecto de una endemia y de una reacción glandular, los conceptos médicos, no del todo concluyentes, y diciendo el del médico-legista de Bucaramanga doctor Salvador Pérez lo siguiente: 'Dado que los síntomas observados en Muñoz tengan fundamento, se llega a la conclusión de que un individuo afectado de un estado anémico avanzado y de una mixedema en evolución, acribillado por los celos tuvo un acceso de LOCURA MORAL, durante el cual dio muerte a la esposa', surge un punto esencial sobre la responsabilidad del sindicado que está fuera del alcance del juicio de un jurado, por ser ese punto científico. Y no se diga que existen los conceptos de los médicos o reconocedores y que sobre ellos apreció el jurado el caso de la responsabilidad, porque el último concepto citado abre una duda de apreciación enteramente profesional que no puede ser resuelta sino por profesionales. La resolución de esa cuestión encamina el caso a la mala aplicación de la ley, ya que la ausencia actual, afirmativa o negativa de la cuestión no permite apreciar si el artículo 615 es el aplicable, o el 29 del Código Penal. Un auto para mejor proveer es el camino indicado para soltar la dificultad anotada, que refluye directamente sobre la apreciación de la sentencia desde el punto de vista de la causal 1ª" (Casación, XLVI, Nº 1937, agosto 27 de 1938). 668, 1ª

B

- 31 -

BALDIOS

Aunque es verdad que toda adjudicación de baldíos estaba sometida a una condición resolutoria, o sea, la de que el terreno adjudicado volvía al Estado si el adjudicatario no cultivaba dentro de cierto tiempo una parte de lo adjudicado, posteriormente el legislador dictó varias normas, que son las Leyes 71 de 1917, 85 de 1920, artículo 2º, y 52 de 1931, artículo 1º, que modificaron el concepto resolutorio de las adjudicaciones de baldíos. (Casación, XLVI, Nº 1932, diciembre 14 de 1937). 13, 1º

- 32 -

BALDIOS

Para comprobar el exceso en los baldíos adjudicados se requiere la práctica de una inspección ocular con el lleno de todas las formalida-

des legales, en la cual se pueda determinar, por medio de expertos, la cabida del terreno y la existencia del excedente. Se requiere, además, que el terreno sea identificado. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1938, junio 10 de 1938)..

- 33 -

BANCO AGRICOLA HIPOTECARIO

En juicio sobre revisión de las sentencias de excepciones y de pregón y remate en un juicio ejecutivo seguido por el Banco Agrícola Hipotecario contra uno de sus deudores, había hallado el Tribunal sentenciador comprobada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva del Banco demandado, por no haber presentado el actor la prueba de la constitución de la sociedad bancaria. Dijo la Corte, ya en casación, después de citar los artículos 465, 469, 470 y 480 del Código de Comercio, 36 de la Ley 40 de 1907, 40 y 41 de la 28 de 1931, y 104 de la 45 de 1923, lo siguiente:

"Pero las anteriores normas, prescritas en nuestro derecho de sociedades para las entidades de riguroso carácter y origen privado, que no están destinadas a desarrollar ninguna actividad relacionada con el bien público, no rezan con aquellos organismos que por su carácter público y semipúblico, de estricto origen legal y reglamentada por la misma ley, deben ser conocidas como se conocen todas las declaraciones de la voluntad soberana: real o presuntivamente. Al efecto, si es principio fundamental de nuestro derecho privado que la ignorancia de la ley no sirve de disculpa y antes bien se presume que todos los asociados deben conocerla y acatarla, no podría concluírse con rigurosa lógica jurídica que el juzgador pudiera ignorar, en un juicio sometido a su decisión, la existencia de una entidad de derecho público o de simple carácter público, porque no se hubiera evidenciado plenamente en autos su existencia. En el caso de autos, considera la Corte que el Banco Agrícola Hipotecario no es en su esencia un establecimiento bancario de carácter privado, que se rige por las disposiciones

Págs. Págs.

pertinentes del Código de Comercio y por las leyes complementarias que se han citado anteriormente. Para aceptar este extremo, se funda en los razonamientos que para ilustrarlo pasan a expresarse: El Banco
785, 1º Agrícola Hipotecario debe su exis-
y 2º tencia jurídica y su actividad económica a la Ley 68 de 1924, que ordenó su fundación y señaló el giro normal de sus operaciones y actividades. En el funcionamiento de ese organismo sigue interviniendo el legislador por medio de las Leyes 61 de 1925, 75 de 1926, 49 y 89 de 1927, 99 y 124 de 1928 y 57 de 1931. También contribuyen a evidenciar el carácter público de dicho establecimiento los estatutos que lo rigen, aprobados el 21 de abril de 1927 por el Jefe del Estado e insertos en la 'Compilación Mercantil y Bancaria', ordenada por el Senado y publicada en la Imprenta Nacional. Una de estas normas constitutivas, la Ley 49 de 1927, estatuye en sus artículos 1º y 2º, lo que pasa a transcribirse: Artículo 1º..... 'Artículo 2º.....' Resulta de lo expuesto anteriormente y del texto de las disposiciones antes copiadas lo siguiente: que la entidad demandada en este proceso nació de una ley, es decir, de una declaración de la voluntad soberana, manifestada en forma constitucional; que debe estar constituída y organizada exclusivamente con fondos públicos; que rige su actividad, operaciones y funcionamiento por medio de numerosas leyes; que sus estatutos orgánicos los expide y aprueba el órgano ejecutivo y que sus principales finalidades económicas o comerciales son desarrollar el crédito agrícola, industrial o mercantil, facilitar el desarrollo de los numerosos factores que integran la economía nacional y ampliar la órbita de acción de las fuentes naturales de nuestra riqueza privada. Todas las anteriores características, bien perfiladas y reconocidas en el derecho positivo nacional, le otorgan y le dan al Banco Agrícola Hipotecario un indudable carácter público, nacido y desarrollado por razones poderosas y fundamentales de interés público y social y con la misión de colaborar intensamente en el deber que tiene el Estado de intensificar los factores

económicos de la Nación. Y si esto es verdad y como tal viene a ser aceptada por la Corte, es claro y evidente que la entidad demandada no puede estar regida en su vida, en su existencia y en su funcionamiento por el derecho privado de sociedades y que su personalidad sustantiva, no está sometida al derecho común". (Casación, XLVI, Nº 1933, marzo 4 de 1938). . . . . .

BEBIDAS FERMENTADAS

- 34 -

"Desde la vigencia del Acto Legislativo número 1 de 1921, hasta el Código fundamental actual, 'la ley podrá restringir la producción y el consumo de las bebidas embriagantes'. Conforme a tal precepto, la fabricación de bebidas fermentadas quedó sujeta a la voluntad soberana del Legislador, quien puede, en esta materia, dictar las normas restrictivas que le parezcan convenientes para los fines indicados. Primeramente, la Ley 12 de 1923 ordenó a las asambleas que restringieran la producción, venta y consumo de fermentadas. Después tal ley fue derogada por la 88 del mismo año, la cual dispuso que las Asambleas gravaran con impuesto de consumo las fermentadas; y las facultó también para que prohibieran la producción de ellas. Vino luégo la Ley 88 de 1928, la que en su artículo 14 dio autorización a dichas corporaciones para sustituír el impuesto por el monopolio de aquellas bebidas 'sobre la base de la fabricación oficial de ellas". La Ley 47 de 1930 no modificó, respecto de esto último, la legislación, y prescribió lo que va a verse: 'Las rentas de licores y bebidas fermentadas serán administradas directamente por los Departamentos, no pudiendo éstos establecer el sistema de remates, ya se trate de las rentas mismas o de la elaboración de licores y bebidas fermentadas, donde exista el monopolio de las últimas'. Prescribió en su artículo 2º que quedan con fuerza obligatoria los preceptos que entrañasen 'una cuestión no debatida de salubridad pública como los artículos 6º modificado por el 3º de la Ley 34 de 1925; 7º, 11 y 16 de la Ley 88 de 1923, y las establecidas en los artículos 15, 18 y 20 de la Ley 88 de 1928....' Adscribió el cumplimiento de estas disposiciones a las autoridades nacionales, departamentales y municipales. Estando dentro de las cuestiones no debatidas de salubridad pública lo referente a la prohibición de fabricar fermentadas que contengan ptomaínas y carezcan de las condiciones señaladas por la Dirección General de Higiene, y haciendo la ley responsables, entre otras, a las autoridades departamentales en la observancia de estos preceptos, es forzoso afirmar que las medidas conducentes a dar cumplimiento a estas normas legales corresponden al Gobernador como Jefe de la acción administrativa departamental..... El inciso 1º de la Ley 47 de 1930, que el Congreso aprobó tal como fue presentada por el señor Ministro de Hacienda, dice: 'Las disposiciones sobre la lucha antialcohólica de que tratan las Leyes 88 de 1923 y 88 de 1928 quedarán desde la vigencia de la presente ley como facultad de los Departamentos para desarrollar la campaña antialcohólica en sus respectivos territorios.....' Tratándose de fermentadas, la ley ha impuesto restricciones, siendo una de ellas la que prescribe la administración directa de esta renta, y, por consiguiente, la prohibición de delegar dicha administración (artículo 2º de la Ley 47 de 1930". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1936, mayo 2 de 1938). (1). . . . . 582, 2ª etc.

Págs. 141, 1º y 2ª

Págs.

BENEFICIO DE EXCUSION

- 35 -

"Para gozar un fiador de dicho beneficio es necesario que no se haya obligado solidariamente". (Casación, XLVI, Nº 1935, mayo 9 de 1938). . . . 415, 1ª

(1) En esa sentencia salvó su voto el Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán.

Págs.

C

CADUCIDAD ADMINISTRATIVA

- 36 -

"La caducidad es un medio estrictamente jurídico que el derecho administrativo concede a la entidad de derecho público, y tiene por objeto poner fin a las convenciones cuando el contratista o concesionario incurra en incumplimiento de importancia. Cuando la entidad administrativa considera prudente hacer uso de ese derecho, pone fin a la convención, sin que valga otro procedimiento que la derogatoria de la resolución de caducidad, o que ésta se anule por autoridad competente cuando la nulidad se solicite dentro del término legal. Pero no puede el Gobierno aclarar su resolución en el sentido de que la caducidad sólo se refiere a una parte de la cláusula de un contrato cuando éste constituya una sola y única entidad. Proceder de otro modo, es modificar el contrato, si no es que ese procedimiento constituye una novación. Y es principio de Derecho Administrativo que la administración no puede por su solo arbitrio, sin la anuencia de la otra parte, novar el contrato o modificarlo". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1936, mayo 2 de 1938) 590, 2ª

CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

- 37 -

Véase lo que sobre ese punto contiene la doctrina titulada CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS CIVILES. (Sentencia, Sala Plena en lo Civil, XLVI, número 1935, mayo 9 de 1938) ..... 479 y siguientes

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

- 38 -

"En dos casos es factible el cambio de radicación de procesos de competencia de los Jueces Superiores: cuando la medida es indicada para la recta administración de justicia, o cuando el sindicado o procesado padezca de enfermedad grave, debidamente comprobada, que exige cambio de residencia. En cualquiera de estos dos eventos, requiérese el concepto previo de la Corte, que lo basa en los comprobantes presentados con la respectiva solicitud dirigida al Gobierno..... Para que exista una atmósfera adversa al sindicado o procesado, que pueda turbar el criterio de los juzgadores, es menester que aparezca no sólo la conmoción producida por el hecho sino también la prueba indicativa de un ambiente perturbador que quite la libertad de decisión a los jueces." (Acuerdo, Sala de Casación en lo Criminal, XLVI, Nº 1932, 15 de febrero de 1938) .... 69, 1ª y 70, 2ª

CASACION

- 39 -

Si el recurrente en casación, en vez de citar el motivo segundo de casación señalado por el artículo 520 del C. J., citó el primero, no puede decirse que por esa equivocación no pueda admitírsele el cargo, porque el juzgador, si entiende su misión en conciencia, a que eficaz y expresamente concurre el artículo 472 del C. J., no puede desoír un cargo por la sola circunstancia de no habérsele denominado bien o de no haberse ubicado, por decirlo así, en el preciso numeral que le corresponde, si, por otra parte, al considerarlo en sí mismo y en sus fundamentos, lo encuentra justificado. (Casación, XLVI, número 1934, abril 26 de 1938). (1). 318, 1ª

CASACION

- 40 -

Hallando la Corte que es casable la sentencia recurrida y observando, sin embargo, que al casarla llegaría

(1) Concordancia: Cita la Corte la sentencia del 29 de octubre de 1937 que sienta igual doctrina...

Págs.

a la misma resolución del Tribunal sentenciador, la técnica de casación exige en ese caso que no se case la sentencia, pues la misión de la Corte queda llenada con rectificar la doctrina del sentenciador de instancia y restablecer la recta aplicación de los textos violados. En ese caso no es jurídico condenar en costas. (Casación, XLVI, Nº 1936, mayo 30 de 1938). . . . . .

CASACION

- 41 -

"No siempre que deja de casarse una sentencia significa esto que la Corte comparta o acepte las bases en que aquélla está fundada, porque puede suceder que ello provenga de no incidir las acusaciones hechas contra el fallo en sus fundamentos. La Corte no puede entonces tocarlos, porque en casación se estudian los motivos tales como han sido expuestos por el recurrente". (Casación, XLVI, Nº 1935, mayo 13 de 1938)...

CASACION

- 42 -

"Las causales de casacion deben perseguir el fin práctico de desquiciar fundamentalmente los soportes del fallo del inferior, y no meramente el de suscitar discusiones académicas al rededor de consideraciones incidentales del sentenciador, sin repercusión alguna en la solución que éste le diera concretamente a las cuestiones planteadas en la demanda". (Casación, XLVI, Nº 1934, marzo 21 de 1938). . . . . .

CASACION

- 43 -

Cuando se acusa una sentencia por error debe citar el recurrente la disposición sustantiva violada a consecuencia de ese presunto error y exponer el concepto claro y preciso que lleve al ánimo de la Corte a entender que se violaron determinadas disposiciones de carácter sustantivo. (Casación, XLVI, Nº 1934, marzo 28 de 1938). . . . . .

Págs.

263, 1ª

CASACION

- 44 -

557, 2ª, 558, 1º "La Corte, en tesis general, tiene en casación dos misiones que cumplir: 1ª El estudio de la sentencia acusada para examinar si se ajusta o no a la ley y esa que es su misión principal, es más que todo doctrinaria, encaminada, como objetivo primordial a unificar la jurisprudencia; 2ª Cuando se casa una sentencia y se ha cumplido ya por parte de la Corte el primero y principal objetivo de que se ha hecho mérito, queda entonces sustituyendo al Tribunal que dictó la sentencia y con las mismas facultades de éste cumple su misión de deducir el derecho con los factores procesales y en interés de las partes litigantes en 440, 1º el juicio. Este último extremo tiene una limitación, la cual consiste en que cuando no hay sino un solo recurrente y éste ha sido condenado por el Tribunal, la Corte al sustituír al Tribunal no puede deducir, aunque en el proceso haya factores para ello, una condenación más onerosa que la hecha por el Tribunal, porque el principio consagrado por el artículo 494 del C. J. es aplicable, a juicio de la Corte, en el recurso de casación. La facultad de la Corte como falladora de instancia la lleva necesariamente al estudio del proceso, con el fin de examinar si en éste hay o no base legal para la condenación o la absolución; la motivación de una sentencia, con- 258, 2ª siderada en casación como injurídica, no lleva siempre a la infirmación del fallo recurrido, si al entrar en instancia la Corte previo el estudio de los factores procesales, encuentra que hay en ellos un motivo legal para sostener el fallo recurrido, y en ese caso se corrige el concepto, se enmienda la doctrina, pero no se infirma o casa el fallo que se apoya en el motivo o motivos que la Corte encontró en los autos, como Tribunal de instancia. Esta ha sido la doctrina de la Corte".

Págs.

(1). (Casación, XLVI, Nº 1934, marzo 14 de 1938). . . . . 229, 2ª, y 230, 1ª

CASACION

- 45 -

Cuando hallando la Corte que debe casarse una sentencia se observa, sin embargo, que en la de instancia que habría de pronunciarse entonces se llegaría a la misma rseolución del Tribunal, no es procedente casar la sentencia recurrida para reponer el fallo casado con resolución igual, pues los fines que al recurso de casación asigna el artículo 519 del Código Judicial quedan satisfechos con la exposición que en la parte motiva de su propia sentencia hace la Corte de lo que en su entender es la doctrina acertada sobre los temas debatidos en el respectivo pleito. Y cuando tal sucede, aunque no se pronuncia casación, no se condena en costas, aplicándose la disposición del artículo 757 del C. J. en su numeral 2º (Casación, XLVI, número 1934, marzo 14 de 1938). 217, 2ª

CASACION

- 46 -

"La casación requiere, cuando se invoca el motivo 1º del artículo 520, que la sentencia recurrida sea violatoria de ley sustantiva; mejor dicho, la causal establecida allí por el legislador es la violación de ley de esta precisa calidad; y si atiende expresamente al evento de que a tal violación se llegue por la senda de una apreciación errónea de pruebas, no por eso deja de exigir aquella violación, no por eso deja de ser la violación de ley sustantiva el motivo preciso de casación de ese numeral 1º, el cual, por otra parte, no se olvida de que hay otros caminos por los cuales puede llegarse a esa violación, la que, por uno u otro de todos ellos, ha de ser, repítase, DE LEY SUSTANTIVA. Una demanda de casación limitada a acusar por dicho error, aun en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esa limitación signifique abstención de formular el cargo procedente, que es, al tenor clarísimo de ese numeral 1º, el de violación de ley sustantiva. Recurrente que acusa por error y que, aun demostrándolo, no pasa adelante, se queda por decirlo así en el umbral, sin traspasar la puerta de entrada al recurso mismo, la que con esa demostración apenas ha abierto. El recurso, cuando el punto de partida es el referido de error, es una cadena formada por estos eslabones: a) el error y su demostración, b) la consiguiente violación de ley sustantiva detallada como manda el artículo 531 del C. J., c) incidencia del cargo sobre la parte resolutiva de la sentencia. — a) Cuando, siendo aceptable la prueba de testigos, hay dos o más declaraciones legalmente satisfactorias que establecen cierto hecho y el Tribunal no las toma en cuenta, o desconoce que efectivamente lo establecen, o las rechaza exigiendo prueba distinta que la ley no requiere, es procedente acusar por error, así: si lo primero, porque se deja de apreciar una prueba que debe apreciarse; si lo segundo, porque se yerra manifiestamente de hecho en su apreciación; si lo tercero, porque se yerra en ésta de derecho, en cuanto se desoyen las disposiciones legales reglamentarias de la prueba de testigos y de su estimación y alcance, disposiciones cuya cita, que contribuye a dar luz cuando se la hace, no es necesaria y cuyo quebrantamiento, cíteselas o no, es lo que constituye cabalmente ese error de derecho en su apreciación. Si quien vendió una casa demanda la resolución de la compraventa porque el comprador faltó al pago del precio y el Tribunal decreta la resolución a

(1) Concordancia: Igual doctrina sentó la Corte en la sentencia de la misma fecha, mes y año, publicada en el mismo número de la **Gaceta Judicial**, página 217. Está expuesta esta doctrina en los razonamientos de instancia hechos por la Corte. Salvaron su voto a esa sentencia los Magistrados Hernán Salamanca y Arturo Tapias Pilonieta, manifestando, en síntesis, que la mayoría de la Sala había excedido el poder de corrección que corresponde a la Corte como Tribunal de Casación.

pesar de haber confesado el vendedor demandante que lo recibió íntegramente, procede el cargo de error en la apreciación de esta prueba, sea que la sentencia pasó por alto tal confesión, sea porque desconoce que demuestra el pago, sea porque se niegue a aceptarla no dando las leyes asidero a esta negativa, y así el Tribunal o ha dejado de apreciar la prueba o ha errado manifiestamente de hecho en su apreciación o ha errado en ésta de derecho con quebrantamiento de las disposiciones procedimentales a que se acaba de aludir. b) Acusación por la consiguiente violación de ley sustantiva. Siguiendo el ejemplo anterior, una vez formulado el cargo de error en una o más de sus formas discriminadas y una vez demostrado, se acusará por violación del artículo 1930 del C. C., en razón de haberlo aplicado sin ser el caso. Adviértese una vez más que en este cargo de violación de ley sustantiva está el meollo del recurso, en él consiste el recurso. c) Ocasiones hay en que, aun llenados esos requisitos satifactoriamente por lo que hace a la formulación y demostración del cargo, no prospera éste, es decir, la sentencia recurrida no se casa. Así sucede cuando de ello no se deduce alteración para su parte resolutiva, en cuanto no obstante todo eso, haya de seguir en pie la solución pronunciada por el Tribunal, que es lo que acontece cuando ésta queda suficientemente sostenida por los restantes soportes en que descansa o las restantes razones que la han determinado. Frecuentes son los fallos de la Corte en este sentido. Si ella ha de llegar a la misma conclusión, aunque su sentencia sea distinta, en lo motivo, de la recurrida, ésta no tiene por qué romperse, no sólo porque con la exposición que haga la Corte en la parte motiva de su sentencia queda llenada la finalidad jurisprudencial que al recurso de casación asigna la ley (C. J., artículo 519), sino también porque el agravio de la parte recurrente, a que expresamente miraban anteriores disposiciones legales, y que es el que le da el interés jurídico indispensable para recurrir, no se ha causado con el error y la violación antedichos, siendo así que, aun corregido ha de seguir igual a la solución de la controversia". (Casación, XLVI, número 1934, octubre 29 de 1937).

Págs. 205, 2ª, y 206, 1ª y 2ª

CASACION EN LO CRIMINAL

- 47 -

"La sentencia puede ser violatoria de la ley penal: o por una mala interpretación del artículo del Código, o por un error proveniente de la aplicación de una disposición cuando la pertinente es otra. En el primer caso, genéricamente considerado, el artículo responde a la sanción; pero específicamente el artículo está sujeto a una confrontación con las varias circunstancias previstas en él. La resultante para el juzgador es la determinación de cuáles, de esas circunstancias, la esencial para encuadrar el caso entre los varios contemplados por el artículo. Ahí cabe entonces el error en la interpretación de la ley. El artículo 600 del Código Penal, en su primera parte, y en relación con el 587 del mismo, es una muestra entre otras, de disposiciones legales susceptibles de interpretaciones erróneas que pueden dar lugar a impugnación de la sentencia por violación de la ley penal. Pero como ya se dijo, extractando de la causal primera su otro aspecto, el error puede provenir, en la sentencia, de la indebida aplicación de la ley. Ocurre ésta cuando se aplica una disposición y la pertinente es otra. En tratándose del homicidio inculpable puede acontecer que el aplicable sea el artículo 591 cuando la sentencia aplicó, por ejemplo, el 602, o cuando aplicó el 600, y del análisis del proceso, cuyo remate es la sentencia, considerada vulnerable por la causal 1ª, la disposición aplicable era la del artículo 29 del Código Penal. La jurisprudencia en tratándose de casación se encamina a la vitalidad de los textos escritos, a la defensa de la ley penal en su integridad, más no en la expresión literal del texto escrito sino en su proyección a cada caso singularizado, con el objeto de que la disposición penal se aplique dentro del espíritu de la misma ley que es 'mandar, prohibir, permitir o castigar' (artículo 4º, Código

Civil) y dentro del castigo que es la esfera del Código Penal, aplicarlo al delito, acto humano que para ser punible requiere voluntad y malicia en su ejecución. Una sentencia penal, que es el ápice de un proceso, es casable por varios motivos determinados por la ley, pero en definitiva todos ellos confluyen a la violación de la ley penal, ya en su procedimiento, ya en lo sustancial.

De ahí que la causal primera pueda considerarse como el resumen en que inciden todas las demás causales de casación. Son varios sus aspectos, pero la causal 1ª sintetiza los motivos de casación, pues las otras son modalidades de la violación de la ley penal, cuya resolución favorable tiende a la aplicación de la ley penal sustantiva mediante enmiendas en el procedimiento que retrotrae el estado de los procesos para obtener un nuevo fallo que aplique la ley en justicia". (Casación, XLVI, Nº 1937, agosto 27 de 1938) ..... 667, 1ª y 2ª

CASACION DE SENTENCIAS APROBATORIAS DE PARTICION

- 48 -

Al someter la ley a casación las sentencias aprobatorias de partición en juicios de sucesión puede entrar la Corte en el estudio no solamente de la partición rehecha sino de los anteriores trabajos de partición, así estén ejecutoriadas las respectivas providencias anteriores improbatorias de la partición, las cuales no son sentencias definitivas. (Casación, XLVI, Nº 1934, abril 8 de 1938) 291, 1ª

CASACION EN LO CRIMINAL

- 49 -

No es pertinente para fundar la causal 3ª de casación—error en cuanto a la prueba del cuerpo del delito- el argumento de que además del reo otra persona participó en la ejecución del delito, porque, aun aceptando que ello ocurrió así, no por eso dejaría de tener responsabilidad el procesado recurrente, ni tal cuestión afectaría la prueba del cuerpo del delito. (Casación, XLVI, Nº 1934, marzo 28 de 1938) 338, 2ª

CERTIFICADO DEL SUPERINTENDENTE BANCARIO

- 50 -

El certificado del Superintendente Bancario constituye una prueba documental pertinente para demostrar en juicio la personalidad adjetiva del Banco demandado, pues así lo reconoce el artículo 104 de la ley 45 de 1923. "Pero como puede alegarse la circunstancia de que ese certificado no fue presentado durante el término probatorio ni se ordenó poner en conocimiento de las partes, vale decir que su exhibición en autos fue extemporánea, locución que en el sentido estrictamente académico significa fuera de tiempo oportuno, conviene determinar el mérito que deba asignarse a ese documento. Se trata de un documento expedido por una autoridad pública en ejercicio de sus funciones y con el carácter de tal extiende dicho certificado, destinado por ley a comprobar la representación del gerente del banco demandado y su existencia legal. Contra esta clase de documentos sólo podría ser admisible la tacha de falsedad debidamente demostrada y esta tacha podría oponerse en cualquier estado de la causa. Siendo esto así, esos elementos legales demostrativos que no constituyen propiamente pruebas de la acción intentada, ni van encaminadas a establecerla, pueden ser presentados en cualquier estado de la causa, cuando las partes o el juez adviertan su ausencia en el proceso". (Casación, XLVI, número 1933, marzo 4 de 1938) (1) ..... 141, 2ª y 142, 1ª

(1) Lo referente al carácter público del Banco Agrícola Hipotecario véase en la doctrina titulada **Banco Agrícola Hipotecario.**

Págs.

COADYUVACION EN EL PLEITO

- 51 -

El artículo 233 del Código Judicial reconoce la figura procedimental denominada por los expositores **intervención voluntaria adhesiva (ad adyuvandum, intervención accesoria)**, el cúal establece que todo aquel a quien conforme a la ley pueda aprovechar o perjudicar una sentencia, tiene derecho a intervenir en el juicio, coadyuvando o defendiendo la causa que le interese. El interviniente adhesivo interviene en el pleito para ayuda de una parte. Por esto, cuanto hace en el pleito es hecho por un derecho ajeno, pero no es representante de la parte, precisamente porque ésta es ya parte en el pleito. La ley no pone otra condición a esta intervención que el interés en el pleito y la jurisprudencia estima que éste puede ser un interés de mero hecho, como es el del notario en la querella civil sobre falsedad de un acto suyo, o con más evidencia cuando media un interés de derecho, esto es, cuando la relación jurídica en la cual el interviniente se halla con la parte ayudada, tiene un nexo con el objeto del pleito. La intervención adhesiva puede presentar dos formas: **litisconsorcial**, cuando el interviniente se halla en relación con el adversario, de tal naturaleza o en forma que la decisión del proceso tenga influencia también sobre él (como el comprador en el pleito contra el vendedor), y entonces el interviniente tiene autonomía y capacidad de litisconsorte; y **simple**, cuando el interviniente se encuentra en relación jurídica con la parte adyuvada y no con el adversario, de tal manera que el resultado desfavorable del pleito haría más difícil la defensa de su derecho (como si el comprador interviene en el pleito del vendedor). En este caso, que es el contemplado en este recurso, el interviniente adhesivo no puede desarrollar en el litigio sino una actividad coordinada con la parte de la cual es propiamente accesorio, y en ningún caso asumir su sitio principal o aspirar a sobrevivirla procedimentalmente. Estos principios que Chiovenda expone en su tratado sobre derecho procesal civil, son los mismos que informan nuestras normas de procedimiento y los mismos adoptados por la jurisprudencia de la Corte, según puede verse en la compilación de sus doctrinas. (Casación, XLVI, Nº 1934, marzo 29 de 1938) ..... 267, 1ª y 2ª

Págs.

COMPETENCIA

-52 -

Cuando el Decreto número 1315 de 1936, que se refiere a la competencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte para conocer de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios ejecutivos cuya acción principal sea o exceda de quinientos pesos, habla de acción principal, quiso contraponer ésta a la acción accesoria. Ese Decreto tuvo por fin dar facilidades a los deudores del Fisco, para que pudieran defenderse ante los Tribunales y no tuvieran siempre que acudir a la Corte. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIV, Nº 1935, abril 30 de 1938) ... 449, 2ª

COMPETENCIA DE LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE POR RAZON DE CUANTIAS

- 53 -

La Sala de Negocios Generales de la Corte no conoce de los incidentes de excepciones y tercerías en los juicios ejecutivos sino cuando su cuantía es de quinientos pesos o cuando excede de este valor. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1933, febrero 21 de 1938) (1) ..... 176, 1ª y 2ª

---

(1) (Artículo 10 del Decreto Nº 1315 de 1936).

Págs.

COMPETENCIA NEGATIVA

- 54 -

Cuando se promueve una competencia y el funcionario a quien se la promueve la acepta, éste debe expresar las razones de su aceptación o de su insistencia, de conformidad con los artículos 424 y 425 del Código Judicial. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLVI, número 1933, marzo 16 de 1938) ..... 152, 1ª y 2ª

COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LAS EXCEPCIONES EN JUICIOS SOBRE RECAUDO DE IMPUESTOS

- 55 -

En un juicio ejecutivo en que se hacía efectivo el pago de un impuesto afirmaba el Procurador que la Corte carece de jurisdicción para conocer de las excepciones, muy en especial porque al contribuyente le concede la ley sobre impuestos el recurso de reclamar ante lo Contencioso-Administrativo de los actos de la Administración en que se le deducen los impuestos. La Corte sostiene la doctrina ya sustentada por ella en varias decisiones, de que sí es competente para avocar el conocimiento de excepciones basadas en errores de cuenta de carácter sustantivo, o sea, cuando el reconocimiento que sirve de recaudo ejecutivo se ha formado con claras violaciones de la ley, por la razón de que los actos administrativos de esa clase vulneran los derechos de los particulares y arrojan sobre una persona un mayor gravamen que el que corresponde a la mayoría de los ciudadanos. El reconocimiento que ha de servir de título ejecutivo, como toods los de su clase, es un acto administrativo que debe estar de acuerdo con la ley, puesto que toda orden administrativa debe basarse en las leyes y en los reglamentos de la Administración; o sea: todo acto administrativo tiene que ejecutarse de la manera dispuesta en las normas legales, tanto cuando el procedimiento señalado se encamina a proteger los derechos del Estado como cuando

Págs

van a amparar los de los particulares. En el caso de un reconocimiento, emanado de la evaluación de la riqueza imponible, el procedimiento que se siga para su formación debe estar puntualizado con los mayores pormenores, y basado en pruebas ciertas y eficaces, para que al servir de título ejecutivo lleve expresadas en sí las condiciones de claridad (en el concepto de relación jurrídica, esto es, de vínculo entre el sujeto titular del derecho y el sujeto obligado), y exigibilidad, como lo determina nuestra ley procesal. En primer lugar, si esas condiciones no existen, por extralimitación de parte del órgano de la Administración, se establece lo que los autores llaman la INTERVENCION JUDICIAL, que la ejercen entre nosotros los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, primeramente en interés del individuo para la protección de sus derechos; pero que subsidiariamente puede utilizarse también para la protección del servicio. Gracias a ella, los particulares pueden impedir que la Administración viole sus derechos y aplique torcidamente el Derecho Administrativo. Pero, en segundo lugar, dentro de nuestro derecho positivo, las leyes de impuestos señalan a los contribuyentes otro camino, no ya directo para atacar el acto administrativo irregular, sino uno indirecto, consistente en excepcionar en el juicio ejecutivo que se les adelante por medio de la jurisdicción coactiva. En estos artículos de excepciones, cuyo conocimiento corresponde a la justicia ordinaria, se establece un medio para asegurarse de que la Administración ha obrado en los casos y del modo que prescribe la ley, a fin de impedir excesos de celo de ella con detrimento de los derechos privados. Esta Sala, en fallo de 9 de diciembre de 1937, de que fue ponente el magistrado doctor Cardoso Gaitán (GACETA JUDICIAL, número 1930, pág. 912), dijo: 'En esta clase de actuaciones, la ley establece dos vías jurisdiccionales para que el particular interesado pueda hacer sus derechos que estime conculcados: el trámite contencioso-administrativo y la jurisdicción ordinaria. Con frecuencia este hecho genera situaciones un tanto confusas en lo tocante a la competencia

Págs.

que para conocer en un determinado caso tengan las dos jurisdicciones y surge el problema de saber hasta qué punto puede actuar la justicia ordinaria sobre negocios ya decididos por los tribunales administrativos. Obedecen estos fenómenos posiblemente a que la innovación establecida en la costumbre jurídica del país por la creación de estos últimos no ha sido suficientemente estudiada por la doctrina y la jurisprudencia. Y algunas disposiciones sobre procedimiento, basadas no en un criterio científico sino en mero casuismo legal, contribuyen a hacer más complejo el problema. En tratándose de los juicios ejecutivos, si bien es cierto que algunos preceptos establecen que los tribunales administrativos son competentes para determinar la legalidad de las resoluciones de las autoridades fiscales sobre multas, impuestos y alcances, el Código de procedimiento civil atribuye a la justicia ordinaria el conocimiento de los incidentes de excepciones y de las apelaciones que en estos juicios especiales se presentan, y comprendiendo la noción legal de excepción un contenido general tal lato como el de 'todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió', se ve como es difícil la solución de estos conflictos dentro del terreno de la legalidad. 'Para la interpretación de estos textos conviene adoptar un criterio jurídico y práctico a la vez. Es indudable que dentro del actual sistema legal se presentan para el particular interesado dos vías de defensa para revisión o declaratoria de inexistencia de los recaudos fiscales que él considere se le exigen indebidamente. Con anterioridad al cobro ejecutivo, el particular puede acudir a los tribunales administrativos, a fin de obtener la revisión de la respectiva providencia de las autoridades fiscales. Sobre los mismos puntos materia de la decisión de aquéllos no puede el particular proponer excepciones en el juicio que como consecuencia de la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se le siga por los funcionarios recaudadores, pues ello implicaría una manifiesta violación del artículo 93 de la ley orgánica de lo contencioso-administrativo (130 de 1913), ya que esta disposición establece que las sentencias definitivas proferidas por tales tribunales no están sujetas a revisión por parte de la justicia ordinaria. Pero si el particular interesado no hizo uso del trámite administrativo, bien puede, en cuanto ello no choque con las atribuciones privativas de las oficinas fiscales, ejercitar ante la jurisdicción común, con posteriodad a la iniciación del juicio ejecutivo, los medios de defensa que sean conducentes'. Dentro de estos conceptos, no puede haber un conflicto de competencias, porque la justicia ordinaria no invade así la esfera de la competencia de la Administración o de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo. Comprende la Corte fácilmente que el sistema de estos tribunales se basa capitalmente en el principio de la independencia de la Administración respecto de la acción de los Tribunales ordinarios; pero no puede olvidar por eso que la ley le ha atribuído una competencia para apreciar los actos de la Administración de Hacienda o de los Recaudadores de impuestos cuando estas entidades se hayan extralimitado en el ejercicio de la evaluación del patrimonio imponible, para reformar esos actos si la extralimitación envuelve una clara violación de la ley. Evidente es que de conformidad con nuestras leyes de impuestos, los particulares pueden reclamar de los actos de la Administración ante los Tribunales Administrativos. En este caso, desde el punto de vista administrativo, no habría remedio legal para reparar el error e injusticia de la Administración, porque, si se ha llevado a efecto el juicio administrativo, el fallo proferido en él constituye cosa juzgada, que sería, por tanto, intocable. Pero desde el punto de vista judicial, la solución es otra, y no sería posible sustraer el caso en cuestión a la competencia del Poder Judicial cuya función específica es exactamente la de restablecer las relaciones de derecho violadas por la Administración y aseguradas por la Constitución, por las leyes o por las convenciones perfectas y acabadas. El artículo 1060 del Código Judicial autoriza a los tribunales ordinarios

Págs.

Págs

para conocer de las excepciones en el juicio ejecutivo que se adelante por jurisdicción coactiva: esto es, autoriza al Poder Judicial para penetrar en el campo de las cuestiones de origen fiscal, especialmente cuando la dafensa del derecho es la resultante de las exigencias ilegales del fisco. Mientras estén vigentes los artículos 36 (ordinal 5º) y 1060 del Código Judicial, la justicia ordinaria tendrá campo para conocer de las excepciones mencionadas, principalmente (como en el caso de la especie contemplada en este fallo), cuando el RECONOCIMIENTO ha sido formado con violación clara de la ley .... Si los Recaudadores o Administradores de Hacienda Nacional cumplieran la ley ..... la Corte no entraría a conocer de excepciones fundadas en errores de cuenta. Pero mientras ello no se verifique, las ilegalidades manifiestas son bastantes para dar facultad a la justicia ordinaria para conocer de dichas excepciones". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1934, marzo 30 de 1938). ..... 370, 1ª y 2ª, 371, 1ª y 2ª, y 372, 1ª

CONCESION

- 56 -

Véase lo que sobre ese punto contiene la doctina titulada Contratos administrativos y contratos civiles. (Sentencia, Sala Plena en lo Civil, XLVI, Nº 1935, mayo 9 de 1938) .... 479, y sigtes.

CONDICION RESOLUTORIA

- 57 -

El artículo 1548 del Código Civil exige que la condición conste en el título respectivo, englobándose en este vocablo **condición** tanto lo que es tal jurídicamente como lo que constituye una causa legal resolutoria. (Casación, XLVI, número 1938, julio 15 de 1938) 725, 1ª

Págs.

CONTRALORIA

- 58 -

Los autos de la Contraloría, que contengan multas o alcances, deben notificarse personalmente al responsable, de conformidad con el artículo 1º de la Resolución número 86 de 1928, para que presten mérito ejecutivo. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1933, marzo 3 de 1938) ..... 181, 1ª y 2ª

CONTRATOS

- 59 -

Bajo nuestro régimen jurídico, la ley reglamenta ciertos tipos de contratos, lo cual no impide al tráfico moverse dentro de especies de convenciones distintas que satisfagan necesidades presentes no previstas por el legislador, debido a que él, que obtiene sus materiales del pasado, se halla a menudo en retardo con respecto de los hechos económicos. Las relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contratos, se aprecian por analogía del tipo contractual afin al punto de vista jurídico pertinente, o por los principios generales del derecho de las obligaciones y contratos, y, a título complementario, por el arbitrio judicial. Bien entendido que estos criterios no han de violentar la voluntad libremente configurada de las partes dentro de los amplios límites a ella trazados por el legislador. Procede observar que no pueden aplicarse en absoluto y sin excepción las reglas establecidas para un tipo determinado de contrato, cuando el que se celebró, no obstante corresponder en lo general a ese tipo, exija un trato divergente, debido a su fin especial, articulado en la convención misma. Se reitera jurisprudencia, según la cual (con prescindencia de los contratos SUI GENERIS o atípicos, esto es, aquellas convenciones cuyo contenido es tan particular que no puedan asimilarse a ninguno de los contratos tipos), la combinación de diferentes tipos de contrato o de prestaciones correspondientes a diversos contratos tipos, se

Págs.

presentan en estas formas: 1ª Uniones de contratos; 2ª Contratos mixtos; y 3ª Contratos típicos con prestaciones de otra especie. Las uniones de contratos se subdividen a su turno en tres especies: a) Unión simplemente externa. Los distintos contratos tipos, independientes unos de otros, aparecen unidos externamente sin que haya subordinación de los unos respecto de los otros. Por ejemplo, en una misma escritura pública concluyen las dos partes un contrato de compraventa de una cosa y de arrendamiento de otra. Esta unión no incide sobre la apreciación de las respectivas convenciones, cada una de las cuales sigue las pautas legales que le son propias. b) Unión con dependencia unilateral o bilateral. Los distintos contratos tipos que aparecen unidos exteriormente son queridos como un todo. Se establece entre ellos, por las partes, una recíproca dependencia en el sentido de que el uno o los unos dependan del otro o de los otros, pero no al contrario. Tal intención de los contratantes debe aparecer expresa o tácita. En este último caso, ella puede resultar de las relaciones económicas que medien entre las diferentes prestaciones. Por ejemplo, vendes una maquinaria para beneficiar el café y al mismo tiempo, mediante una suma, te obligas a su montaje. Salvo para los efectos de la validez y de la revocación, en los cuales la del uno implica también la del otro, se juzga por las normas del tipo a que se ajustan. c) Unión alternativa. Una condición enlaza los distintos contratos en forma que si el suceso positivo no acaece o acaece el negativo, se entienda concluído uno u otro contrato. Por ejemplo, compras un cafetal si para la cosecha que se beneficiará dentro de un mes el precio del grano se sostiene, y en caso contrario, lo tomas en arrendamiento por un año. En este supuesto, existe solamente aquel de los contratos que, desenvuelta la condición, las partes desearon y, por lo tanto, decide el derecho propio del contrato que ello determinó. Los contratos mixtos se subdividen igualmente en tres especies: a) Los gemelos o combinados. En esta hipótesis, una de las partes se obliga a una contraprestación unitaria a cambio de varias obligaciones

Págs.

principales que corresponden a distintos tipos de contratos contraídos por la otra parte. Aquí no se da el fenómeno de los contratos unidos entre sí. Sólo se trata de dos o más tipos de contratos mezclados. Su peculiaridad estriba, por lo tanto, en que no pueden distinguirse sino por las obligaciones de uno de los contratantes exclusivamente. El ejemplo clásico entre nosotros se encuentra en el contrato que las empresas de navegación fluvial tienen establecido para el transporte en sus buques de personas por el río Magdalena. Este se revela como un contrato de obra combinado al del arrendamiento del camarote. Respecto de los alimentos no existe la compraventa de ellos sino en el supuesto de que su suministro se ajustara como una prestación accesoria. Semejante clase de convenciones se trata por el tipo correlativo de contrato para las prestaciones principales en lo que se refiere únicamente a éstas. Cuando una disposición legal propia de una sola de las prestaciones combinadas debe afectar a la contraprestación única, solamente se aplica a ésta en proporción al valor de ambas prestaciones principales. Sin embargo de lo dicho, depende de la relación económica que enlace las distintas obligaciones del contrato gemelo el ser procedente decretar la extinción total de éste por una de las causas legales previstas para cualquiera de los contratos tipos allí combinados. De lo contrario, será pertinente la extinción de la parte del contrato correlativo. b) Contratos mixtos en sentido estricto en donde se da un elemento que corresponde a un contrato de otro tipo. Por ejemplo, la donación que te quiero hacer vendiéndote la cosa por menos de su valor. Estos contratos no deben desarticularse en dos partes, como si se tratase de contratos unidos, cuando los mismos contrayentes no los han distinguido. Por consiguiente, rigen para todo el negocio las normas legales pertinentes al tipo del mismo. Y siempre que no obste a ello la naturaleza de la convención considerada en su conjunto, se aplicarán al elemento integrante perteneciente a otro tipo de contrato, las reglas previstas para éste. c) Los contratos de doble tipo en los cuales

Págs.

su contenido se amolda a dos tipos de contrato distintos, de modo que todo el negocio se presenta como una convención que puede ser ya de la una o de la otra especie. Por ejemplo, el uso de una pieza a cambio de servicios profesionales. Se aplican conjuntamente los textos legales de ambas clases de convenciones. Cuando se contradicen entre sí las disposiciones legales que regulan ambos tipos de contratos, deben analizarse los fundamentos sociológicos de aquellas para ver de aplicarlas o no a la correspondiente convención de doble tipo. En cuanto a los contratos específicos con prestaciones subordinadas de otra especie, se caracterizan en que en su conjunto se amoldan únicamente a un solo tipo.

Por ejemplo, te vendo un artículo empacado, siendo entendido que los empaques debes devolvérmelos. Esta prestación de otra especie, subordinada al fin principal de la convención, puede revelarse, bien en su sentido secundario a esa finalidad total del contrato, o bien como medio encaminado a facilitar o posibilitar la realización de la prestación principal. En ambos supuestos, se aplican los textos legales que rigen el contrato tipo. Excepcionalmente puede tratarse la prestación secundaria por analogía del contrato al cual pertenece. (Casación, XLVI, Nº 1936, mayo 31 de 1938) .....

CONTRATO

- 60 -

La Corte tiene establecida como doctrina que siempre que se trate de la nulidad, resolución, extinción o simulación de un contrato debe probarse como cuestión fundamental su existencia, por el medio legal adecuado; y esta prueba no es otra sino la exhibición del contrato, cuando ha debido constar por escrito y no es solemne, o la copia de él expedida por el respectivo notario cuando se ha otorgado por medio de escritura pública. (Casación, XLVI, Nº 1934, abril 30 de 1938) .....

670, 1ª y 2ª y 671, 1ª y 2ª

Págs.

CONTRATO

- 61 -

Los antecedentes de un contrato valen como informaciones susceptibles de alegarse y probarse en el curso del juicio, sin que ello signifique la alteración o modificación de la relación procesal. Los antecedentes son elementos predestinados a fijar la hermenéutica de los contratos; por tanto hacen parte de éstos, en cuanto los ilustran; en esa condición pertenecen a la categoría de hechos del contrato, implícitamente en el comprendido; no son por ende hechos ajenos de una demanda encaminada a obtener la efectividad del derecho derivado del contrato. (Casación, XLVI, Nº 1933, marzo 3 de 1938) (1)

CONTRATO ADMINISTRATIVO

- 62 -

Las doctrinas más recientes del derecho político rechazan la teoría predominante en el pasado siglo que concedía al Estado una doble personalidad y por ende aceptaba un doble concepto en cuanto a la naturaleza y estructura de los contratos que la administración celebra, ya como entidad de derecho público y potencia de mando, ora como persona jurídica privada. Tan sólo se admite que la administración, al actuar como delegataria del Estado, puede celebrar dos tipos muy diversos de contratos: uno de derecho civil y condición privada; y otro de carácter público o contratos administrativos propiamente dichos. Según Jéze el contrato administrativo se distingue por estas peculiaridades aquí extractadas: a) Un acuerdo de voluntades entre la administración y un particular; b) Creación de una obligación jurídica —prestación de cosas materiales o de servicios personales— mediante una remuneración; c) La prestación del

(1) Esta doctrina no es de casación, por haber sido expuesta por la Corte en la sentencia dictada en instancia por casación del fallo recurrido. Véase la doctrina número 503 expuesta en el tomo 2º de la **Jurisprudencia de la Corte.**

332, 2ª

Págs

particular versará sobre un servicio público, y d) Se entiende que las partes se someten al régimen especial del derecho público y el contratista renuncia a servirse de las reglas del derecho privado para la determinación de su situación jurídica. (Casación, XLVI, número 1934, abril 20 de 1938) 296, 2ª

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS CIVILES

- 63 -

El contrato administrativo es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado por la Administración, con el fin de proveer directa e inmediatamente a la satisfacción de un interés público. Algunos autores no aceptan la diferencia entre el contrato civil y el administrativo. Hans Kelsen considera que la diferencia esencial entre estos contratos 'se busca en vano hasta ahora'. Gascón y Maris dice: 'En esencia, la índole jurídica de los contratos que suscribe la Administración no puede ni debe ser diferente de los que son regulados por el Derecho Civil; el derecho contractual es el que debe tener aplicación". No obstante lo anterior, los tratadistas de Derecho Administrativo observan las siguientes diferencias sustanciales entre los contratos civiles y los administrativos: I Por razón del sujeto: en los contratos civiles intervienen únicamente los particulares; en los administrativos interviene la Administración, la cual señala las condiciones a que han de sujetarse los que con ella quieren contratar. II. Por razón del objeto, en los contratos civiles se persigue un interés particular; en los administrativos, un interés público y general. III. Por la forma, la ley establece condiciones y requisitos especiales para la celebración de los contratos administrativos. IV. Por el régimen, cuando los contratos administrativos se regulan por disposiciones especiales. V Por la jurisdicción, cuando se establece que para su interpretación y cumplimiento están sometidos los contratos administrativos a una jurisdicción distinta de la ordinaria. Pero es necesario advertir que no obstante las diferencias entre los contratos civiles y los administrativos, los expositores están de acuerdo en que a falta de disposiciones legales especiales, se aplica a los últimos la legislación común. Sobre la interpretación de los contratos administrativos, el señor Juan Antonio Iribarren, profesor de la Universidad de Chile, dice lo siguiente: En general, el Derecho Administrativo ha aceptado, en este punto, las reglas establecidas por el Código Civil. Así, lo estipulado entre las partes es la ley del contrato, y según ella debe resolverse sobre cualquier duda o cuestión que ocurriere en cuanto al cumplimiento del mismo. Se debe atender, más que a la acepción exacta de las palabras, al espíritu expresado en la intención verdadera de las partes. Esto demuestra que el fondo psicológico del contrato vale más que su expresión formal'. Y con relación a los efectos que producen, el mismo autor agrega: 'A los contratos administrativos hay que aplicarles la teoría general de los contratos civiles, en defecto de disposiciones especialmente expresas'. ('Derecho Administrativo', Chile. Edición de 1936). El contrato celebrado por la Nación con la Andian National Corporation, Limited, para construcción y explotación de un oleoducto público, es un contrato de carácter administrativo. Sobre el particular no hay duda alguna para la Corte ni las partes tienen discrepancia en esa conclusión. Lo que es necesario examinar de acuerdo con la legislación colombiana, es si por ser de carácter administrativo el contrato, la Nación puede variar unilateralmente sus estipulaciones y hacer más gravosas para el concesionario las condiciones pactadas. La Nación, como persona jurídica, puede celebrar contratos con particulares y contraer obligaciones, quedando sometido a las prescripciones del derecho común que gobiernan tales actos. Una vez perfeccionados los contratos administrativos, su ejecución y cumplimiento y las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan, se rigen por las disposiciones de los contratos civiles, sin que haya para los primeros otro privilegio que el de la caducidad ad-

Págs.

Págs.

ministrativa, establecido en el artículo 41 del Código Fiscal. Los requisitos de fondo, que según los expositores de la materia se exigen para la validez de los contratos administrativos, son los mismos que se exigen en la legislación colombiana para la validez de los contratos civiles: capacidad (es decir, que el funcionario que celebra el contrato sea competente), consentimiento (que se prueba por el cumplimiento de todas las formalidades exigidas por la ley para la celebración del contrato), y objeto y causa lícitos. (Artículo 1502 del C. C.). Las diferencias que en la legislación colombiana existen entre los contratos civiles y los administrativos, se pueden resumir en las siguientes: por el objeto: de forma; de jurisdicción para conocer de las controversias que de ellos emanen, y relativas a la caducidad. EL OBJETO. El objeto de los contratos administrativos son los servicios administrativos. En esta denominación se comprenden los servicios públicos, las obras públicas, los suministros, las concesiones, la prestación de servicios, etc. Por medio de la concesión, el Estado, los Departamentos o los Municipios contratan con un particular, generalmente una compañía, el funcionamiento de un servicio público. Gastón Jéze estima que la concesión es un acto jurídico complejo, lo que significa que es un fenómeno jurídico que comprende actos jurídicos de diversa naturaleza. Estima el mismo autor que en la concesión es imposible revocar, derogar o modificar las situaciones jurídicas concretas de carácter individual que se crean con el pliego de condiciones y que por consiguiente no se puede tocar el acto jurídico contractual. Para Roger Bonnard la concesión es también un acto complejo. Se constituye por varios elementos, que son: 1º Un acto reglamentario, que fija las reglas de organización y de funcionamiento del servicio y todos los poderes y deberes que se derivan para el concesionario y la autoridad concedente. 2º El acto-condición, que acompaña al acto reglamentario para atribuír al concesionario los poderes y deberes relativos a la organización y al funcionamiento del servicio. 3º El contrato, un acuerdo de voluntades, que crea para las dos partes una situación jurídica individual. Conforme a la jurisprudencia francesa, la autoridad concedente puede unilateralmente introducir modificaciones en la organización y funcionamiento del servicio. Pero si las modificaciones imponen cargas nuevas al concesionario, éste puede exigir una indemnización o una modificación de las tarifas. También ha establecido la jurisprudencia francesa que la concesión puede modificarse por causa de imprevisión. Se ha establecido que hay imprevisión por causa de los contratos administrativos, por eventos que no han podido ser previstos en el momento de la celebración del contrato, que no son el hecho de una de las partes y que hacen su ejecución imposible o más onerosa.

Págs.

En la legislación de Colombia no hay diferencia entre los contratos administrativos y la llamada concesión de servicios públicos. El artículo 115 de la Constitución Nacional establece lo siguiente: '...14. Celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, con arreglo a las leyes fiscales y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias'. Esta disposición determina los contratos administrativos por su objeto, que es conforme a nuestra legislación la prestación de los servicios y la ejecución de obras públicas. LA FORMA. En los contratos administrativos se exigen formas especiales de contratación en garantía del interés colectivo, que se explican por la finalidad de tales contratos. Se considera que éstos son esencialmente formales, ya que si se dejan de cumplir los requisitos especiales que para su celebración señalan las leyes, son nulos. Se pueden separar en dos clases los contratos administrativos desde el punto de vista de la forma, conforme a la legislación colombiana: 1ª Los que se celebran en virtud de autorizaciones del Congreso. 2ª Los que se celebran sin autorizaciones o apartándose el Gobierno de las que se le han otorgado. Los primeros, si su valor es o excede de cinco mil pesos, deben remitirse, después de impartida la correspondiente aprobación ejecutiva, al Consejo de Estado, para que decida si están o no ajustados a las autorizaciones

Págs.

legales, de acuerdo con los artículos 3º de la Ley 77 de 1926 y 3º de la Ley 13 de 1935. Los segundos requieren la aprobación del Congreso, según el artículo 69, numeral 13, de la Constitución, que dice así: 'Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: .....13. Aprobar o desaprobar los contratos o convenios que celebre el Presidente de la República con particulares, compañías o entidades políticas, en los cuales tenga interés el fisco nacional, si no hubieren sido previamente autorizados o si no se hubieren llenado en ellos las formalidades prescritas por el Congreso, o si algunas estipulaciones que contengan no estuvieren ajustadas a la respectiva ley de autorizaciones'. La ley 13 de 1935, reformatoria del Código Fiscal, establece varios requisitos para la celebración de los contratos administrativos. El artículo 1º dice que todos los contratos en nombre del Estado requieren la aprobación del Presidente de la República, con la firma del Ministro respectivo, con excepción de aquellos cuyo valor sea menor de mil pesos moneda legal, y los celebrados en licitación pública, cualquiera que sea su cuantía, los cuales sólo necesitan la aprobación del respectivo Ministro. Conforme al artículo 2º, cuando el valor del contrato excede de tres mil pesos, el Presidente no podrá impartirle su aprobación sin el previo dictamen favorable del Consejo de Ministros. Otras leyes señalan formalidades para la celebración de contratos con el Estado: la ley 66 de 1931, dicta medidas para la adquisición de bienes para obras públicas; si los contratos no pasan de dos mil pesos, los puede hacer el Gerente, Administrador o Director de la obra; si exceden de esa suma, sin pasar de cuatro mil pesos, necesitan la aprobación del Gobierno; cuando exceden de cuatro mil pesos, requieren la aprobación del Gobierno, previo concepto favorable del Consejo de Ministros. La ley 106 de 1931, reglamenta lo relativo a la celebración de contratos para la conducción de correos nacionales. El Decreto número 251 de 1937, reorganiza la Sección de Provisiones del Gobierno Nacional y señala de conformidad con el artículo 5º de la ley 152 de 1936, las normas para los negocios con esa sección, que son: contratos, en Bogotá; pedidos, en el interior del país, e importaciones, en el Exterior; las compras de cuantía inferior a dos mil pesos, se acreditan con la orden de compra, firmada por el vendedor; las de dos mil a cinco mil pesos, requieren la solemnidad del contrato cuando lo determine el Consejo Directivo, y las de cuantía superior a cinco mil pesos, necesitan contrato escrito con el concepto favorable del Consejo Directivo y la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público. El artículo 49 de la ley 37 de 1931, establece que los contratos o permisos sobre petróleo requieren para su validez la aprobación del Presidente de la República, oído el dictamen de la Junta Asesora de Petróleos, y previo concepto favorable del Consejo de Ministros, y la declaración hecha por el Consejo de Estado de que se ajustan a las disposiciones legales; cumplidos estos requisitos se elevan a escritura pública. El artículo 1º de la ley 9ª de 1923, faculta al Gobierno para arrendar o dar en administración, por contrato directo, los bienes nacionales cuyo canon o producto anual, estimado por peritos nombrados por el Consejo de Estado, sea menor de dos mil pesos; estos contratos sólo requieren para su validez la aprobación ejecutiva, previo concepto favorable del Consejo de Ministros. El artículo 16 del Decreto 223 de 1932 dice que la explotación de los metales preciosos en los lechos de los ríos navegables, podrá verificarse por medio de contratos celebrados con el Poder Ejecutivo, los cuales deberán ser sometidos a la aprobación del Presidente de la República, previo concepto favorable del Consejo de Ministros, y a la revisión ulterior del Consejo de Estado. El Código Fiscal reglamenta la enajenación de los bienes fiscales y otras leyes señalan condiciones especiales para la celebración de determinados contratos con el Estado. El Decreto Legislativo número 911 de 1932, establece que en la celebración de todo contrato que represente una obligación de más de mil pesos, es indispensable la presentación de un certificado, expedido por la Contraloría General de la República, en que cons-

Págs.

Págs.

te que en cada vigencia presupuestal que afecte el proyectado contrato, existe partida suficiente y disponible para atender al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Gobierno. De lo contrario, el contrato es nulo. Lo anterior demuestra que la cuestión formal es una diferencia sustancial entre los contratos civiles y los administrativos. LA JURISDICCION. La tendencia moderna de algunos tratadistas de Derecho Administrativo, es la de establecer una jurisdicción especial para el conocimiento de las controversias que emanen de los contratos administrativos, tal como existe en Francia. Se pretende dar a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo el conocimiento exclusivo de tales asuntos... En la actualidad no existen en la legislación colombiana diferencias sustanciales entre los contratos civiles y los administrativos en lo relativo a la jurisdicción para conocer de las controversias que de ellos surgen, ya que el conocimiento de tales negocios está adscrito al Organo Judicial, cualquiera que sea la característica jurídica del contrato. Existen, sin embargo, modalidades distintas en cuanto a la entidad judicial encargada de dirimir las controversias por razón de contratos en que tenga parte el Estado. Se ha querido dejar el conocimiento de estos asuntos al Tribunal más alto en jerarquía judicial... Toda discrepancia entre los contratantes acerca de la interpretación de los contratos de petróleos, y toda diferencia o controversia sobre su ejecución, resolución, o caducidad, que no sean dirimibles por medio de peritos en los casos previstos por la ley, son decididos de modo definitivo por la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena en lo Civil y en una sola instancia, conforme al artículo 8º de la ley 37 de 1931. Para los efectos de este artículo se entiende por Sala Plena en lo Civil, la compuesta por la Sala de Negocios Generales y por todos los Magistrados de la Sala o Salas de Casación en lo Civil. CADUCIDAD. La diferencia más importante que se registra entre los contratos civiles y los administrativos, conforme a la legislación de Colombia, es la de la caducidad administrativa, facultad que se concede al Estado, según el artículo 41 del Código Fiscal, que dice así: '.....'

Págs.

La disposición anterior le deja al Gobierno la facultad de declarar la caducidad de los contratos administrativos, por los motivos que el mismo Gobierno haya creído conveniente establecer en el contrato, además de la muerte del contratista y de la quiebra del mismo. Esta atribución es de gran importancia para el Estado, por que le permite terminar unilateralmente los contratos sobre construcción de obras públicas o prestación de servicios, cuando el contratista no ha cumplido con las obligaciones de su cargo o han ocurrido las circunstancias que determina la ley. Se aplica, como lo ha establecido el Consejo de Estado, sin excepción alguna a todos los contratos que tengan por objeto la construcción de obras o la prestación de servicios y que se celebren en nombre del Estado. Tratándose de contratos celebrados con una sociedad, la ley prevé el caso de su muerte jurídica o disolución conforme a las reglas generales. (Resolución de 20 de marzo de 1915, Jurisprudencia, XXXV, 2).

En cuanto a la ejecución y cumplimiento de los contratos administrativos y a las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan, quedan sometidos a las disposiciones relativas a los contratos civiles. Así lo ha decidido la Corte y esta es la opinión de los principales expositores de Derecho Administrativo, que están de acuerdo en afirmar que los contratos administrativos quedan sometidos a la legislación civil, salvo disposiciones especiales. La ley 68 de 1870, que reglamenta lo relativo a la celebración de contratos por el Organo Ejecutivo, establece lo siguiente: 'Artículo 8º Las estipulaciones contenidas en contratos legítimamente celebrados por el Poder Ejecutivo, son de obligatorio cumplimiento para todas las partes contratantes. Ni el Gobierno, ni las personas con quienes contrate, pueden novar por sí solas anular ni desconocer las obligaciones contraídas por medio de los contratos que celebren en conformidad con las leyes civiles. Artículo 9º Las disposiciones de la presente ley se ten-

drán como cláusulas especiales de todos los contratos y se considerarán siempre como incluídas en ellos'. La ley 68 de 1870 está vigente. Así lo estimó la Corte en sentencia dictada el 4 de abril de 1914. (Gaceta Judicial números 1139 y 1140, páginas 385 y siguientes). Lo mismo en sentencia de fecha 23 de noviembre de 1916 (Gaceta Judicial, número 1334, página 11, 3ª), y en la de fecha 12 de abril de 1935, ya citada en este fallo. Pero aun en el supuesto de que se considerara la ley citada, conforme a la legislación existente y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ni el Gobierno ni las personas con quienes contrate, pueden por sí solas desconocer, anular ni modificar las obligaciones contraídas por medio de contratos celebrados legalmente. En sentencia de 13 de noviembre de 1924, la Corte dijo lo siguiente: 'Tratándose de contratos que el Gobierno celebre con particulares o compañías, el Estado contratante se coloca en igual situación jurídica que el contratista; aparece como persona jurídica, y como tal ni manda, ni obliga. Es decir, el Estado en estos casos no puede proceder en ejercicio del derecho de imperio, obrando como autoridad política que provee, manda y ordena'. La Sala de Negocios Generales de la Corte, en el fallo de fecha 6 de septiembre de 1935 (Gaceta Judicial, números 1901 y 1902, página 599), sentó sobre el particular la siguiente doctrina: 'Hay que considerar: cuando el contrato se ha realizado definitivamente, aunque sea administrativo, constituye una norma convencional que debe mantenerse, ya que si se suprimiera esa norma se alteraría la convención en sus fundamentos: primero, haciendo desaparecer las garantías, que en los contratos se basan precisamente en su estabilidad; y segundo, porque se alteraría la equidad, desnivelando el principio de la igualdad de las partes ante el derecho, y porque se rompería la norma, si ella dejara de ser convencional, al permitirse que una sola de las partes la destruyera contra el principio de que el cumplimiento de la convención no puede dejarse al arbitrio de una sola de ellas. Todo esto, por razón de que realizado en su totalidad el contrato administrativo, él mantiene su inflexibilidad. 'Ya las normas generales dictadas al efecto previenen el cumplimiento exacto y literal de las obligaciones estipuladas', dice Fernández de Velasco, quien continúa: 'Esta ejecución normal se refiere al plazo, a la exacta interpretación del contrato, a la determinación de las obras que son de abono y a la forma del pago'. 'De forma que perfeccionado el contrato administrativo, debe aceptarse un mismo criterio para los dos tipos de contratos (el administrativo y el privado), y, por consiguiente, será de rigor aplicar lógicamente las consecuencias que de ese principio se derivan, como que las condiciones establecidas en ellos son ley para las partes, cualesquiera que sean las entidades jurídicas que en ellos intervengan'. De cualquier clase que sean los contratos que celebre el Estado, por medio de ellos se obliga. Sobre el particular dice Duguit: 'El carácter obligatorio de los contratos del Estado no es discutible, y esta afirmación constante y unánime del lazo que imponen al Estado, demuestra una vez más la eliminación del concepto de poder'. Sentado lo anterior, se concluye que en cuanto falten en nuestra legislación disposiciones de carácter especial, quedan los contratos administrativos sometidos al régimen ordinario de los contratos civiles. Están, por tanto, comprendidos en el mandato del artículo 1602 del Código Civil, que establece lo siguiente: '.....' Conforme a la disposición anterior, los contratos pueden disolverse o extinguirse de dos maneras: por el mutuo consentimiento de las partes, o por causas legales. Si la creación del contrato se debe a la voluntad de las partes, lógicamente se concluye que esa misma voluntad puede dejarlo sin efecto. Por eso una de las maneras de extinguir los contratos es el mutuo consentimiento. Este modo de disolver los contratos por el mutuo consentimiento de las partes es lo que los tratadistas de derecho civil llaman RESILIACION, que puede definirse según el señor Arturo Alessandri Rodríguez, comentador del Código Civil chileno, origen del Código Civil colombiano, como 'el acto por el cual las partes deshacen un contrato que han celebrado'; o como

Págs.

'la destrucción de un contrato por el mutuo consentimiento de las partes'. Se diferencia de la resolución y de la rescisión: la resolución es el efecto que produce el evento de la condición resolutoria y la rescisión es la anulación de un contrato que adolece de un vicio de nulidad relativa. Las diferencias de la resiliación con la resolución y la rescisión de los contratos las determina el señor Alessandri así: 'En cuanto a las causas, se diferencian en que la resiliación no es producida por una causa legal, sino por la voluntad de las partes; mientras que en la resolución y en la rescisión hay una causa legal de disolución de los contratos; además, la resiliación de un contrato supone su validez, y si se le deja sin efecto es porque así lo han querido las partes, sin que el contrato esté afectado por ninguna condición resolutoria ni por ningún vicio de nulidad. Se diferencian en cuanto a sus efectos en que la resolución y la rescisión operan retroactivamente, en forma que todos los efectos que el contrato haya producido caducan y se extinguen; mientras que la resiliación no opera nunca en efecto retroactivo'. Son causas legales para la terminación de los contratos: la resolución, la nulidad y la rescisión. En los contratos administrativos debe agregarse la declaración de caducidad administrativa". (Sala Plena en lo Civil, XLVI, número 1935, mayo 9 de 1938) ..... 479, 2ª y sigtes.

CONTRATOS CELEBRADOS POR LA ADMINISTRACION

- 64 -

"La Corte (Sala Civil de Unica Instancia) en sentencia de 9 de diciembre de 1936 (G. J. números 1920 y 1921, página 789 y siguientes), establece que cuando la Administración contrata como persona de derecho privado, sus actos son una ley para las partes: que cuando celebra contratos, aunque tengan carácter administrativo, éstos también envuelven una norma convencional, 'por lo que, en este carácter, deben mantenerse rígidos e inflexibles, con excepción de las interpretaciones que, con cierta amplitud les den las partes', pero advirtiendo también que la Administración tiene facultades discrecionales, 'que emanan naturalmente de la inspección y acción tutelar que ejerce para el mejor gobierno y defensa de los intereses que le están confiados', 'y en virtud de esas facultades ella puede unilateralmente obrar, modificando los contratos administrativos, cuando la modificación esté autorizada por la ley, o cuando se acuerde con las mismas formalidades y garantías a que se ajustó para la celebración de ellos'; esto, porque 'no puede negársele en absoluto, y sin grave riesgo, la facultad de interpretar el contrato de acuerdo con las necesidades públicas' ". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1936, marzo 2 de 1938) 592, 1ª

CONTRATO EMANADO DE UN ACUERDO MUNICIPAL

- 65 -

Como se hubiese pedido la declaración de nulidad absoluta del contrato en virtud del cual se concedió por el Municipio de Tuluá un privilegio a una compañía para la construcción de una plaza de mercado, opuso la compañía la excepción de petición antes de tiempo, la cual fundó "en el hecho de que lo que se pretende no es otra cosa que obtener la nulidad de un contrato que no es más que el cumplimiento de acuerdos y actos del Concejo de Tuluá, cuya nulidad ha debido obtenerse previamente para que pudiera prosperar la acción contra el contrato mismo. Casó la Corte la sentencia recurrida y en los razonamientos de instancia expuso lo siguiente, acogiendo los conceptos del juez de primera instancia.

"Comoquiera que la Corte, para rechazar este recurso defensivo del demandado acoge en su mayoría las argumentaciones expuestas por el juez de primera instancia, se pasa a trascribir la parte fundamental de éstas, a saber: 'Cuando los contratos se derivan de un acuerdo o de un acto se debe distinguir el acuerdo o acto en sí y el contrato. En otros términos, la validez o legalidad del acto o contrato y la eficacia de este último. Lo primero es del resorte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y

lo segundo del poder judicial. Si el que pretende demandar a un Municipio, Departamento o a la Nación por obligaciones contraídas por un acuerdo, ordenanza o ley no necesita demandar previamente la declaratoria de validez o exequibilidad de tal acuerdo, ordenanza o ley, no se ve bien claro por qué se esté en la obligación de obtener la declaración de inexequibilidad de tales actos cuando se pretenda demandar la nulidad del contrato derivado de ellos. Se dirá que la ley establece una presunción de validez, mientras por el tribunal competente se declara lo contrario. Esto es verdad, pero si en ese interregno no se ha hecho la declaratoria, no podía la sentencia en que se hiciera, llevarse de calle lo dispuesto por la justicia ordinaria y desconocer los efectos de un contrato, que no son de su resorte. O en otros términos fallado un negocio por el poder judicial cuando se consideraba legal el acuerdo, la ordenanza o la ley, se promueve la acción respectiva sobre inexequibilidad de alguno de estos actos en que estaba basado el contrato, podrá desecharse la acción so pretexto de haber sido discutido el asunto por la justicia ordinaria? Considera el juzgado que habiendo sido fallado por el poder judicial el asunto y ejecutoriándose la sentencia respectiva se puede demandar la inexequibilidad del acuerdo, la ordenanza o la ley, sin que sea obstáculo para la viabilidad de la acción de excepción de cosa juzgada que pueda promoverse, pues ante la justicia ordinaria sólo pudo demandarse el contrato en sí, por sus efectos y no la validez del acto del cual se deriva..." (Casación, XLVI, Nº 1934, abril 20 de 1938) (1)..... Págs. 302, 2ª y 303, 1º

COLONO REIVINDICADO DE SUS MEJORAS

- 66 -

"... Siendo real el derecho del colono, puede ser materia de acción reivindicatoria". (1). (Casación, XLVI, número 1937, junio 14 de 1938).... Págs. 651, 1ª

COPIAS

- 67 -

La Corte ha establecido que cuando se alega como hechos fundamentales de la acción la existencia de ordenanzas, acuerdos o decretos, es necesario acompañarlos en copia debidamente autenticada o solicitar ésta en el término correspondiente, sin lo cual no puede estimarse que tales hechos están comprobados, ya que con los actos expresados no ocurre como con las leyes, que basta citarlas para que el juez o tribunal verifiquen la autenticidad de la referencia. La misma doctrina ha sido acogida por el Consejo de Estado. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1938, junio 15 de 1938)..... 744, 2ª

COSTAS

- 68 -

Como lo ha sostenido la Corte varias veces, la condenación en costas por la justicia ordinaria y desconocer en casación, al tenor del artículo 537 del C. J., es mecánica, independiente de todo concepto de temeridad o malicia en el recurrente. Basta que no se case la sentencia para que la condenación proceda, a menos que se rectifique una doctrina o que la Corte llegue a la conclusión de no casar el fallo, pero por motivo distinto del que sustenta la sentencia recurrida. La expresión de que las costas de la apelación, del incidente o del recurso, son del apelante o del recurrente, envuelve el concepto de que son contra el recurrente o apelante cuyo recurso no prospera. Esa fórmula equivale, y así se ha entendido siempre en la Corte, Tribunales y Juzgados, a la siguiente: "Condénase en costas al recurrente". Ambas fórmulas expresan el mismo pensamiento y tienen el mismo sentido. (Sentencia, Sala de Casación Civil, XLVI, Nº 1932, diciembre 10 de 1937)..... 21, 1ª y 2ª

(1) El punto referente al privilegio concedido por el Municipio de Tuluá y las doctrinas que contiene el fallo de la Corte puede verse en la doctrina titulada **Privilegio y servicio público.**

(1) Véase la doctrina titulada: **Reivindicación de mejoras en predios baldíos.**

Págs.

COSTAS

- 69 -

"El señor... dice que la parte del mandamiento ejecutivo en que se condena en costas a la Compañía ejecutada, es prematura, de conformidad con los artículos 1026 y 1029 del C. J. Sobre esto se observa que si bien los términos en que está el auto no son los apropiados, en el fondo la cuestión es jurídica, porque toda ejecución se adelanta por el principal, los intereses y las costas, las cuales se liquidan a su debido tiempo, si hubiere lugar. El artículo 1029 del C. J. dice que en la sentencia de pregón y remate se condena al ejecutado al pago de las costas del juicio 'si antes no lo ha hecho'. De manera que la obligación de pagar las costas es ineludible para el ejecutado y no tiene —por tanto— razón lo manifestado por el señor Irvine". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1938, mayo 14 de 1938) 751, 2ª

COTEJO

- 70 -

Aunque el cotejo, por sí mismo, es una prueba incompleta, constituye un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y valor del dictamen pericial, la reputación de la persona cuya firma ha sido negada, la importancia de la obligación y otras circunstancias semejantes, según lo dice el artículo 656 del Código Judicial. (Casación, XLVI, Nº 1932, febrero 25 de 1938) 65, 1ª

CUANTIA DE LA ACCION

- 71 -

Cuando el actor estima desde el principio el valor de su acción en una suma concreta y determinada y la parte demandada no ejercita el derecho que le confiere el artículo 206 del Código Judicial, queda por ese mismo hecho, por esa misma fijación, determinada la cuantía. (1) Auto, Sala de Casación Civil, XLVI, Nº 1938, julio 15 de 1938) 726, 2ª

(1) Concordancia: auto del 11 de febrero del mismo año.

Págs.

CUANTIA DE LA ACCION PARA EL RECURSO DE CASACION

- 72 -

Cuando el demandante ha fijado la cuantía de la acción en más de la tasa señalada por el artículo 519 del Código Judicial, y el demandado no la ha objetado en el curso del pleito, no es legal ordenar el avalúo de la cuantía de la acción por medio de peritos, pues debe regir en ese caso la señalada por el actor sin contradicción del reo; y en caso de avalúo de la cuantía por peritos para los fines del recurso de casación, debe darse traslado del dictamen a las partes de acuerdo con el artículo 719 del C. J. (Auto, Sala de Casación en lo Civil, XLVI, Nº 1934, marzo 9 de 1938) ... 1ª y 2ª 210,

CUANTIA DEL PLEITO PARA EL RECURSO DE CASACION

- 73 -

"De acuerdo con el artículo 519 del C. J. procede el recurso de casación por concepto de la cuantía, cuando ésta, en los juicios ordinarios, alcanza por lo menos a la suma de tres mil pesos. La estimación de la cuantía corresponde al demandante. (Artículo 205 ibídem). Y el demandado es quien debe objetarla, para que en este caso se determine, previo dictamen pericial (artículo 206). Cuando esto no sucede, se entiende que el demandado acepta la cuantía que fijó el actor. La fijación de la cuantía, en principio, tiene por objeto determinar o fijar la competencia del juez, pero puede suceder, y sucede muchas veces que el demandante señale desde la iniciación de la demanda el valor de su acción fijando el límite o el máximum de ésta. Cuando esto sucede, como en el presente caso, esa estimación es intocable posteriormente, siempre que el demandado no la haya objetado. No puede por lo tanto un Tribunal ni encontrar motivo de duda en el valor de una acción así determinada, ni mucho menos sobreponerse a la fijación hecha por el directamente interesado, como es el demandante. No juega papel el hecho de que los contratos u obligaciones

sobre que versa la demanda aparezcan con un valor mayor si el mismo demandante les asignó uno menor al iniciar la demanda". (Auto, Casación Civil, XLVI, Nº 1933, febrero 11 de 1938) ..... Págs. 115, 1ª y 2ª

CUERPO DEL DELITO

- 74 -

La reforma de la ley 104 de 1922 da a la noción de cuerpo de delito la nota complementaria necesaria para considerar el elemento intencional en cada caso, elemento que no está separado del acto delictuoso como una abstracción, sino que debe perfilarse según la ley citada; el Jurado aprecia la modalidad de ese elemento dentro de su autonomía, ya que en el veredicto puede expresar matices. De ahí lo dispuesto por el artículo 48 de la ley 169 de 1896. (Casación, XLVI, Nº 1934, marzo 29 de 1938) ..... Págs. 341, 1ª

CULPA CONTRACTUAL

- 75 -

"La culpa, tanto en materia contractual como delictual, continúa siendo la base para la responsabilidad civil. Acontece que en materia contractual, cuando se trata de obligaciones de resultado, la noción de culpa es, si se quiere, menos importante que en el terreno de la responsabilidad delictual, porque es suficiente comprobar el incumplimiento de la obligación, que el resultado no ha sido obtenido por parte del deudor, para por esa misma circunstancia connotar la existencia de la culpa contractual: faltar a sus compromisos no es conducta propia de un hombre juicioso, diligente y avisado. — En las obligaciones de medios, el trabajo de apreciación por parte del juzgador es a menudo delicado, porque aquí no hay lugar a confundir el incumplimiento con la culpa. No basta para deducir la responsabilidad del deudor comprobar la existencia de una inejecución sino que se hace indispensable estimar si ella es culposa, para lo cual debe compararse la conducta del deudor con la que hubiera observado un hombre de prudencia ordinaria, normal y usual, colocado en la misma situación objetiva de aquél. Si el resultado de la comparación es desfavorable al deudor, surge entonces la responsabilidad. En la aplicación de este método el juez goza de una gran libertad, y su severidad para con el deudor de una obligación de medios debe inspirarse en la utilidad social, sin trasnasar estos límites generales señalados por la doctrina y por la jurisprudencia contemporáneas, de que en materia de actos ilícitos, como en materia de violación de contrato, toda negligencia, cualquiera que sea su gravedad, entraña, en principio, la responsabilidad del autor. El artículo 1757 del C. C. exige en principio a la persona que alega el derecho la prueba de que se hallan reunidas todas las condiciones a las cuales subordina el ordenamiento jurídico la existencia de una obligación. Cuando se pretende en juicio por el acreedor que el deudor ejecute su obligación, basta a aquél probar la existencia del contrato. No así cuando se demanda la reparación del daño ocasionado por la inejecución consumada de la obligación o por el rehusamiento a ejecutarla que sea equivalente a aquello otro. Es de la presencia de cualquiera de estas dos circunstancias de donde nace la obligación de resarcir el daño, pero no, como erróneamente se sostenía, del contrato. Ello es muy claro: la responsabilidad civil sólo nace de la culpa. Esta, que en materia contractual consiste en la violación de la prestación convenida, origina la obligación de reparar el perjuicio, motivo por el cual la última no existe antes de la culpa. La prestación primitiva queda sustituída por esta otra obligación que surge de la culpa, sin que por ello sea dable confundirlas. Cuestión muy distinta es la de que la obligación contractual suele aparecer como una condición previa para la culpa y la obligación de reparar como la consecuencia de la culpa. De ahí que para la procedencia de la acción encaminada a indemnizar perjuicios contractuales, se requiera, además de la prueba de la obligación contraída, acreditar la violación de ésta, porque en esa forma se demuestra al mismo tiempo la

existencia de la obligación de indemnizar, cuyo cumplimiento se persigue. Las dos obligaciones son diferentes: la una nace del contrato, la otra de su violación. Esto mismo también se piensa al decir que sus causas son distintas: de la una, la convención misma; de la otra, la culpa. La distinta naturaleza por su contenido y origen de los dos géneros dichos de obligaciones, informa el principio jurisprudencial que niega la procedencia de la acción de indemnización de perjuicios cuando se ejercita como principal y no como accesoria del incumplimiento o de la resolución del contrato, en todos los casos en que la ejecución de la obligación convencional no se haya hecho jurídicamente imposible. Principio cuya única excepción se halla en la regla del ordinal 3º del artículo 1610 del C. C. Sentado que al acreedor incumbe en términos generales la prueba de la culpa contractual, se distingue para los efectos de su rigor entre las obligaciones de resultado y las obligaciones de medios. (1). Siendo el incumplimiento del contrato un hecho, todos los medios de prueba son hábiles para establecerlo. Por lo tanto, como la obligación es de resultado, es suficiente la prueba del contrato, no por lo ya explicado, debido a que ella para ese caso sea completa, sino porque prácticamente, en el momento de la valoración del material probatorio, queda demostrada la culpa del deudor ante la ausencia de toda prueba en contrario. La prueba de lo contrario en esta clase de obligaciones no libera al deudor si se refiere a la ausencia de culpa sino que debe versar sobre el caso fortuito, la fuerza mayor o la existencia de una causa extraña que no le sea imputable". (Casación, XLVI, número 1936, mayo 31 de 1938). . . . . 572, 2ª, y 573, 1ª y 2ª

(1) Véase la doctrina titulada OBLIGACIONES DE MEDIOS Y OBLIGACIONES DE RESULTADO.

Págs. Págs.

DECRETO ACUSADO Nº 191 DE 26 DE ENERO DE 1937, POR EL CUAL SE DICTO UNA DISPOSICION REGLAMENTARIA DEL TURISMO EN CARTAGENA

- 76 -

Acusado como inconstitucional, por supuesta violación del artículo 120 de la Constitución de 1886 y de los artículos 11, 15 y 32 del Acto Legislativo número 1º de 1936, dijo la Corte:

"Los cargos del demandante se resumen así: no estándose en el ejercicio de facultades extraordinarias, las que tiene al respecto el Ejecutivo se reducen a la potestad reglamentaria, y de ésta se ha excedido, tanto por no haberse limitado a reglamentar la Ley 86 de 1931 sobre fomento del turismo y haber invadido el campo ajeno legislando, cuanto por haber atribuído a la Oficina del Turismo de Cartagena facultades que no le competen y además haberse arrogado el Ejecutivo facultades que el Congreso sacó de este poder para conferírselas a la misma Oficina. Agrega la demanda que el Decreto contraría los fines de la ley, porque priva a los turistas de las ventajas que les procura un intermediario cuya acción les procura más comodidad y seguridad y menos costo en sus excursiones. Cita una sentencia de la Corte Suprema (la de 12 de diciembre de 1925), según la cual el Presidente no puede establecer prohibiciones, restricciones o limitaciones no establecidas por el legislador, en el ejercicio o con motivo de la potestad reglamentaria; y cierra la primera parte de su demanda con transcripción de conceptos favorables a su tesis tomados de comentador extranjero. En la segunda parte formula el cargo de violación de la libertad de industria, invoca los contratos existentes entre él y varios hoteles y compañías de navegación que le aseguraban el suministro de vehículos para los turistas, con ventaja para éstos y el demandante, e invoca el derecho de éste y el de hoteleros y navieros a contratar con entera libertad. Separadamente explica el cargo relativo al transcrito artículo 28, diciendo que éste requiere,

Págs.

en su caso, leyes y no da lugar a decretos. Y explica el cargo de violación de dicho artículo 131 manifestando que en el evento de tener el Presidente las facultades de que habla el Decreto, podría delegarlas el Ministro o Gobernador; pero no en la entidad de que se vale. El Procurador General de la Nación estudia detenidamente los distintos temas constitucionales tratados en la acusación y los sugeridos en ella y llega a la conclusión de que el decreto es constitucional, por lo cual pide se le declare exequible. La Corte considera: El alcance de la potestad reglamentaria ha sido siempre discutido, a lo que se presta la extrema relatividad del vocablo mismo y de la función en sí, así como la frecuente dificultad de distinguir entre la calidad de sustantivo o adjetivo, de fondo o de forma que tenga tal o cual ordenamiento. Sin duda para vencerla la mejor guía u orientación es la ley misma de cuya reglamentación se trate en cada caso, pues su redacción, su finalidad y sus demás elementos pertinentes forzosamente han de arrojar luz sobre tal problema, en cada caso. En el presente esa ley es la ya citada (la 86 de 1931), 'por la cual se fomenta el turismo en el territorio de la República'. Interesa ver cómo se ordena y articula: su artículo 1º crea el servicio de turismo y faculta al Gobierno para establecer la respectiva oficina, dependiente de uno de los Ministerios y las demás que se vayan haciendo necesarias. El artículo 2º da a la oficina central las atribuciones que hace lista en sus múltiples renglones, de la a) a la l). De ellas conviene transcribir éstas: 'E) fiscalizar el funcionamiento de toda empresa que se dedique a organizar o a realizar viajes de turismo;..... H) proponer los medios adecuados para facilitar la comunicación de sitios de turismo, y estudiar y proponer las medidas para que los turistas realicen sus viajes dentro del país en la forma más cómoda y grata posible; I) velar por el cumplimiento de esta ley y de los reglamentos que se dicten para su aplicación;..... L) propender porque los turistas gocen del mayor número de comodidades en su viaje por el país y que él resulte del menor costo posible.....' El artículo 3º ordena a los consulados y otras oficinas suministrar a la de turismo los datos que les pida. Artículo 4º Este artículo ordena incluír en el presupuesto de cada año la partida necesaria para el cumplimiento de esta ley. El artículo 5º dice: 'El Gobierno podrá establecer los servicios de turismo de que tratan los artículos anteriores ya sea como dependencias oficiales, ya sea contratándolos con personas o entidades capacitadas para ello, como las sociedades de mejoras públicas o las cámaras de comercio; y en este caso podrá otorgar las subvenciones que estime necesarias para el buen funcionamiento de sus servicios y de su propaganda, siempre que se obligue a prestar todos los servicios de que trata el artículo 2º de esta ley'. El artículo 6º prohíbe a los departamentos y municipios cobrar impuesto a los vehículos de turistas, en las condiciones allí detalladas. El artículo 7º ordena terminar ciertas carreteras. Y el artículo 8º dispone que esta ley regirá desde su promulgación. Se ha detallado el texto íntegro de la ley y se han trascrito sus disposiciones más salientes en lo relacionado con este proceso, tanto en busca de claridad, como principalmente porque la confrontación de ellas con las del decreto acusado basta para poner de relieve la sinrazón de la demanda, en cuanto le niega su calidad de reglamentario, en cuanto afirma que el Ejecutivo legisla a pretexto de reglamentar y en cuanto atribuye al decreto oposición a las finalidades de la ley. Cuando el órgano legislativo puede, sin menoscabo de las atribuciones constitucionales del Ejecutivo, atribuír o conferir determinadas funciones a una entidad preexistente o creada AD HOC, en esfera extraña a la intervención del Ejecutivo, así lo dispone la respectiva ley expresamente o de modo implícito por la naturaleza misma de las órdenes que dicta. Nada de esto sucede en el presente caso, y si duda cupiera al respecto, bastaría a disiparla el transcrito artículo 5º No es admisible tampoco, por tanto, la fundamentación que el demandante da a sus cargos al observar o sostener que la ley impide al Ejecutivo que se inmiscuya en su cumplimiento, por habérselo encargado ella a la

Págs.

oficina respectiva. Así las cosas y ante la simplicidad del caso, se hace innecesario traer a cuento la jurisprudencia tradicional sobre potestad reglamentaria y sobre modalidades, límites y excesos de su ejercicio. Cuanto a violación del citado artículo 38, o sea de la libertad de escoger profesión u oficio y, con ella, la de contratar, se observa: el decreto no se la niega al demandante ni se la desconoce a los hoteleros ni navieros aludidos, sino que cabalmente se la reconoce al mismo tiempo que se la reconoce a los demás y vigila por garantizársela. No hay derechos absolutos desde que hay sociedad e interés general y público, cada persona natural o jurídica ve limitada su esfera de acción por la existencia misma de las demás personas; es del ejercicio armónico y simultáneo de los derechos de todos de donde surge la convivencia social o lo que la hace posible. Al intervenir el Gobierno en el servicio automoviliario para turistas en Cartagena en la forma que lo hace su decreto, tan congruente con la ley reglamentada, no hace sino asegurar a todos los individuos o empresas dueños de automóviles el ejercicio de su derecho, que es el de contratar cada cual el servicio de sus vehículos con quienes se lo soliciten, al mismo tiempo que defiende al público y con él a los turistas velando por la seguridad de sus personas y previniendo abusos en el costo. En suma, no se halla desacuerdo entre el decreto y los preceptos de nuestra Constitución, lo que vale como decir que se rechaza la demanda de inexequibilidad materia de este proceso". (Sentencia de la Corte Plena, XLVI, número 1933, marzo 12 de 1938) ... 106, 1ª y 2ª, y 107, 1ª y 2,

Págs.

DECRETO EJECUTIVO NUMERO 1264 DE 13 DE JULIO DE 1935, SOBRE TARIFAS DE NAVEGACION DEL BAJO MAGDALENA

- 77 -

Acusado como inconstitucional el artículo 4º del Decreto Ejecutivo número 1264 de 13 de julio de 1935, "por el cual se aprueban las tarifas para las empresas de navegación del Bajo Magdalena, en desarrollo de la Ley 53 de 1918 y del Decreto número 1451 de 1933", dijo la Corte:

"En el artículo 4º del Decreto número 1264 de 1935 se establecen prohibiciones que limitan la capacidad legal de personas naturales y jurídicas en relación con el oficio de comisionista, o sea de una de las especies de mandato comercial que define y reglamenta la sección tercera, capítulo 3º, título VI del Código de Comercio, entre cuyas disposiciones se encuentra la siguiente: 'Artículo 334. Toda persona natural o jurídica, sea o no comerciante, puede conferir o aceptar una comisión, siendo hábil para comerciar por su cuenta'. Y es bien sabido que todo lo referente a la capacidad legal para ejercer el comercio o ejecutar actos de tal naturaleza está regulado por el código del ramo. Ahora bien: según el artículo 45 de la Constitución Nacional, 'las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas, y los consiguientes derechos y deberes'. De manera que al estatuír el Ejecutivo por medio del decreto que se comenta acerca de una incapacidad de determinadas personas para ejercer el cargo de comisionista, invadió el campo del legislador, quebrantando así el precepto que acaba de citarse; y aun cuando esa disposición no se señaló por el acusador como violada, la Corte puede confrontar el acto acusado en relación con ella por permitirlo así el artículo 2º de la Ley 96 de 1936. Por otra parte en el artículo 38 de la Carta se confiere al legislador la facultad de 'ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos'. Esta facultad la ejercitó el legislador en la ley 53 de 1918, dejando, bajo el control del Gobierno, la revisión de las tarifas y reglamentos de aquellas empresas, pero sin que en ninguna de sus disposiciones hable la ley de autorizar al Ejecutivo para inmiscuírse en materia tan sustantiva como la capacidad de las personas, so pretexto del intervencionismo en las tarifas. Y no se objete que del artículo 4º de la Ley de 1918 puede deducirse la atribución del Gobierno para fijar las limitaciones de capacidad civil que se

contienen en el decreto acusado; porque la finalidad de ese precepto es únicamente la de impedir que las empresas de transportes establezcan diferencias en relación con sus clientes por medio de ventajas directas o indirectas, mediatas o inmediatas. Tampoco cabe argüir que se halle fuera de la tacha de inconstitucionalidad la parte del artículo acusado en cuanto dispone que 'no podrá considerarse comisionistas a las casas comerciales que hagan gestiones para el manejo de sus propios cargamentos y la reexpedición de ellos', dada la circunstancia de que siendo la comisión una de las especies del mandato comercial, esta determinación del decreto apenas enuncia el principio jurídico de que no se puede ser mandatario de sí mismo. Porque aun aceptada la objeción como válida, siempre será verdad que también el decreto en la parte que acaba de transcribirse preceptúa sobre materia de la incumbencia exclusiva del legislador, cual es la de estatuír acerca de requisitos relacionados con la esencia misma de un contrato (artículo 1501 del Código Civil y 182 del Código de Comercio), desnaturalizando el ejercicio de la potestad reglamentaria. Luego resulta infringido también el artículo 38 de la Constitución y por ende el numeral 3º del artículo 115 sobre potestad reglamentaria del Ejecutivo, cánones ambos citados por el acusador". (Sentencia de la Corte Plena, XLVI, número 1933, marzo 30 de 1938). (1).. 109, 1ª 2ª, y 110, 1ª

(1) Salvaron sus votos los Magistrados Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica y Hernán Salamanca, los cuales, en síntesis, dijeron lo siguiente: "El decreto, estrictamente administrativo, versa sólo sobre tarifas para las empresas de navegación del Bajo Magdalena. Sus disposiciones no pueden darse por extendidas a fines, ocasiones o casos distintos. A mayor abundamiento en este sentido, esto es, en el de concretarse a esa finalidad, su artículo 4º, que es el que contiene las prohibiciones materia de la presente acusación, a más de otros mandatos, comienza advirtiendo que todo ello es 'para los efectos de este decreto'. No se justifica, pues, el concepto y temor de que tales prohibiciones puedan extenderse o darse por extendidas a actividades o casos distintos".

Págs.

DECRETO NUMERO 450 DEL 25 DE FEBRERO DE 1937, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL

- 78 -

Acusado el artículo 6º del Decreto número 450 de 25 de febrero de 1937, reglamentario de la Ley 187 de 1936, por estimar el acusador que era contrario a los artículos 5º, 69 y 164 de la Constitución Nacional, dijo la Corte:

"Por el artículo 11 de la Ley 187 de 1936 el legislador dispuso que cuando una Intendencia o Comisaría tenga más de cincuenta mil habitantes, debe formar una circunscripción electoral independiente, con los ORGANISMOS LEGALES ADECUADOS, para la elección de Representantes; y delegó en el Gobierno la facultad de dictar normas tendientes a darle cumplimiento a ese mandato, señalando las corporaciones electorales, el sistema de voto y demás requisitos necesarios. Por tal mandato el Congreso, pues, estatuyó una norma general, y para desenvolverla y darle vida en el terreno de la práctica, delegó en el Gobierno la función legislativa encaminada a crear los organismos legales adecuados para obtener su cumplida ejecución. Esta delegación, de contenido preciso y determinado, entraña por sí misma todas las facultades indispensables para poner en movimiento el mecanismo electoral en la Intendencia del Chocó en la elección de Representantes, dentro de los principios jurídicos y ordenaciones legales que regulan en todo el país el régimen del sufragio; por consiguiente comprende, o tiene que comprender, desde la organización de las corporaciones encargadas de la percepción y vigilancia del voto hasta la potestad de subsanar los vacíos u oscuridades de la ley en lo relativo a la jurisdicción y competencia de los tribunales a cuyo conocimiento corresponde decidir las contiendas electorales, sin los cuales, o sin su definida intervención en los pleitos que puedan suscitarse, queda

desamparada de garantías la etapa culminante y definitiva de cualquier elección popular. Para la Corte los términos del segundo aparte del artículo 11 de la Ley 187 de 1936 no le vedaban al Gobierno intervenir en la determinación de las cuestiones de competencia para conocer de los pleitos electorales; ante la nueva situación creada tales cuestiones eran susceptibles de quedar inciertas y vagas con detrimento de la justicia y de la pureza del sufragio, una y otra buscadas por el legislador como fin primordial de todo sistema eleccionario. Desde que las autorizaciones se otorgaron para el debido cumplimiento del querer del legislador, a ese propósito debió subordinarse y dirigirse la acción gubernativa, y esa es la idea que debe considerarse, sin miramientos hacia la aparente expresión literal de los vocablos que la contienen, de los cuales por otra parte tampoco se infiere la limitación sustentada por el demandante, comoquiera que el precepto remata con una frase que da a comprender que el legislador pretendió poner al Gobierno en capacidad de crear todos los medios adecuados para obtener el funcionamiento regular y correcto del sistema electoral en la Intendencia del Chocó, en la elección de Representantes: 'Para el cumplimiento de este mandato —dispuso el Congreso— queda autorizado el Gobierno para señalar las corporaciones electorales, el sistema de voto y DEMAS REQUISITOS QUE DEBAN LLENARSE'. Entre esos medios conducentes no pueden excluírse el concerniente a poner en claro la competencia del Tribunal que debe fallar los pleitos electorales suscitados en la Intendencia del Chocó con ocasión de la elección de Representantes, porque para que una elección traduzca la auténtica manifestación de la voluntad popular exige como requisito primordial que los ciudadanos conozcan de antemano ante qué autoridad del orden contencioso-administrativo deberán demandar la elección viciada. Al determinar el acto acusado que el Tribunal seccional contencioso-administrativo de Medellín continuaría conociendo de los negocios electorales del Chocó suscitados con motivo de la elección de Representantes al Congreso, dejó llenado el vacío que en ausencia de tal disposición se presentaba en relación con la competencia para decidir esos negocios: en esa virtud el acto está dentro del molde de las autorizaciones y por ende también dentro de las pautas constitucionales que delimitan el campo de acción de cada uno de los poderes públicos". (Sentencia de la Corte Plena, número 1936, junio 17 de 1938) .... Págs. 512, 1ª y 2ª

DELITO Y CULPA CIVIL

- 79 -

Véase: ACCION CIVIL Y ACCION CRIMINAL. (Casación del 14 de marzo de 1938, G. J., Nº 1934).

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD

- 80 -

Afirmaba el Procurador que cuando el Gobierno acusa de inconstitucional un acto legislativo no se le debe dar traslado de la demanda. Dijo la Corte:

"El segundo inciso de este mandato constitucional (el artículo 149 de la Constitución de 1886, observa el Relator), reafirma en su primera parte la condición de árbitro que atribuía a la Corte el artículo 90 de la Constitución primitiva de 1886, hoy vigente también y que corresponde al artículo 83 en la nueva nomenclatura y que se refiere al caso de proyectos objetados por inconstitucionales por el Organo Ejecutivo. En seguida ese mismo artículo hace referencia a todas las leyes o decretos acusados ante la Corte por cualquier ciudadano como inconstitucionales, e igualmente le da la calidad de árbitro, pues todo eso significa confiarle la guarda de la integridad de la Constitución, o sea, decidir sobre la armonía con la regla suprema en defensa del Derecho. Pero tanto como cuando se trata del primero como cuando se trata del segundo, el mandato constitucional llama a colaborar al Procurador General de la Nación, pues en uno y en otro caso se abre un debate sobre la integridad de

Págs.

la Constitución lesionada por cualquier aspecto. De allí que el inciso que se comenta diga que debe haber previa audiencia del Procurador. Es tan clara la redacción del artículo constitucional, que no es posible desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Y es tan neto, tan justo en su redacción misma y guarda tal unidad de pensamiento y corresponde a una tendencia tan definida como fue la de someter todos los actos o actividades del Organo Ejecutivo o del Organo Legislativo a su confrontación con la Regla Suprema por parte de la Corte, que no es posible separar ninguno de los miembros de ese inciso sin desvirtuar el significado alto y comprensivo que informa ese mandato. De allí que, conforme a su espíritu y no sólo gramaticalmente la frase 'previa audiencia del Procurador General de la Nación', englobe, sea envolvente de todo el concepto y se refiera por lo mismo a todos los casos o emergencias que contempla el artículo". (Sentencia de la Corte Plena, XLVI, Nº 1935, mayo 19 de 1938) 390, 2ª

DENUNCIO DEL CONTRIBUYENTE

- 81 -

Véase: RENTA GRAVABLE.

DERECHOS FUNDAMENTALES

- 82 -

En la sentencia de la Corte Plena que decidió la exequibilidad del artículo 6º de la Ley 83 de 1935, sobre expropiación, expuso la Corte lo siguiente sobre derechos fundamentales:

"Es sabido que el reconocimiento constitucional de los derechos llamados en esa ciencia fundamentales, significa la creación de los principios básicos que sirven para estructurar la unidad política dada de un pueblo. La unidad estatal se integra mediante tales principios, los cuales constituyen el elemento indispensable a la formación incesante de esa unidad.

Págs.

Los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución representan la decisión política del pueblo colombiano sobre el modo de su existencia, en el sentido de que es una democracia constitucional modificada por los principios del Estado de derecho. Esos principios orientan la legislación, la justicia y la administración colombianas, hasta el punto de que ninguna ley puede ser interpretada o aplicada en contradicción con ellos, como tampoco puede una ley abolir un genuino derecho fundamental. Para una clara inteligencia del concepto expresado, no es inútil recordar su génesis. Los derechos fundamentales son únicamente los derechos de libertad individual en donde se considera al individuo aislado, o sea, extrasocialmente. Por lo tanto, desde el punto de vista jurídico, la libertad del individuo aparece como limitada en principio y su delimitación una excepción. De ahí, pues, que la posibilidad de ingerencia del Estado en esa esfera aparezca en principio limitada, mensurable y controlable". (1) (Sentencia de la Corte Plena, XLVI, Nº 1934, marzo 10 de 1938) .. 193, 2ª

DESISTIMIENTO

- 83 -

"Desistir es un derecho expresamente reconocido a cada cual por el art. 461 de dicho código. (1) (2). La autoridad está obligada por eso mismo a reconocérselo a quien quiera que desista, sin más limitaciones, en sus casos, que las expresadas en el artículo 465 ibídem. Esto, por lo que respecta al desistimiento en tesis ge-

(1) Los puntos tratados en esa sentencia, referentes a los conceptos jurídicos de expropiación y de propiedad privada están expuestos, el primero en la doctrina titulada **Ley acusada (artículo 6º de la Ley 83 de 1935, sobre expropiación**, y el segundo en la titulada **Propiedad privada.** En esa sentencia salvaron sus votos los Magistrados doctores José Antonio Montalvo, Eleuterio Serna y Arturo Tapias Pilonieta. La doctrina a que primeramente se aludió resume los puntos de discrepancia con el cuerpo de la sentencia.

(2) El Judicial.

Págs.

neral. Una vez trabada la litis porque se formuló en definitiva la demanda y se la respondió —lo que solía llamarse el cuasi-contrato de LITIS CONTESTATIO— es claro que un desistimiento parcial puede no ser admisible, en cuanto tropiece con el derecho de la contraparte, porque le altera las acciones incoadas en sí mismas o en la faz con que queden las que deja en pie, por el retiro de aquellas de que se pretende prescindir. Consideraciones de esta índole son las que llevaron al legislador a cerrar en la oportunidad del citado artículo 208 la posibilidad de modificar la demanda. Pero, si la supresión de una o de varias peticiones formuladas en un libelo determinan indudablemente alteración en él, no por esta sola circunstancia puede negarse el desistimiento parcial, en cuanto no lesione el derecho referido. Si, por ejemplo, al demandar en reivindicación se ha pedido la restitución del respectivo bien y además se han demandado sus frutos, el juez no puede, más celoso por la causa del demandante que éste mismo, negarse a admitir el desistimiento de esta última petición y la consiguiente reducción de sus pretensiones a la entrega de la cosa, pues la prescindencia en nada menoscaba el derecho del demandado ni le desmejora la situación creada con el presupuesto procesal inicialmente trazado. En suma, en un desistimiento parcial como el de que aquí se trata (había desistido el actor de las tres primeras acciones, observa el Relator), lo que ocurre meditar es si su admisión merma el derecho o empeora la situación del demandado. En caso afirmativo, no se admite, porque lo veda esa merma, ese empeoramiento; en caso negativo, se acepta, por la decisiva circunstancia de no haber valla para reconocer un derecho incuestionable". (Casación, XLVI, número 1934, marzo 29 de 1938) ..... 271, 2ª, y 272, 1ª

DESISTIMIENTO

- 84 -

Los actores en un pleito habían desistido de él para registrar los títulos con que habían promovido la acción de resolución de un contrato de compra-venta, y el desistimiento había sido condicional.

"Desde el momento en que la contraparte no suscribió el memorial en señal de aceptación de la reserva y de la condición del desistimiento, el Tribunal hizo mal en aceptarlo, pues cuando el desistimiento es obra exclusiva de una de las partes, no puede ser sino incondicional, de acuerdo con la naturaleza misma de esa facultad y con lo prescrito en los artículos 462 y 464 del Código Judicial, el último de los cuales impone el pago de costas a cargo del desistente. De consiguiente, la expresada manifestación de los demandantes, aun cuando llamada por ellos 'desistimiento del pleito', no es tal, como quiera que si se le diese ese alcance tendría necesariamente efecto contra el demandado, a quien se le impondrían gravámenes procesales que él no está obligado a aceptar. El demandado no adhirió al desistimiento en los términos condicionales en que se formuló, tendientes a dejar a salvo la misma acción resolutoria objeto de este debate, para discutirse en otro juicio, después de subsanado el defecto de prueba anotado por el Tribunal. Esta adhesión era fundamental y así han debido advertirlo tanto los demandantes como el sentenciador". (Casación, XLVI, número 1937, mayo 31 de 1938) 614, 1ª

DESISTIMIENTO

- 85 -

"Entre nosotros el artículo 14 de la ley 25 de 1928 prohibe, sin excepción, el desistimiento en las acciones de carácter público". (Sentencia de la Corte Plena, XLVI, número 1934, marzo 10 de 1938) (1) 196, 2ª

DESLINDE

- 86 -

"El juicio de deslinde no es declarativo sino atributivo de propiedad. No se afecta en esos juicios el dere-

(1) Se trataba del desistimiento presentado por el que había acusado como inconstitucional una ley.

cho de propiedad en sí mismo considerado, sino que se determina su comprensión, en relación con los predios en que respectivamente se ejercita el dominio; y así, aun cuando se convierta en ordinario, por la oposición, no se ventila en él el dominio de la zona discutida. El juicio de deslinde va encaminado a la fijación de una raya divisoria entre dos predios, de donde resulta que la primera condición emanada de la naturaleza misma de esta clase de juicios es que los dos predios sean colindantes. Esa acción compete a quien tiene el dominio u otro derecho real principal (C. J., artículo 862); de modo que la personería arranca de la titularidad de esos derechos. Por eso como lo ha dicho la Corte en varios fallos, entre ellos el de 20 de septiembre de 1920, a quien ejercita la acción de deslinde, como dueño de un predio para comprobar su dominio le basta presentar un título que en sí mismo acredite ese dominio. El juez en esta clase de juicios no está sometido a la fijación de la línea que señale el demandante, ni tampoco a la que señale el demandado, sino que puede de acuerdo con las pruebas aducidas, fijar otra distinta con libre facultad de apreciación. Y finalmente en los juicios de deslinde cuando hay oscuridad o deficiencia en los títulos, para fijar la línea divisoria, puede invocarse por la parte interesada la posesión de la zona, como elemento para la determinación de la línea, y esto porque la posesión presume el dominio. Cabe observar que no sólo compete esta acción al dueño sino a quien sea titular de derechos reales principales como el usufructuario... ..Uno de los modos más adecuados para interpretar un título de dominio es la posesión que tengan las partes, de acuerdo con ese título, según el concepto de ellas". (Casación, XLVI, número 1937, junio 21 de 1938) (1)..... 657, 2º 658, 1º

(1) Concordancias: véanse las doctrinas de los números 1229, 1237, 1239, tomo 1º, **Jurisprudencia de la Corte**; 755, tomo 2º, y 1244, 1246, 1264, tomo 3º.

Págs. Págs.

DEUDA PROVENIENTE DEL JUEGO

- 87 -

Véase: JUEGO. (Casación del 26 de abril de 1938).

DICTAMEN PERICIAL

- 88 -

Es durante el término del traslado, artículo 720 del C. J., cuando se presenta la oportunidad legal para objetar un dictamen pericial. (Casación, XLVI, número 1932, diciembre 14 de 1937) 14, 2º

DICTAMEN PERICIAL

- 89 -

La regla general en los dictámenes periciales es la de que deben verificarse por tres peritos, con la sola excepción de que puede realizarse por uno solo cuando las partes convienen en ello (artículo 705, C. J.). Este es el mismo criterio que informa el artículo 721, pues cuando dice que "el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba", no manifiesta que el avalúo debe hacerse por los dos peritos principales, sino que puede realizarse por éstos, o por un principal y el tercero, quien "emite su opinión sobre los puntos en que discuerden los principales" (artículo 716 ibídem). De modo que si el dictamen de un perito principal es debidamente fundamentado y explicado y a él adhiere el tercero, ese dictamen es uniforme y hace plena prueba. El que la disposición diga que en caso de desacuerdo "se toma el medio aritmético" nada dice en contra del aserto anterior y bien por el contrario lo confirma. (Auto, Sala de Unica Instancia, XLVI, número 1938, junio 14 de 1938) ..... 787, 1º y 2º

DICTAMEN PERICIAL

- 90 -

Cuando el dictamen pericial no reúne los requisitos del artículo 721

del C. J., el juez puede apreciarlo, según su criterio, hasta donde encuentra su fundamento, o desestimarlo, si no fuere posible otra cosa. Esto ocurrirá especialmente cuando los expertos omitan datos importantes o se basen en algunos no acreditados y que sean supuestos o imaginados por ellos. De modo que si la pericia es uniforme, explicada y debidamente fundamentada, el juez no está autorizado para prescindir de ella arbitrariamente; pero si no reúne esas calidades, debe impartir justicia acomodándose a la verdad de los hechos comprobados. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1937, junio 17 de 1938).....

DICTAMEN PERICIAL

- 91 -

No tratándose de avalúos, a que se refiere el artículo 721 del C. J., ni de regulación en cifra numérica, ni siendo tampoco el caso del artículo 722, ibídem, ni tratándose de una conclusión científica emanada de un arte, profesión u oficio, el Juez tiene la libre apreciación a que se refiere el artículo 723 del mismo Código. (Casación, XLVI, número 1937, junio 21 de 1938) .....

DICTAMEN PERICIAL

- 92 -

No es susceptible de estimación el dictamen pericial respecto del cual a las partes no se les ha brindado la oportunidad de impugnarlo por causales que, acreditadas en su caso, conducen a repetir la diligencia con otros peritos. Del dictamen debe darse traslado a las partes para que éstas puedan, dentro del respectivo término legal, solicitar explicaciones, o su ampliación, u objetarlo por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, conforme al derecho que otorga el artículo 720 del Código Judicial. (Casación, XLVI, número 1934, abril 29 de 1938) (1).....

(1) Esta doctrina está expuesta en la sentencia de instancia proferida por la Corte en razón de haber hallado que debía casarse la sentencia recurrida.

Págs.

DIVIDENDOS EN LAS SOCIEDADES ANONIMAS

- 93 -

"Como los dividendos se deducen de los beneficios líquidos, justificados por los inventarios y balances practicados en las épocas señaladas por los estatutos de la sociedad, para determinar si en una época dada los negocios sociales dieron o no utilidades líquidas, no es preciso esperar el resultado de la liquidación de la sociedad. En las sociedades anónimas las utilidades sociales repartibles en calidad de dividendos de las acciones, o las pérdidas, se van liquidando sucesiva e irrevocablemente en los respectivos períodos estatutarios, de suerte que no es posible, por ejemplo, compensar las utilidades habidas en un período con las pérdidas sufridas en otro período distinto: el accionista, por no estar obligado a reintegrar a la caja social las cantidades que hubiere recibido a título de beneficio de sus acciones (artículo 580 del C. de C.), adquiere de manera irrevocable los dividendos que la asamblea general de accionistas vaya decretando en el curso de la vida social, así como también, correlativamente, establecido que en un período dado no hay beneficios repartibles, la sociedad queda para siempre liberada con el accionista de toda responsabilidad y de todo crédito por utilidades correspondientes a ese período". (1) (Casación, XLVI, número 1936, mayo 23 de 1938) .....

69, 2ª, y 692, 1ª

661, 2º

543, 1ª

DOCUMENTO

- 94 -

El documento procedente de persona extraña a las partes contendoras en un juicio y llevado a él por el actor, no puede considerarse como documento privado tácitamente reconocido por el demandado en virtud de no haber hecho manifestación alguna acerca de él y la sentencia que lo reconozca como tal viola los artículos 1761 del Código Civil y 637 del Código Judicial. (Casación, XLVI, número 1934, abril 29 de 1938).....

327, 1º

826, 2ª

(1) Es doctrina expuesta en los razonamientos de instancia por casación del fallo recurrido.

Págs.

DOCUMENTO AUTENTICO

- 95 -

Los documentos públicos son documentos auténticos; en ellos la autenticidad se presume "ab initio" (probatio probata), dicen los tratadistas. Esta noción de autenticidad de los instrumentos o documentos públicos la consagra respecto de algunos de ellos el artículo 632 del C. J. Tal es el sentido de esa disposición; evidentemente los documentos públicos allí señalados son auténticos y, como lo dice dicho texto, hacen plena prueba. Pero esos documentos deben llevarse al juicio de la manera indicada en el artículo 636 del C. J. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1934, marzo 21 de 1938) 354, 2ª

D O L O

- 96 -

"El dolo se define por toda especie de astucia, trampa, maquinación o artificio que se emplea para engañar a otro, o el propósito de dañar a otra persona injustamente. Es claro y evidente que quien obra dolosamente debe resarcir los perjuicios que hubiere causado, siendo nulo todo pacto tendiente a eximirlo de esta responsabilidad. Así lo expresaba el viejo aforismo romano: 'conventio ne quis teneatur de dolo non valet'. Cuando en un contrato se comete dolo, la parte agraviada puede intentar las acciones civiles y penales tendientes a lograr el castigo del culpable y a resarcir los perjuicios morales y materiales causados por el acto doloso, amén de la rescisión de las estipulaciones contractuales originadas de la intención de perjudicar, 'animus nocendi'. Pero por esa misma circunstancia el dolo no se presume, sino que debe demostrarse palmariamente por la parte que lo alega: 'dolum non nisi perspicuis indiciis probari convenit'." (Casación, XLVI, número 1933, marzo 4 de 1938) (1) ..... 144, 1ª y 2ª

(1) Es doctrina expuesta en los razonamientos de instancia por haberse de casar el fallo recurrido.

Págs.

E

EJECUCION

No es óbice para el ejercicio de la acción ejecutiva con el objeto de implorar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en una sentencia a una de las partes, el hecho del no cumplimiento por el ejecutado de las obligaciones que a éste le incumben. Una ejecución puede adelantarse con base en un crédito embargado, porque lo que el artículo 1636 del Código Civil declara nulo es el pago de la deuda embargada o cuando se ha mandado retener. De manera que la obligación del juez en el caso de que se ejecute con un crédito embargado, es retener el pago, pero no negar el mandamiento ejecutivo. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1938, junio 17 de 1938) ..... 740, 1ª y 2ª

EJECUCION Y MANDAMIENTO EJECUTIVO

- 97 -

"Para la viabilidad de la acción ejecutiva establece la ley dos requisitos, el uno de fondo y el otro de procedimiento, contenidos respectivamente en los artículos 982 y 997 del Código Judicial. En el primero se determina qué clase de documentos pueden ser cobrados por el trámite de la ejecución, y en el segundo, se enumeran taxativamente los elementos esenciales que el decreto judicial de pago debe reunir. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1934, febrero 21 de 1938) 349, 2ª

E M B A R G O

- 98 -

"El embargo es un medio de asegurar la eficacia de las acciones del acreedor contra actos del deudor que enajenando o gravando sus bienes merme y hasta haga desaparecer el respaldo de sus obligaciones, sea éste especial o el general del artículo 2488 del C. C. En esa senda la ley llega a permitirlo preventivamente, no sin

Págs.

las debidas precauciones para el deudor, que puede ser demandado presunto, y para terceros (C. J., artículo 274), ni sin sanción contra los posibles abusos del derecho (artículo 294 ibídem). Consecuencia lógica de la expresada finalidad del embargo es la nulidad del pago cuando lo embargado es un crédito y se cubre al acreedor (C. C., artículo 1636, numeral 2º) y la de que se anula la enajenación de lo embargado por haber en ella objeto ilícito (artículo 6º ibídem). En busca de la eficacia de la orden de embargo, la ley dispone lo procedente según se trate de créditos, cosas muebles, naves, fábricas, etc., o bienes raíces. Para éstos creó libro especial en el registro, ha reglamentado con nimiedad la inscripción en relación con la providencia judicial respectiva y su aviso al Registrador y previene a éste se abstenga de inscribir la enajenación o gravamen del inmueble embargado. (Ley 57 de 1887, artículos 38 y 43 y artículo 42 de la 95 de 1890). El artículo 1521 del C. C., en lo pertinente dice: '.... .....' Ambos miembros de este numeral son estrictamente lógicos con el expresado objetivo del embargo: objeto ilícito y consiguiente nulidad en tesis general o en principio, y ausencia de vicio cuando media esa autorización, de igual calidad y fuerza que el decreto inicial aludido, o cuando interviene el consentimiento del acreedor, dueño de prescindir de la garantía que para él es el embargo. Claro es que esta prescindencia, determinada para facilitar y abreviar el pago o por cualquiera otro motivo, deja de lado toda contingencia de violación o sacrificio por el deudor del referido estado de garantía a que obedecen las aludidas o citadas disposiciones legales. No produciéndose así ese adverso resultado, carecería de razón el concepto de ilicitud". (Casación, XLVI, Nº 1935, mayo 12 de 1938) .....

EMBARGO

- 99 -

El cumplimiento de la orden de embargo antes de la notificación del auto en que tal se decreta, es legal, pues aunque por regla general ninguna providencia judicial produce efectos antes de haberse notificado legalmente a las partes (artículo 322 del C. J.), tal precepto no puede hacerse extensivo a las órdenes de embargo, pues con ello se desvirtuaría la índole propia de tal medida. Así lo reconoce expresamente la ley cuando establece el embargo preventivo. Lo contrario significaría una advertencia al deudor para facilitarle el medio de evadir el cumplimiento de su obligación. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1938, abril 5 de 1938) ..... 776, 1ª y 2ª

EMPLEADOS PUBLICOS DE MALA CONDUCTA

- 100 -

El hecho de haber desempeñado el encausado por uno de los delitos definidos en el Código Penal bajo el mote de "empleados públicos de mala conducta" el cargo de Juez, no constituye una verdadera modalidad de agravante por tratarse de persona de alguna ilustración, pues precisamente su grado de instrucción determinó su escogencia para Juez, y el delito sólo lo pueden cometer funcionarios, es decir, personas que tienen preeminencia; de lo contrario no concurriría uno de los elementos esenciales que lo forman. En consecuencia, la delincuencia debe calificarse en ese caso en grado ínfimo. (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLVI, marzo 11 de 1938) ..... 151, 1ª y 2ª

EPOCA Y LUGAR EN QUE SE COMETIO EL DELITO

- 101 -

Por haber dicho un Juez Superior 435, que el delito de homicidio se había 1ª y 2ª cometido como de las diez a las once de la noche de cierto día, y en el centro de cierta población, se afirmaba en casación que la sentencia condenatoria era vulnerable por la causal 2ª de casación. Dijo la Corte:

"Cuando un suceso de esta clase ocurre, desde luego inesperado para los testigos o para quienes ocasional-

mente saben a renglón seguido la ocurrencia del hecho y la testifican, no es posible la precisión matemática en cuanto a la hora y la ubicación específicamente inconfundible, alinderada o medida desde un punto conocido. Tal precisión es casi imposible si se atiende, entre otras causas, a la diversa apreciación de un mismo hecho, o la referencia a un punto o a una hora por distintos testigos. Lo esencial es que el tiempo sea determinable en un espacio en que todos concuerden y el sitio determinable también por un punto conocido de todos y en cuya seña o ubicación estén contestes los testigos o que a él se refieran otros elementos probatorios". (Casación, XLVI, número 1932, noviembre 17 de 1937).....

ERROR DE HECHO

"Cuando la violación de una disposición sustantiva proviene de interpretación o apreciación errónea y el error es de hecho, en la determinada prueba, éste ha de aparecer 'de modo manifiesto en los autos', al tenor del artículo 520". (Casación, XLVI, número 1935, mayo 9 de 1938).....

ERROR DE HECHO

- 103 -

"Error de hecho, en el sentido y condiciones necesarios para poder dar base a una casación, a condición, naturalmente, de producir infracción de precepto legal sustantivo, es un 'error de entidad suficiente para producir en la inteligencia la convicción plena de que existe en la realidad, o sea un error consistente en la afirmación o negación inexacta de un hecho alegado' ". (Casación, XLVI, número 1935, mayo 9 de 1938).....

ERROR DE HECHO

- 104 -

El error de esta clase debe ser manifiesto, conforme lo dispone el numeral 1º IN FINE del artículo 520 del Código Judicial. (Casación, XLVI, número 1937, junio 10 de 1938) ....

Págs.

ERROR EN CUANTO AL NOMBRE DEL PROCESADO

- 105 -

El error en cuanto al nombre del procesado no perjudica lo esencial que es su identidad, la cual puede comprobarse de acuerdo con las reglas del procedimiento criminal, "que son especiales y de más sencilla apreciación, tendientes a evitar la impunidad". (Casación, XLVI, número 1937, agosto 27 de 1938). (1). 665, 2ª

ESTIPULACION PARA OTRO

- 106 -

75, 1º El tercero a cuyo favor se hace una estipulación, por el solo hecho de aceptarla, expresa o tácitamente, hace ingresar a su patrimonio el derecho estipulado, y desde este momento cesa la facultad de revocar el contrato que en ningún caso puede ser el resultado de la voluntad de una sola de las partes, sino de la concurrencia de quienes intervinieron en él. (2) (Casación, XLVI, número 1932, diciembre 15 de 1937)..... 34, 1ª

414, 1º EXCEPCIONES PERENTORIAS Y DILATORIAS

-107 -

"En su acepción genérica entiéndese en el procedimiento civil por excepción, cualquier medio de defensa, como dice Manresa y Navarro, de que hace uso el demandado para contradecir la acción del demandante. Así como es propio del demandante valerse de las acciones para reclamar su derecho, de igual manera es propio del demandado emplear los medios de defensa que posea para contrarrestar o desvirtuar la acción; y esto puede
424, 2º hacerlo de dos maneras: o bien atacando a fondo el derecho ejercitado; o bien impugnando el procedimiento mediante el cual ese derecho pretende deducirse en el juicio. En el primer caso, en nuestras leyes se reco-

(1) La Corte acogió, al sentar esta doctrina, la opinión del Procurador.

633, 2º (2) Artículo 1505 del Código Civil.

noce una excepción PERENTORIA; y en el segundo, una excepción DILATORIA. La excepción en el derecho ritual constituye una noción inconfundible con la defensa del demandado. La excepción es un medio de defensa pero no engloba toda la defensa. La defensa en su sentido estricto estriba en la negación del derecho alegado por el demandante. En tanto que la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluye los efectos jurídicos del primero y, por lo mismo, la acción; o en otros términos, el excepcionante opone al derecho circunstancias concomitantes o subsiguientes al hecho generador del derecho, encaminadas a modificar o anular los efectos de la respectiva relación jurídica afirmada en la demanda. El artículo 329 del Código Judicial define la naturaleza de la excepción PERENTORIA: todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió. De donde se infiere que las excepciones perentorias son de dos clases: se está dentro de la primera, cuando el demandado aun admitiendo en principio la existencia del hecho constitutivo del derecho, propone al mismo tiempo la existencia de otro hecho en su origen coetáneo del primero y que impide el que éste produzca la plenitud de sus efectos jurídicos; y se está dentro de la segunda clase cuando el demandado, dando por supuesta la relación de derecho, alega la existencia de hechos posteriores que la enervan. Ejemplo de la primera categoría son las excepciones de falsedad, dolo, error, fuerza mayor, simulación de contrato, etc.; y de la segunda, el pago, la remisión o condonación de la deuda, compensación, novación, transacción, cosa juzgada, incumplimiento del contrato, prescripción, etc. La excepción perentoria de petición antes de tiempo es temporal porque se declara cuando la obligación demandada no es todavía exigible, como en las obligaciones a término o condicionales, cuando se demandan antes del vencimiento del plazo o de la llegada del evento incierto constituvo de la condición; permite por tanto la reanudación del litigio una vez que el derecho se haya consolidado en cabeza del titular, lo que no ocurre con las excepciones que tienen un carácter perpetuo en el sentido de que la sentencia en que se las reconoce hace tránsito a la cosa juzgada e impide renovar la discusión sobre la misma acción. La excepción de petición antes de tiempo, como su nombre lo indica, tiende, pues, a desestimar la demanda, no por carencia de prueba sobre la existencia misma de la acción, porque esta desestimación lejos de tener el alcance de una excepción, constituve el reconocimiento de la falta de todo derecho en el actor; sino que la juticia estima que habiendo nacido el derecho que se reclama, su consolidación definitiva en cabeza del actor está subordinada a un hecho futuro, que no ha tenido realización todavía en el momento de proponer la demanda, por cuya razón ésta versa sobre obligaciones con fuerza actual por estar desprovistas del requisito fundamental de la exigibilidad. Constituyendo, pues, la excepción perentoria, cualquiera que sea su naturaleza, un verdadero contraderecho del demandado, susceptible de ser reclamado a su vez como acción, debe preexistir también al proceso. Y aquí radica su diferencia con el derecho del mismo demandado a la declaración negativa de la demanda infundada, que nace sólo con ocasión del proceso; bien en virtud de que el actor deje huérfano de prueba total o parcial el hecho jurídico de donde deriva la acción, o bien porque aquel hecho carezca de la idoneidad jurídica que le atribuye. Es en suma del proceso mismo, independiente de toda actividad del demandado, de donde surge el imperativo del juez de rechazar la demanda, dejando libre al demandado, aun sin su intervención, del gravamen infundado con que aspira a sojuzgarlo el actor" (Casación, XLVI, Nº 1937, mayo 31 de 1938) .....

Págs. 612, 1ª y 2ª, y 613, 1ª

Págs.

EXCLUSION DE BIENES DE UN INVENTARIO

- 108 -

Los bienes incluídos en el inventario de una sucesión por virtud de haber sido denunciados como de su propiedad, pueden no pertenecer a la herencia, y hallarse sin embargo en poder de los herederos. El dueño de estas cosas indebidamente inventariadas y de que no está en posesión, tiene entonces acción para demandar su exclusión demostrando en un juicio ordinario su dominio. Estas cuestiones sobre la propiedad de cosas en que alguien alega un derecho exclusivo y que en consecuencia no deban entrar en la masa partible, dan lugar al ejercicio de la acción que consagra el artículo 1388 del C. C. para que se declare indebida la inclusión en el inventario de los bienes relictos, y que cuando busca también la restitución es una acción real de dominio que ha de dirigirse contra quien sea poseedor por tenerlas con ánimo de señor y dueño. Si la herencia dentro de cuya masa de bienes está el indebidamente inventariado, está ilíquida, la acción debe dirigirse contra la sucesión representada por los herederos, o contra el adjudicatario o adjudicatarios de la cosa si ya se ha liquidado, y en este caso, sólo por la parte que posea el demandado. (Casación, XLVI, número 1932, diciembre 15 de 1937) .....

EXHIBICION

- 109 -

No es necesario exigir, para que prospere el incidente de exhibición de libros y documentos, la particularización de ellos, pues eso depende de las circunstancias propias de cada caso, sin que sea necesario expresar siempre el libro, el asiento y el folio en que éste se encuentre. Una exigencia de esa clase equivaldría muchas veces a la imposibilidad de la prueba, porque una determinación tan precisa requiere el conocimiento previo de los datos que se busca establecer por medio de la diligencia y que no pueden obtenerse de otro modo que con la presentación de los libros y documentos respectivos. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1933, enero 28 de 1937). (1). ..... 168, 1ª y 2ª

F

FALSEDAD

- 110 -

Se tachaba de falsedad en documentos oficiales el hecho de haber aparecido la firma de un Juez en una acta de visita cuando la verdad era que no pudo firmarla por estar ausente el día en que apareció firmada.

"Sobre la imputación de falsedad es innegable que implica inexactitud el haber autorizado el juez con su firma el acta de visita de cárcel y una diligencia de autopsia, fechadas durante su estada en Bogotá; pero ello no alcanza a constituír falsedad punible: el señor García era juez en ejercicio cuando se extendieron aquellos documentos y también cuando los firmó; y los documentos de suyo no adolecen de falsedad, ni fueron producidos con fin doloso o ilícito". (1) (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLVI, número 1932, noviembre 10 de 1937) 71, 2ª

FENECIMIENTOS

- 111 -

32, 2ª **El fenecimiento, ejecutoriado, contiene suficiente entidad para servir de título ejecutivo. Ese fallo se asimila a una sentencia que finaliza el juicio de cuentas y presta mérito ejecutivo aun cuando contra él pueda intentarse el recurso de revisión.** (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1934, marzo 24 de 1938) ... 362, 1ª y 2ª

---

(1) Concordancia: Cita la Corte el auto de fecha 7 de mayo de 1936, en el juicio de cuentas del Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company Limited, **Gaceta Judicial**, Nº 1917.

(1) Cita la Corte, como doctrina ilustrativa, la contenida en el número 383 del tomo 3º de la **Jurisprudencia de la Corte.**

Págs.

FIANZA

La fianza no se presume ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso (artículo 2373 del C. C.). El fiador no es responsable de alcances deducidos por el manejo de dineros en el ejercicio de un empleo a que no se refirió su fianza. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1935, marzo 10 de 1938) 451, 2ª

FRUTOS

- 112 -

La condenación al pago de frutos es corolario fatal y necesario de la restitución por reivindicación, según lo dispuesto por los artículos 962 y 964 del Código Civil. (Casación, Nº 1937, XLVI, junio 14 de 1938) .. 654, 1ª

FRUTOS

- 113 -

Los frutos a que alude el artículo 1395 del Código Civil pertenecen de suyo a los herederos sin lugar a inventariarlos, a avaluarlos y adjudicarlos. Los interesados de suyo o por orden judicial pueden dejar establecida determinada base para la ulterior distribución de los frutos en cierto lapso de tiempo, sin que para ello pueda estimarse que viola el artículo 1395 la partición que así lo reconozca o que sobre tal base se funda y proceda. (Casación, XLVI, Nº 1934, abril 8 de 1938) .....

FUERZA Y VIOLENCIA

- 114 -

"El abuso deshonesto de un impúber de sexo contrario, es forzamiento en cualquier caso. El artículo 683 del Código Penal establece una presunción de derecho en estas circunstancias. Basa la ley esta presunción en la invalidez del consentimiento. Cuando la mujer es núbil, en tratándose del estupro, se admite la prueba del consentimiento, y ello porque ya es apta para la reproducción y porque se trata de un acto fisiológico, que si puede caer bajo otra sanción del Código Penal, depende del medio como se obtuvo el consentimiento, que en unos casos puede ser el engaño o el de la privación de la voluntad. Mas cuando ni fisiológicamente es apta la mujer para el acoplamiento, ni su voluntad es consciente por razón de la edad legal, la presunción no admite prueba en contrario. Entonces el cuerpo del delito, resultante del hecho mismo cumplido, y caracterizado por los elementos constitutivos del acto delictuoso contemplados en la respectiva disposición penal (artículo 1512 del Código Judicial y 24 de la ley 104 de 1922), está de tal manera destacado que no es posible predicar error en su apreciación, puesto que él es simplemente una constatación del hecho material y de la presunción legal". (Casación XLVI, número 1932, noviembre 24 de 1937) 81, 1ª

FUNCIONARIOS PUBLICOS Y OFICIALES PUBLICOS

- 115 -

Véase la doctrina titulada PROYECTO DE LEY ACUSADO POR EL GOBIERNO COMO INCONSTITUCIONAL.

FUGA DE PRESOS

- 116 -

De acuerdo con lo que disponen los artículos 289 y 290 del Código Penal, para que pueda exigírsele responsabilidad penal a un juez por la fuga de un preso o detenido que lo esté por cuenta u orden de su despacho, se requiere la prueba del dolo específico, intención de facilitar la fuga, o la del elemento A SABIENDAS respecto del suministro de medios o facilidades para que ella se lleve a cabo. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLVI, Nº 1934, abril 25 de 1938) 290, 2ª, y 291, 1ª 344, 2ª

FUSION DE SOCIEDADES

- 117 -

Véase: SOCIEDAD.—SU FUSION. (Casación del 14 de julio de 1938, G. J. Nº 1938, págs. 722, 1ª, y 723, 1ª).

Págs.

H

HERIDAS

- 118 -

La herida que causa la pérdida de un ojo, grave de suyo, ha solido calificarse de LEVE para efectos de la penalidad y con el objeto de reservar la categoría de GRAVE a la herida que prive de la vista de ambos ojos. Pero no puede aceptarse como constante y general la teoría de que la pérdida de un solo órgano o miembro, cualquiera que sea, deba reputarse siempre como lesión leve, pues para los trabajadores manuales y en particular para un labriego, la herida que cause amputación completa de la mano sí afecta todo el miembro de que ella forma parte, inhibe para trabajar como antes y deja "notable deformidad física gravemente perjudicial" (inciso 1º del artículo 645 del Código Penal). (Casación, XLVI, número 1934, abril 25 de 1938) ..... 343, 2ª y 344, 1ª

HIPOTECA

- 119 -

En un juicio sobre extinción de un contrato de hipoteca en que no se había presentado la prueba directa de la constitución del gravamen hipotecario, alegaba en casación el recurrente que el Tribunal sentenciador había violado por falta de aplicación el artículo 2637 del Código Civil porque no había tenido en cuenta que por lo menos se había presentado el certificado del registrador de instrumentos públicos y privados, del cual aparecía la constitución de ese gravamen. Dijo la Corte:

"El Tribunal, como se ha dicho, partiendo de la base de que no fue presentada la escritura 1218, encontró que faltando este factor fundamental se imponía la absolución del demandado, por cuanto no encontró presentada la prueba del contrato de mutuo e hipoteca. El solo certificado que acaba de mencionarse no es para el Tribunal prueba del contrato. No puede sostenerse que por haber estimado tal certificado como prueba del contrato se haya violado el art. 2637 del C. C., por lo siguiente: a) Porque el registro o inscripción tiene entre otras la finalidad de dar publicidad a los actos y contratos que trasladen, muden o graven el dominio de los bienes inmuebles, numeral 2º de dicho artículo, de donde se ve claramente que si el registro da publicidad a esos actos y contratos, no es por sí mismo la prueba del contrato, sino el modo adecuado para que los terceros conozcan la situación jurídica de un inmueble y para que el gravamen o mutación o traslado de la propiedad quede hecho en la forma legal. Por eso cuando se declara la nulidad de un contrato como consecuencia se dispone la cancelación del registro, cuando el contrato consta por escritura pública; b) Porque los numerales 1º y 3º de dicho artículo no inciden en este recurso, lo cual se concluye con solo leerlos. Por otra parte cree la Corte oportuno hacer las siguientes observaciones: La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública, y podrá ser una misma la escritura pública de hipoteca y la del contrato a que accede, artículo 2434 del C. C. y el contrato de hipoteca está sujeto al registro, artículo 2435. La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos o contratos en que la ley requiere esa solemnidad, art. 1760 ibídem. Luego la prueba de la constitución o existencia de un contrato de hipoteca no puede ser sino la escritura pública debidamente registrada, prueba que la actora ha podido producir de acuerdo con el artículo 636 del C. J. y que no adujo. Esa prueba, se repite, ha debido ser la escritura pública registrada, lo que corrobora el artículo 2577 del C. C. Vale la pena observar que en este pleito no se ha alegado el hecho de haber desaparecido, por cualquier causa, el protocolo de la Notaría donde se halla la escritura 1287 ya citada, de modo que la cuestión no puede enfocarse a la luz de ese hecho; lo que resulta en definitiva es que no se adujo a los autos tal instrumento. El cargo que se estudia no es pues fundado". (Casación, XLVI, Nº 1934, abril 30 de 1938) ..... 1ª y 2ª

Págs.

HIPOTECA DE CUOTA EN BIENES COMUNES

- 120 -

La especie de hipoteca a que se refiere el artículo 2442 del Código Civil "se ha llamado SUI GENERIS por algunos autores, debido a la circunstancia de que su eficacia posterior queda completamente subordinada al resultado de la partición. Si se adjudica el todo o parte de la cosa común al comunero que constituyó la hipoteca, ésta se confirma retroactivamente y su fecha se cuenta desde la inscripción. La situación peculiar en que se encuentra vinculado el derecho de dominio de los partícipes en la cosa común en el cuasicontrato de comunidad, 'sin dividirla, de modo que toda entera corresponda a todos, sin que ninguno pueda designar su parte' (tota in toto, et tota in qualibet parte), hace jurídicamente posible que cada uno de los copropietarios del inmueble indiviso pueda hipotecar, ya sea su parte o cuota indivisa, ya sea la totalidad o una parte determinada de la finca común, sometida en todo caso a las eventualidades de la partición, la cual, en virtud de su efecto retroactivo y declarativo que le atribuye al adjudicatario la posesión exclusiva del bien adjudicado desde el comienzo de la indivisión, como si los otros no hubieran tenido nunca parte en él (art. 779 del C. C.), le dará eficacia a la hipoteca en cuanto la adjudicación al comunero constituyente coincida con la parte o cuota del inmueble que sometió a gravamen hipotecario en estado de indivisión, y la dejará inválida en cuanto del bien se adjudique a los demás copartícipes, que no consientan en el gravamen. Estando el dominio del comunero, por así decirlo, disperso sobre todo el inmueble, no es pertinente ni acertado equiparar la hipoteca, de cualquier extensión que sea, que otorgue sobre la finca indivisa un copropietario, con la hipoteca sobre cosa ajena. En el cuasicontrato de comunidad ninguna fracción de la finca común puede decirse que sea ajena en relación con cada comunero; y de este principio se deduce lógicamente que la hipoteca constituída por un copropietario indiviso sobre mayor extensión de la que le corresponde en el inmueble común no es nula, sino de eficacia eventual subordinada a los resultados de la división. Los inconvenientes que se desprenden de la contingencia o incertidumbre de la garantía según esta interpretación que consulta los principios de nuestro sistema jurídico y la doctrina de los expositores, se contrarrestan con la capacidad permanente en que está todo presúnto acreedor de averiguar exactamente el estado de la propiedad raíz en los registros públicos". (Casación, XLVI, Nº 1936, mayo 25 de 1938) ..... 550, 2ª y 551, 1º

HOMICIDIO

- 121 -

No significa nada respecto del cuerpo del delito de homicidio la circunstancia de la agresión con arma de fuego contra una persona y el resultado, por este hecho, de la muerte de otra, pues el homicidio se produce y es imputable y se caracteriza como figura delictuosa, así el hecho que lo causa recaiga sobre persona determinada, como víctima de antemano de una agresión, o recaiga casualmente sobre otra. (Casación, XLVI, Nº 1932, noviembre 17 de 1937) (1) 75, 2ª

HOMICIDIO

- 122 -

Para aplicar disposiciones especiales en el homicidio es necesario que el veredicto del Jurado contenga en alguna forma los elementos de que tratan esos mandatos legales; pero de esto no se sigue que el Jurado tenga que expresar de manera exacta y taxativa los términos jurídicos que el Código Penal consagra en cada uno de sus artículos. (Casación, XLVI, Nº 1935, abril 26 de 1938) ..... 445, 1ª y 2ª, 446, 2ª

(1) Sobre este punto decía el Procurador en lo penal: "De acuerdo con la doctrina y con el Código Penal, el error **in objecto y la aberratio ictus** no desnaturalizan la esencia del homicidio, desde luego que el objeto de ese delito es el hombre, y no éste o aquel hombre determinado".

Págs.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO

- 123 -

El veredicto que suprime la premeditación plantea un homicidio simplemente voluntario y la sentencia que sanciona un homicidio de esa naturaleza no hace sino acoger el veredicto del Jurado. Si el veredicto no hizo sino quitar la premeditación, sin atenuar más el delito, no hay posibilidad para aplicar el artículo 602 del Código Penal que reprime homicidios de menor gravedad, ya por haberse cometido en riña provocada por la víctima, o por ser de los menos graves entre los enumerados por los artículos 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587 del mismo Código. (Casación, XLVI, Nº 1933, marzo 2 de 1938) . .

II

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA

- 124 -

"La ilegitimidad de la personería a que se hace referencia indirecta en el artículo 520 del C. J. como causal general de nulidad de lo actuado se refiere a la personería adjetiva o a la capacidad de representación en juicio (artículos 332 y 450 del C. J.), da lugar en unos casos a excepción dilatoria y en otros puede determinar invalidación de lo actuado y dice relación a la capacidad de las partes para litigar según su condición de SUI JURIS o ALIENI JURIS, o a la comprobación del mandato en caso de que intervenga apoderado, a la extensión de sus poderes, a la prueba de la representación que exige la ley en tratándose de sociedades, corporaciones, etc. No se trata en el referido motivo de casación de la personería sustantiva que no engloba ninguna consideración procedimental y que se confunde propiamente con la existencia del derecho demandado y de la acción ejercitada". (Casación, XLVI, Nº 1934, marzo 14 de 1938).

Págs.

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA

- 125 -

"La ilegitimidad de la personería a que se refiere el sexto de los motivos de casación, erigida en causal de nulidad en todos los juicios por el ordinal 2º del artículo 488 del Código Judicial, es la que dice relación con la facultad de representar en juicio o personería simplemente adjetiva, y no la personería sustantiva que tiene relación con el fondo mismo de la cuestión debatida y cuya ilegitimidad se confunde con la inexistencia misma del derecho demandado o de la acción incoada. La personería de la parte demandada, cualquiera que sea el fundamento del vicio alegado, no puede ser impugnada por el mismo personero en quien se hace residir la ilegitimidad de la representación, por que resulta improcedente y contradictorio el uso de la propia ilegitimidad para pretender producir dentro del pleito un resultado de tánta trascendencia como es la invalidación de lo actuado. La nulidad por ilegitimidad de la personería no puede ser propuesta con eficacia legal por cualquiera de las personas que intervienen en un litigio judicial; la razón jurídica de esta causal general de nulidad, que no es otra que la violación del derecho de defensa, circunscribe el interés indispensable para pedirla en la persona o parte que no haya estado debidamente representada en el juicio. Ilógico cuando menos sería aceptar interés legal para tal pedimento en quien, según su propia alegación y dicho, ha usado ilegítimamente la representación judicial. Si quien pide la nulidad por mala representación no es representante, no puede pedirla ni obtenerla, y si ha sido legalmente el representante, no hay lugar a declararla. La parte interesada en la nulidad, la que sí estuvo indebidamente representada en el pleito, tiene caminos legales para poner a salvo sus derechos al frente de una sentencia producida en un juicio en que no tuvo forma ni oportunidad de asumir su defensa. (Art. 457 del C. J.). Si el personero ilegítimo carece de derecho para pedir la reposición de lo actuado durante los grados del juicio, menos habrá de re-

148, 1ª y 2ª

246, 2ª, y 247, 1ª

conocérsele tal facultad o capacidad para aducir su propio vicio como causal de anulación de lo actuado con ocasión del recurso extraordinario de casación. La alegación de este motivo no es legítima ni puede prosperar si no procede de la parte mal representada". (Casación, XLVI, Nº 1935, mayo 9 de 1938) .....

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA

- 126 -

"Como es de conceptuarse jurídicamente desde luego y como en efecto lo consagra el C. J. en sus artículos 332 y 450, la ilegitimidad de la personería, que en unos casos puede oponerse preventivamente como excepción dilatoria y en otros puede determinar anulación de lo actuado, mira a la capacidad de las partes para litigar, según se trate de persona natural SUI JURIS o ALIENI JURIS y haya o no apoderado y, habiéndolo, sea satisfactoria o no la extensión del mandato; según el representante legal haya justificado o no serlo y ceñídose o no a las lindes respectivas; según, al tratarse de sociedad, corporación, institución, etc., se haya acreditado o no la calidad de quien por ella comparezca o haya actuado diciéndose su gerente, síndico, etc., y según las cláusulas de la escritura social o de los estatutos o las correspondientes disposiciones legales señalen sus atribuciones". (Casación, XLVI, Nº 1935, noviembre 26 de 1937) .....

IMPREVISION

- 127 -

"La teoría de la IMPREVISION que según Demogue nació en el Derecho Canónico debido a los esfuerzos de los canonistas de la Edad Media que impusieron su aplicación por los tribunales eclesiásticos, impidiendo así el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, como algo contrario a la moral cristiana, supone como subentendida en

Págs.

423, 2ª, y 424, 1ª y 2ª

408, 1ª y 2ª

los contratos una cláusula 'Rebus sic stantibus', según la cual sus autores explicaban que las partes implícitamente se reputaban haber subordinado la subsistencia de sus respectivas obligaciones, en los términos en que se habían convenido, a la persistencia de las condiciones de hecho existentes el día del contrato. La fórmula completa es: 'Contractus qui habent tractum succesivum et dependant de futuro rebus sic stantibus intelliguntur'. Esta teoría, radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir que se trate de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc. Aceptada casi unánimemente esta teoría en los últimos años por la doctrina y la jurisprudencia extranjeras en el campo del derecho administrativo, no ha tenido sin embargo igual acogida en el campo del derecho civil, objetándose de contraria a la integridad y firmeza de los contratos. En Francia, la jurisprudencia de los tribunales civiles durante todo el siglo pasado rehusó aplicar la teoría, porque le daban primacía al principio de la autonomía de la voluntad. Solamente en los años posteriores a la gran guerra, 1914-1918, los grandes tratadistas, a merced del abandono de la interpretación exegética de los textos, tratan de incrustarla dentro de la doctrina de los códigos de tradición napoleónica, aun cuando entre ellos surgen desacuerdos cuando se dedican a darle el verdadero fundamento científico. Así a la escuela espiritualista de Ripert, fundada sobre el predominio de la noción de moral, se oponen las opiniones de Bonnecasse y de Demogue, para quienes la noción de derecho y la función económica y social del contrato, bastan a justificar la

Págs.

Págs.

teoría. Precisaménte el principio sentado en el Código de Napoleón de que todo contrato celebrado es una ley para los contratantes (artículo 1134, incisos 1º y 2º), principio repetido por el artículo 1602 de nuestro Código Civil, que es la disposición citada como violada por el recurrente, ha sido el grave escollo que muchos encuentran para aceptar la teoría de la imprevisión en las legislaciones de fuente francesa. Porque se alega que ese y otros preceptos ponen por sobre todo la intangibilidad de los contratos, haciendo de ese principio base esencial del orden económico y social, principio que le quita al juez todo poder de interpretación tendiente a modificar las estipulaciones libremente convenidas por las partes. La Corte de casación de Francia condenando esta teoría con motivo de algunas decisiones de tribunales y cortes de apelación que la habían acogido dijo lo siguiente: 'La regla establecida por el artículo 1134 del Código Civil, es general y absoluta y rige tanto en los contratos de prestaciones sucesivas, como en los contratos de otra naturaleza; en ningún caso los tribunales, por justas que parezcan sus decisiones, pueden tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones'. (Corneliu Mihail Popescu.—Essai d'une théorie de l'imprevision en droit francais et comparé. París. 1937, página 77). De ahí que cuando se aspira a darle vida legal a la teoría se apela a otras disposiciones. En Francia ensáyase darle apoyo en el inciso 3º del artículo 1134 del Código Civil, según el cual las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe (artículo 1603 del Código colombiano); otros lo encuentran en el artículo 1135, según el cual las convenciones obligan no sólo a lo que en ellas se expresa, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley atribuyen a la obligación según su naturaleza. (Artículo 1603, C. colombiano). Fyot invoca el artículo 1150 como base legal de la teoría; esta disposición limita la indemnización de perjuicios, cuando no se puede imputar dolo al deudor, a la cantidad que se previó o que pudo preverse en la época de la convención (artículo 1616 del código

Págs.

colombiano). Wahl y otros autores la fundan en el artículo 1156, cuyos términos estatuyen que en la interpretación de los contratos se debe buscar la común intención de las partes (artículo 1618 del código colombiaño). En Italia, una parte de la doctrina representada por varios de sus más eminentes expositores, aplica generalmente el artículo 1225 del Código Civil, según el cual las obligaciones deben ser ejecutadas con la diligencia de un buen padre de familia (artículo 1604 del Código colombiano). Combinando este artículo con los dos siguientes, que se refieren a la fuerza mayor, los italianos concluyen que la imposibilidad de ejecución comienza donde termina la diligencia normal que emplea un buen padre de familia. Esta teoría, que entraña la atenuación de la noción de fuerza mayor, la combaten Bonnecasse y otros autores. Tampoco la admite la jurisprudencia italiana; y así la Corte de Casación romana en decreto de 25 de noviembre de 1919, proclamó su fidelidad a los principios tradicionales de respeto a los contratos, manteniendo firmemente el de que solamente la fuerza mayor, constituída por una imposibilidad absoluta de ejecución puede liberar al deudor de sus obligaciones. (Popescu, obra citada, página 167). En consecuencia, la cita del artículo 1602 del Código Civil para deducir de ese precepto la teoría de la imprevisión es completamente inoperante. De otro lado, la teoría de la imprevisión, alegada en un juicio por vez primera en el recurso de casación, sin que se haya debatido en las instancias, constituye un medio nuevo incompatible con la técnica de este recurso. En efecto, mucho se ha discutido acerca del efecto concreto que tenga la aplicación práctica de la teoría. Para unos su efecto se asemeja al de la resolución del contrato por el evento de una condición resolutoria. Desaparecida la obligación y retrotraídas las cosas al estado que tenían al tiempo de nacer el vínculo jurídico, queda abierto a las partes el camino para llegar a un nuevo acuerdo sobre las circunstancias modificadas. Para otros el efecto sería la resiliación del contrato. El juez estaría facultado para determinar hasta qué momento

obliga la ejecución del contrato y desde qué instante las partes quedan exoneradas en presencia de los acontecimientos constitutivos de la imprevisión. Y para la mayoría de los partidarios de la teoría, la solución más satisfactoria es la de la revisión de las condiciones del contrato como medio de adaptarlo a las nuevas necesidades, bien obligando el juez a las partes a convenir en las nuevas condiciones del contrato, amenazándolas con la resolución, o asumiendo el juez directamente la facultad de señalar esas nuevas condiciones, en ausencia del acuerdo de las partes. Pero sea cualquiera el efecto que se le asigne a la teoría, la imprevisión tiene que formularse en instancia, probarse y debatirse ampliamente. Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias. Todo esto, como es obvio, requiere la concurrencia de un conjunto de hechos complejos y variados, que deben alegarse y probarse y ser materia de decisiones especiales de los jueces de instancia. A todo lo cual cabe añadir, como observación final, que según lo dijo esta misma Corte en casación de 29 de octubre de 1936, la teoría de la imprevisión 'no puede aplicarse sino a los contratos en ejecución, pero no a los ya cumplidos, porque entonces el acto jurídico ya no existe, de suerte que por más que pudiera ampliársela no se podría llegar a la revisión del contrato por ministerio de la justicia, puesto que la teoría sólo se inspira en la idea del equilibrio contractual'. (Gaceta Judicial, números 1918-1919, página 457)". (1). (Casación, XLVI, número 1936, mayo 23 de 1938) .... 544, 1ª 2ª, y 545, 1ª y 2ª

(1) Es doctrina expuesta en los razonamientos que hizo la Corte en instancia para casar el fallo recurrido.

Págs.

IMPUESTO DE TIMBRE

-128-

El impuesto de timbre tiene un fin meramente fiscal, el pago de una contribución, de un tributo, pago que cuando se omite tiene sanciones, pero no tan extremas que invaliden o anulen o dejen inexistentes para siempre los documentos privados en que se encuentre expresado un acto jurídico. si hoy la mayoría de los actos que adolezcan de nulidad por efectos de vicios sustantivos pueden subsanarse, con mucho mayor razón cuando las deficiencias no miran intrínsecamente al acto, sino de una manera adjetiva, como es la falta de pago de un impuesto de timbre. Por eso la Ley 20 de 1923 estableció en el inciso final del artículo 8º la revalidación o legalización de los documentos en que no se hubiere pagado el impuesto de timbre. Como norma general existe la siguiente: En materia de sanciones penales o civiles el criterio es siempre restricto, porque toda sanción de cualquier naturaleza que sea es taxativa y porque el criterio de analogía no existe en estas materias. Una sanción civil o penal no puede imponerse sino cuando está expresamente establecida en la ley y en la forma estricta en que ésta la establece. La Ley 20 de 1923 se refiere a los documentos llamados originales, es decir al ejemplar que ha debido ser estampillado y nada más. En dicha ley nada se dijo respecto de los duplicados de los documentos y por eso fue preciso expedir la resolución ejecutiva número 87 de 1928, publicada en el número 20884 del 3 de septiembre de 1928 del "Diario Oficial".

La indebida o incorrecta anulación de las estampillas no fue sancionada por la Resolución 87 de 1928 con la falta de apreciación de la prueba del contrato y por eso el artículo 7º de dicha resolución estatuye que en los casos en que se omita la anulación de las estampillas o que tal anulación se haga de manera incompleta o defectuosa, la persona, autoridad o funcionario a cuyas manos lleguen los documentos puede hacer la anulación o completarla, corrigiendo los defectos de que adolecen sin que haya lugar a imposición de pena alguna por

Págs.

estas causas. Si, pues, un documento en que están mal anuladas las estampillas es prueba, el ejemplar de ese documento en que consta que se adhirieron las estampillas al original también lo es y no se podría establecer como sanción el no reconocimiento de ese documento como prueba, porque no constara que en el documento original las estampillas fueron anuladas en tal o cual forma. Equivaldría esto a establecer una sanción que la ley ha estado siempre muy lejos de estatuír. (Casación, XLVI, número 1934, marzo 14 de 1938). (1).. 231, 1ª y 2ª

IMPUTABILIDAD Y CUERPO DEL DELITO

- 129 -

Por regla general la imputabilidad del homicidio no debe ser materia de la causal de casación sobre cuerpo del delito, sino de la relativa a injusticia notoria del veredicto. (Casación, XLVI, número 1933, marzo 3 de 1938). 149, 1ª

INCONGRUENCIA

- 130 -

Cuando la sentencia es totalmente absolutoria no cabe tacharla de incongruente con las peticiones del libelo. (Casación, XLVI, Nº 1935, noviembre 11 de 1937) (2). 402, 2ª

INCONGRUENCIA

- 131 -

"En presencia de un fallo absolutorio en que se han estudiado todos los pedimentos del libelo inicial del pleito aparece completamente descaminada la acusación que se haga por el motivo segundo de casación (artículo 520 del C. J.)" (Casación, XLVI, Nº 1936, mayo 25 de 1938). . 552, 2ª

INCONGRUENCIA

- 132 -

"De una sentencia que absuelve a los demandados de los cargos de la demanda, no cabe decir que adolezca de incongruencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. La falta de consonancia con éstas es lo que constituye ese motivo de casación. Apenas habrá para qué repetir lo que uniforme y sostenidamente ha hecho presente la Corte a este respecto en el sentido de que ese motivo no puede comprender la mera disparidad entre el fallo y las pretensiones o, en otras palabras, el que una de las partes y a veces ambas vean frustrados sus empeños o al menos no logren colmarlos con la sentencia que decide su litigio". (Casación, XLVI, número 1937, junio 1º de 1938). 623, 2ª

INDEMNIZACION

- 133 -

Los padres del maquinista de una locomotora de ferrocarril que murió manejándola en los momentos en que pasaba por un viaducto inconsistente o mal construído habían demandado a la Nación para el pago de los daños y perjuicios correspondientes y como se tratase de fijar el monto de la indemnización debida, la Corte, en su sentencia final, dijo lo siguiente:

"Es evidente que cuando se trata de indemnizar la pérdida de un bien patrimonial, las dificultades no se presentan con la complicación que ocurre cuando el avalúo se relaciona con la extinción de una vida, ya que ésta no es una mercancía y no puede, por tanto, apreciarse intrínsecamente en determinada cantidad de dinero. Pero la vida, en relación con distintas personas, sí representa valores económicos: uno es el valor para la propia persona; otro, respecto de los padres; otro, en relación con la esposa y los hijos. A efectos de la indemnización precisa verla desde el punto de vista del beneficio que ella produce, lo cual está indicando que en esta

(1) Son estos razonamientos hechos por la Corte ya en instancia, por tener que casar el fallo recurrido.

(2) Es doctrina constante de la Corte.

Págs. Págs.

relación hay que contemplar múltiples factores. Veces hay en que la vida, como cuando ocurre el deceso de un hijo de poca edad, representa para los padres la esperanza de un sostén futuro y la pérdida de gastos y sacrificios que habían de ser compensados con una ayuda ulterior. En otras ocasiones es todo el haber de la familia. En suma, es fuerza considerar la vida humana como un bien que merece más protección que cualquier otro. Acontece generalmente, sobre todo en los hogares pobres, que los hijos son el sostén y amparo de sus padres. Y este deber sagrado se hace más apremiante a medida que por el correr de los años se van agotando las energías de los genitores.

La Cámara de Apelación de Turín (mayo 19 de 1934), dijo a este propósito: 'Los padres de un niño muerto en un accidente de tráfico tienen derecho a la indemnización del daño consistente en la pérdida de la posibilidad futura de la prestación alimenticia y asistencia por parte del hijo fallecido'. Difícil es, como dice el Tribunal de Bogotá, hallar, en semejantes circunstancias, un equivalente exacto entre el monto de la indemnización y el daño, por manera que dicho monto no viene a desempeñar, en la generalidad de los casos, sino la función de satisfacer, en frente de los beneficios, cierto bienestar que reemplace el que fue arrebatado por la muerte de una persona. Y no porque ese equivalente escolle en dificultades, la indemnización pierde su razón de ser. Si ello fuere así, los perjuicios morales, de tan inasible evaluación, no podrían jamás representarse en cantidades pecuniarias. La ley no dice cuál es el criterio adoptable en materia de justiprecios; de donde se infiere que en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales de derecho, y admitir que el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a las conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática. Consiguientemente, los sistemas ideados para precisar la cuantía de la indemnización son varios. Si se opta, en un asunto dado, por el criterio que el Tribunal encuentra como más adecuado, o sea, tomando la ayuda pecuniaria del hijo en función del tiempo probable de la supervivencia de los padres, y en atención a su salud, a la posición social, a la capacidad de trabajo de ellos, etc., no se podría A PRIORI, sin analizar el 'SUB JUDICE', desechar el criterio escogido, pues con él podría llegarse a una solución equitativa. Pero no sería tampoco aceptable que se preconizara ese criterio, como el único sistema de evaluación, pues podrían presentarse eventos que pusieran de relieve un resultado equitativo. Supóngase la muerte de un hijo que atiende a su padre anciano y herido de una enfermedad incurable que lo ha de llevar, según el cálculo de las probabilidades, en pocos meses al sepulcro. Si sólo se miran como factores del resultado la ayuda pecuniaria del hijo y los meses que probablemente le sobrevivirá el padre, la cuantía de la indemnización sería ínfima. Mas, si se agregan factores, como la situación de invalidez y miseria del padre, y se tienen en cuenta las condiciones pecuniarias de la empresa, la evaluación tiene que hacerse colocándose los peritos y el juez en el plano de la equidad y de cierto prudente arbitrio. Todo esto está diciendo de modo elocuente que estos problemas no tienen una solución exacta, por lo cual no se encuentran argumentos irrefutables para desestimar como erróneo un criterio como el que escogieron los expertos en el presente juicio. Lo esencial es estudiar la pericia, para ver si ella es equitativa, y no una mera causa de enriquecimiento sin razón y sin justicia..... La doctrina establece que no sólo se estimen los daños actuales sino también los ciertos y futuros sin que ello signifique deben incluírse asímismo los meramente eventuales..... Y cómo se ha de hacer la estimación para que consulte una compensación equitativa? Hay que partir de la base de que la obligación de reparar es una obligación de hacer, por una parte, y por otra, no se trata de obligaciones de alimentar en virtud de vinculaciones consanguíneas; de donde se infiere que es lo más indicado condenar a una canti-

Págs.

dad fija". (1). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1937, junio 17 de 1938)..... 689, 1ª y 2ª, y 690, 1ª y 2ª

(1) Sobre este punto salvó su voto el Maigstrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán, el cual dijo lo siguiente: "Refiriéndose el fallo a la indemnización por perjuicios, expresa cómo de ordinario aquélla no tiene otra función que satisfacer, en frente de los beneficiarios, sino la de procurar cierto bienestar que reemplace el que fue arrebatado por la muerte de una persona. Esta tesis, que hallo cierta y que considero fundamental, en materia de indemnizaciones como la de que se trata en el pleito, implica, a mi juicio, una innovación en la jurisprudencia colombiana: la de que en los casos de muerte de una persona, por culpa de otra, no se paga una vida, sino el daño que su falta ocasiona a terceros; la indemnización se concreta, como lo dice la sentencia, a procurar cierto bienestar que reemplace el que arrebató la muerte. Hasta ahora venía siendo un criterio de grave perturbación en esta delicada materia, el juzgar que en los casos de accidentes debía PAGAR EL MUERTO el responsable. Tan errónea apreciación ocasionaba consecuencias también equivocadas en relación con la indemnización por el daño. Esta no debe dirigirse a otra cosa, como lo afirma el fallo, sino a procurar un bienestar que sustituya al que la persona que fue muerta daba a otras. Reemplazar la acción de la víctima respecto a sus deudos o allegados, o a terceros, en general, con una asistencia, apoyo o concurso que equivalga al que se dejó de prestar con su muerte. Ello da la medida de la indemnización. Cualquier provecho que exceda de esa reparación, constituye un enriquecimiento indebido, que la ley no autoriza. Dice el fallo, más adelante, que el sistema para el cálculo de la indemnización, consiste en tomar en cuenta la ayuda pecuniaria del hijo fallecido en función del tiempo de la supervivencia de los padres, que yo estimo acertado, podría conducir a eventos que implicasen un resultado inequitativo, como en el de un hijo que atiende a su padre anciano y herido de una enfermedad incurable, que lo llevará en poco tiempo al sepulcro, pues con ese criterio, en tal caso, la indemnización sería ínfima. Me parece que la consideración que aquí se hace y el ejemplo podrían llevar a la negación de la tesis, ya sentada en la misma sentencia, de que la indemnización tiene por objeto reemplazar el bienestar que se arrebató con la muerte de una persona, desde que pueda aquélla comprender un daño distinto al que realmente se produjo, o sea el desamparo en que el padre quedó durante el tiempo de su supervivencia con relación al hijo. Muerto el padre, y si su fallecimiento se produjo por razón de enfermedad anterior, extraña al accidente en que murió el hijo, como el mismo desenlace fatal pudo haber ocurrido durante la vida del hijo, y éste dejaría en tal hipótesis de asistir a su padre, tampoco hay fundamento a considerar que por ser pequeña o ínfima la indemnización, no corresponda al daño que ha de indemnizarse. Si el padre muere pocos meses después de su hijo, desaparece, con el fallecimiento del genitor, el sujeto del daño, y con él el perjuicio. Si la inteligencia del fallo en el punto a que me refiero fuese la de que debe pagarse una indemnización mayor que la que corresponde al beneficio que el padre dejó de recibir, de parte de su hijo, en el tiempo que le sobrevivió, se llegaría, contrariando la premisa sentada por la sentencia, sobre la reparación limitada a un bienestar que reemplace el que la muerte de una persona le arrebató a otra, a un enriquecimiento sin causa. Por estas consideraciones estimo que el fallo ha de entenderse en forma que no desvirtúe su propia tesis de la reparación limitada exclusivamente al daño causado".

Págs.

INDICIOS

- 134 -

"La Corte ha dicho en varias ocasiones que la sola circunstancia de que la prueba sea exclusivamente indiciaria no autoriza para declarar injusto un veredicto". (Casación, XLVI, Nº 1933, marzo 3 de 1938)... 149, 2º

INJUSTICIA NOTORIA

- 135 -

El predicado de injusticia notoria sólo puede darse a un veredicto cuando no hay en el proceso elementos de prueba que hayan permitido anclar una decisión. (Casación, XLVI, número 1934, marzo 29 de 1938)..... 342, 1ª

Págs.

INTERESES

- 136 -

En un juicio sobre pago de una suma de dinero solicitaba el actor que fuera condenado el demandado al pago de los intereses sobre la suma que debía el deudor por no haber entregado unos ladrillos. Dijo la Corte lo siguiente en los razonamientos de instancia, por haber de casar el fallo recurrido:

"Se observa que esta solicitud es ilegal. Los intereses representan los perjuicios causados al acreedor por la mora del deudor en el pago de una cantidad de dinero (artículo 1617 del Código Civil). La cláusula penal también constituye una fijación anticipada entre las partes del valor de los perjuicios por el incumplimiento del obligado. Por eso es por lo que el artículo 1600 del Código Civil prohíbe demandar a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de estipulación expresa en contrario.

Porque en este último caso la ley considera que la pena corresponde a los perjuicios por el simple retardo de la ejecución del contrato, daños moratorios, quedando por fuera de la estipulación los daños compensatorios, cuyo valor en dinero reemplaza e indemniza la plena inejecución del contrato, la cual es entonces dable perseguir de manera específica contra el deudor. Mas cuando por el convenio de las partes aparece que la pena tiende a reemplazar la ejecución de la prestación pactada en forma principal, y se debe en el evento de la inejecución, entonces quien esto estipula provee a conseguir una indemnización que lo habrá de compensar totalmente. No es posible en tales circunstancias cobrar perjuicios por el simple retardo, porque esos perjuicios están ya incluídos como sumando en la fijación antelada que del total han hecho las partes". (Casación, XLVI Nº 1933, marzo 3 de 1938) . . . 123, 2ª, y 124, 1ª

Págs.

INTERESES EN EL CASO DEL ARTICULO 1617 DEL CODIGO CIVIL

- 137 -

El Tribunal sentenciador había condenado a la compañía demandada para pagar los perjuicios ocasionados por el incendio causado por una locomotora de su ferrocarril, además de éstos, al pago de intereses. Se acusaba el fallo por violación del artículo 1617 del Código Civil.

"No estima la Corte procedente la condenación accesoria por los intereses legales, porque lo que define la sentencia es la responsabilidad civil de la empresa férrea por los daños causados en la propiedad del actor y como consecuencia condena a la entidad demandada a pagar el valor de las cantidades indeterminadas de trigo, de abonos y de postes destruídos por el fuego, cuya fijación en cantidad líquida habrá de hacerse posteriormente, por acuerdo de las partes y en el juicio correspondiente. Ahora bien: nuestro Código Civil, en el título 12 del libro 4º, que regula el efecto de las obligaciones, establece primero normas generales sobre indemnización según los diversos tipos de obligaciones y sus causas genitoras. Pero al finalizarlo, sólo cuando se trata de la obligación de pagar una cantidad de dinero, sea ésta determinada, determinable o indeterminada, es cuando consagra un estatuto peculiar y excepcional contenido en el artículo 1617, cuyas características jurídicas especiales para tal régimen podrían sintetizarse así: a) Cuando es procedente la indemnización en dinero, asume siempre la calidad de moratoria y nunca la de compensatoria; b). La ley no impone la necesidad de probar la existencia de perjuicios, que se presume por la naturaleza fructuaria que corresponde al dinero; c) Es suficiente el hecho del retardo, para cuyo reconocimiento no son indispensables demanda ni requerimiento. Sentadas estas premisas hay que llegar al extremo de que en este litigio se trata de establecer una indemnización compensatoria por el daño imputable a culpa del demandado, pero no una indemnización moratoria como sería

Págs.

aquella que se derivara de la obligación originaria de pagar una suma de dinero, sea ésta determinada o indeterminada. Sólo en este último caso podía ser procedente la aplicación del estatuto peculiar sobre perjuicios consagrado en el artículo 1617 del Código Civil, que mira exclusivamente a las obligaciones de pagar una cantidad de dinero. Condenar en el caso de autos al pago de intereses legales equivaldría a acumular una indemnización moratoria sobre otra anterior compensatoria, lo que repugna a los principios que informan nuestro derecho privado en esta materia". (Casación, XLVI, Nº 1936, mayo 18 de 1938) (1)..... 521, 2ª

INTERESES LEGALES

- 138 -

En juicio sobre pago de una suma de dinero por servicios médicos decía el demandado recurrente que el Tribunal sentenciador había violado los artículos 1608 y 1615 del Código Civil, por no haberlos aplicado, y el 1617 por interpretación errónea y aplicación indebida, en cuanto se condenó al pago de intereses desde la prestación de los servicios médicos y no desde la fecha de la mora en el pago, para lo cual bastaba el requerimiento judicial. Dijo la Corte:

"Se considera: nuestro Código Civil, al finalizar el título 12, 'Del efecto de las obligaciones', después de establecer normas generales sobre indemnización en tratándose de obligaciones de diversos tipos, establece, cuando se trata de obligaciones de pagar una cantidad de dinero, un estatuto peculiar y excepcional que se separa de las reglas generales. Las características jurídicas especiales de este régimen fueron anotadas por la Corte en sentencia del 24 de septiembre de 1937, GACETA JUDICIAL, número 1929, página 755. Cuando procede esta indemnización, que asume siempre la calidad de moratoria y nunca la de compensatoria, la ley no impone la necesidad de probar la existencia de perjuicios, presumida sobre la naturaleza fructuaria que corresponde al dinero; es suficiente el hecho del retardo, para cuyo reconocimiento no son indispensables tampoco demanda ni requerimiento. La cuantía de la indemnización no depende de apreciación judicial, sino que está de antemano determinada en la ley y como única reparación, que se debe desde la época del retardo". (Casación, XLVI, Nº 1935, mayo 9 de 1938)..... 425, 2ª

INTERPRETACION DEL ACTO JURIDICO

- 139 -

Las normas de hermenéutica indican que la interpretación de todo acto jurídico debe ser coordinada y armónica, relacionando todas sus cláusulas, y esto por la sencilla razón de que todo en un acto jurídico va por lo general encaminado a un solo objetivo, expresando el mismo pensamiento en diferentes formas. (Casación, XLVI, número 1932, febrero 3 de 1938)..... 43, 2ª

INTERPRETACION DE LA DEMANDA

- 140 -

"Ya ha sentado la Corte como doctrina que una demanda puede interpretarse sin variar los términos o factores que la integran". (Casación, XLVI, Nº 1935, mayo 13 de 1938).. 439, 2ª

INTERPRETACION DE LA DEMANDA

- 141 -

"...La Corte tiene sentada la doctrina de que todo libelo puede interpretarse en el sentido de que produzca una finalidad, pero sin variar los factores de él". (Casación, XLVI, número 1934, marzo 14 de 1938) (1).. 235, 1ª

(1) Concordancia: Número 2079, tomo 3º, Jurisprudencia de la Corte.

(1) Es doctrina expuesta en el fallo de instancia por tener que casar el recurrido.

Págs.

INTERPRETACION DE LA DEMANDA

-142-

Al juzgador no le es dado interpretar la demanda cuando las peticiones de ésta no son suficientemente claras y su sentido no es anfibológico u oscuro. (Casación, XLVI, Nº 1932, diciembre 15 de 1937) ..... 25, 1ª y 2ª

INTERPRETACION DEL CONTRATO

-143-

"La intención prevalece sobre las palabras cuando hay conflicto entre éstas y aquélla (C. C., artículos 1127 y 1618), y 'la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes o una de las partes con aprobación de la otra' es luz que guía en la interpretación de las cláusulas de un contrato (art. 1622, ibídem)". (Casación, XLVI, Nº 1937, junio 10 de 1938) 631, 2ª

INTERPRETACION DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR

-144-

Véase: TESTADOR. Casación del 3 de febrero de 1938, XLVI, número 1932, página 42, 1ª y 2ª.

INTERPRETACION ERRONEA

-145-

La infracción de preceptos sustantivos por interpretación errónea no puede verificarse cuando su aplicación es ajena de la cuestión decidida y han estado por tanto fuera de la consideración y estudio del sentenciador. (Casación, XLVI, Nº 1932, febrero 16 de 1938) 48, 1ª

J

JUEGO

-146-

Pedro P. Caicedo, Avelino Yusti y otros jugaban una noche al poker y el administrador de la tahona en que aquellos jugaban le presentó a Caicedo una chequera del Banco Hipotecario del Pacífico con el objeto de que firmara en blanco uno de los cheques para ser llenado por la suma de las fichas que al terminar la sesión de juego hubieran sido suministradas por el administrador a Caicedo. Este firmó un cheque a la orden de Avelino Yusti y a cargo de aquel Banco por la suma de $ 5.500.00. Endosado por el beneficiario a otro fue cobrado en juicio ejecutivo porque el Banco girado se negó a descargarlo. Triunfó en el juicio la excepción de inexistencia y nulidad de la obligación. Se inició la acción ordinaria y el Tribunal sentenciador declaró probada la excepción perentoria de inexistencia de la obligación por falta o ausencia de valor, opuesta por los demandados herederos de Caicedo. En casación se alegaba la violación de varios artículos de la ley 46 de 1923 y del 95 de la 153 de 1887. Dijo la Corte:

"Vistos los artículos 30, 59, 60 y 61 de la Ley 46 de 1923, y teniendo en cuenta: que Nieto no es tenedor en debida forma a la luz del artículo 55 ibídem, puesto que adquirió el instrumento negociable después de rechazado y éste, además, adolece de falta de consideración de valor como proveniente que es de una deuda de juego; que Nieto, a quien correspondía la carga de hacerlo, no probó que Molina, de quien deriva su derecho, era tenedor en debida forma; que, en cambio, por no tratarse en este pleito de la impugnación de la sentencia de excepciones pronunciada en el juicio ejecutivo de Molina contra Caicedo, girador del cheque, tal sentencia acredita, por tener mérito en plena prueba, que Molina tampoco fue tenedor en debida forma. Visto el artículo 95 de la ley 153 de 1887, y considerando: Que aun en el supuesto de que la suma anotada en el cheque que giró Caicedo no proviniera en su totalidad de lo que a éste ganó Yusti en el juego, siempre subsistiría la nulidad de la obligación, o sea la ausencia de consideración de valor en el instrumento negociable, por ilicitud de la causa de aquella, consistente ésta en que el dinero que por conducto de su empleado prestó Yusti a Caicedo fue para mantener el juego;

Que, por lo tanto, no incurrió el Tribunal en error de hecho en el análisis de los testimonios que acreditan esas circunstancias; Que tampoco en la hipótesis de un posible error de derecho en la apreciación de esos testimonios se abriría la vía de la casación, desde luego que el Tribunal tuvo en cuenta igualmente el resto del material probatorio. En virtud de lo dicho, se rechazan los cargos formulados a la sentencia". (Casación, XLVI, Nº 1934, abril 26 de 1938) ...

JUEZ QUE TOLERA EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE SUS SUBALTERNOS

- 147 -

El Juez que tolera que sus subalternos no cumplan los deberes de su cargo o que no concurran a la oficina, comete uno de los delitos a que alude el Capítulo V del Libro II, Título X del Código Penal. De infracciones de esa clase son responsables los funcionarios públicos por acción u omisión y no se requiere dolo específico. (Artículo 1819, C. J.). (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLVI, Nº 1933, marzo 18 de 1938) ..

JUICIO EJECUTIVO FENECIDO

- 148 -

Después de fenecido definitivamente un juicio ejecutivo no puede revivirse y menos por medio de un auto que declara la nulidad del que declaró terminado el juicio. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1938, abril 29 de 1938) 753, 2ª

J U R A D O S

- 149 -

Los Jurados aprecian en conciencia, según la ley. No tienen en cuenta el valor de las pruebas en la clasificación legal. Deciden según sus juicios de hombres rectos y buenos ciudadanos. Pero en tratándose de un aspecto científico atañedero no al

Págs.

acto mismo sino a la integridad psíquica del agente, a la perturbación de la voluntad por efecto de una endemia y de una reacción glandular, no están ellos en capacidad para apreciarlo. (Casación, XLVI, número 1937, agosto 27 de 1938) 668, 1ª

JURISDICCION EN CONTROVERSIAS SOBRE PETROLEOS

- 150 -

316, 1ª y 2ª "El legislador quiso establecer una jurisdicción especial para el conocimiento de los juicios sobre controversias emanadas de los contratos sobre petróleos celebrados por la Nación y creó con este fin la Sala Plena en lo Civil por medio del artículo 8º de la ley 37 de 1931". (Sentencia, Sala Plena en lo Civil, XLVI, Nº 1935, mayo 9 de 1938) 470, 1ª

JUSTICIA MILITAR

- 151 -

De acuerdo con el artículo 111 del Código de Justicia Militar constituye nulidad del proceso militar la no recepción de pruebas solicitadas en tiempo oportuno. La consulta de los Consejos de Guerra la ha ordenado 160, 1ª y 2ª, el legislador como salvaguardia de todo derecho, aun del que se ejercita y 161, 1ª y 2ª y cumple dentro del fuero militar, porque la técnica jurídica y la apreciación de las nulidades, competen a la Corte Suprema de Justicia, tanto por razón de la jerarquía como por motivos de especialización en la aplicación de las leyes. (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLVI, Nº 1933, marzo 30 de 1938) ..... 166, 1ª y 2ª

L

LEGITIMA DEFENSA

Tratándose de homicidio ejecutado en legítima aun cuando excesiva defensa, la sanción imponible es la del artículo 608 del Código Penal y no la del 600. (Casación, XLVI, Nº 1934, marzo 22 de 1938) 337, 1ª

Págs.

LEY ACUSADA

- 153 -

Como violatorios del artículo 15 del Acto Legislativo Nº 1º de 1936 habían sido acusados el parágrafo del artículo 15 y el artículo 16 de la Ley 67 de 1935.

"El parágrafo del artículo 15 de la Ley 67 de 1935, no contiene una prohibición para tratar por medio de las llamadas ciencias ocultas las enfermedades, trastornos mentales o nerviosos o de otro orden; se limita a reglamentar el ejercicio de esa profesión y a establecer sanciones para los que no cumplan los reglamentos, de la misma manera que lo ha dispuesto la ley para el ejercicio de la medicina, de la odontología, etc. Ningún reparo de inconstitucionalidad puede hacérsele a este artículo, que se ciñe estrictamente a las facultades otorgadas por la Carta fundamental al legislador, en guarda de la seguridad social. Los argumentos que hace el actor con el fin de poner de relieve las dificultades que se pueden presentar para el cumplimiento de la ley, por la ignorancia de los principios de las ciencias ocultas, como lo anota el señor Procurador en su concepto, no pueden servir de base para fundar ante la Corte una objeción de inconstitucionalidad. La misión de esta entidad en las demandas de inexequibilidad es la de examinar la conformidad o inconformidad del acto acusado con las disposiciones de la Constitución Nacional, sin que pueda apoyar su fallo en las razones de conveniencia o inconveniencia alegadas por el demandante... El artículo 16 acusado tiene por fin una medida de seguridad social, para impedir el engaño frecuente de que hacen víctimas a las gentes incautas ciertos profesionales de la adivinación. Por ningún aspecto puede considerarse inconstitucional esa disposición, ya que el legislador tiene facultades para establecer sanciones aplicables a quienes atenten contra la seguridad de los asociados". (Sentencia de la Corte Plena, XLVI, Nº 1932, febrero 18 de 1938) ..... 8, 2ª, y 9, 1ª

Págs.

LEY 78 DE 1935, ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL EN SU ARTICULO 1º, NUMERAL 4º

- 154 -

Se había pedido la declaración de inexequibilidad del artículo 1º, ordinal 4º, de la Ley 78 de 1935, la cual reforma los artículos vigentes del impuesto sobre la renta, aumenta su tarifa, establece unos impuestos adicionales y suprime otros, como contraria, en concepto del acusador, al artículo 26 de la actual Constitución.

".....Correspondería a la Corte ejercer la función constitucional que le confiere el artículo 149 del Estatuto y decidir, en consecuencia, sobre la inexequibilidad solicitada. Empero, acontece que la ley 48 de 1937 ha venido a solucionar el problema. En efecto: su artículo 1º sustituye, totalmente, el ordinal 4º del artículo 1º de la ley 78 de 1935, que es la disposición acusada. Dice así ese artículo: 'Artículo 1º El ordinal 4º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, quedará así: '4º Las exenciones de impuestos otorgadas a los bonos de la Defensa Nacional, a los bonos de deuda interna de interés no mayor del 7 por 100, y a las cédulas de los Bancos Agrícola Hipotecario y Central Hipotecario, se cumplirán en armonía con las disposiciones legales y los contratos que autorizaron su emisión'. Hállase, pues, derogada la disposición materia de la controversia. Es va insubsistente. Primero, porque es ley posterior la ley 48 de 1937; y segundo, porque por disposición legal hay ya un mandato especial, una declaración sobre el mismo, y esa declaración es expresa (artículos 2º y 3º de la ley 153 de 1887). En estas condiciones no puede la Corte entrar a hacer un estudio de fondo, porque ya no hay materia sobre qué decidir. El artículo 1º de la ley 48 de 1937, al derogar el ordinal 4º del artículo 1º de la ley 78 de 1935, no sólo elimina el problema que debía decidir la Corte, sino que restituye las cosas al estado anterior, ya que refiriéndose a las cédulas del Banco Agrícola Hipotecario y Central Hipotecario, ordena que las exenciones de impuestos tanto de bonos de Defensa Nacional como de bonos de deuda interna de

interés no mayor del 7 por 100, y las exenciones relativas a las cédulas de esos Bancos, se cumplan observando las disposiciones legales y los contratos que autorizan su emisión. Y no se diga que en lapso comprendido entre la vigencia de la ley 78 de 1935 y la vigencia de la ley 48 de 1937, hay un término dentro del cual podría aplicarse el numeral 4º acusado, porque el sentido y la letra de la disposición posterior de 1937 engloba y comprende lo que justamente surgió de los contratos y disposiciones anteriores al inciso derogado. Ha sido, pues, voluntad del legislador que el acto acusado carezca de aplicabilidad y efecto". (Sentencia de la Corte Plena, XLVI, Nº 1935, mayo 4 de 1938)

LEY ACUSADA (ARTICULO 6º DE LA 83 DE 1935) SOBRE EXPROPIACION

- 155 -

Acusado como inconstitucional el artículo 6º de la ley 83 de 1935, por creerlo contrario el acusador a los artículos 26 y 31 de la Constitución de 1886 y 5º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, dijo la Corte:

"La dinámica de la expropiación tiene lugar mediante el concurso de tres actos de naturaleza diferente realizados por órganos distintos, cuyas funciones se regulan de acuerdo con diferentes competencias, distintas formas y procedimientos variados. El primero de éstos es un acto regla (la ley), propio de la función legislativa, por medio del cual se regulan los supuestos y la naturaleza de la expropiación, esto es, se establecen las situaciones generales e impersonales para tal efecto. De ahí que la expropiación tenga por base una ley, se haga con arreglo a una ley, pero nunca la verifique directamente el órgano legislativo. El segundo, de acuerdo con la ciencia administrativa, es un acto genérico y complejo que participa a la vez del acto jurídico subjetivo y del acto condición. De éste, debido a que 'atribuye a una persona determinada una situación jurídica general e impersonal', cuyo beneficio no surge

Págs. 387, 2ª, y 388, 1ª y 2ª

de una situación jurídica individual. Es acto subjetivo porque está integrado por los elementos inmanentes a todo acto jurídico, a saber: el motivo, que consiste en el hecho, o en la situación de hecho o de derecho, o en el acto que precede, provoca y constituye la razón de ser de la manifestación de voluntad; el objeto, que consiste en el efecto de derecho que inmediata y directamente produce el acto; y el fin, o sea el resultado final, consecuencia del objeto del acto que determina el efecto jurídico producido por éste. No es procedente, por extraño al caso actual, el análisis de los dos actos aludidos, ni, por lo tanto, indicar los requisitos que deben llenar para ser constitucionales. La norma acusada regula el acto que en seguida se describe, motivo por el cual se ceñirá a su estudio minucioso esta sentencia. Por último, el tercero es un acto funcional ejecutado por el órgano judicial. Se hace indispensable analizar la naturaleza de aquél. Nadie ignora que para poder explicar y justificar las distintas funciones del Estado que el arte político crea, se requiere un criterio que determine la naturaleza intrínseca de la función. El acto funcional se caracteriza desde el triple punto de vista sustantivo, orgánico y formal. El primero, que es principal, condiciona a los dos últimos. Un acto funcional es orgánico de acuerdo con el órgano que lo realiza, y es formal, como su nombre lo indica, según la forma y procedimiento seguidos. Como el concepto de la llamada división de poderes, que en el fondo no es sino una distribución de competencia, surgió como consecuencia de la lucha política contra la monarquía absoluta, la calificación sustantiva de la función es esencial a la dinámica del derecho, dado que aquel elemento orienta y subordina a las otras dos distinciones, orgánica y formal. El acto que realiza el órgano judicial en la expropiación es jurisdiccional en cuanto a las calificaciones orgánica y formal, pero no lo es desde el punto de vista substantivo. Orgánicamente se caracteriza al órgano judicial por la independencia del juez, en el sentido de que ella, de acuerdo con el criterio de la libertad, es tanto más grande cuanto mayor sea su depen-

Págs.

dencia respecto de la ley; porque depender de la norma es precisamente lo contrario a depender de instrucciones y órdenes especiales de un superior. Formalmente el procedimiento judicial suele revestir el carácter de ser contradictorio. Ahora se pasa a demostrar por qué la intervención judicial en la expropiación no tiene el carácter sustantivo propio de la función de ese órgano. El concepto sustantivo del acto jurisdiccional se estructura mediante estos tres elementos: 1º Una pretensión de tutela jurídica ante el Estado, encaminada a suscitar una cuestión de derecho subjetivo. Esta pretensión choca contra una determinada oposición y resistencia que obstaculiza su realización. Por este aspecto debe ser la pretensión controvertida o disputada. No exclusivamente en la forma de controversia entre las dos partes de un proceso, sino que basta para considerar existente este elemento del litigio que haya un conflicto entre dos esferas jurídicas individuales, una de las cuales exige algo a costa de la otra. En la expropiación no se da este supuesto. Cuando se atribuye un derecho a expropiar, no se transmite un derecho de soberanía del Estado, debido a que esa clase de derechos no son susceptibles de transferencia. En tales casos lo que se constituye es una pretensión de índole pública ante el Estado, encaminada a la expropiación de los bienes singulares que se designan, mediante la realización de los dos actos a que ya se hizo referencia. No es, pues, el investido de ese derecho quien expropia sino el Estado. Por consiguiente, nunca se da el fenómeno de la controversia sobre el derecho mismo, ya que el demandado no puede incoar una pretensión opuesta, ni ésta, jurídicamente, se concibe que exista. Por tratarse de una relación de derecho público, el expropiante no se enfrenta con una pretensión de derecho subjetivo como persona privada coordinada a la contraparte, sino que se sitúa en un plano superior y el demandado aparece como subordinado a la persona total del Estado, en calidad de miembro de éste. El demandado no puede oponer al expropiante sino pretensiones trascendentales al derecho incoado. Tales

Págs.

como deficiencias formales, o como carencia de algunos de los presupuestos procesales necesarios para la viabilidad de toda acción. 2º Que el acto jurisdiccional provocado por la pretensión emitida sea una operación de enderezamiento del derecho. El titular del derecho subjetivo no puede poner en movimiento la intervención jurisdiccional, por el aspecto sustantivo, sino para restablecer el ataque al derecho subjetivo del cual ha sido víctima. La pretensión que se emite se dirige al juez para hacerla triunfar y es preciso, por lo tanto, que el poder de exigir no haya recibido satisfacción. En la expropiación no existe nada contrario al derecho. El expropiante no pretende la reintegración en su derecho lesionado. La expropiación no es un acto jurídico bilateral, como, por ejemplo, una compraventa forzosa, porque entonces lo que habría sería una orden coactiva para concluír un contrato de esta índole. Además, el expropiado no transfiere voluntariamente el dominio y no existe precio libremente convenido, sino, en su caso, una indemnización impuesta a aquél. Simplemente es un acto unilateral de derecho público que tiene como consecuencia de derecho privado el traspaso de la propiedad, acto en el cual el expropiado sólo asume una actitud pasiva. De ahí que el expropiante no sea exactamente sucesor jurídico del expropiado; aquél no deriva su derecho del titular anterior; 3º Una estimación de la pretensión emitida, esto es, comprobar si ésta se halla o no fundada, si es o no contraria a derecho la situación alegada. El acto jurisdiccional resuelve, pues, la cuestión de derecho que se plantea, estatuye sobre la pretensión expresada. La estimación se caracteriza por su objeto, el cual consiste en cerciorarse respecto de la pretensión del acto de que existe algo contrario a su derecho subjetivo. Cuando a la comprobación se añade una decisión (existen actos jurisdiccionales que no contienen ésta, como cuando se absuelve por desestimación), se incorpora la decisión en la estimación. El fin de la decisión es el de realizar la pretensión estimada adoptando las medidas útiles para ello. La estimación por sí misma es un acto jurídi-

co, desde luego que produce efectos de derecho, entre los cuales el principal es el de hacer cesar la controversia suscitada ante el juez. No acontece lo mismo en la expropiación. Esta es el traslado de un derecho del patrimonio del expropiado al del expropiante. 'Por consiguiente, para que se verifique esta figura se requiere que junto con la privación de derechos, por un lado, se constituyan por el otro, y para el así favorecido, derechos privados de la misma índole'. Como se ve, cuando el juez decreta la expropiación, no estima ni desestima ningún derecho subjetivo controvertido. De lo dicho se viene a concluír que el órgano judicial en el complejo proceso de la expropiación desempeña una genuina función administrativa material, en el sentido de que la actuación de él consiste en la realización de los actos materiales que tienen por objeto consumar el derecho (siempre que los actos públicos descritos y antecedentes se hayan conformado a la ley). Se trata, pues, de la ejecución material de la expropiación, por haber llegado ya al máximum de concreción los distintos actos jurídicos descritos atrás, los cuales se practicaron sucesivamente en el desarrollo pertinente a la formación del respectivo derecho de expropiación para poder realizar la correspondiente norma de grado superior. De ahí que el artículo 6º de la ley 83 de 1935 no sea subsumible en el 22 de la codificación constitucional, porque esta última norma se refiere, en materia civil, solamente a actos jurisdiccionales, los cuales, en síntesis, son únicamente aquellos que, provocados por una disputa referente a un derecho subjetivo controvertido o violado, se agotan en la estimación o desestimación de la cuestión de derecho planteada, haciendo así finalizar la lucha, y añadiendo, en su caso, una cierta decisión, como consecuencia lógica de la estimación. Entre los actos materiales de realización del derecho de expropiación, regulados en el título XXV del libro II del Código de procedimiento civil, se previene en el artículo acusado la posibilidad de que el expropiante tome posesión de la cosa antes de que pague el valor íntegro de la indemnización, cuando la

Págs. Págs.

hay, y de que se verifique el traspaso de la propiedad. Ese acto material forma parte de la serie de los que, sin solución de continuidad, puede llevar a cabo el órgano judicial para la ejecución final del derecho. Ha sido previsto con el objeto de atender cumplidamente a los fines de la utilidad pública y del interés social, fines que, de acuerdo con la última parte del inciso 1º del artículo 26 de la codificación constitucional, priman sobre el derecho del particular. En el fondo es artificioso hablar de un conflicto de orden constitucional por la regulación legal de un acto de semejante naturaleza, debido a que forman parte del contenido de la propiedad, según el artículo 49 ibídem, los deberes que el derecho impone al propietario en interés de la comunidad. Cabe añadir, como argumento de legislación comparada, que la norma legal que se analiza se halla consagrada en su objetivo, con el nombre de expropiación de urgencia, entre otras, por las legislaciones francesa, española y las antiguas republicanas de Alemania y el Brasil, en donde nunca se ha considerado violado con ello el principio constitucional que informa la expropiación, el cual es idéntico al nuestro". (Sentencia de la Corte Plena, XLVI, número 1934, marzo 10 de 1938) ..... 194, 2ª, 195, 1ª y 2ª, y 196, 1ª y 2ª

Salvaron sus votos a esta sentencia los Magistrados doctores José Antonio Montalvo, Eleuterio Serna y Arturo Tapias Pilonieta. El primero, en síntesis dijo lo siguiente: "La indemnización por un bien que se expropia, para ser verdadera indemnización, debe cubrir el valor comercial de lo expropiado o el valor de los perjuicios que al dueño se le causen con la expropiación; y es arbitrario señalar a priori el monto de la indemnización o declarar, por medio de la ley, que el valor venal de los inmuebles es el que les asigna el catastro. La Constitución de 1936 ha dejado subsistente la vieja noción del derecho de propiedad; y aun cuando impropiamente dice en el segundo inciso de su artículo 26 que 'la propiedad es una función social', se ve claro que el constituyente quiso expresar que

Págs.

la propiedad tiene una función social puesto que el mismo artículo establece, de manera más enfática aún que la Carta de 1886, este principio: 'Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título..... los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores'. El salvamento de voto del Magistrado doctor Serna se refirió a la parte del artículo acusado que dice: ".....y dispondrá que el demandante entre inmediatamente en posesión de lo expropiado". "Ante tal prescripción, dice el Magistrado disidente, surge en la mente la idea de que la ley suprema no autoriza al legislador ordinario para que permita la ocupación de hecho de las cosas ajenas, sin título alguno. Mas a este reparo, se podría responder que al autorizar la ley al juzgador para poner al expropiante en posesión material de la cosa, esa ley vendría a ser el título de dicha ocupación... El artículo 6º de la ley 83 tantas veces citado consagra un procedimiento un poco semejante al que se acaba de describir, pues permite tomar posesión del premio aún antes del pago de la indemnización plena. Consiguientemente, si la posesión de que trata el artículo prenombrado confiere el dominio, es palmario que al amparo de esta disposición la expropiación se verifica antes del pago de la plena indemnización, y en este concepto el reparo de inexequibilidad es evidente".

El Magistrado doctor Tapias Pilonieta dice así: "La teoría de ese expositor (Duguit, aclara el Relator), acogida por la Corte sin reservas, lleva derechamente a la supresión de la propiedad privada, reconocida y garantizada por nuestra Constitución nacional. Acepto que la propiedad es una función social en cuanto admite limitaciones en interés de la colectividad e impone al propietario, por el hecho de serlo, deberes ineludibles en provecho social. Pero se exagera cuando a pretexto de esa función social se le da carta blanca al Estado aun para eliminar el derecho de propiedad, pues a eso equivale esta idea de Duguit prohijada en la sentencia, sin necesidad: 'Si en un momento dado la propiedad individual deja de corresponder a una necesidad social, el legislador debe intervenir para organizar otra forma de apropiación de las riquezas'. Así como esta otra: 'Puede decirse que de hecho la concepción de la propiedad derecho subjetivo desaparece para dar lugar a la concepción de la propiedad función social'. La noción de Duguit no encaja dentro del actual sistema constitucional colombiano, que reconoce expresamente, como antes lo hacía la Carta de 1886, la propiedad privada, ofreciéndole las justas garantías que a dicho derecho corresponden".

Págs.

LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS

- 156 -

Habiendo sido demandada por la Nación la Andian National Corporation, Limited, que celebró con aquélla en 1923 un contrato sobre construcción de un oleoducto, para el pago del impuesto establecido por la Ley 37 de 1931 sobre transporte de petróleos, dijo la Corte:

"Es principio aceptado generalmente que a los contratos debe aplicarse la ley vigente en el momento de su celebración y que las leyes nuevas no pueden alterar las relaciones contractuales Este principio tiene necesariamente sus excepciones, como cuando no han sido totalmfente realizados los actos adquisitivos del derecho a la prestación. Pero tratándose de contratos perfeccionados, celebrados con las formalidades legales, y que han tenido su cumplimiento normal, la ley aplicable es la que regía en el momento en que se celebró la convención. Los contratos deben tener estabilidad y no pueden estar sujetos al proceso mudable de la legislación de un país". (Sentencia, Sala Plena en lo Civil, XLVI, Nº 1935, mayo 9 de 1938)..... 488, 1ª

LEY 37 DE 1931

- 157 -

"Tanto el Congreso, al expedir la Ley 37 de 1931, como el Gobierno Nacional, que dictó el Decreto reglamentario de dicha ley, entendieron que la disposición del artículo 42 sobre impuesto de transporte por los

Págs.

oleoductos de uso público, no era aplicable sino a los oleoductos construídos con posterioridad a la vigencia de la ley y no a las empresas que habían estipulado en forma contractual con la Nación, las prestaciones a que quedaban obligadas con ésta, en época en que en la legislación colombiana no estaba establecido el impuesto referido de transporte por oleoductos de uso público". (Sentencia, Sala Plena en lo Civil, XLVI, número 1935, mayo 9 de 1938)..... 492, 2ª

LEYES SUSTANTIVAS Y ADJETIVAS

- 158 -

"La calidad de sustantiva o de adjetiva de determinada disposición legal depende de esta misma y no de una circunstancia tan extraña a su naturaleza como lo es la de figurar en tal o cual Código. Así, en el Civil, hay numerosas disposiciones netamente adjetivas como, por ejemplo, el artículo 472 que detalla la manera de practicarse el inventario de los bienes del pupilo, el 1077, que dice la forma en que se procede a publicar el testamento cerrado, el 1094, que indica cómo se procede a poner por escrito el testamento verbal, y así otros tantos, entre los cuales podría hacerse cita abundante en lo relativo a notariato y registro. Del propio modo, abundante podría ser la cita también de disposiciones del Código Judicial incuestionablemente sustantivas de que son ejemplo los artículos 212, 233, inciso 1º, 448 y 473 a 476". (Casación, XLVI, Nº 1934, octubre 29 de 1937)..... 205, 2ª

LIBROS DE COMERCIO

- 159 -

La obligación de llevar libros los comerciantes la establece la ley para todos ellos, sin excepción. Los artículos 27 y 28 del C. Co. así lo determinan, de un modo general. Si el comerciante individual, no asociado, debe llevar libros, no se ve la razón para que no los lleve una vez asociado, regular o irregularmente. La ley no distingue entre asociación comercial regular e irregular para exigir en el primer caso los libros y no en el segundo. Los libros de los comerciantes no se llevan únicamente para regular relaciones de los socios mercantiles entre sí, sino también, y principalmente, para ordenar las relaciones del comerciante con terceros. De donde se infiere que las sociedades mercantiles no regulares no están excluídas de la obligación que tienen tanto las sociedades mercantiles regulares, como todos los comerciantes en general, de llevar libros donde conste el giro de sus negocios. Tal es también la obligación que les incumbe a los que son considerados como comerciantes de acuerdo con el artículo 9º del Código de Comercio y han ejecutado actos de tal clase, de conformidad con los artículos 18 y 20 del mismo Código. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1933, enero 28 de 1937).. 167, 2ª

LINDEROS

- 160 -

"Lo imprescindible de la expresión de los linderos en un título que traspasa el dominio de un inmueble en todo o parte, lo indican las pertinentes disposiciones legales, de las cuales basta citar el artículo 2594 del C. C." (Casación, XLVI, Nº 1937, junio 1º de 1938)..... 621, 2ª

LIQUIDACION

- 161 -

"El artículo 553 del Código Judicial establece que la parte, al pedir el cumplimiento del fallo, hace una liquidación motivada y especificada, 'de la cual se da traslado a la contraparte por el término de cinco días'. De conformidad con la disposición transcrita la persona que fue condenada a pagar una cantidad ilíquida por frutos, perjuicios u otra causa semejante, recibe en traslado, por el término de cinco días, la liquidación hecha por la parte favorecida, a fin de que manifieste si la impugna u objeta. Cinco días es el plazo señalado por la ley para que dentro de él se haga uso del derecho de objetar o impugnar la liquidación. Si ese término transcurre y aquélla no es ob-

Págs.

jetada, el juez dicta auto aprobatorio ;si se impugna, abre el incidente a pruebas por quince días. Lo que indica que el término es perentorio, pues su solo transcurso sin presentar objeciones a la liquidación debe producir el efecto de que ella quede firme mediante auto aprobatorio del juez". Esta doctrina fue confirmada por la Corte en el auto siguiente en que no se revocó sobre este punto aquél cuya parte se ha transcrito. Dice así el último auto: ":.....Tal cosa ocurre en el del traslado establecido por el artículo 553 del C. J. Ya se expresó en el auto que se reconsidera que según sus voces, si el término del traslado transcurre sin que la liquidación sea objetada, el juez la aprueba, lo que está diciendo que el término es perentorio, pues el mandato para el juez es terminante, claro, al ordenarle aprobar la liquidación si no se objeta. La objeción debe hacerse dentro del término señalado por el artículo, pues si así no fuese quedaría al arbitrio de la parte obligada a cumplir la sentencia el dilatar a su voluntad la ejecución de ella, con sólo demorar indefinidamente su parecer acerca de la liquidación presentada". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1938, abril 8 de 1938 y mayo 21 de 1938) ..... 755, 1ª, y 759, 2ª

LIQUIDACION DE SOCIEDAD

- 162 -

"Cuando expira sin haberse oportunamente prorrogado el término fijado inicialmente para la duración de una sociedad, ésta entra en liquidación, estado que no deja de ser tal porque, en vez de proveerse en lo tocante a bienes sociales y a operaciones pendientes a lo que corresponde a la tarea de liquidar (C. Co., artículos 538 a 544), se continúen las actividades respectivas cual si el plazo no estuviese vencido. Este trueque de actitudes podrá crear en su caso situaciones anormales y equívocas y hasta acarrear sanciones; pero no constituye lo que se entiende por sociedad de hecho ante el citado artículo 2083". (Casación, XLVI, Nº 1935, noviembre 11 de 1937) 399, 2ª

Págs.

LITIS CONTESTACION

- 163 -

Véase: RELACION JURIDICO PROCESAL.

M

MAGISTRADOS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO QUE INTERVIENEN EN LA POLITICA

- 164 -

El artículo 18 de la Ley 105 de 1931 no comprende sino a los funcionarios del órgano judicial y del ministerio público; y aun cuando el artículo 8º de la Ley 60 de 1930 erigió en causal de mala conducta ciertas actividades políticas de los funcionarios "de lo contencioso-administrativo", ellas están concretadas al hecho de formar parte de directorios o comités políticos o al de poner al servicio de la política las funciones que ejerzan. (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLVI, Nº 1936, junio 23 de 1938) 577, 1º

MANDATO

- 165 -

Cornelia Sarmiento y Gregorio Contreras habían vivido abarraganados varios años, durante los cuales aquélla compró para sí misma varias fincas raíces. Muerto Contreras los hermanos legítimos de éste demandaron a la Sarmiento pretendiendo la declaración de que en los contratos de compraventa la verdadera calidad que ella había tenido era la de mandataria y no de dueña. Acusaban en casación el fallo que absolvió a la demandada por violación de los artículos 740, 1502 y 2149 del Código Civil. Dijo la Corte:

"No contiene la demanda, como lo pretende el recurrente, dos pedimentos principales: uno para que se declare que Cornelia Sarmiento no obró como compradora en los contratos de compraventa que en el libelo se menciona, y otro para que se declare que

Págs.

en tales contratos la misma Sarmiento obró como mandataria. El primero, en cuanto puede significar que no obró como compradora para sí o en interés propio, va implícito en el segundo como su consecuencia; pero considerado aisladamente, como una negación indefinida, carece completamente de sentido y de objetivo, en relación con las pretensiones del litigio porque deja al causante de los actores sin vinculación jurídica ninguna con los contratos en que se pretende que fue parte por medio de mandatario. El apoderado, en el contrato de mandato civil, obra por cuenta y riesgo de la persona que le confía la gestión del negocio (artículo 2142 del C. C.) El mandatario no es más que el órgano de la voluntad del mandante; su papel es siempre de intermediario y propiamente no puede decirse que sea parte contratante. Esto cuando el mandato es aparente; pero el apoderado puede, en ejercicio de su cargo, contratar en su propio nombre, como si el negocio le interesase personalmente (artículo 2177 del C. C.) El mandante en este caso queda desligado de toda acción de parte de terceros, y al mandatario que ha obrado de hecho por encargo del mandante, aunque haya ocultado su calidad al contratar, corresponden activa y pasivamente los efectos legales del contrato, sin perjuicio de las relaciones de derecho que lo ligan a su comitente, originadas en el contrato de mandato, como la rendición de cuentas por lo que ha hecho y la entrega de los beneficios obtenidos. En la legislación colombiana el mandato no es esencialmente representativo. Dentro de su conformación jurídica caben el mandatario ostensible y el secreto; el testaferro; la interposición en todas sus formas lícitas, y el acto jurídico del mandatario como personal interesado siempre que el mandante tenga voluntad de obligarse. Es posible el mandato sin representación. La acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido en su propio nombre y se niegue a transmitirle el derecho adquirido, la concede el artículo 2177 del C. C. al permitir el mandato oculto, nace de la celebración misma del contrato y es una acción personal contra su apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato le corresponden a él y a él lo benefician exclusivamente. Pero en nada afecta esta posibilidad de acreditar la existencia de un contrato de mandato oculto entre quien aparece como comprador y un tercero que en ninguna forma intervino en el contrato, la eficacia y validez de éste, si ha sido celebrado con observancia de los requisitos y solemnidades que la ley exige. El mandatario que contrata en propio nombre y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí mientras no se establezca plenamente que obró en ejercicio de un mandato. La acción del mandante en este caso, para beneficiarse de los efectos del contrato celebrado, se ejercita naturalmente sobre la completa validez de la convención, y de este modo resulta contradictorio alegar falta de consentimiento, puesto que la ausencia de este elemento esencial y general de todo contrato determinaría la invalidación del que se pretende utilizar como fuente del derecho demandado. Algunos autores consideran que en esta interposición real de personas en la celebración de un contrato, autorizada por el citado artículo 2177 del C. C., existe una especie de simulación que denominan INTERPOSICION y que tiene ocurrencia cuando el acto oculto en la simulación cambia una persona por otra, debido a que en el ostensible figuró la sustituída como testaferro. 'Sucede frecuentemente — dice Planiol en su Derecho Civil — que una persona quiere hacer por su propia cuenta una operación sin que los terceros lo sepan y aun ocultando a la otra parte, su propia intervención. Ella emplea entonces un mandatario que no revela su cualidad y que se presenta como autor y beneficiario del acto, a título de comprador, de donatario, etc., aunque el acto no le concierna. Hay en este caso interposición de personas o empleo de un nombre prestado. Es otra especie de simulación que se refiere no a la naturaleza o a las condiciones del acto, sino a las personas que se toman como contratantes'. Continúa diciendo la

Págs.

Págs.

Corte que no se trata en el caso de autos del ejercicio de una acción de simulación, cuya doctrina anterior ha sido reformada por la corporación. (Casación, XLVI, Nº 1932, febrero 16 de 1938). . . . . 48, 2ª, y 49, 1ª y 2ª

MANDATO

- 166 -

"Desde que se le reconozca a una persona el carácter de intermediario o vocero de otra en la verificación de determinado negocio, se está afirmando el poder especial que el intermediario tuvo para adelantar la comisión por cuenta del comitente. El mandato puede ser general, para todos los negocios del mandante; o puede estar más o menos restringido a uno o varios negocios, o a determinada gestión de naturaleza más o menos transitoria o duradera. En todo caso es un mandato, llamado también poder, porque da la facultad de obrar comprometiendo al mandante. El mandato puede también conferirse por escrito y aun verbalmente. Siempre dará la facultad de obrar, o de ser el intermediario entre las partes contratantes". (Casación, XLVI, número 1934, marzo 21 de 1938). 259, 1ª

MANDATO

- 167 -

"Cuando la voluntad del mandante está expresada en forma clara y precisa, a esas normas debe ajustarse el mandatario si aspira a interpretar fielmente la voluntad de su representado y a vincular su responsabilidad civil para el cumplimiento de las prestaciones contraídas a su nombre. Si el mandatario ha excedido los límites del mandato, no puede considerarse como representante de su mandante sino como un tercero, porque la voluntad del mandante no actúa sino dentro de los límites de la representación; cuando hay extralimitación de funciones, ya no se está en capacidad de obligar al mandante". (Casación, XLVI, Nº 1934, abril 22 de 1938). 312, 2ª

Págs.

MEDIO ARITMETICO

- 168 -

El artículo 721 del Código Judicial quiso hablar de PROMEDIO ARITMETICO o sea el término medio entre varias cantidades o extremos, lo que técnicamente y así también se entiende en el lenguaje común, está constituído por la suma de los extremos dividido por el número de sumandos. Esa ha sido siempre la noción legal de 'medio aritmético'. La cual además coincide con la que según el uso corriente corresponde al significado natural y obvio de ese concepto. Para comprobarlo basta echar una ojeada a las disposiciones de leyes anteriores y posteriores al artículo 721, relativas a la misma materia de la discordancia en el dictamen pericial: El artículo 653 del Código Judicial anterior, reemplazado por el que es hoy la Ley 105 de 1931, decía: "Cada una de las partes nombrará un perito, si no se convinieren todas en nombrar uno solo, y el juez otro, para el caso de discordia entre aquéllos, la cual se decidirá por mayoría de TODOS los peritos; pero en el caso de que TODOS discordaren en cuanto a la cantidad, se adoptará el MEDIO ARITMETICO." El artículo 747 de la Ley 103 de 1923, la cual contenía el Código Judicial que rigió por breve tiempo durante el año de 1924, repetía en términos exactos la disposición anteriormente transcrita. De manera que antes de la vigencia del actual artículo 721, no cabía duda que el legislador cuando hablaba de MEDIO ARITMETICO quería referirse a lo que en el sentido corriente significa tal expresión: promedio de varias cantidades. Y después de la vigencia de ese precepto sí que ha sido más explícito todavía. El artículo 14, ordinal c) de la Ley 10 de 1934, al regular el monto de la indemnización debida en caso de despido al empleado particular, dispone que para ese efecto "se tomará el sueldo MEDIO que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio". Empero, donde fue más terminante aún es en la Ley 63 de 1936, orgánica del impuesto de sucesiones y donaciones, cuyo artículo 40, no deja lugar a dudas. (Auto,

Págs.

Sala de Unica Instancia, XLVI, Nº 1938, junio 14 de 1938)..... 787, 2ª, y 788, 1ª

MERITO EJECUTIVO

- 169 -

El hecho de no notificarse como lo ordena el artículo 322 del Código Judicial los autos que dan lugar al recaudo ejecutivo, y como lo ordena también la Resolución número 86 de 1928, proferida por la Contraloría, hace que tales providencias no sean definitivas y no tengan por tanto entidad bastante para servir de fundamento legal a una ejecución. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1934, enero 29 de 1938). . . . . 348, 1ª y 2ª

MINAS

- 170 -

"La apreciación del estado de adjudicabilidad de las minas denunciables la ha dejado la ley al interés e iniciativa de los particulares, de tal modo que cuando ante las autoridades políticas correspondientes se inician diligencias de adjudicación el Estado no averigua ni garantiza nada sobre la libertad de la mina pretendida, esto es, sobre el hecho de haber sido ya materia de adjudicación o no, ni sobre la vigencia de la adjudicación, en su caso. En esta situación, el Código de Minas ha establecido en su Capítulo VI la institución de las oposiciones con el exclusivo objeto de dar salvaguardia y amparo a los derechos de terceros vinculados en alguna forma al dominio y posesión de la mina cuya adjudicación se ha solicitado. La oposición viene a ser así una actitud de defensa de un derecho, que por su propia naturaleza y significación se relaciona con una anterior situación legal, que puede determinar la prevalencia de un mejor derecho a la adjudicación y titulación de la mina. De esta manera se explica y justifica el mandato legal que establece la suspensión del trámite simplemente administrativo que corresponde a la adjudicación de minas cuando se presenta una oposición en la oportunidad y forma

Págs.

debidas para llevar el expediente a la decisión soberana de las autoridades judiciales, únicas competentes dentro de nuestro sistema institucional de la separación funcional de los órganos del poder público, para decidir en el fondo la controversia entre particulares sobre derechos a la propiedad de una mina. La intervención del órgano judicial en el procedimiento administrativo establecido en nuestra legislación minera no está autorizada ni es procedente sino cuando surgen pretensiones encontradas sobre la propiedad o posesión de la mina solicitada legalmente. La oposición que obra en el tránsito del expediente a la autoridad judicial no dice relación directa con el Estado en el sentido de eficacia de su función administrativa, sino que se enfrenta con otra pretensión particular que a su turno se vincula al Estado por otra gestión administrativa que ha hecho nacer también un derecho a la mina. De la misma manera que a las autoridades políticas administrativas les está vedado el pronunciamiento de declaraciones de dominio definitivo, resulta fuera de lugar la decisión de los jueces ordinarios sobre la eficacia y validez de actos ejecutados por órganos administrativos en materia de adjudicación minera con ocasión y motivo de pretensiones que arrancan de diligencias administrativas sobrevinientes a las que dieron origen al derecho preferencial y posesión ordinaria del primer avisante de una mina, como acontece en el caso de estudio. Tal controversia encaja dentro de las normas y preceptos jurisdiccionales de la justicia contencioso-administrativa, y su decisión, sobre la forma como ha sido planteada, equivale al ilegal ejercicio de una jurisdicción extraña al decidir sobre validez de actuaciones de estricto carácter administrativo. No toda oposición implica decisión judicial. Algunas hay de carácter administrativo como la que se desprende del artículo 9º del Decreto legislativo número 223 de 1932, o que versan exclusivamente sobre validez de actos administrativos y no sobre pretensiones opuestas por derechos vinculados al dominio o posesión de la mina entre particulares, de que puede ser ejemplo la en estudio, que son de la com-

petencia, conocimiento y fallo de las autoridades administrativas correspondientes, que son las que deben decidir sobre la calidad de la oposición para remitirla o no a la jurisdicción judicial.... En ninguna disposición de la ley encuentra respaldo la afirmación de que el pago del impuesto de timbre constituya un requisito o condición esencial de un aviso minero, en forma que su omisión determine la total invalidez e ineficacia de tal diligencia en el sentido de no originar el derecho preferencial y la posesión ordinaria que la ley le adscribe como efectos en favor de quien lo hace. El estampillaje de la diligencia de aviso es cosa simplemente adjetiva, de carácter y objeto fiscal, destinada a la exacción de un impuesto nacional, pero que no hace parte de la naturaleza sustantiva del acto, de modo que su omisión hiciera procedente la cita que hace el recurrente del artículo 1740 del C. C. entre las disposiciones que supone violadas por el Tribunal. La legislación minera no establece ni reconoce invalidez o nulidad de los avisos o denuncios necesarios para obtener la adjudicación de minas denunciables por informalidades en que se haya incurrido en las diligencias administrativas de tales actos, las cuales son susceptibles de ser subsanadas por iniciativa de la correspondiente autoridad. (V. el artículo 35 del C. de Minas). Además de esta disposición de la ley, establece el artículo 91 del mismo Código que... (aquí el art.). Es claro que las informalidades a que se refiere este precepto son aquellas de naturaleza simplemente administrativa en que se haya incurrido en las diligencias de aviso, denuncio y posesión de la mina, tal como la falta de estampillas en la cuantía legal u otras que no afectan la realidad misma de tales actos, como lo sería, por ejemplo, la falta de firma del alcalde en la diligencia de aviso..." (La publicación del denuncio de una mina puede hacerse en cualquier tiempo, lo mismo que el estampillaje de la diligencia de aviso). (Casación, XLVI, número 1937, junio 14 de 1938)... 643, 2ª, y sigs.

Págs.

Págs.

MINAS

- 171 -

De acuerdo con el artículo 59 del Código de Minas el término hábil para hacer oposiciones se cuenta a partir del día en que se admite el denuncio de la mina, y al tenor del artículo 61 la oposición oportuna es procedente no sólo ante el empleado comisionado para dar la posesión de la mina, sino también ante el agente del Poder Ejecutivo, esto es, ante el Gobernador, o ante el Juez del Circuito que haya de conocer de la causa que se genere en la oposición.

El Juez de Circuito de la ubicación de la mina es el que debe decidir, en presencia de las diligencias de oposición, si fue o no hecha en tiempo hábil. En el caso de que no se haya formalizado dentro del término correspondiente, el Juez, de oficio, devolverá el expediente al funcionario encargado de dar la posesión de la mina, para que la lleve a efecto; pero si se procedió dentro de los plazos de la ley, y si el punto fue debatido en la oportunidad procedimental de la primera instancia, su consideración es ya improcedente en cualquiera otra situación del proceso, según los artículos 63 y 64 del Código de Minas.

El impuesto de minas puede pagarse por medio de cualquier comisionado. (Artículo 160, C. de M.)

(Casación, XLVI, Nº 1934, marzo 14 de 1938)..... 246, 1ª, 248, 1ª y 2ª, y 249, 1ª

MONOPOLIO FINANCIERO

- 172 -

"Cuando el Estado se reserva para sí, como arbitrio rentístico, la producción y explotación de una industria, aparece lo que se llama el monopolio financiero, cuya implantación está autorizada por el artículo 24 de la Constitución. (Antes el artículo 4º del Acto Legislativo número 3 de 1910"). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1936, mayo 2 de 1938)..... 582, 1ª

Págs.

N

NOTIFICACION DE SENTENCIAS POR EDICTO

- 173 -

Debiendo fijarse el edicto en un lugar público de la Secretaría, por cinco días, como lo prescribe el artículo 309 del Código Judicial, y no definiendo este Código lo que se entienda por día, ha de estarse a la definición contenida en el artículo 59 del Código Político y Municipal: "El espacio de veinticuatro horas". Lo cual se confirma con el deber que el artículo 309 asigna al Secretario, de anotar la hora de su fijación y desfijación. No ocurre lo mismo cuando se trata de notificar autos interlocutorios y de sustanciación, pues entonces, según el artículo 310, la notificación se hace por medio de ESTADOS que se fijan en la Secretaría "todos los días y permanecen allí durante las horas de trabajo". En este caso se prescinde del concepto de "día", o sea del espacio de veinticuatro horas, y se cambia por el de tiempo de despacho público, o sea por siete horas diarias al menos, según el artículo 180. (Auto. Sala de Casación Civil. XLVI, Nº 1935, diciembre 10 de 1937). 411, 2ª

NOVACION

- 174 -

"La novación, según el artículo 1687 del Código Civil. es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida. De consiguiente, el pacto de novación es uno de los modos de extinguir las obligaciones, y consiste en un acuerdo de voluntades en virtud del cual una obligación actual se reemplaza por otra nueva, dando por extinguida la primera. De aquí que en la novación la obligación anterior es la causa generadora o la causa eficiente de la nueva. Por lo tanto, como causa. la obligación extinguida requiere las condiciones de validez pronuestas en la ley para toda obligación. De lo contrario, la nueva relación jurídica será también inválida. Porque las dos obligaciones no pueden desvincularse, ya que la anterior le da precisamente nacimiento a la nueva. Esto explica el artículo 1690, según el cual para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean válidos. La sustitución de obligaciones en el pacto de novación ha de tener lugar de una de estas tres maneras, según el artículo 1690 del Código nuéstro que en esta materia en nada difiere de los demás Códigos de tradición latina: A) Cuando, sin variar el acreedor ni el deudor, se sustituye una obligación a otra; B) Cuando el deudor contrae una obligación con respecto a un tercero y el acreedor lo declara libre de la primitiva, y C) Cuando se sustituye un nuevo deudor al antiguo. Para el caso del pleito sólo interesa conocer la primera ..... Esta novación objetiva tiene lugar cuando las partes resuelven cambiar entre ellas la causa, el objeto o la naturaleza de la primitiva obligación. Para dar por extinguida, pues, una primera obligación por otra, en cuanto a los mismos contratantes se refieren ambas, es indispensable que la segunda obligación varíe radicalmente lo que fue objeto de la primera, o altere alguna de sus condiciones principales. No habrá novación en cambio cuando la segunda obligación límitase a hacer alteraciones accidentales a la primera, sin variar con ellas en lo sustancial la anterior contraída. Ni tampoco cuando las partes omiten declarar terminantemente que su intención fue tener con la nueva por extinguido el anterior negocio, ya que la novación no se presume (artículo 1693), a no ser que resulten de todo punto incompatibles entre sí ambas obligaciones. En los casos en que las partes no declaren en ninguna forma que hacen novación, pero aparece esa intención indudable en el nuevo contrato, porque la nueva obligación envuelve necesariamente la extinción de la antigua, a tal punto que las dos obligaciones no pueden coexistir conjuntamente, hay novación. Así lo declara terminantemente el artículo 1693, en homenaje a la voluntad de las partes que en nuestra legislación civil es la suprema ley de sus convenciones,

Págs.

mientras esa voluntad no atente contra los derechos de terceros ni lesione la moral o el orden público. Mas en tal caso esa intención debe haberse manifestado por signos inequívocos, como haciendo incompatibles las dos obligaciones, de tal manera que se vea de modo indudable que la segunda obligación fue creada con el ánimo de cancelar la primera, y no simplemente de modificarla o adicionarla. No habiendo novación expresa ni tácitamente indudable, las dos obligaciones coexisten, modificando la última a la primera en lo que sean incompatibles. Tal es el sentido del segundo miembro del artículo 1693". (1). (Casación, XLVI, Nº 1933, marzo 3 de 1938) ..... 121, 2ª, y 122, 1ª

NULIDAD

- 175 -

"La oscuridad o falta de precisión y claridad de las motivaciones de una sentencia no entrañan causal de nulidad en nuestro derecho positivo ni puede fundarse en tal razón una causal de nulidad de las decisiones en ella adoptadas por el juzgador". (2) (Casación, XLVI, Nº 1933, marzo 4 de 1938) 142, 2ª

NULIDAD

- 176 -

De acuerdo con el numeral segungundo del artículo 449 del C. J., no puede alegarse nulidad por incompetencia de jurisdicción si ha habido reclamación sobre este punto y se ha declarado improcedente y ha quedado ejecutoriada tal declaración. (Casación, XLVI, Nº 1932, diciembre 14 de 1937) 11, 2º

(1) Son estos razonamientos que hace la Corte ya en instancia por tener que casar la sentencia recurrida.

(2) Es doctrina expuesta en los razonamientos de instancia por casación del fallo recurrido.

Págs.

NULIDADES ADJETIVAS

- 177 -

Ha sido doctrina uniforme de nuestra Corte Suprema de Justicia, la de que las nulidades adjetivas por faltas de procedimiento deben ser alegadas en el mismo juicio, y no son materia de acciones separadas después de terminado aquél. (Casación, XLVI, número 1936, mayo 25 de 1938) (1) 552, 1ª

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL

- 178 -

Constituye nulidad en el proceso criminal el hecho de resolver uno solo de los Magistrados y no la Sala de Decisión las apelaciones contra los autos de proceder. La disposición del artículo 35 de la Ley 104 de 1922 no dejó de existir al expedirse la Ley 105 de 1931, sino, por el contrario, obtuvo más vigor en su artículo 204, que estatuye expresamente que "las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia". Desde el punto de vista procesal el auto que llama a juicio y el de sobreseimiento tienen la misma significación jurídica, ya que mediante uno u otro se decide en el fondo sobre el mérito del sumario; y si de conformidad con el artículo 33 de la Ley 104 de 1922, el sobreseimiento definitivo pone término al juicio y pasa en autoridad de cosa juzgada, es decir, equivale a una sentencia, no es posible aceptar que el auto de proceder, tan grave para el sindicado y que cumple igual fenómeno de decisión, represente apenas una providencia de carácter meramente incidental; por consiguiente, dicho auto debe ser proferido en Sala de Decisión, que es la doctrina sostenida en numerosos fallos de la Corte. (Casación, XLVI, número 1934, marzo 11 de 1938) 335, 2º

(1) Concordancia: véase el número 2607 del tomo 3º de la Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL

- 179 -

No constituye causal de nulidad del proceso penal el hecho de la anormalidad del procesado, pues las nulidades están taxativamente señaladas en los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887. Ni ese hecho puede dar base para la causal 2ª de casación en materia criminal. (Casación, XLVI, número 1937, agosto 27 de 1938). 666, 2ª

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL

- 180 -

No constituye causal de nulidad del proceso criminal el hecho de no advertir el funcionario instructor a los parientes del acusado dentro del cuarto grado de consanguinidad que no están obligados a declarar contra su primo hermano, pues las nulidades sustanciales en el procedimiento las enumeran los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887 en forma taxativa.

En los sorteos parciales de jurados no hay lugar a recusación, porque el artículo 3º de la Ley 1ª de 1923 no la consagra; y al insacularse tres balotas en vez de una sola se introduce en el sorteo un factor de incertidumbre acerca de la persona que debía desempeñar el cargo de jurado. El insacular tres balotas y no una sola constituye la nulidad consagrada por el numeral 4º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887. (Casación, XLVI, número 1933, marzo 16 de 1938). . . . . 153, 2ª, y 154, 1ª y 2ª

NULIDAD DEL PROCESO POR NO HABERSE PROFERIDO EN SALA DE DECISION LA APELACION DE UN AUTO DE PROCEDER

- 181 -

Véase: Apelaciones de LOS AUTOS DE PROCEDER. (Casación del 15 de noviembre de 1937, G. J., número 1932, páginas 72, 2ª y 73, 1ª y 2ª)

Págs.

NULIDAD DEL TESTAMENTO

- 182 -

Véase: TESTAMENTO. (Casación del 13 de junio de 1938, XLVI, número 1937). 638, 1ª

O

OBLIGACION CONDICIONAL

- 183 -

"Para la ciencia del derecho privado, únicamente es obligación condicional la que subordina su existencia o su extinción a un acontecimiento futuro e incierto. Por lo tanto, los elementos constitutivos de la obligación condicional, son : 1º La necesidad de un acontecimiento futuro e incierto; 2º La sujeción de la obligación a este acontecimiento, y 3º El carácter voluntario, o sea convencional, de esta dependencia." (Casación, XLVI, Nº 1936, mayo 31 de 1938) . . . 573, 2ª

OBLIGACIONES DE MEDIO Y OBLIGACIONES DE RESULTADO

- 184 -

"En materia de responsabilidad civil contractual, la división clásica en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, y la posterior a ésta, en obligaciones positivas y negativas, no proporcionan un método para la solución de los problemas referentes a la culpa y a la carga de su prueba. Débese a la clasificación introducida por Demogue en obligaciones de resultado y en obligaciones de medios (sentencia del 30 de noviembre de 1935, 'Gaceta Judicial' número doble 1905 y 1906), el que se haya logrado superar la mayor parte de las dificultades que a ambos respectos suelen presentarse. El contenido de cualquiera obligación consiste en la prestación que el acreedor puede reclamar al deudor y que éste debe suministrar. La prestación, pues, o bien es una conducta del deudor en provecho del acreedor, o bien es un resultado externo que con su actividad de-

Págs.

be producir el deudor en favor del acreedor. Dicho con otras palabras. La obligación puede tener por objeto un hecho o un resultado determinado y entonces obliga al deudor a realizar ese hecho o a obtener ese resultado deseado por el acreedor. El hecho prometido por el deudor o la abstención a que él se ha comprometido tienen las características de ser claros, precisos y de contornos definidos. Es deber del deudor obtener con su actividad ese hecho, tal resultado. En cambio, en las obligaciones de medios, el deudor únicamente consiente en aportar toda la diligencia posible a fin de procurar obtener el resultado que pretende el acreedor. El deudor sólo promete consagrar al logro de un resultado determinado su actividad, sus esfuerzos y su diligencia, pero no a que éste se alcance". (Casación, XLVI, número 1936, mayo 31 de 1938) ..... 571, 2ª y 572, 1ª

OFICIALES PUBLICOS Y FUNCIONARIOS PUBLICOS

- 185 -

Véase lo que sobre este punto contiene la doctrina titulada **Proyecto de ley acusado por el Gobierno como inconstitucional.**

OPOSICION A LA ADJUDICACION DE UNA MINA

- 186 -

Véase: MINAS. (Casación del 14 de junio de 1938, G. J., número 1937, página 643 y siguientes).

ORDENANZAS Y SUSPENSION Y NULIDAD DE ELLAS

- 187 -

La suspensión de las ordenanzas está autorizada no sólo por la ley sino por la Constitución y lo mismo la cuestión referente a la nulidad de ellas. (Artículos 111 del Código Político y Municipal, 57 y 58 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, 109 del Código antes nombrado). Al decir el artículo 111 del Código Político y Municipal que las ordenanzas son obligatorias mientras no sean anuladas o SUSPENDIDAS, está expresando que ellas no rigen en el término de la suspensión. Y si no rigen las ordenanzas en dicho término, por disposición expresa del Legislador, no es necesario recurrir al análisis doctrinal, jurisprudencial o científico para saber si ellas son obligatorias mientras se hallen suspendidas por un acto de la autoridad contencioso-administrativa. Si las ordenanzas no rigen en ese lapso, si no se aplican, si no son obligatorias, ningún efecto pueden producir en el mismo tiempo. Y, por consiguiente, no hay fundamento alguno para deducir de ellas consecuencias legales, o jurídicas, derechos de particulares o de entidades públicas, por incapacidad absoluta de que tales efectos se produzcan o emanen de un acto que no rige, que no está vigente. Pretender que por que el acto suspendido se declare válido al final del juicio haya de ser válido también en el tiempo de la suspensión, equivale a desconocer el mandato de la ley, que ha querido que no rija, que no obligue el acto respectivo mientras dura la suspensión. No hubiera dicho el legislador que los actos acusados y suspendidos no rigen, que no son obligatorios, hubiera guardado silencio sobre ello, cabría acaso decir que una vez declarada válida una ordenanza que había sido suspendida, la validez comprendía el lapso de la suspensión. Pero como la ley claramente establece que las ordenanzas suspendidas no son obligatorias, y que no rigen, contra tales previsión y mandato no puede ir el intérprete. Mientras están suspendidas las ordenanzas, no son fuente constitutiva de derechos a que pueda aplicarse lo dispuesto en el artículo 122 del Código Político y Municipal. El artículo 29 de la ley 25 de 1928 no es aplicable a los juicios sobre validez de las ordenanzas o acuerdos. El se refiere, como lo expresa su texto, "a los juicios administrativos que tienen por objeto revisar providencias en que se impone la obligación de consignar una cantidad de dinero, como el pago de un impuesto". El artículo supone una PROVIDENCIA que se revisa y en que se impone la obligación de consignar una cantidad de dinero, como

Págs.

son los actos de los Recaudadores de impuestos. Una ordenanza no es una providencia. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1932, julio 10 de 1937) .....

ORDEN PUBLICO Y BUENAS COSTUMBRES

- 188 -

"Por regla general, un precepto legal es de derecho estricto cuando la derogación de su texto, por convenios particuares, sea contraria al orden público, a las buenas costumbres o a los derechos de la personalidad. En el derecho privado suelen entenderse como de orden público los principios en cuyo mantenimiento tienen un interés considerable tanto el Estado como la sociedad. Se consideran como imperativas, en principio, por razón de los derechos de la personalidad, las proposiciones jurídicas que protegen a la parte más débil desde el ángulo social o económico contra una limitación excesiva de su libertad o contra un ataque que la amenace en sus bienes más esenciales. En fin, si una estipulación contractual, al derogar un texto legal, ataca las buenas costumbres, esa norma suprimida reviste un carácter imperativo". (Casación, XLVI, número 1936, mayo 31 de 1938) 670, 1ª

P

PACTO DE RETROVENTA, PACTO COMISORIO Y PACTO DE RESERVA DEL DOMINIO

- 189 -

Distintos al caso en que el vendedor se reserva lo vendido y su entrega para no hacerla en cuanto ejerciese el derecho de recuperarlo por medio del pacto de retroventa son los contratos de compraventa en que, por ejemplo, el vendedor entrega desde luego y el comprador queda adeudando el precio en todo o parte y en que, no habiendo pacto adicional, la mora del comprador en el pago habilita al vendedor para optar por la resolución establecida en los artículos 1546 y 1930 del C. C. (artículos 1935 a 1938, 1939 a 1943, 1944 y 1945 y art. 1º de la Ley 45 de 1930, sustitutivos, según el 2º de la misma ley, del 1931 del Código). (Casación, XLVI, Nº 1935, mayo 12 de 1938) (1) ..... 88, 1ª y 2ª, 89, 1ª, y 90, 1ª 437, 2ª

PACTUM RESERVATI DOMINII

- 190 -

El pactum reservati dominii tiene que ser materia de un acuerdo entre los contratantes y expresarse con toda claridad en una cláusula contractual, según se desprende de la ley 45 de 1930, que alude claramente a las condiciones que el vendedor y el comprador tengan a bien estipular. (Casación, XLVI, Nº 1934, abril 22 de 1938) 310, 2ª

PARTE EN EL PLEITO

- 191 -

"La calidad procesal de parte en el pleito no proviene ni debe deducirse exclusivamente de la determinada forma en que se conciba el libelo de la demanda judicial, sino que hay que buscarla y deducirla del litigio mismo, de la relación procesal sustancial que es objeto del debate (rem in judicium deducens). (Casación, XLVI, Nº 1934, marzo 29 de 1938) .. 266, 2ª

PARTICION

- 192 -

Habiendo presentado el partidor la partición rehecha conforme al auto del Tribunal y aprobado el nuevo trabajo por el juez y el tribunal, se interpuso contra esta última sentencia el recurso de casación que se hacía consistir en la violación de varios artículos del C. C. Dijo la Corte:

"Como cuestión fundamental en este pleito la Corte considera: Pre-

(1) Es doctrina expuesta en la parte motiva de instancia por haberse de casar la sentencia recurrida.

Págs.

sentada una partición al juez, pueden tener lugar entre otros los siguientes casos: Primer caso: el trabajo no es objetado por ninguno de los interesados y éstos siendo capaces piden su aprobación; el juez entonces aprueba el trabajo de plano; art. 964 del C. J. Segundo caso: los interesados piden la aprobación de la partición, pero dejan correr sin objetarla el término del traslado; entonces el juez también la aprueba; art. 964. Tercer caso :alguno o algunos de los interesados objetan el trabajo; entonces, previa la tramitación legal del caso, el juez decide sobre el particular; su decisión es apelable y cuando conoce en segunda instancia el Tribunal, el fallo que profiera éste al respecto aprobando el trabajo, es susceptible del recurso de casación cuando la cuantía de éste es por lo menos de cinco mil pesos. Cuarto caso: cuando un Tribunal halla, como en el presente juicio, infundadas dos objeciones y fundada una, entonces, en firme la sentencia del Tribunal, queda reducido el asunto a que el partidor rehaga la partición en los términos señalados por el sentenciador y reformada la partición en ese sentido, la misión del juez se limita a aprobarla (arts. 964, inciso 4º y 965 del C. J.), por cuanto el asunto está ya estudiado y fallado. Quinto caso: cuando se interpone el recurso de casación, como sucede en el presente, respecto de una sentencia aprobatoria de una partición, la misión de la Corte es la de estudiar y decidir todo lo que fue materia de las objeciones. 'En la casación de un juicio de sucesión, ha dicho la Corte, no puede alegarse ejecutoria de las decisiones del Tribunal que resuelvan las objeciones de la partición. De otra suerte, el recurso de casación carecería de objeto en la mayor parte de los casos'. Sentencia de 10 de diciembre de 1915. Esta doctrina ha sido la sostenida constantemente por la Corte y acaba de ser ratificada en el fallo de 8 de abril de 1938. La única limitación que existe sobre el particular es la siguiente: en casación no pueden oírse ni menos prosperar objeciones que no fueron oportunamente propuestas en el rospectivo Juzgado... El partidor hizo su trabajo de acuerdo con los inventarios y avalúos y examinado detenidamente el alegato de casación respecto de la objeción que se estudia, se ve que el recurrente objeta los inventarios, lo cual ya no es pertinente, porque esas objeciones tienen su término prefijado y preciso y el partidor no puede separarse de esa norma a menos que los interesados, siendo capaces, así lo acuerden. (Art. 1393 del C. C.).... La regla 8ª del artículo 1394 si por una parte establece que en la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino la semejanza, por otra no preceptúa, ni podría hacerlo, que en toda partición de bienes a todos los herederos se les adjudique una cuota en todos y cada uno de los bienes, porque esto además de ser impracticable en muchas ocasiones podría redundar hasta contra la administración económica de los fundos. Esa regla está condicionada a la equivalencia y semejanza de los lotes, y salvado este principio el partidor no está obligado a adjudicar todos los bienes de una sucesión en común y proindiviso". (Casación, XLVI, Nº 1934, abril 28 de 1938)... 321, 2ª, 322, 2ª y 323, 1ª y 2ª

Págs.

PARTICION

- 193 -

"Los bienes que pertenecen a la sucesión son de los herederos. Sobre el acervo mortuorial los sucesores no tienen ningún derecho personal determinado, sino un derecho real sobre la universalidad herencial, que mientras no sea sometida a liquidación según las reglas generales, constituye una comunidad 'sui generis'. Los bienes que pertenecieron al causante forman el caudal hereditario. La sucesión por causa de muerte es la transmisión a los herederos de todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles del difunto, transmisión que se realiza a través de la liquidación herencial cuyo remate y fin es la partición, que se lleva a cabo de acuerdo con las fórmulas legales del juicio de sucesión. Es por virtud de la partición de la herencia como se transmite y fija el dominio sobre los determinados bienes que se

Págs.

adjudiquen y sobre los cuales se reputa, según la ficción legal, haber sido siempre el asignatario dueño exclusivo. El Código de Procedimiento Civil contiene, en su artículo 969, correspondiente al Capítulo V del Título XXX, las reglas procedimentales aplicables al caso de que el testador haya hecho la partición en los términos autorizados por el art. 1375 del C. C." (Casación, XLVI, Nº 1935, mayo 9 de 1938) ..... 428, 2ª, y 429, 1ª

PARTICION

- 194 -

En un juicio de sucesión se tachaba el trabajo de partición de los bienes como violatorio de los artículos 1394 y 1395 del Código Civil. Dijo la Corte:

"La contigüidad que debe procurarse al tenor de las reglas 3ª y 4ª del citado art. 1394 está subordinada, según ellas mismas lo advierten, a que de aquellas 'resulte mayor perjuicio a los demás interesados que de la separación al adjudicatario'. En el presente caso si se hubiera adjudicado a la parte recurrente la totalidad de las tiendas para evitarle los perjuicios de la separación, se habrían dejado para las demás hijuelas bienes de calidad inferior, así fuese tan sólo por figurar entre éstos con relativa importancia por su cuantía la casa inventariada en manos de tercero poseedor a virtud de ahincada gestión de él en este sentido fundado en los hechos concomitantes y procedentes que el Juzgado halló. Las reglas 7ª y 8ª del mismo art. 1394 obligan al partidor 'a guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros....'; y a hacer los lotes en forma que procure 'no sólo la equivalencia sino la semejanza de todos ellos'. Así le da la ley una orientación caracterizada por el anhelo de equidad a que siempre debe ajustarse, entre otros fines con el de que el juzgador en lo de su resorte se ajuste al consabido 'suum cuique tribuere'. En el presente juicio la naturaleza, número y calidad de los bienes y sus precios respectivos de avalúo pericial obligaban al partidor a abstenerse de la distribución singular que el recurrente exige suponiéndose amparado por lo antedicho sobre continuidad, tal como él lo entiende y sostiene. Es verdad que esa misma regla 8ª previene que no se separen ni dividan los objetos que no admitan cómoda división o de cuya separación resulten perjuicios', como ya se recordó aquí, con la salvedad del posible convenio unánime y legítimo de los interesados del que apenas habrá que advertir que no lo hay en el caso presente. Pero esta advertencia de la regla 8ª no puede entenderse ni afortunadamente se ha entendido como sostiene el demandante, quien ve en ella algo así como la prohibición de establecer comunidades singulares mediante la adjudicación de un mismo bien a varios interesados al formarse las hijuelas en la partición de la comunidad universal. Por el contrario, esto es lo que se ve de modo constante. Y no puede menos de acontecer así, por lo excepcional de una situación tan favorable que el número y avalúo de los bienes en cada una de las varias clases de ellos permita hacer las hijuelas de los varios interesados en forma de cubrirles uno a uno la totalidad de su haber separada e independientemente. Cuando el partidor recibe para su trabajo el expediente en ese pie tan venturoso, mal haría en cambiar la comunidad universal por comunidades singulares adjudicando los bienes en común, en vez de aprovechar aquellas circunstancias, las que, repítese, sólo excepcionalmente se presentan. De ahí que lo habitual o frecuente sea que el partidor se vea constreñido a adjudicar uno o más y a veces todos los bienes, especialmente, como es lo natural, los inmuebles, a dos o más interesados, sin que esto pueda reputarse en manera alguna violación de aquella regla 8ª. Por lo demás, cada una de esas comunidades singulares puede terminar extrajudicial o judicialmente por gestión de sus respectivos comuneros, la que en que lo hace al último camino aludido es rápida y sencilla". (Casación, XLVI, Nº 1934, abril 8 de 1938) ... 290, 1ª y 2ª

Págs.

PENSIONES

- 195 -

Ni del texto ni del espíritu de la ley 29 de 1905 se desprende que el servidor oficial deba demostrar el carácter o lo calidad de empleado público, sino comprobar que ha prestado servicios como tal durante el lapso de tiempo de rigor. De donde se deduce que la comprobación que ha de darse se circunscriba esencialmente a establecer el tiempo de servicios, sin que sea preciso, sin que se considere como requisito SINE QUA NON, el dar la prueba que las leyes pertinentes exigen para demostrar que un particular ha adquirido la calidad de empleado público. Conforme a jurisprudencia de la Sala, el reconocimiento del beneficio de la pensión debe hacerse a partir de la fecha de la presentación de la demanda. (Sentencia Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1933, enero 29 de 1938) .... 170, 1ª y 171, 2ª

PENSIONES CIVILES

- 196 -

Las pensiones para los individuos que han desempeñado puestos en el magisterio como profesores de establecimientos públicos o privados, se reglamentan por la ley 42 de 1933 y de ellas conoce el Consejo de Estado. Conforme al artículo 1º de la ley 114 de 1913, la pensión de jubilación de que conoce la Sala de Negocios Generales de la Corte se otorga a los maestros de escuelas primarias oficiales y no a los directores de escuelas o colegios privados. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, número 1934, marzo 10 de 1938) 352, 2ª

PENSIONES CIVILES

- 197 -

Estando reglamentadas las pensiones de los miembros del Poder Judicial por el art. 5º de la ley 116 de 1928, no hay necesidad de las cinco declaraciones de que trata el artículo 3º de la ley 29 de 1905, sino que puede admitirse la plena prueba ordinaria. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1934, marzo 9 de 1938) 351, 2ª

PENSIONES DE MAESTROS

- 198 -

Los maestros de enseñanza secundaria tienen, como los de primaria, derecho a pensión en las condiciones y de conformidad con la ley 114 de 1913. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1938, abril 21 de 1938) 782, 1ª

PERITOS

- 199 -

En un juicio sobre pago de perjuicios por la inundación de unos terrenos cultivados habían fijado los peritos en trescientas y pico de hectáreas el terreno total y en un ochenta por ciento las tierras inundadas, sin objeción de la parte demandada. El Tribunal no había tenido en cuenta la estimación pericial y la había desoído. Este dato, dijo la Corte, como los demás en que se apoyan los peritos, no fue siquiera puesto en duda por la Compañía, la cual no opuso objeciones al dictamen, ni tampoco les pidió en tiempo oportuno explicaciones a los expertos. De esta manera el dato es intachable. Y al tomarlo en cuenta los peritos, hiciéronlo correctamente, sin que valga alegar, conforme a la objeción del Tribunal, que, como la cabida dada en la escritura para el potrero de "Los Ceibones" es apenas aproximada, al tomarla los peritos por cierta le restan exactitud a sus afirmaciones. Porque semejante objeción pierde de vista que cuando por aproximación se fija una cantidad, significa en la opinión corriente que ella es la más probable entre el grupo de unidades inmediatamente anteriores y posteriores a la escogida como medio; y que una rigurosa y matemática exactitud en los cálculos superficiarios acerca de la extensión de un terreno sólo es posible y necesaria en juicio, cuando por la naturaleza de la cuestión controvertida o por la voluntad manifiesta de las partes voluntariamente expresada, se requiere, o se ha solicitado, el levantamiento de planos to-

Págs.

pográficos o de medidas científicas. En los demás casos le basta al Juez atenerse a los datos del expediente que hagan verosímil el hecho, siempre que esos datos no estén claramente en contradicción con la realidad de las cosas o con otras verdades procesales. En estos eventos es legal admitir cálculos por simple aproximación, respaldados por otros medios". (Casación, XLVI, Nº 1934, marzo 31 de 1938) ..... 278, 2ª y 279, 1ª

PERITOS

- 200 -

Se había afirmado en un juicio que el artículo 721 del Código Judicial no autoriza la presencia de un perito tercero, porque si los dos principales rinden su dictamen uniforme y fundamentado, éste hace plena prueba, y que si hay desacuerdo, el Juez tiene dos caminos: o tomar el medio aritmético para hacer la regulación que estime equitativa conforme al dictamen y los demás elementos del proceso; o bien, puede decretar otro avalúo por medio de peritos que él designe. También se tachaba el perito tercero después de pasados los tres días de su nombramiento desde la notificación del auto que lo nombró.

"La regla general es la de que todo dictamen pericial debe verificarse por tres peritos, con la sola excepción de que puede realizarse por uno solo cuando las partes convienen en ello (art. 705 del C. J.). Este es el mismo criterio que informa el artículo 721, pues cuando dice que 'el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba', no manifiesta que el avalúo debe hacerse por los dos peritos principales, sino que puede relizarse por éstos, o por un principal y el tercero, quien 'emite su opinión sobre los puntos en que discuerden los principales' (art. 716 ib.). De modo que si el dictamen de un perito principal es debidamente fundamentado y explicado y a él adhiere el tercero, ese dictamen es uniforme y hace plena prueba. Dicho artículo 721 no establece una excepción a la regla general de que el peritaje debe realizarse por tres peritos. Para demostrar lo contrario no vale la argumentación de que habla en su inciso 2º de 'medio aritmético', pues de modo claro se refiere a una diferencia entre 'dos extremos'; y no se puede hablar de dos extremos sin que exista un medio. De modo que cuando los tres peritos están en desacuerdo (si dos están de acuerdo se aplica el inciso 1º del artículo comentado), se aplica el inciso 2º buscando el medio aritmético, menos cuando la diferencia entre la cantidad mayor y la menor (que son los extremos), exceda de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, caso en el cual el dictamen no hace plena prueba, sino que el Juez debe hacer la regulación atendiendo al dictamen y a los demás elementos probatorios, o puede nombrar nuevos peritos. Por lo dicho se ve que el nombramiento de perito tercero debe sostenerse". En cuanto a la tacha del perito después de pasados los tres días desde el auto de su nombramiento dijo la Corte: "El perito tercero, siendo nombrado por los dos peritos principales, debe considerarse como que es propio de ambas partes. De manera que cuando se trata de tacharlo no es aplicable el inciso 1º del artículo 709 — que señala para la proposición de tacha del perito de la contraparte únicamente los tres días siguientes a la notificación del auto de nombramiento—; y esto, porque la causa legal para la recusación del propio perito puede no saberse sino con posterioridad a ese nombramiento y después de que dicho perito se haya posesionado. La Sala Plena de la Corte, en auto de 14 de septiembre de 1937 (Gaceta Judicial, Nº 1927, página 592), se expresa sobre este punto así: 'A la verdad, el artículo 709, que señala el término para las tachas, tanto en los casos generales de que habla en su inciso 1º como en el caso especial considerado en su inciso 3º, no lo señala para las que autoriza en el numeral 2º, el que se limita a esto, es decir, a establecer en favor de cada parte el derecho de tachar su propio perito. Hay, evidentemente, pues, un vacío en lo tocante a fijación de plazo para estas precisas tachas. Ese vacío debe llenarse como previenen los artículos 203 del Código Judicial y 8º de la Ley 153 de 1887'. Siguiendo esta doctrina, que

Págs.

es la razonable, debe admitirse que una parte puede tachar a su propio perito aun después de pasados los tres días del nombramiento, pero sólo dentro del plazo que los peritos tienen para rendir su dictamen, pues es claro que una vez rendido éste, el cual puede ser objetado, ya no puede proponerse la tacha, porque, como lo dice el auto citado, 'nuestro Código procedimental procura evitar que a pretexto de tachar a los peritos se ataque el dictamen, involucrando casos y remedios distintos. El dictamen se objeta (artículo 720), el perito se tacha (artículo 708)'. Es, pues, el caso de abrir el incidente de tacha". Auto, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1933, febrero 18 de 1938). ..... 175, 1ª y 2ª

PERJUICIOS

- 201 -

"La reparación de un daño, o sea el perjuicio recibido, tiene que ser motivado por una culpa que ha dañado el patrimonio ajeno, lesionando derechos adquiridos. Para que una acción de perjuicios pueda prosperar se requiere: una culpa — una relación de causalidad — un daño ocasionado por el demandado. Para deducir que la culpa ha sido realmente la causa del perjuicio, se requiere que esa relación de causalidad sea necesaria, sin que un caso de fuerza mayor pueda hacerla desaparecer. Viene a cuentas transcribir la doctrina que sobre esta materia sentó esta Corte en reciente sentencia: 'En este caso, como siempre que en cuestiones jurídicas se habla de causa, se requiere el elemento de necesidad en la relación. Si una culpa que parece relacionada con el perjuicio está plenamente demostrada, pero se establece que el perjuicio se habría causado aunque esa culpa no se hubiera cometido, no habrá relación de causalidad ni consiguiente derecho por parte del perjudicado a la reparación. Pero acontece que en la mayor parte de los casos un daño o perjuicio no es el resultado de una causa UNICA sino una serie de antecedentes; de suerte que si esto no se hubiera reunido, no habría habido daño. En tales casos, de acuerdo con la llamada teoría de CAUSALIDAD OCASIONAL, basta que, entre las diversas causas cuya concurrencia necesaria para que hubiera habido daño, que exista una que pueda ser imputada a CULPA de una persona determinada para que ésta sea responsable de la integridad del perjuicio. En estos casos, si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido, y por ello hay relación de causalidad. En otros términos: en el caso frecuente de la pluralidad de causas basta —para establecer la relación de causalidad — que aparezca que sin la culpa del demandado no se habría producido el daño'. (Sentencia de 17 de septiembre de 1935. Gaceta Judicial números 1907 y 1908, Tomo XLIII)". (Casación, XLVI, número 1934, abril 22 de 1938) ..... 312, 2ª y 313, 1ª

PERJUICIOS

- 202 -

"Cuando en el juicio hay elementos para fijar el importe líquido de los perjuicios, es ilegal que el juzgador se abstenga de hacerlo, o de indicar cuando menos las bases esenciales con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, pues de acuerdo con el artículo 480 del Código Judicial, 'sólo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hace la condena, a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia' ". (1) (Casación, XLVI, Nº 1934, marzo 31 de 1938). . . .. 280, 1ª y 2ª

PERSONERIAS SUSTANTIVA Y ADJETIVA

- 203 -

Las dos clases de personería — la sustantiva y la adjetiva — tienen muy diverso origen en su estructura jurídica y muy diversa trascendencia en el campo de la técnica proce-

(1) Es doctrina expuesta en los razonamientos de instancia por casación de la sentencia recurrida.

sal, porque la primera se relaciona con el derecho mismo y la segunda mira a una cuestión rituaria, como es la representación en juicio. La sustantiva forma parte de la esencia o sustancia de la cuestión debatida y debe ser resuelta en el fallo definitivo de instancia. La adjetiva puede ocasionar una excepción dilatoria, que tiende a conservar la integridad legal del procedimiento, para suspenderlo o mejorarlo, y por esas circunstancias da lugar, en su caso, a un recurso exceptivo que exige previo y especial pronunciamiento. (Casación, XLVI, número 1936, mayo 30 de 1938). 557, 1ª

PODER PARA PLEITOS

- 204 -

Obra dentro del juicio y para los efectos del juicio aquél que, precisamente por no estar ejecutoriada la sentencia de segunda instancia, interpone contra ella el único recurso posible que es el de casación. Lo que vale decir que el poder conferido para el juicio sirve también para interponer el recurso de casación. (Auto, Sala de Casación Civil, XLVI, número 1932, mayo 2 de 1936). 16, 2ª

POSEEDOR DE BUENA FE

- 205 -

En juicio de reivindicación promovido por Virgilio Rodríguez y Agripina Gamboa de Rodríguez contra Dictinio Melo, que prosperó, alegaba el demandado en casación la violación del artículo 769 del Código Civil por haberlo considerado el Tribunal sentenciador como poseedor de mala fe. La reivindicación se había promovido para la sucesión del vendedor de los bienes reivindicados. Dijo la Corte:

"El Tribunal llegó a ese concepto por haber comprado Melo estando embargados los bienes, lo que hacía ilícito el contrato a la luz del artículo 1521 del C. C. por haber podido y debido Melo precaverse, de acuerdo con el artículo 2637 de la misma obra; por haberse declarado la nulidad absoluta de la compraventa cabalmente en razón de ese embargo; por haber permanecido la escritura de compraventa sin registrarse más de dos años, hasta que se creó la Oficina de Registro de Linares, ya que en la de Samaniego, a que correspondía hasta entonces, no se había podido inscribir por el embargo, y por ser sospechosa la conducta de Melo, en cuanto esa enajenación conducía a defraudar a los sucesores de Rodríguez disminuyendo el patrimonio de éste sin que, por otra parte, hubiera habido pago del precio de la venta, ya que documento posterior demuestra que Melo no lo pagó como el vendedor declaró en aquella escritura. Es verdad que, instituído el registro entre otros fines con el de capacitar a todo contratante sobre el estado de la propiedad inmueble, según advierte en su inciso 2º el citado artículo 2637, sencillo es, y hasta de obligada prudencia, a cada comprador indagar ese estado antes de proceder a la adquisición o, por mejor decir, al otorgamiento de la escritura pública. Limitarse confiadamente, cándidamente, o maliciosamente, en los diversos casos, a aceptar o dar por aceptada la afirmación del tradente sobre libertad de lo que enajena, conduce a consecuencias lamentables que la ley quiso evitar en la forma aludida. Quien da por libre la finca que no lo está, incurre en error de hecho. En lo general, este error no lleva consigo o no significa una culpa de que se derive daño a tercero. En tales circunstancias un error de esa clase no se opone a la buena fe (artículo 768, ibídem), ni basta, por tanto, a destruír la presunción establecida para ésta por el citado artículo 769. Así, pues, ha de considerarse a Melo como poseedor de buena fe hasta que un hecho tan eficaz como al efecto vino a ser la sentencia declaratoria de la nulidad de su título, destruyó esa presunción o la hizo imposible. Esa sentencia se dictó el 1º de agosto de 1933 y quedó ejecutoriada según auto de. . . . . En suma: la Corte, que no halla descaminados los razonamientos del Tribunal acerca de los elementos indiciales referidos, estima sin embargo que de la inadvertencia o imprudencia que llevó al comprador a no indagar el estado legal de lo que compraba y que, ignorándolo, los adquirió cuando

Págs.

estaban embargados, no puede deducirse un elemento probatorio bastante a destruír la presunción legal del citado artículo 769". (Casación, XLVI, número 1932, diciembre 15 de 1937). . . . . .

POSESION DE MALA FE

- 206 -

No puede ser considerado poseedor de buena fe el demandado en un juicio de reivindicación cuyos títulos fueron declarados nulos y menos cuando ha tenido conocimiento de esa anulación. En ese caso no puede decirse que la parte demandada tuviera la buena fe, es decir, la conciencia de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, ni la persuasión de haber recibido la cosa de quien tenía la facultad de trasmitirla, artículo 768 del C. C. (Casación, XLVI, número 1932, diciembre 14 de 1937). . . . . .

POSESION

- 207 -

"Define nuestro Código el fenómeno de la posesión como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño. Dedúcese de lo dicho, en armonía con la tesis sostenida por numerosos tratadistas, que la posesión requiere la existencia de una cosa poseída, que es el CORPUS; voluntad de poseer como dueño de la cosa, que es el ANIMUS; y ocupación de la cosa que se pretende poseer, ya directamente, ora por conducto de otra persona que la tenga en nombre y lugar de quien posee. La posesión es ante todo un hecho cuya continuidad produce trascendentales consecuencias jurídicas y puede llegar a vincular definitivamente al sujeto poseedor con la cosa poseída. Si tal vínculo no se rompe bruscamente por la consumación de un acto extraño a la voluntad del poseedor, el hecho determinante del fenómeno está llamado a producir importantes efectos jurídicos y a solidificar la tenencia como dueño con el vínculo moral que constituye propiamente el derecho de dominio. Es claro que si la posesión es ante todo un hecho, su existencia como fenómeno trascendente de la vida social debe manifestarse también por medio de una serie de actos de inconfundible carácter y naturaleza, que demuestren su realización y el vínculo directo que ata a la cosa poseída con el sujeto poseedor. Tales actos deben guardar íntima relación con la naturaleza intrínseca y normal destinación de la cosa que se pretende poseer, y así vemos que el artículo 981 del Código Civil estatuye, por vía de ejemplo, que la posesión del suelo deberá probarse por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios y cerramientos, el cultivo de plantaciones y sementeras y otros de igual significación". (Casación, XLVI, Nº 1938, julio 13 de 1938)... 26, 1ª — 716, 1ª

POTESTAD REGLAMENTARIA

- 208 -

Véase lo que sobre este punto contiene la doctrina titulada: DECRETO ACUSADO, NUMERO 191 DE 26 DE ENERO DE 1937, POR EL CUAL SE DICTO UNA DISPOSICION REGLAMENTARIA DEL TURISMO EN CARTAGENA. 15, 1ª

PRECIO

- 209 -

No hay valla insalvable de orden legal, moral o económico que haga imposible la computación en calidad de precio de una cosa que otro esté comprometido a entregar, antigua deuda lícita determinada por su cuantía, aunque tenga origen distanciado del nuevo contrato, como un mutuo, depósito, arrendamiento, etc. Ese fenómeno es de diaria ocurrencia en la vida de las relaciones comerciales o económicas y en la vida jurídica. (Casación, XLVI, número 1933, marzo 3 de 1938). 120, 1ª

PRECLUSION

- 210 -

"Precluír, palabra italiana derivada del latín OCCLUDERE, que equivale a ocluír o cerrar, significa la

Págs.

clausura, por ordenarlo una norma legislada, de las actividades que pueden llevarse a cabo, sea por las partes o por el juez, durante el desarrollo del proceso en cada una de las etapas en que la ley lo divide. Este concepto negativo de la preclusión, no obsta para que en ella se comprendan también actos de carácter positivo. Por ejemplo, una vez corregida la demanda, precluye esa posibilidad (art. 208 del C. J.), aun cuando no se haya notificado el auto que abre la causa a prueba o el de citación para sentencia. Una vez propuestas en juicio ejecutivo excepciones, precluye la posibilidad de proponer otras. Precluír es, pues, finalizar la oportunidad legal para ejecutar determinados actos después de realizados otros o de expirados ciertos términos, por quedar prohibido a la parte el derecho a ello". (Auto, Sala de Casación Civil, XLVI Nº 1932, diciembre 16 de 1937) 36, 2ª

PRESUNCION DE CULPA EN EL AGENTE DE UNA ACTIVIDAD PELIGROSA

- 211 -

Véase la doctrina titulada Responsabilidad civil por daños causados por una locomotora del ferrocarril y la sentencia de fecha 31 de mayo de 1938, publicada en el número 1936 de la Gaceta Judicial, páginas 560 y siguientes.

PREVARICATO

- 212 -

"El prevaricato se hizo consistir en que el doctor Suescún, posesionado ya del puesto de Juez del Circuito de Santa Rosa, pero en uso de licencia, presentó en el Juzgado del Cocuy un trabajo de partición, del cual se había hecho cargo desde tiempo anterior; pero esta incriminación no encaja en ninguna de las disposiciones sobre prevaricato que contempla el Código Penal, y, de consiguiente, anduvo acertado el juzgador A QUO cuando sobreseyó a ese respecto. Verdad es que conforme al artículo 2º de la Ley 105 de 1931, los empleos del orden judicial son incompatibles con el desempeño de cualquiera otro cargo retribuído, a la vez que con toda participación en el ejercicio de la abogacía, y que el artículo 528 del Código Penal sanciona con multa al funcionario que falte al cumplimiento de alguno de sus deberes, en los casos en que la falta no tenga señalada otra pena. Y en este concepto parece, a primera vista, que debiera llamarse a juicio al doctor Suescún, pero sucede que el hecho a él imputado, censurable por cierto, no se perfila exactamente con las características que requiere aquella transgresión de la ley, pues había sido nombrado partidor y quizá tenía ejecutado su trabajo desde antes de posesionarse del puesto de juez, a lo que se agrega que estaba en uso de licencia cuando presentó la partición referida. Ante los hechos así ocurridos, que crean una situación ambigua, la duda hace procedente también el sobreseimiento. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLVI, Nº 1933, marzo 18 de 1938) ..... 157, 1ª y 2ª

PRINCIPIO DISPOSITIVO, DE CONTROVERSIA O DE CONTRADICCION

- 213 -

"..... Principio fundamental de procedimiento civil, que salvo excepciones expresas sirve de orientación y de gobierno en nuestro Código, es el llamado DISPOSITIVO, de CONTROVERSIA o de CONTRADICCION, el cual deja a la iniciativa y responsabilidad de las partes la carga de proporcionarle al juez los elementos de la sentencia, mediante la demanda, las pruebas y las alegaciones escritas u orales. Resultando de ello que el juez debe abstenerse de declarar hechos no alegados ni discutidos por las partes, los cuales son para él verdades incontrovertidas. El principio contrario al dispositivo lo forma el inquisitivo, de instrucción, o principio del conocimiento de oficio, que domina el procedimiento penal. Son consecuencias del principio dispositivo, según los más modernos expositores de ciencia procesal: 1º Las peticiones de las partes condicionan los poderes del juez y determinan los límites y el contenido de los distintos actos de protección jurídi-

Págs.

ca. Naturalmente salvo en los casos en que la ley obliga al juzgador a obrar más o menos independientemente de la actividad de las partes. Tales son entre nosotros, por ejemplo, los casos de los artículos 575, 724, 728, 1204, 1205 y otros muchos del Código Judicial. 2º Las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes constituyen los únicos fundamentos de la sentencia: JUDEX SECUNDUM ALLEGATA ET PROBATA A PARTIBUS JUDICARE DEBET. — 3º La alegación incontrovertida de un hecho se convierte en fundamento de la sentencia, con excepción naturalmente de los hechos referentes a los presupuestos procesales: capacidad para ser parte, jurisdicción y competencia del juez, representación, etc., o de aquellas exigencias legales a que las partes no pueden renunciar, por ser de orden público o estar estatuídas en el interés de terceros; o de hechos notoriamente ilícitos o contrarios al orden físico o natural. — 4º El reconocimiento y la renuncia de la acción vinculan al juez. Eminente expositor extranjero observa que los jueces son muy propensos a fundarse en hechos que las partes no han alegado con el pretexto de que 'surgen de los autos', temiendo no estar a la altura de su cargo si no ejercitan con absoluta independencia su poder en todas las resultas del proceso. 'Este desenfrenado ejercicio es peligroso.' Si al juez le repugna sentirse encerrado en los límites de la voluntad dominadora de las partes, debe aceptar, por lo menos, el vínculo de una consideración práctica, esto es, que las partes son los mejores jueces de la propia defensa y que nadie puede conocer mejor que ellas, qué hechos debe alegar y cuáles nó. Las esferas del juez y del defensor deben estar netamente separadas, porque existe una verdadera incompatibilidad psicológica entre el oficio de juzgar y el de buscar los elementos de defensa de las partes' ". (Casación, XLVI, Nº 1937, mayo 31 de 1938) ..... 615, 2ª y 616, 1ª

Págs.

PRIVILEGIO Y SERVICIO PUBLICO

- 214 -

El Municipio de Tuluá otorgó a favor de la "Compañía del Mercado cubierto de Tuluá" el privilegio para la construcción de una plaza de mercado y autorizó al personero para el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Después el Municipio demandó a la Compañía para que se declarase nulo el contrato, para la entrega de todo lo que aquél recibió después de él, especialmente los inmuebles señalados en la escritura de contrato, con sus edificaciones, etc., para pago de frutos y para otras prestaciones. Como perdiese el pleito recurrió en casación alegando la violación de varios artículos de la ley sustantiva. Dijo la Corte:

"No cabe la menor duda de que el municipio de Tuluá celebró un contrato administrativo, de carácter público, sobre prestación de un servicio público, que se acomoda a las características científicas antes especificadas. Resta sólo determinar si esa convención constituye un privilegio. Escriche define al privilegio como 'la gracia o prerrogativa que se concede a uno libertándolo de alguna carga o gravamen o CONFIRIENDOLE ALGUN DERECHO DE QUE NO GOZAN OTROS'. Resalta de lo dicho que es de la esencia del privilegio constituír una gracia o beneficio exclusivo, que la administración posee y que tiene en sus manos otorgar. Viene a ser un atributo extraordinario o inherente a la existencia y a la misión del Estado, con miras predominantes al beneficio colectivo, y que el poder público puede ejercer directamente o por interpuesta persona, pero siempre en persecución del interés social y dentro de la órbita señalada por el derecho político de la Nación. Cuando el Estado no quiere o no puede ejercer directamente esa prerrogativa que le pertenece, la delega en manos extrañas por medio de un contrato, que debe permanecer ubicado dentro de las normas del derecho público y que se denomina concesión administrativa de un privilegio. Esta idea se traduce, según

Págs.

Jéze, en la fórmula de que "siendo decisivo el interés general, a él deben subordinarse los intereses privados'. Es claro y evidente que la idea de privilegio implica el goce de la gracia, con exclusión absoluta de los demás. Si se trata de un servicio público, como en el caso de autos, es indudable que el concesionario viene a subrogarse en la posición, en los derechos y en las prerrogativas de la entidad de derecho público investida de la facultad de ejercerlos o de transmitirlos. En la legislación colombiana la prestación del servicio público de mercado, en las cabeceras, constituye en su esencia un privilegio o gracia a favor de la administración municipal. No puede ser materia de la libre iniciativa industrial ni podría un particular acometer su prestación dentro de la libertad económica o de las facultades que le otorga el derecho privado. Al efecto, según Rolland, la noción de servicio público 'implica la idea de empresa que, bajo la suprema dirección de los gobernantes, está destinada a satisfacer necesidades colectivas del público'. Tres ideas comprende esta definición: la de empresa, la de satisfacción dada a las necesidades colectivas del público y la de dependencia en relación con los gobernantes. Nadie será osado a dudar que el servicio de mercado reúne estos caracteres y es por lo tanto un servicio público. La ley 149 de 1888, antigua reguladora de nuestro régimen municipal, nada estatuvó sobre esta materia. Pero la ley 88 de 1910, expedida en desarrollo del Acto Legislativo número 3 de 1910, señaló en su artículo 54 una serie taxativa de prohibiciones a las corporaciones municipales, en la reglamentación de sus actividades y atribuciones. En el ordinal c) de dicho artículo 54 dispuso que le estaba prohibido a las municipales 'prohibir o impedir de cualquier modo el libre funcionamiento de los mercados que establezcan o ya existan, en propiedades particulares que estén situadas a más de tres kilómetros de la cabecera del distrito'. Este precepto legal fue más tarde fielmente reproducido en el ordinal 12 del art. 171 de la ley 4ª de 1913, nuevo Código de Régimen Político y Municipal. Se desprende de lo anterior que la autorización legal a los particulares para establecer mercados públicos quedaba limitada exclusivamente a los que funcionaran en propiedades privadas y a más de tres kilómetros de la cabecera municipal. Pero fuera de tales pautas, la administración municipal sí podía prohibir el establecimiento de mercados y con mayor razón en las cabeceras distritales. Luego es de rigor aceptar que tal negocio o actividad es un privilegio municipal en las cabeceras, por ser un servicio público, por estar vinculado a una necesidad social y colectiva y por estar implícitamente facultada la administración para prohibirlo. Lo que no está prohibido a los particulares está permitido y hemos visto que la prohibición se limitó a casos taxativamente señalados en la ley, fuera de las cabeceras. Resulta lógico concluír que el municipio de Tuluá tenía el goce del privilegio sobre servicios de mercado público y que con los acuerdos mencionados no hizo otra cosa que expresar su voluntad de sacarlo a licitación, para otorgar una concesión administrativa de tal privilegio. — SEGUNDA CUESTION.—Antes de expedirse el Acto Legislativo Nº 3 de 1910, creador de un nuevo ordenamiento constitucional en el país, no existía precepto positivo que de manera precisa prohibiera a la nación, los departamentos y los municipios otorgar privilegios. Antes bien, la ley 149 de 1888, sobre régimen jurídico estatal, facultaba a esas corporaciones para otorgarlos a nombre del Estado. Pero es el caso que el citado acto constitucional de 1910, en su art. 4º, ordenó de manera taxativa que sólo podrían concederse privilegios que se refieran a inventos útiles o vías de comunicación. En forma tal que de manera general y sin distinción alguna quedaron claramente prohibidos los demás privilegios sobre obras o servicios públicos o sobre explotaciones comerciales inherentes al Estado. A la Compañía del Mercado Cubierto de Tuluá se le adjudicó el privilegio por resolución de 9 de octubre de 1911. El Concejo aprobó la minuta de contrato de concesión en proposición número 62, del 16 del mismo octubre y se perfeccionó esa convención administrativa por

Págs.

escritura número 221..... Como el Acto Legislativo Nº 3 de 1910, que prohibía tales privilegios, en su art. 4º, entró a regir en el mes de diciembre de 1910, es claro y notorio que tal concesión privilegiada se expidió y otorgó con clara violación del precepto constitucional mencionado. La compañía demandada no acepta esa conclusión jurídica y se funda en dos razones: que no se trata de un privilegio sino de una simple concesión de servicios públicos; que el artículo 4º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 no se refiere a los municipios sino a la Nación, porque el inciso 16 del art. 169 de la ley 4ª de 1913, posterior en mucho tiempo a la reforma constitucional, reproduce fielmente la autorización a los municipios para otorgar privilegios, que ya existían por virtud de la ley 149 de 1888. En cuanto al primer argumento del opositor, ya se demostró anteriormente que en el caso de autos sí se está en presencia de un privilegio administrativo para un servicio público. En cuanto al segundo, la Corte hace estas consideraciones exegéticas: El Acto Legislativo Nº 3 de 1910 se expidió por el poder constituyente y tendía a modificar sustancialmente las instituciones o a darle mayor amplitud, elasticidad y brillo a principios que habían ya calado hondamente en la conciencia pública. Su total ordenamiento aspiraba a darle nueva fisonomía al Estado, conjugando nuevas normas para la Nación, el departamento y el municipio. De manera tal que cada uno de sus preceptos poseía intrínsecamente un concepto robusto de generalización para cada una de las entidades representativas del Estado. Y si esto es así, ¿cómo puede aceptarse que el artículo 4º, al limitar taxativamente la autorización para privilegios, pretendiera regular exclusivamente la actividad de la Nación, con prescindencia del municipio? ¿Qué razón científica justificaría esa diferenciación entre las dos entidades, similares en su origen y sus fines sociales y colectivos? Antes bien, la limitación de los factores defensivos de la administración distrital y sus propias y congénitas deficiencias en nuestro país, parecen indicar que la tutela protectora que entraña la norma constitucional comentada se promulgó con miras más directas a la protección de las comunidades que a la salvaguardia de la Nación. Puede agregarse a lo dicho que es aforismo universal de hermenéutica que donde la ley no distingue a nadie le es lícito hacerlo: 'ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus'. Y si el acto legislativo mencionado no hizo distinciones sobre las entidades a quienes era aplicable su prohibición, resulta arbitrario y aventurado que el juzgador pretenda hacerlas. Fundada en las razones incontrovertibles que acaban de exponerse, la Corte concluye que la prohibición constitucional para conceder privilegios distintos de los de invención y vías de comunicación, comprende y obliga también a los municipios. La vigencia del artículo 169 de la ley 4ª de 1913, en nada modifica esta interpretación, porque a pesar de ser posterior no puede prevalecer sobre el texto fundamental, por ser incompatible con éste, de conformidad con el artículo 40 del Acto Legislativo mencionado. Hay que aceptar que carece de fuerza imperativa, por la circunstancia de que se acaba de hacer mérito y por contradecir de manera manifiesta una norma superior y más excelente. A esa conclusión han llegado tratadistas autorizados de nuestro derecho político como el doctor Tulio Enrique Tascón y la Corte no puede apartarse de esa interpretación sin sentar una doctrina peligrosa en cuanto a la prelación de la carta suprema del país y a la solución jurídica que nuestro derecho positivo estatuye para casos como éste, de incompatibilidad entre una disposición constitucional y otra simplemente legal.—TERCERA CUESTION.—Sentado el principio de que la prohibición para privilegios de servicios públicos comprende a los municipios, resta dilucidar si por haber usado el Concejo de Tuluá una facultad legal anterior, produce efectos en este caso concreto la citada prohibición. Si se estudian con toda atención los tres acuerdos dictados por el Concejo de Tuluá, puede apreciarse que en virtud de éstos no adquirió ni hizo nada a su favor ningún derecho especialmente vinculado a su patrimonio. Al efecto, en tales actos administrativos la entidad co-

Págs. Págs.

Págs.

munal se limitó a declarar de utilidad pública la construcción de una plaza de mercado, A OFRECER un privilegio por cincuenta años, a conceder el uso de un bien inmueble y a reglamentar el cobro por este servicio público municipal. ¿Puede aceptarse que esos actos constituyan el ejercicio de un derecho adquirido? ¿Puede concluírse que hicieron nacer ese derecho excelente y lo vincularon al patrimonio municipal? La Corte rechaza ese extremo, porque la expedición de los acuerdos municipales sólo constituye en realidad una declaración de voluntad, un anhelo de la comuna de Tuluá en cuanto a la existencia futura de un servicio colectivo. Son actos preparatorios, que sólo una vez desarrollados, finalizados y perfeccionados al tenor de las normas del derecho público creaban el privilegio. CUARTA CUESTION. — Resueltas afirmativamente las cuestiones anteriores, se pregunta si podía el municipio ejercitar la acción de nulidad absoluta a pesar de lo dispuesto en el artículo 15 de la ley 95 de 1890? Habiéndose adjudicado el contrato sobre concesión administrativa del privilegio con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 y estando igualmente demostrado que la minuta del susodicho contrato y el contrato mismo se celebraron y perfeccionaron también con evidente posterioridad a la ordenación constitucional prohibitiva, es de lógica rigurosa fallar que esa convención adolece del vicio de nulidad absoluta insubsanable, por las razones que pasan a esbozarse brevemente: a) Porque el artículo 1519 del Código Civil dispone que hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación; b) Porque al tenor del artículo 1521 de la misma obra, hay un objeto ilícito en la enajenación de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; c) Porque el artículo 1525 del código tantas veces mencionado dispone que hay asimismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes, y d) Debido a que el art. 1741 ibídem declara en forma enfática que la nulidad producida por un objeto o causa ilícita es nulidad absoluta. Pero comoquiera que el citado artículo 15 de la ley 95 de 1890 consagra que dicha causal puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, es procedente determinar si el municipio demandante está comprendido en las circunstancias legales mencionadas y si, por ende, le está prohibido alegar en juicio la nulidad del privilegio. Es indudable que la razón o motivo predominante que tuvo el legislador para expedir la disposición legal cuya aplicación se dilucida y que está ya derogada fue la de establecer y aplicar una pena civil, de carácter rigurosamente personal, por la violación de la ley y por la rebeldía en acompasar la actividad privada al orden jurídico nacional. Así lo interpretó la Corte cuando dijo que 'la prohibición de alegar la nulidad absoluta impuesta a quien celebró el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, es una pena personal, la cual después de muerto el contratante no pasa a sus hijos'. (Nº 2642. Casación, 25 de agosto de 1923. Tomo III). De allí se origina que esa pena, por su índole, no se aplica a las personas que fueron extrañas a la nulidad, aun cuando deban suceder al contratante rebelde en el ejercicio de los derechos y acciones derivados de la convención afectada de nulidad. Tal sucedía con los herederos, sucesores legítimos y causahabientes en general y así lo consagró esta Corte en numerosas sentencias. (Números 2629, 2637, 2641. Casaciones. Tomo III). Pero es claro e indudable que tratándose de personas de derecho público, como la Nación, el departamento y el municipio, no le es aplicable a éstas la prohibición consagrada en esa norma, no sólo por lo ya dicho de que ella en realidad implica una sanción de carácter personal destinada a garantizar el fiel cumplimiento de las formalidades y requisitos legales en la esfera de las relaciones privadas, sino porque tales entidades estatales son incapaces de proceder con dolo, es decir, toda especie de astucia, maquinación o artificio que se emplea para engañar a otro. El origen y el carácter del Estado, sus naturales funciones y sus fines lo colocan en un plano donde no es posible presu-

Págs.

Págs.

mir que actúe con ANIMUS NOCENDI. Por otra parte, teniendo que actuar necesariamente por intermedio de representantes, como son los funcionarios y organismos que llevan su personería, la aplicación del art. 15 a los actos y contratos celebrados en su nombre equivaldría a entregarlo inerme en manos de intermediarios inescrupulosos, en el ejercicio de sus relaciones múltiples con los particulares. Así lo consideró también esta Corte en caso similar cuando dijo: 'Si la Nación no pudiera alegar la nulidad absoluta de los contratos que le interesan por razón de que el gobierno que los celebra sabía o debía saber el vicio que los invalidara, el poder ejecutivo quedaría revestido de facultades dictatoriales para contratar sobre los bienes, derechos y acciones de la Nación a quien representa. La responsabilidad problemática del presidente y del respectivo ministro por su proceder ilegal, no indemnizarían a la Nación del perjuicio. Es por lo tanto inadmisible que la Nación no pueda demandar la nulidad de tales contratos'. (Nº 2680. Casación, 1º de diciembre de 1923. Tomo III). — RESULTADO DE LA CASACION. — La Corte acepta que existe un vicio fundamental que afecta a la concesión del privilegio, consistente en la violación de la prohibición constitucional para otorgarlo. Ha prosperado, por ese motivo, la causal de acusación contra la sentencia sometida al recurso, ya que aparece evidente que hay violación de ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea. En el curso de la motivación se han señalado los preceptos violados, que son algunos de los indicados por el recurrente. Luego es forzoso fallar que la sentencia de segundo grado, debe ser casada y en consecuencia infirmada, entrándose a dirimir la controversia como tribunal sentenciador". Casación, XLVI, número 1934, abril 20 de 1938).....

Págs.

PROPIEDAD PRIVADA

- 215 -

En la sentencia de la Corte Plena que decidió la exequibilidad del art. 6º de la ley 83 de 1935, sobre expropiación, acusado como inconstitucional, se expuso la siguiente doctrina sobre este punto:

"La Constitución de 1886 catalogaba entre los derechos fundamentales el de la propiedad, considerándola con el criterio económico predominante en la primera mitad del siglo XIX. Según éste, libertad y propiedad constituían dos principios paralelos, básicos para el desarrollo de la personalidad, porque se concebían como la fuerza motriz insustituíble en el desenvolvimiento de la riqueza colectiva. La propiedad privada libre de trabas y vínculos, en cuanto ello fuera posible. El constituyente de 1936 relativizó el derecho fundamental de la propiedad, acentuando la sumisión de ésta a los intereses de la colectividad y con ello la limitación del libre arbitrio del propietario. Este constituyente dio a la propiedad individual el fundamento de la función social que implica obligaciones, conformándose a las teorías modernas de los defensores de aquélla, quienes prescinden de la forma fija y siempre idéntica que las aludidas escuelas económicas atribuían a esa institución, para admitir que, desde luego que la propiedad ha revestido en la historia formas muy diversas y es susceptible de modificaciones muy grandes, sólo se garantiza plenamente por el artículo 26 de la codificación constitucional en la medida en que responda a las necesidades colectivas de la vida económica. Duguit, el primer expositor sistemático de las características de la propiedad función social, se expresa así: 'La propiedad que se apoya únicamente sobre la utilidad social no

296, 2ª, debe existir sino en la medida de es-
297, ta utilidad social. El legislador pue-
1ª y 2ª, de, por lo tanto, introducir a la pro-
298, piedad individual todas las restric-
1ª y 2ª, ciones que sean conformes con las
299, necesidades sociales a las cuales aque
1ª y 2ª lla corresponde. La propiedad no es ya un derecho intangible y sagrado, sino un derecho continuamente cam-

biante que debe modelarse sobre las necesidades sociales a las cuales debe sujetarse. Si en un momento dado la propiedad individual deja de corresponder a una necesidad social, el legislador debe intervenir para organizar otra forma de apropiación de las riquezas. En un país en donde la propiedad individual esté reconocida por la legislación positiva, el propietario tiene, por el hecho de ser propietario, una cierta función social que realizar; la extensión de su derecho de propiedad debe ser determinada por la ley y por la jurisprudencia que aplica ésta, según la función social que le corresponde desempeñar; no puede pretender otro derecho que el de poder cumplir libre, plena y enteramente su función social de propietario. Puede decirse que de hecho la concepción de la propiedad derecho subjetivo desaparece para dar lugar a la concepción de la propiedad función social'. La relativización indicada de la propiedad en el sentido de que ha cesado de ser un derecho absoluto, esto es, jurídicamente inexpugnable, tal como la consignaba primitivamente nuestro Código Civil, no deroga el principio del Estado de Derecho realizado en la distribución de los órganos del poder público, principio que requiere que toda invasión de la esfera de la propiedad privada se haga dentro de un procedimiento regulado y en una cuantía mensurable. El derecho, pues, de la propiedad privada se halla bajo la salvaguardia de la ley, y esta protección consiste en que la ley reúna las propiedades objetivas que, según la idea del principio de distribución de los órganos del poder público, debe reunir ella para ajustarse al concepto del Estado de Derecho". (1) Sentencia de la Corte Plena, XLVI, Nº 1934, marzo 10 de 1938).

Salvaron sus votos en esa sentencia, que se refiere especialmente a la doctrina jurídica sobre expropiación tratada en el punto titulado Ley acusada (artículo 6º de la ley 83 de 1935, sobre expropiación), los magistrados Dres. José Antonio Montalvo, Eleuterio Serna y Arturo Tapias Pilonieta, con argumentos que sintéticamente se expondrán en la doctrina así titulada.

Págs. Págs.

PROYECTO DE LEY ACUSADO POR EL GOBIERNO COMO INCONSTITUCIONAL

- 216 -

(Ley por la cual se dispone que los empleados subalternos de las Fiscalías de los Tribunales Superiores y los de las Fiscalías de los Juzgados Superiores serán de libre nombramiento y remoción de los Fiscales respectivos).

"El Organo Ejecutivo del Poder Público, haciendo uso de la facultad que le confiere el ordinal 7º del artículo 113 de la Constitución, y dentro del término que tiene para hacerlo, conforme al artículo 79 del Estatuto, objetó IN INTEGRUM el proyecto de ley transcrito, en mensaje de fecha 9 de noviembre de 1937. Vuelto a las Cámaras, la de Representantes en 28 de abril de 1938 declaró infundadas las objeciones de inconstitucionalidad formuladas por el Ejecutivo, y lo propio hizo la del Senado al día siguiente, una y otra por mayoría absoluta de sus miembros actuales. La insistencia de las Cámaras Legislativas al desechar las objeciones del Organo Ejecutivo hizo que éste pasara a la Corte Suprema para la decisión sobre inexequibilidad, por tratarse de objeciones de inconstitucionalidad, y cumplir esta decisión al tenor del artículo 83 empleado por el 149 del Estatuto. Objeta el Organo Ejecutivo de inconstitucional el proyecto de ley, por cuanto lo considera violatorio del artículo 114 de la Constitución, que en su ordinal 1º dice que corresponde al Presidente de la República: 'nombrar y remover los funcionarios del Ministerio Público'. Y agrega, además, como refuerzo de su tesis, que si bien es verdad que el artículo 114 habla de las funciones que le corresponden al Presidente de la República en 'relación con el Poder Judicial', ello no implica que los funcionarios del Ministerio Público pertenezcan al Organo Judicial, porque si éstos son cooperadores de la administración de justicia, también es cierto que no todas las funciones del Ministerio Público se relacionan con esa rama del servicio público. Y tanto así es—ob-

193, 2ª y 194, 1ª y 2ª

Págs.

serva el Ejecutivo—que si se revisa el título XIV de la Constitución se advierte en él y en las leyes vigentes relativas al funcionamiento del Ministerio Público, que los Fiscales de Tribunales y Juzgados Superiores tienen facultades administrativas diferentes de aquellas que se han asignado a quienes actúan directamente al servicio del Organo Judicial. Esos funcionarios asumen la representación de entidades de derecho público, supervigilan la conducta oficial de los empleados, protegen los derechos de las personas incapaces, y, en suma, realizan actividades propias del Organo Administrativo o Ejecutivo, por lo cual, precisamente, la Constitución ha conferido al Presidente de la República la facultad de nombrar y remover los funcionarios del Ministerio Público. De otro lado, anotan las objeciones, 'cuando el Constituyente ha querido que los empleados de inmediata dependencia de algunos funcionarios del Ministerio Público sean nombrados por éste, lo ha dispuesto en forma expresa, como cuando dijo, en el artículo 14 de la Constitución: 'Son funciones especiales del Procurador General de la Nación: ..... 4º Nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia'. En síntesis: que cuando el nombramiento de esta clase de empleados se sale de la regla general de nombramiento inmediato del Presidente de la República, es porque así lo determina inequívocamente el propio Constituyente, como acontece en el ordinal 1º del artículo 114 del Estatuto. El señor Procurador General de la Nación no comparte estas tesis. Considera que el proyecto objetado por el Organo Ejecutivo es constitucional, que la Corte debe declararlo exequible. Para ello expone las siguientes razones: 'La tacha de inconstitucionalidad del referido proyecto la hace consistir el Gobierno en la oposición que advierte entre la atribución que le confiere al Presidente de la República el numeral 1º del artículo 114 de la Constitución para 'nombrar y remover los funcionarios del Ministerio Público, y la autorización que les da el proyecto objetado a los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores para nombrar y remover libremente los empleados subalternos de su inmediata dependencia. En mi sentir no existe tal oposición, porque los empleados subalternos de las Fiscalías no son propiamente funcionarios del Ministerio Público, sino meros oficiales públicos, al tenor del artículo 5º del Código sobre Régimen Político y Municipal. Dentro de los órganos primarios del Estado se hallan organismos que ejercen funciones derivadas y que obran en el ámbito de las atribuciones conferidas por la Constitución y leyes de la República. La multiplicidad y variedad de los servicios públicos y la unidad de dirección indispensable para coordinar y distribuír las energías sociales en todas las partes del organismo estadual, existen una multitud de empleados distintos por la naturaleza de sus funciones y por su respectiva categoría, pero relacionándose entre sí por el vínculo de subordinación de los inferiores a los superiores y de autoridad de éstos sobre aquéllos. El conjunto de tales relaciones forma de los empleados públicos un orden jerárquico, y los empleados se clasifican en tres categorías: magistrados, simples funcionarios públicos y meros oficiales públicos (artículo 5º del Código de Régimen Político y Municipal). Magistrados, al tenor de la definición legal, son los empleados o funcionarios investidos de jurisdicción o autoridad. Simples funcionarios del Estado no son los que, por cualquier concepto, desempeñan una u otra función de carácter oficial, sino aquéllos que tienen conferida por la Constitución o leyes la realización regular y continua de una determinada actividad propia de un cargo público y que por consiguiente representan algo así como una derivación de la potestad soberana, puesto que, como lo dice la ley, 'tienen funciones que no pueden ejecutar sino en su calidad de empleados', a diferencia de los MEROS OFICIALES PUBLICOS, que no tienen verdaderas funciones representativas del Estado, o como lo dice el artículo 5º del Código Político y Municipal, 'empleados que ejercen funciones que cualquiera puede desempeñar, aun sin tener la calidad de empleado'. A esta categoría pertenecen los empleados subalternos de las Fiscalías, a quienes no corresponden

Págs.

las funciones que determina el artículo 139 de la Constitución Política del Estado. Por consiguiente, la atribución constitucional del Presidente de la República para nombrar y remover los funcionarios del Ministerio Público no queda afectada en modo alguno con la autorización conferida en el proyecto a los Fiscales. La armonía constitucional del proyecto objetado se observa de manera más clara, si cabe, en presencia del artículo 115 de la Carta, que estatuye: 'Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: '..... 5º Nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según esta Constitución o LEYES POSTERIORES'. (Subrayo). De modo que el legislador está facultado por la Constitución para conferir la autorización a que se refiere el proyecto. En razón de lo expuesto, conceptúo que debéis declarar exequible el 'proyecto de ley por la cual se confiere una autorización a los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores de la República'. Para resolver, la Corte considera: a) Es cierto que el Ministerio Público tiene una dualidad de funciones, que sus actividades se relacionan, unas, con el Organo Judicial, y otras, con el Administrativo. Para apreciar la órbita de esas funciones es menester atenerse a la estructura general de la Constitución. El Ministerio Público en nuestro sistema es un departamento, una sección del Organo Ejecutivo, cuyas funciones se relacionan directamente con el Organo Judicial, y por ello el artículo 114 dice que corresponde al Presidente de la República, en relación con el Poder Judicial, nombrar y remover los funcionarios del Ministerio Público. Pero también el Ministerio Público se roza con lo administrativo. Ejerce, pues, funciones duales. Por ello el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, vela por el exacto cumplimiento de las leyes, lo que ejecuta en lo complejo de la administración por el medio directo que le proporcionan los agentes del Ministerio Público. En lo judicial el Ministerio Público se ejerce por la Cámara de Representantes, el Procurador General de la Nación, los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores, los Fiscales de los Juzgados de Circuito y los P e r s o neros Municipales (artículo 159, Ley 105 de 1931). Pero en esta jerarquía tales funcionarios, que son a la vez colaboradores del Organo Judicial y asumen la representación de entidades públicas y guardan y hacen guardar las leyes, su provisión y nombramiento no compete exclusivamente al Organo Ejecutivo. El Procurador General de la Nación, para no hablar de la Cámara de Representantes que tiene un origen popular, es designado directamente por el Presidente de la República (artículo 114, numeral 1º), los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores, por disposición expresa de la Constitución, de ternas presentadas por las Asambleas Departamentales (artículo 186, numeral 3º) Los Personeros Municipales, también por disposición constitucional, por el respectivo Concejo Municipal (artículo 195 de la Constitución Nacional). Luego la Constitución misma no asienta una regla general y estricta sobre el particular, y ello debido a las enmiendas que le introdujo la Reforma de 1910). b) Como lo anota el Procurador, el Código Político y Municipal hace diferenciaciones entre funcionarios y meros oficiales públicos, y aun ciñéndose a la letra del artículo 114, habría de estarse al significado técnico que tiene el vocablo "funcionario' conforme al artículo 28 del Código Civil, por haberlo definido expresamente el legislador, dándole una significación específica. c) Donde se ve más claramente que el proyecto objetado no pugna con la Constitución — así lo anota el señor Procurador General — es al confrontarlo con el artículo 115 que establece en su inciso 5º, lo siguiente: 'Corresponde al Presidente de la República como su p r e m a autoridad administrativa: '..... 5º Nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según esta Constitución o leyes posteriores'. Por manera que la Constitución permite, fuera de los casos de provisión directa, el que haya empleados para los cua-

Págs.

les la ley puede autorizar su nombramiento, a autoridades administrativas, a funcionarios administrativos, distintos del Presidente de la República cuando el legislador lo determine así, y siempre que no exista una disposición constitucional que estatuya que el nombramiento o la designación del empleado corresponde hacerlo a determinada entidad constitucional, en cuyo caso sí se vulneraría el Estatuto Fundamental. No es, pues, contrario a la Constitución lo dispuesto en el proyecto de ley objetado por el Organo Ejecutivo. No la contraría, no es opuesto a su índole". (Sentencia de la Sala Plena de la Corte, XLVI, número 1935, mayo 19 de 1938). . . . . 393, 2ª, 394, 1ª y 2ª, 395, 1ª y 2ª, y 396, 1ª

PRUEBA

- 217 -

"Prescribe el artículo 1751 del Código Civil que "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o éstas'. De este principio legal, trasunto de la equidad y de la justicia abstracta, resulta entonces que todo demandante que intente una acción debe acreditar el fundamento en que se apoya; y todo demandado que, sin negar el hecho mismo alegado contra él, invoque otro hecho que destruya el efecto del primero, debe aducir la prueba correspondiente. De consiguiente al demandante corresponde probar los hechos en los que funda su acción. 'Actori incumbit probatio'. Como el actor propónese con su demanda introducir un cambio en la situación jurídica presente, pretendiendo el reconocimiento de un vínculo de derecho obligatorio contra él y el demandado, en fuerza del cual el segundo tiene a su cargo una prestación, lo racional es que acredite ese vínculo, y mientras no lo haga, el demandado que se limita a negar los hechos alegados por el demandante, no tiene que presentar prueba alguna en apoyo de su negación. 'Incumbit probatio qui dicit, non qui negat'. Por el contrario, cuando el actor prueba la exactitud de los hechos en que se apoya, es decir prueba la obligación, la situación primera se invierte, debido a que la presunción originaria queda destruída. De esta manera si el demandado opone medios de defensa, pretendiendo que las consecuencias jurídicas de los hechos alegados se paralicen por otros hechos, por ejemplo, si sostiene que es propietario por prescripción adquisitiva, o que ha cumplido la obligación, etc., es a él a quien incumbe aducir las pruebas de estos medios de defensa. 'Reus excipiendo fit actor' ". (Casación, XLVI, Nº 1934, abril 29 de 1938) . . 327, 1ª y 2ª

PRUEBA PERICIAL

- 218 -

"Para la apreciación de la prueba pericial la ley ha hecho su estimación legal en los artículos 721, 722 y 723 del Código Judicial, que rezan: . . . . .

Es la natural imposibilidad de que el juez posea conocimientos universales y en cantidad y calidad adecuadas sobre las múltiples materias, algunas de gran complejidad técnica, que se someten a su decisión jurisdiccional, el verdadero fundamento filosófico y jurídico de la institución de la prueba de peritos, mediante la cual el sentenciador alumbra sus decisiones y juicios en el examen y concepto que personas técnicas realizan sobre determinadas cuestiones de hecho que requieren la sistematización de conocimientos especiales para su compresión y dominio. El perito es, pues, un auxiliar técnico del juez. Sus conclusiones o dictamen, de acuerdo con la naturaleza 'sui generis' de sus funciones, y como lo tiene consagrado la doctrina jurídica universal, constituyen datos o elementos de juicio aprovechables por el funcionario del poder judicial en la medida que encuentre aceptables los fundamentos en que se apoyen las conclusiones a que lleguen, fundamentos que en todo caso deben expresarse con precisión, exactitud y claridad (artículo 716 del C. J.). 'No obstante estar llamados los peritos —dice Dellepiane— a suplir o completar los conocimientos del juez, ilustrándolo sobre cuestiones de hecho que requieren saber especial, su opinión no liga imperativa-

Págs.

mente al magistrado, ni lo dispensa del deber crítico...' Pero la propia esencia de esta prueba, que busca completar la capacidad intelectual del juzgador para su función jurisdiccional, señala por sí misma el radio de apreciación judicial de su mérito o fuerza de convicción que será más o menos grande en relación, a más de las condiciones y calidades personales del experto, con el mayor o menor grado de tecnicismo o especialización científica o artística que distinga el punto concreto sometido a dictamen y que de esta manera resulte más o menos lejano y extraño a la órbita ordinaria y normal en que se muevan los conocimientos de un juez. Casos habrá naturalmente en que el sentenciador ha de acoger como fuente de certidumbre completa los conceptos o afirmaciones perentorias que unánimemente le presenten dos peritos como consecuencias indudables sacadas a base de sus conocimientos especiales, de hechos sujetos a los sentidos, por no estar en capacidad de asumir el papel de técnico en materias totalmente extrañas a su formación de jurista; pero al lado de estas ocurrencias colocadas por su tecnicismo riguroso más allá de las posibilidades críticas del juez, hay casos como el de autos, que no tienen características exigentes de especialización intelectual o de técnica que los cierre al buen criterio y a la prudente apreciación del juzgador, que es a quien en definitiva corresponde determinar el alcance, importancia y fe que merezca el dictamen pericial en cada caso concreto. 'Un juez culto, inteligente y sabio —como dice Stoppato— no es presumible siquiera que pueda negar lo que está lógica y científicamente demostrado, o rechace lo que ha sido inevitablemente aceptado, sustrayéndose arbitrariamente a los resultados inequívocos que necesariamente proceden de hechos determinados'. Estos principios generales en que se informa el moderno derecho probatorio que aspira a dar la mayor amplitud posible al convencimiento o persuasión racional del juez en el proceso de avaluación probatoria de los procesos judiciales, alejándolo cada vez más de normas invariables que encadenan su criterio, deformando su misión esencial de impartir justicia, estaban consagrados, en lo que a la prueba pericial se refiere, en el artículo 79 de la ley 105 de 1890, hoy derogada, que disponía que 'la exposición de los peritos no es de por sí plena prueba; ella debe ser apreciada por el juez o los magistrados, al fallar en definitiva, teniendo en consideración las razones en que fundan su dictamen los peritos, y las demás pruebas que figuren en el expediente. En consecuencia, 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. Pero expresarán las razones de su determinación'. No se opone a seguir aplicando estas sanas normas que dan al sentenciador cierta latitud de apreciación en todo caso de peritaje el texto de las nuevas disposiciones al respecto, atrás copiadas, que no pueden constituír un retroceso en nuestro sistema probatorio civil, porque si es verdad que en los artículos 721 y 722 se da al dictamen pericial la categoría de plena prueba, también es verdad que allí se determinan precisamente las condiciones o requisitos que han de reunirse para que tal plenitud probatoria se realice. No se establece en estos artículos del código la imperativa aceptación mecánica por parte del juez del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado para decidir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al juez, quien las reconoce o niega, para aceptar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos. Es por medio del poder judicial como la República ejerce permanentemente la facultad de administrar justicia de acuerdo con la constitución y las leyes (art.

Págs.

Págs.

142 del C. J.). Desacertada y sin ningún apoyo en la ley resulta la tesis del recurrente de que en casos como el que se debate en este pleito el fallo lo dictan en conciencia los peritos a través de un juicio especial y breve en que el funcionario judicial apenas refrenda con su autoridad el avalúo pericial. Contraría esta apreciación tanto la naturaleza propia del dictamen de peritos como modo probatorio, en que le corresponde el papel de ilustrar el criterio judicial en la misma forma que los demás elementos de convicción que figuren en el proceso, como la esencia de la función jurisdiccional que soberanamente corresponde al juzgador de realizar la justicia, dándole, en este caso, una expresión numérica, cuantitativa, de equidad, a la relación jurídica que ha ligado a las partes en el desarrollo del litigio, para lo cual es indispensable y esencial la consideración crítica de todas las probanzas aducidas oportuna y adecuadamente en el debate contradictorio. Los peritos no son JUECES DE HECHO, en la acepción jurídica de estas palabras, sino auxiliares de la administración de justicia para el esclarecimiento de cuestiones que requieran conocimientos especiales; y la frase A JUICIO DE PERITOS que emplea el código en algunas de sus disposiciones, como en el artículo 2054, citado por el recurrente, no quiere significar sino OPINION, PARECER o DICTAMEN, pero en manera alguna puede ser sinónima o equivalente a FALLO o SENTENCIA. Para que el dictamen pericial tuviera la obligatoriedad incondicional a que alude el demandante sería preciso que los expertos estuvieran investidos de una especial jurisdicción por el legislador, y entonces no serían tales en la función que les corresponde dentro de nuestro derecho probatorio, sino que se convertirían en jueces como árbitros o arbitradores con capacidad legal de proferir verdaderas sentencias (título XVII del C. J.) No menos infundada resulta la apreciación del recurrente sobre los efectos del auto interlocutorio fechado el... en que el Tribunal decidió la articulación propuesta por el abogado de la Compañía Minera Chocó Pacífico contra el dictamen pericial de que se

Págs.

trata, y en el cual se declaró infundada la objeción que se le hizo por error grave. Considera el actor que esta providencia equivale exactamente a haberse declarado por el Tribunal que el concepto de los peritos era fundado, y que su ejecutoria, por tanto, colocaba el avalúo pericial fuera de toda nueva apreciación analítica al proferir la sentencia definitiva en la que debía ser inconsideradamente aceptado. Dentro del término legal del artículo 719 del Código Judicial, las partes pueden pedir que los peritos expliquen, amplíen o aclaren su dictamen en caso de ser oscuro o adolecer de deficiencia la exposición pericial, facultad que también corresponde oficiosamente al juez en cualquier oportunidad procedimental antes de fallar. Pueden también las partes en el citado término objetar el dictamen por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, que si se falla en contra del objetante determina su condenación en costas y el pago de una multa, y si declarando probada la objeción, la repetición de la diligencia con intervención de nuevos peritos. Tiende la primera de estas facultades legales, ya sea por iniciativa de los litigantes u oficiosa del juez, a completar la prueba pericial limpiándola de oscuridad o deficiencia, buscándole mejores fundamentos y capacidad de ilustración judicial para que llene a cabalidad sus fines en el balance probatorio que ha de hacerse al proferir el fallo de instancia. Con la facultad de objeción al dictamen que consagra el artículo 720 del Código Judicial se da oportunidad, no de explicar, ampliar, aclarar o completar la exposición pericial para mejor auxilio al decidir el punto técnico sometido al dictamen, sino de purificar la prueba de taras esenciales que la hacen desechable e inválida, y de ahí por qué la comprobación de cualquiera de los motivos legales de objeción produce el cambio de peritos y la repetición de la prueba. Fundamentalmente distinta resulta, por consiguiente, la significación que en el sentido de aprecio probatorio tiene la circunstancia de haberse declarado infundada una tacha u objeción al dictamen pericial, con la declaración de que tal dictamen es fundado, si esto último fuera posible

procedimentalmente dentro de las facultades judiciales. La valoración del mérito probatorio en los juicios no tiene más oportunidad que la que ofrece el estudio a fondo del proceso para dictar la sentencia. Otra cosa sería prejuzgar la cuestión esencial con motivo de incidentes, que en materia de probanzas sólo pueden encaminarse a hacerlas posibles o hábiles legalmente, pero no a apreciar obligatoriamente su valor en auto de especial y previo pronunciamiento". (Casación, XLVI, número 1935, mayo 9 de 1938)..... Págs. 421, 1ª y 2ª, 422, 1ª y 2ª, 423, 1ª

PRUEBA PERICIAL

- 219 -

"Al juzgador no le es dado proceder sobre la base de suposiciones, máxime en lo tocante a delicadas cuestiones científicas a que por sus estudios es completamente ajeno. Por ello la ley ha previsto el medio para dilucidar judicialmente semejantes puntos (artículo 705 del C. J.), con la intervención de expertos, que a la vista del paciente, si existe, o de los distintos datos llevados al expediente, dictaminen acerca del estado mental de una persona en un momento dado". (Casación, XLVI, Nº 1937, junio 13 de 1938)..... Págs. 639, 2ª y 640, 1ª

R

RECONOCIMIENTOS DE LOS RECAUDADORES

- 220 -

Los reconocimientos formados por los Recaudadores tienen en su favor una presunción de verdad, por lo que no puede el juzgador inquirir, al librar la ejecución, si ellos están bien o mal hechos, pues basta que se hayan practicado por quien puede y debe hacerlos y que expresen cantidad determinada a favor del Fisco, y además, que hayan sido "hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores por rentas o contribuciones, porque la obligación de los particulares en tal caso no se contrae por voluntad de ellos, sino por ministerio de la ley", como lo ha expresado la Corte en otras ocasiones. (1). (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1934, marzo 22 de 1938)..... Págs. 359, 1ª y 2ª

RECURSO DE CASACION

- 221 -

"Solamente en favor de las sentencias que pongan fin a los juicios de procedimiento ordinario, o a las pronunciadas en uno que haya asumido el carácter de tal, ha reservado la ley el recurso extraordinario de casación. Las demás resoluciones judiciales, fuera de las mencionadas en los numerales 2º y 3º del citado artículo (2), aunque tengan la calidad de definitivas y sea cual fuere la cuantía e importancia del negocio controvertido, fueron sustraídas del recurso en las disposiciones legales que lo reglamentaron. Es en su acepción procedimental como ha de entenderse la calificación legal de ordinario. Y no hay duda que al referirse la ley a los juicios que asuman el carácter de ordinarios hace alusión a aquellos especiales que en determinadas circunstancias hacen tránsito procedimental a las ritualidades consagradas en el título XVIII del C. J., tal como sucede ,por ejemplo, con el juicio especial de deslinde y amojonamiento, en el caso contemplado en el artículo 870 del código de procedimiento. No hay ningún fundamento para considerar, como lo pretende el recurrente, que cuando la ley hace referencia a los juicios que asumen el carácter de ordinario quiere designar a aquellas cuya sentencia firme tiene la fuerza de cosa juzgada, porque la verdad es que dentro del sistema procedimental adoptado por la ley 105 de 1931, tal efecto legal se produce con todas las providencias que resuelven o deciden definitivamente sobre la controversia que ha constituído la materia del juicio, sin consideración a su natura-

(1) Concordancia: véase el auto de fecha 13 de agosto de 1936, proferido por la misma Sala.

(2) Artículo 519 del Código Judicial.

leza procedimental y con la sola excepción de los casos determinados en que la ley autoriza ventilar en juicio ordinario el asunto fallado en juicio especial. La aceptación de tal tesis conduciría a otorgar el recurso de casación contra todas las sentencias de segundo grado sin consideración a la naturaleza del juicio en que se produjeran, tal como lo establece el procedimiento civil en Italia, Francia y España, y 'aunque en principio debería concederse este recurso contra toda sentencia pronunciada en última instancia, cualquiera que fuese la naturaleza del juicio y su cuantía, porque así se obtendría plenamente que un solo cuerpo supremo tuviese en sus manos el control sobre todos los órganos del poder judicial en orden a la interpretación de la ley, de modo de alcanzar por este medio la uniformidad en la jurisprudencia, entre nosotros se ha creído necesario, por consideraciones de orden práctico, tales como lo reducido del personal de la Corte Suprema, establecer restricciones en la concesión del recurso, para evitar el recargo de trabajo en aquella corporación y las dilaciones consiguientes', como lo explicó la comisión legislativa al estudiar el recurso de casación en la forma en que lo reglamentó la nueva ley procedimental". (Auto, XLVI, número 1934, marzo 16 de 1938) ..... Págs. 250, 1ª y 2ª

RECURSO DE CASACION

- 222 -

Aun cuando el juicio especial sobre separación de bienes se haya tramitado como ordinario, la sentencia en él proferida no es susceptible del recurso de casación. (Auto, Sala de Casación Civil, XLVI, Nº 1937, junio 24 de 1938) ..... Págs. 663, 2ª

RECURSO DE CASACION

- 223 -

La sentencia proferida en el juicio especial a que alude el artículo 1206 del Código Judicial, no es susceptible del recurso de casación por no haber sido dictada en juicio pleno. (Auto, Sala de Casación Civil, XLVI, número 1932, febrero 4 de 1938) ..... Págs. 44, 2ª

RECURSO DE CASACION CONTRA LAS SENTENCIAS DE GRADUACION DE CREDITOS

- 224 -

En tratándose del juicio reglamentado en el título XXXV del C. J. no puede presentarse la oportunidad o posibilidad del recurso extraordinario de casación sino cuando el Tribunal Superior ha pronunciado sentencia definitiva en que se haga la graduación de los créditos reconocidos contra el concursado. (Auto, Sala de Casación Civil, XLVI, número 1937, junio 15 de 1938) ..... Págs. 655, 2ª

RECURSO DE HECHO

- 225 -

El primer requisito, el primordial, para la prosperidad del recurso de hecho es que el recurso que ha sido denegado sea procedente conforme a la ley. (Auto, Sala de Casación Civil, XLVI, Nº 1937, junio 15 de 1938) .. Págs. 655, 2ª

RECURSO DE HECHO

- 226 -

El recurso de revisión sólo es procedente tratándose de fallos judiciales. Un fallo de policía, como son los proferidos en virtud de la Ley 48 de 1936, no es susceptible de este recurso. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLVI, Nº 1937, julio 29 de 1938) ..... Págs. 670, 1ª y 2ª

RECURSO DE REVISION EN MATERIA CIVIL

- 227 -

Como el recurso de revisión se encamina a destruír la verdad de la cosa juzgada, es imposible jurídicamente que proceda en cuanto tienda a infirmar aquello que no ha sido materia de la sentencia. (Sentencia, Sala de Casación Civil, XLVI, Nº 1934, marzo 3 de 1938) ..... Págs. 225, 2ª

(1) Artículo 519 del Código Judicial.

Págs.

RECURSO DE REVISION EN MATERIA CRIMINAL

- 228 -

Puede la Corte desechar de plano la demanda de revisión propuesta por motivo que no está entre las causales de tal recurso reconocidas por la ley, especialmente por la circunstancia de que al tramitar la demanda se perjudicaría al reo en el sentido de que perdería toda oportunidad de revisión, ya que este recurso no puede intentarse sino una sola vez (artículo 3º de la Ley 33 de 1909). (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLVI, número 1932, noviembre 17 de 1937) ..... 74, 1ª y 2ª

RECURSO DE REVISION EN MATERIA CRIMINAL

- 229 -

Para que este recurso prospere es necesario que las pruebas en que se funda la demanda no tiendan a revivir problemas que han debido debatirse en las instancias del juicio, sino que tengan el carácter de hechos nuevos capaces, por su valor probatorio, de hacer viable el recurso. (Casación, XLVI, número 1934, marzo 29 de 1938) 339, 1ª

RECURSO DE REVISION EN MATERIA CRIMINAL

- 230 -

Las circunstancias tendientes a demostrar la existencia de una razón exculpativa, no son los hechos nuevos a que se refiere la Ley 33 de 1909 sobre revisión en asuntos criminales. (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLVI, número 1935, marzo 29 de 1938) 443, 1ª

RECURSO DE REVISION EN MATERIA CRIMINAL

- 231 -

Las declaraciones presentadas en un recurso de revisión y que figuraron desde el sumario y fueron naturalmente conocidas en los debates, no sirven para establecer el HECHO NUEVO que exige el numeral 5º del artículo 1º de la Ley 33 de 1909. (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLVI, número 1935, marzo 25 de 1938) 441, 2º

RECURSO DE REVISION EN MATERIA CRIMINAL

- 232 -

La revisión es un recurso extraordinario, establecido en asuntos criminales contra toda sentencia ejecutoriada. Su fin es el restablecimiento de la justicia, torcida en muchos casos, y dentro del terreno de la cosa juzgada, por errores judiciales creados por motivos determinantes de ellos y que la ley, de manera genérica, indica como causal, fundamento o motivo para impetrar la revisión. Este recurso no puede fundarse en el artificio consistente en la afirmación de unos testigos de que el procesado estuvo ausente del lugar de los sucesos el día en que se cometió el delito, o en sostener que fue otra persona el autor del delito imputado al condenado. Además, debe tenerse en cuenta que la cuestión referente a injusticia notoria forma un campo extraño a la revisión. (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLVI, número 1933, marzo 25 de 1938) ..... 164, 1ª y 2ª, y 165, 1ª

REGALIA E IMPUESTO DE PETROLEOS

- 233 -

"La Ley del petróleo establece una diferencia entre regalía e impuesto. La primera es la participación que en el producto bruto o en dinero le da a la Nación el concesionario de exploración o explotación de petróleo de propiedad nacional. El impuesto es la cantidad de petróleo que paga al Estado todo explotador de petróleo de propiedad privada. (Artículos 31 y 35 de la Ley 37 de 1931)". (Sentencia, Sala Plena en lo Civil, XLVI, número 1935, mayo 9 de 1938) 485, 1ª

Págs.

REGISTRO

- 234 -

En un juicio sobre resolución de un contrato de compraventa había declarado probada el Tribunal sentenciador la excepción de petición antes de tiempo porque consideró que no habiéndose registrado las escrituras en que se basaba el actor para pedir la resolución, no hacían fe en juicio. Dijo la Corte acogiendo el cargo en casación:

"En el presente juicio el Tribunal sentenciador incurrió en exceso de poder al denunciar un hecho que las partes, al no discutirlo, diéronlo por verdadero: el debido registro de las escrituras públicas presentadas como base de la acción. Dice el recurrente en la demanda de casación que no es lo mismo decir que el registro no está probado en el juicio, a decir que el registro no se ha hecho. Esto es evidente. Las copias acreditan únicamente que el registro no ha sido probado en el juicio; pero en manera alguna que dejó de hacerse, pues en realidad puede estar hecho legalmente, sólo que las partes se despreocuparan de allegar al juicio las copias con todos los registros que fueron practicados, creyéndolo innecesario desde que ellas no iban a formar capítulo de discusión del registro, porque partieron del supuesto de la realización de ese acto. Para los efectos de establecer el vínculo jurídico afirmado en la demanda entre el actor y el demandado, bastan las escrituras públicas de enajenación tal y como ellas han sido presentadas, que por sí solas acreditan la realidad de los contratos solemnes allí contenidos. El registro en la oficina competente mira a comprobar la fase final de la ejecución del contrato, en lo tocante a la tradición del dominio. En la compraventa de bienes raíces, de servidumbres y de derechos herenciales hay que distinguir dos actos distintos: el contrato en sí mismo, cuya perfección la consuma, según el ordinal 2º del artículo 1757 del C. C., el otorgamiento de la respectiva escritura pública, de la cual nacen ya las obligaciones y deberes de los contratantes, entrañando por ende, ella sola, la comprobación del vínculo jurídico emanado del acuerdo de voluntades; y el registro, o manera de descargarse el vendedor o enajenante de una de sus principales obligaciones correspondientes a la etapa postrera de ejecución, la tradición del dominio, artículo 756 del C. C. De manera que en presencia de estos dos actos jurídicos inconfundibles, el de otorgamiento de la escritura pública y el registro, cada uno de los cuales tiene su propia finalidad, el primero encaminado a perfeccionar el acuerdo de voluntades creando el vínculo de derecho obligatorio entre comprador y vendedor, y el segundo, representativo de un medio de ejecución en lo referente a la tradición del dominio, hay que inferir lógicamente que cuando el artículo 2673, ibédem, estatuye que ninguno de los títulos sujetos a registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, si no ha sido inscrito en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en el Código, contempla limitadamente los casos en que haya necesidad de comprobar especialmente la ejecución del contrato por lo que se refiere a la tradición; mas no autoriza tal disposición, cuyo alcance debe ser cónsono con otras disposiciones del mismo Código Civil, para desdeñar el instrumento público, cual si la autoridad hubiera de cerrar los ojos ante el hecho puesto de patente en el instrumento, por el solo defecto de que la copia presentada carezca de la constancia del registro, cuando nadie pone en duda la realidad de la inscripción en la forma prescrita por las leyes". (Casación, XLVI, Nº 1937, mayo 31 de 1938). . . . . 616, 1ª y 2ª

Págs.

REGISTRO DEL EXTRACTO SOCIAL

- 235 -

"El artículo 470 del Código de Comercio, dispone que el extracto de la escritura social previsto en el artículo inmediatamente precedente, deberá registrarse en la secretaría del juzgado — hoy la respectiva cámara de comercio, por virtud del artículo 39 de la Ley 28 de 1931 — del lugar en que se establezca el domicilio social. 'Y, 'si la sociedad estableciere

Págs.

casas de comercio en diversos parajes del Estado, el registro y la publicación se harán en todos ellos dentro de los quince días precedentes a la apertura de la nueva casa'. Según el artículo 472 del mismo Código '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', quienes no obstante responden solidariamente ante terceros de las obligaciones que se hubieren contraído a nombre y en interés de la sociedad de hecho. Los artículos 469, 470 y 472 están colocados en el capítulo de las sociedades colectivas, más por disponerlo el artículo 2º de la Ley 42 de 1898, son aplicables igualmente a las sociedades anónimas. Según estas prescripciones las formalidades de registro y publicación del extracto social son necesarias así en el asiento de la casa principal como en el de los lugares donde se vayan abriendo sucursales; lo cual se exige en otro y otros lugares en interés de los terceros, a quienes se deben dar a conocer no sólo la existencia misma de la sociedad sino también las bases esenciales de su funcionamiento, a efecto de que estén en capacidad de apreciar exactamente la organización y responsabilidad de esa persona cuando con ella lleguen a contratar. En el caso de autos se sabe ciertamente que fuera de Medellín, sede principal de la sociedad F. Bravo & Cía., S. A., ésta tuvo también negocios en Barranquilla y Bogotá. Pero ignórase tanto la época en que la sociedad inició actividades en cada una de estas dos ciudades, como si en cada una de ellas también, la sociedad hizo registrar y publicar el extracto 'dentro de los quince días precedentes a la apertura de la nueva casa', conforme prescríbelo el art. 470. De consiguiente, aceptando el significado aparentemente general de los preceptos mencionados, habría que aceptar también que la sociedad demandada está viciada de nulidad absoluta por el incumplimiento de esas ordenaciones en dos de las sucursales donde mantuvo negocios. Es decir que, ascendiendo del caso particular de autos al campo general de la doctrina jurídica, podría llegarse entonces a sostener que aun cuando una sociedad comercial cumpla todos los ritos legales inherentes a su formación, como escritura pública y registro civil y comercial en los domicilios de origen, surgiendo por lo tanto a la vida plenamente regular y válida, basta con que posteriormente, en lapso que bien puede estar hasta muy remoto de la época del nacimiento de la compañía, se establezca una sucursal, aun prevista ya en los estatutos, respecto de la cual dejen de cumplirse aquellos requisitos, para que esa omisión, obrando sobre el pasado, genere la sanción de nulidad, convirtiendo la sociedad regular, válida y eficaz para todos, en sociedad de hecho. Mas semejante solución, que podría fundarse en una interpretación rígida de los textos, choca abiertamente contra la noción jurídica de las nulidades absoluta y relativa, que se generan siempre en hechos concomitantes a la formación de los contratos; y contra el buen sentido, porque es inexplicable que un contrato de sociedad válidamente constituído, sin ningún vicio de origen que lo desfigure, que ha funcionado regularmente, trueque súbitamente su primitiva validez por nulidad, debido al incumplimiento de una formalidad sobreviniente, con manifiesta desconexión entre la omisión y la sanción, puesto que no es racional admitir para la falta de registro en las sucursales idéntica sanción que para esa falta en el domicilio o domicilios sociales de origen. Tan evidente contraste entre el significado aparente de los textos y los sanos principios de razón, lleva al profesor Joseh Hémard en su obra 'Théorie et Practique des Nullités des Societés et des Societés de Fait', comentando las disposiciones del derecho francés sobre registro y publicación de sociedades mercantiles, disposiciones en su esencia y en su alcance exactamente iguales a las ya vistas anteriormente del derecho colombiano sobre la misma materia, a sostener una necesaria restricción, en cuanto la ley al erigir en nulidad la omisión de las formalidades de publicidad, dejó sin esa sanción la ausencia de publicidad en las sucursales, sanción que por su gravedad y naturaleza ha debido ser consagrada expresamente. De la misma

Págs.

manera, siguiendo el pensamiento del ilustre profesor francés, compartido también por otros autores, aunque combatido por Houpin y Bosvieux en una breve nota del tomo décimo, página 934, de la obra 'Traité Géneral théorique et practique des Societés civiles et comerciales et des Associations', en Colombia puede afirmarse que cuando el artículo 472, que establece la nulidad, se refiere a los artículos 469 y 470, no comprende el segundo inciso del art. 470, cuya inobservancia, por no tener como sanción expresa la nulidad y ser en tal caso esta sanción extravagante y desproporcionada a la gravedad de la falta cometida, engendra muy otras consecuencias legales". (1) (Casación, XLVI, número 1936, mayo 23 de 1938) ..... Págs. 537, 2ª, y 538, 1ª y 2ª

REGISTRO DEL EXTRACTO SOCIAL

- 236 -

El registro comercial del extracto es una nueva formalidad especial que ha de sumarse a las de escritura pública y registro civil. El contrato no queda perfeccionado sino cuando se han cumplido esas tres formalidades. (Casación, XLVI, Nº 1935, noviembre 11 de 1937) (2) ..... Págs. 401, 2ª

REIVINDICACION

- 237 -

Se habían reivindicado unos semovientes, basado el reivindicador en la pretendida partición de ellos entre los futuros herederos, hecha en vida por el de cujus.

"Si bien es posible que el heredero pueda ejercitar la acción de dominio destinada a excluír bienes de su propiedad que han sido indebidamente enlistados en el inventario de la sucesión de su causante, para excluírlos de la masa partible, debe fundar su derecho de dominio en título distinto de la sucesión por causa de muerte del causante, porque resulta inexplicable y absurdo que alegando como fuente de su dominio una partición hecha en vida por el 'de cujus'. se pretenda sustraer del juicio en que se liquida su herencia los bienes cuyo dominio no ha de fijarse en el patrimonio del asignatario sino a virtud, precisamente, de la partición de la herencia". (Casación, XLVI, número 1935, mayo 9 de 1938) ..... Págs. 429, 1ª

REIVINDICACION

- 238 -

"La acción de dominio está configurada por los siguientes factores: a) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; b) Derecho de dominio en el demandante; c) Posesión material en el demandado, y d) Identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea que lo que se reivindica por el demandante sea lo mismo que posee el demandado. Como al demandado poseedor lo ampara la presunción de dueño de que trata el artículo 762 del C. C., esa presunción, para que triunfe el demandante, tiene que ser destruída por un título de dominio del demandante que sea anterior a la posesión del demandado. Esto tiene lugar cuando la reivindicación se dirige contra un poseedor que no presenta o exhibe ningún título inscrito. Cuando el poseedor además de ampararse en su posesión presenta un título inscrito, entonces surge el problema de la confrontación del título o títulos del demandante con los del demandado para determinar a cuál de ellos asiste mejor derecho. Mas en este caso también la posesión material juega primordial papel, porque entonces los títulos del demandante deben comprender un período mayor que el de la posesión del demandado. Cuando los títulos de éste y lo mismo su posesión son de fecha posterior a los del demandante, la acción de éste prospera; por el contrario, cuando el título inscrito del demandado es anterior al del demandante, la petición reivindicatoria de éste no

(1) Es doctrina expuesta en la parte motiva de instancia por haber de casar la Corte el fallo recurrido.

(2) Cita la Corte esta doctrina expuesta en sentencia de fecha 10 de marzo de 1936, Tomo XLIII de la Gaceta Judicial, página 560.

Págs.

puede prosperar. Mas, aun cuando el poseedor no presente ningún título y el revindicador exhiba una serie completa de títulos, puede suceder que si la posesión data de treinta años y se alega la prescripción adquisitiva por el poseedor, éste no sólo sea absuelto, sino que se le reconozca el dominio en la cosa reivindicada por el fenómeno de la prescripción. Lo mismo puede suceder si el poseedor, habiendo poseído diez años y presentado un título posterior al del revindicador, alegue la prescripción adquisitiva ordinaria. Fuera de estos dos últimos casos, el demandante reivindicador no tiene sino que presentar un título anterior a la posesión del del demandado o a los títulos que éste presenta y sin que tenga necesidad de exhibir una serie indefinida de títulos, porque esto sería exigir la 'probatio diabolica'. Claro es que no se alude aquí a los casos contemplados de diferente modo por la ley 200 de 1936". (Casación, XLVI, Nº 1937, junio 7 de 1938) ..... 626, 1ª y 2ª

REIVINDICACION

- 239 -

No es suficiente para la reivindicación que se presente una sola escritura pública registrada, sino que es necesario que la venta haya procedido del verdadero dueño. Basta que el demandante tenga un título de dominio que prevalezca sobre el del demandado y que comprenda un período mayor que el de la posesión de éste para que sea viable la reivindicación. (Casación, XLVI, Nº 1934, marzo 17 de 1938) (1) 253, 2ª

REIVINDICACION DE DERECHOS EN UNA COMUNIDAD

- 240 -

El actor había reivindicado cuatro pesos de derechos primitivos en una comunidad, sin expresar más datos sobre el valor de ellos.

"Cuatro pesos de derechos primitivos' es una expresión que por sí sola nada significa. Para darle sentido es preciso declarar el valor total a que esas unidades corresponden. Una relación no cabe en lógica con aquel solo elemento, así como en aritmética el solo numerador no basta para formar un quebrado, cuya existencia misma requiere un denominador. Si se hubiera establecido que el valor primitivo del total a que se refieren esos cuatro pesos era, por ejemplo, de mil pesos, o de ciento o de veinte, habría quedado establecido que valía cuatro milésimos o un veinticincoavo o un quinto del globo total, por corresponder a cuatro unidades de esos precios respectivos. Pero como nada de eso se estableció, el numerador quedó sin denominador, la relación no puede fijarse y consecuencialmente la cuota es indeterminada. Esta falta de determinación de la cuota se agrega a la de alinderación del globo, lo que significa ausencia de los dos elementos legalmente indispensables al efecto, ya que el artículo 949 del C. C. dice: 'Se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular'". (Casación, XLVI, número 1937, junio 1º de 1938) ..... 621, 2ª y 622, 1ª

REIVINDICACION DE MEJORAS EN BALDIOS

- 241 -

Demandando un colono la entrega o restitución de sus mejoras en predios baldíos, decía el demandado que ellas no eran materia de reivindicación por no estar bien singularizadas y porque estaban confundidas con otras del demandado. Por tal razón afirmaba que el sentenciador, al condenarle a la restitución, había violado el artículo 946 del Código Civil.

"La acción reivindicatoria tiene por objeto una cosa singular, esto es, particular, determinada y cierta. La singularidad a que alude el artículo 946 del Código Civil se circunscribe a considerar exclusivamente como tal a todo individuo de una especie determinada. Dentro de ese concepto cabe también la pluralidad numérica pero con determinación específica y de ahí que hay universalidades de hecho, como un rebaño o una biblioteca, que pueden ser materia de

(1) Concordancia: véase la sentencia de casación del 27 de agosto de 1912.

Págs.

reivindicación. Basta con que la cosa reivindicada sea distinta, determinada, para que pueda ser objeto de dominio, ya fuere singular o universal en su esencia misma. Lo importante es que reúna las condiciones anotadas y que venga a ser inconfundible, determinada y cierta, como se deja dicho. La parte demandante reivindica una finca o mejoras agrícolas y la circunscribe por linderos especiales, determinando de esa manera su extensión aproximada. Siendo esto así, en una disputa judicial sobre la propiedad de mejoras puestas en baldíos, ya dijo la Corte en caso parecido que carece de trascendencia fijar o no con la debida precisión la extensión de lo ocupado, en orden al éxito de la acción de dominio de tales mejoras entre particulares. Entre éstos la discusión queda limitada por su misma naturaleza a resolver cuál de las dos partes acredita su mejor derecho a la propiedad de las mejoras, por haberlas establecido directamente o por haberlas adquirido de quien las estableció..... Siempre que se trata de juicio reivindicatorio de mejoras en baldíos, entre colonos, no es necesario que se precise el área o cabida del terreno donde tales mejoras existan ni que éstas se señalen e individualicen una a una, en riguroso inventario. Basta con que se determine la situación y linderos precisos de esas mejoras, la naturaleza de cada una de éstas y su delimitación dentro de un terreno determinado.... Se desprende de lo dicho que no aparece violado en la sentencia recurrida el artículo 946 del Código Civil y por esa circunstancia no incide la causal de casación alegada". (Casación, XLVI, Nº 1937, junio 14 de 1938)..... 649, 2ª y 650, 1ª

RELACION JURIDICO-PROCESAL

- 242 -

El fallador no puede reconocer sino las acciones ejercitadas en el juicio y cuando se aparta de esta regla viola claras disposiciones legales. La relación jurídico-procesal no puede trabarse nunca sino con las acciones que deduce el actor y con la contestación que al respecto dé el demandado. (Casación, XLVI, número 1934, marzo 14 de 1938)..... 229, 2ª

RENDICION DE CUENTAS

- 243 -

El demandado condenado a rendir cuentas acusaba el fallo por violación del artículo 2083 del Código Civil, pues en su opinión ese artículo no autoriza para que en el caso de liquidación de una sociedad de hecho uno de los socios deba rendir cuentas al otro. Dijo la Corte:

"La liquidación de una sociedad, como lo observan Houpin y H. Bosvieux (Traité Géneral des Societés), tiene por objeto poner fin a todos los negocios pendientes, al pago del pasivo y a la repartición del activo, si lo hubiere, entre los socios. Para todas esas operaciones es necesario tener como base y fundamento los libros de cuentas que hayan llevado los socios, gerentes o administradores, así como los demás documentos en donde consten todas las operaciones sociales. Los administradores de una sociedad deben llevar los libros correspondientes, y a ellos incumbe esta obligación, porque de ello resulta la comprobación del activo y pasivo. La liquidación de una sociedad lleva, pues, necesariamente a la rendición de cuentas por el socio o socios que la hayan administrado, pues de otra manera sería imposible muchas veces aquella operación. No se puede proceder a la liquidación de las operaciones de una sociedad sin que se presenten las cuentas de administración de ella, y este principio es el que informa los artículos 475 y 540, numerales 1º, 2º y 3º del C. de Comercio. Quien ha administrado bienes ajenos está siempre en la obligación de rendir cuentas, y en tratándose, como se trata en el presente caso, de la liquidación de una sociedad de hecho, en que ambos socios administraron, al procederse a la liquidación y como parte integrante de ésta, ambos deben rendir sus respectivas cuentas. Es cierto que el actor

(1) Concordancia: cita la Corte la sentencia de fecha 11 de junio de 1937, publicada en el número 1925, página 229 de la **Gaceta Judicial**.

no fue contrademandado para que rindiera las cuentas de lo que ha administrado y por eso no puede dictarse ninguna resolución sobre el particular, pero esto no obsta para que quede vigente y viva esa necesidad cuando se procede a la liquidación de la sociedad. Consideradas así las cosas, la Corte no encuentra que se haya violado el artículo 2083 del C. C., porque, como se dijo ya y se repite ahora, en las operaciones de la liquidación de una sociedad va necesariamente envuelta la rendición de cuentas, por quienes están obligados a ello". (Casación, XLVI, Nº 1934, marzo 28 de 1938) .....

RENTA GRAVABLE

- 244 -

La renta gravable no puede ser determinada sino sobre la base de la declaración y sobre la "de toda otra información que pueda obtener (el Administrador de Hacienda) y que haya sido plenamente comprobada", según lo reza el artículo 12 de la ley 81 de 1931, incorporada en la ley 78 de 1935. Plenamente comprobada no puede resultar una información por la mera afirmación hecha por el Administrador: eso está reñido abiertamente con el régimen probatorio. El denuncio o declaración del contribuyente lleva en sí una presunción de verdad que debe ser destruída por prueba fehaciente, de la cual habrá de aparecer el dolo del denunciante y hasta la consiguiente sanción por el perjurio. De otro modo, la simple suposición del funcionario, se deduciría siempre ese dolo y habría en todo caso lugar para establecer la sanción consistente en la duplicación del impuesto. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1934, marzo 30 de 1938). .....

REPRESENTACION DE LA NACION EN JUICIO POR PERJUICIOS CAUSADOS POR MUERTE VIOLENTA EN ACCIDENTES FERROVIARIOS

- 245 -

Muerto violentamente un individuo por la locomotora del ferrocarril del Pacífico, y demandada la Nación para el pago de perjuicios, el Tribunal de Cali había declarado probada la excepción de ilegitimidad de la personería del Fiscal del Tribunal por considerar que le correspondía representar a la Nación en el juicio al Administrador de los Ferrocarriles Nacionales. Dijo la Corte:

Págs. 263, 1ª y 2ª

Págs. 369, 1ª

"El artículo 139 de la Constitución establece que corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación, lo mismo que promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas. En desarrollo de este principio, la ley le ha dado al Procurador la facultad de llevar en la Corte la voz de la Nación y promover y sostener los juicios para la defensa de los bienes o intereses del Estado (artículo 175 del C. J.), y a los Fiscales de los Tribunales Superiores la personería para representar a la Nación ante los Tribunales y para promover y sostener ante ellos las acciones necesarias para la defensa de los bienes e intereses del Estado (artículo 176 del C. J.). Conforme al precepto constitucional referido y a las disposiciones legales que se han mencionado, la representación de la Nación en juicio corresponde en los Tribunales Superiores a los Fiscales respectivos y ante la Corte al Procurador, o a sus apoderados, en los casos del artículo 173 del C. J. (Art. 252 del mismo texto). La ley 29 de 1931 creó el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales, 'destinado a administrar los ferrocarriles de propiedad de la Nación sobre una base comercial y con la debida consideración a los intereses económicos del país'. El artículo 2º de la ley citada dice que el Consejo disfrutará de las prerrogativas y derechos de una personería jurídica autónoma, representada por el Administrador General;..... La facultad concedida al Administrador de los Ferrocarriles Nacionales para presentarse ante los Tribunales a demandar en nombre de la Nación, o a proponer excepciones, se refiere a asuntos meramente administrativos, relacionados con la gestión que tiene a su cuidado conforme a la ley. Esta atribución es facultativa, desde que la ley dice que 'podrá presentarse'.

Sintetizando lo anterior, se tiene: generalmente la representación de la Nación en juicio corresponde a los Fiscales de los Tribunales Superiores y al Procurador; pero eso no obsta para que si el Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales lo considera conveniente y necesario pueda ejercitar también acciones o excepciones en beneficio de los intereses confiados a su cuidado. En casos como el que se estudia, es indudable que la representación de la Nación corresponde al Fiscal del Tribunal, porque se trata de un juicio seguido contra aquélla para que responda por una culpa extracontractual, o sea, la muerte violenta de un individuo, ocasionada según el demandante por descuido, imprevisión, imprudencia o negligencia de empleados del Ferrocarril del Pacífico y por desorganización de la empresa. No se trata de una cuestión administrativa a cargo de los Ferrocarriles Nacionales, sino de una acción dirigida contra la Nación, que si prospera, afecta directamente su patrimonio. El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, no obstante los términos en que está concebido el artículo 2º de la ley 29 de 1931, no puede considerarse como una persona jurídica perfecta, con arreglo al artículo 633 del C. C., capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, porque no tiene patrimonio propio ni puede adquirir para sí bienes de ninguna naturaleza. Esa es una entidad organizada, como su nombre mismo lo indica, con fines simplemente administrativos. En esas condiciones, no puede llevar la representación pasiva de la Nación para su defensa, en casos como el presente". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1938, marzo 10 de 1938). (1) (2).....

(1) Salvó su voto a esta sentencia el Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán, el cual dijo: "Entiendo que la mayoría de la Sala piensa que la muerte de una persona, por culpa de empleados del ferrocarril, no es acto de que deba responder la empresa, por considerar que no queda comprendido en los asuntos que llama meramente administrativos... Aunque en el fallo se lee que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles no puede llevar la representación pasiva de la Nación para su defensa, en casos como el presente, dicho concepto no implica que el Consejo no haya de representar pasivamente a la Nación cuando se trate de aquellos casos en que la mayoría de la Sala considera como 'meramente administrativos'. Habiendo propugnado el suscrito por la tesis del reconocimiento de la facultad del Consejo para representar pasivamente en juicio a la Nación, es obvio que acepta la tesis general que fija la mayoría de la Sala sobre aceptación de tal facultad, lo que parece se desprende del texto de la sentencia".

(2) Concordancia: Sentó la Sala idéntica doctrina en la sentencia de fecha 23 de marzo del mismo año, publicada en el mismo número de la **Gaceta Judicial**, página 169, la cual lleva también salvamento de voto del doctor Cardoso Gaitán.

Págs.

RESILIACION

- 246 -

Véase lo que sobre este punto contiene la doctrina titulada **Contratos administrativos y contratos civiles.** (Sentencia, Sala Plena en lo Civil, XLVI, Nº 1935, mayo 9 de 1938)... 479 y sigtes.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR UNA LOCOMOTORA DE FERROCARRIL

- 247 -

La locomotora de un ferrocarril causó un incendio que consumió un hacinamiento considerable de trigo en un predio y de muchos abonos. Demandada la empresa del ferrocarril para el pago de los perjuicios y condenada conforme al libelo, recurrió en casación acusando el fallo por varios aspectos, ya por violación del artículo 2341 del Código Civil, ya de los artículos 4º y 5º de la Ley 76 de 1920. Sobre la presunción de culpa por parte de la compañía demandada dijo la Corte:

766, 1ª y 2ª, y 767, 1ª

Pags.

"El artículo 1494 del Código Civil establece las fuentes de las obligaciones y allí sienta el principio de que éstas nacen —entre otras causas— a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona. Dedúcese de lo dicho que la obligación, como vínculo jurídico, puede tener como única razón o causa un acto realizado contra el derecho ajeno o fuera de la extensión normal permitida para el justo ejercicio del que nos corresponde; por eso toda culpa es el hecho dañoso perpetrado fuera del límite del derecho. Cuando en el título 12 del libro 4º del Código Civil se trata 'del efecto de las obligaciones', es claro y natural que incluye entre éstas las que se han originado en un hecho que ha inferido daño a un tercero, dado que allí se establecen normas generales para todas las obligaciones civiles, cualquiera que sea su fuente genitora, sin hacer distinción alguna entre éstas. De no aceptarse esta hipótesis, habría que concluír que en nuestro derecho positivo no existen normas especialmente destinadas a regular los efectos jurídicos de las obligaciones extracontractuales, en cuyo caso sería de rigor aplicar por analogía los preceptos que determinan aquellos que nacen del acuerdo de voluntades. Y si esto es así, hay que aceptar el extremo de que le es aplicable a la culpa nacida extracontrato la regla consagrada en el inciso 3º del artículo 1604 del Código Civil, en virtud del cual la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, por ningún motivo al que lo alega. La culpa extracontractual tiene como fundamento jurídico la realidad objetiva de la vida social y los deberes imperativos que a los asociados imponen las múltiples relaciones de convivencia. Si el sér humano vive en sociedad con sus semejantes, para ejercitar sus derechos y facultades debe emplear la mayor diligencia y el mayor esmero y cuidado, a efecto de que su actividad individual no vaya a lesionar el derecho ajeno, a perturbar el normal equilibrio que debe presidir las relaciones jurídicas de convivencia. Pero hay algo más: el artículo 2341 del Código Civil sienta el principio básico de la responsabilidad por culpa extracontrato, según el cual el que ha cometido culpa que ha inferido daño a otra persona está obligado a la indemnización. Como complemento de la norma anterior y de la teoría que ella consagra, el artículo 2356 ibídem establece la regla general e invariable de que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Se deduce de la letra y del espíritu de este precepto que tan sólo se exige que el daño causado fuera de las relaciones contractuales PUEDA IMPUTARSE, para que ese hecho dañoso y su probable imputabilidad al agente contraventor constituya la base o fuente de la obligación respectiva. Como corolario de lo dicho anteriormente hay que aceptar que el citado artículo 2356 establece una presunción de responsabilidad que origina y da nacimiento a la presunción de culpa extracontractual que niega el recurrente y què aparece consagrada en los preceptos normativos antes citados. Y de los anteriores principios hay que deducir que la carga de la prueba no corresponde al damnificado sino que corre de cargo del agente negligente, imprevisivo y descuidado que por malicia o negligencia causó el daño. Con esta hermenéutica no se pretende destruír el concepto universal sobre presunción de inocencia, interpretación ya bien definida y explicada por la Corte en casos semejantes; sino que se hace necesario en las sociedades modernas acompasar la jurisprudencia a las actividades y adelantos del mundo moderno, procurando que ese cúmulo de nuevas energías e iniciativas y la profunda intensidad de las fuerzas mecanizadas no vengan a producir un hondo desequilibrio en la vida social y a perturbar las normales relaciones de convivencia, sobre todo en los centros de densos núcleos sociales. La tesis antes expuesta adquiere plena oportunidad en el caso de autos, donde se dilucida la responsabilidad civil por daños causados por una locomotora de ferrocarril. Bien está que se afirmen y vinculen a la vida nacional esos nuevos factores de progreso, que tanto contribuyen al desarrollo y mejoramiento del medio colectivo y a facilitar el trabajo humano. Pero debe reconocerse

Pags.

plenamente que la aplicación de esos elementos a la vida nacional lleva consigo, por su propia índole, factores predominantes de peligrosidad que ocasionan necesariamente perturbaciones en las relaciones sociales y obligan a establecer un régimen jurídico severo que asegure la integridad patrimonial y garantice la indemnización por daños originados en una actividad peligrosa. De aquí nace la moderna teoría de la presunción de culpa, según la cual el agente de la actividad peligrosa se presume responsable de sus consecuencias, habida consideración a los daños que de su natural actividad pueden originarse. Circunscribiendo esta tesis al pleito que es materia del recurso, hay que aceptar que una locomotora alimentada con carbón produce chispas al hacerse la combustión, y esas chispas, al salir por la chimenea y ser aventadas por las corrientes atmosféricas pueden hallar materia combustible en las malezas circundantes y ocasionar incendios en los bienes y propiedades aledaños. Si esto es así, con estricta aplicación de la teoría mencionada, hay que presumir la culpa del autor del daño, lo que le impone la obligación de destruír esa presunción demostrando la existencia de alguno de estos tres factores exculpativos: caso fortuito, fuerza mayor, intervención de elementos extraños'.. En cuanto a la acusación por indebida aplicación o interpretación errónea de los artículos 4º y 5º de la Ley 76 de 1920, se sentó la siguiente doctrina:

"Estudiados los dos preceptos alegados es indudable que en ellos no se impone de manera expresa a las empresas férreas la obligación de conservar la zona de tránsito limpia de malezas y demás vegetaciones similares, de germinación espontánea. Se refiere el segundo de esos textos a prohibir a tales empresas hacer plantaciones de árboles dentro de la zona y el primero a establecer la prohibición general para toda clase de personas de hacer plantaciones de árboles a una distancia menor de doce metros del eje de la vía, sin el consentimiento de la respectiva empresa. Pero es lógico suponer que la conservación de esas malezas a distancia menor de doce metros del eje de la vía, sobre todo en determinada época del año, en que por falta de lluvias y por la acción del sol llegan a secarse y constituír fácil materia combustible, origina un grave peligro para los bienes y propiedades aledaños, ya que es un hecho que la locomotora arroja chispas de fuego y que tales chispas puedan llegar fácilmente hasta esa materia inflamable y producir la combustión originaria del incendio. Constituye un deber elemental de las empresas ferroviarias proceder con la mayor acucia, cuidado y diligencia en tales casos y prever las catástrofes de esa índole, obrando con el cuidado, diligencia y previsión que son de esperarse en casos semejantes a efecto de hacer desaparecer los factores y elementos que fatalmente puedan ocasionarlos. Si, pues, la actividad humana a que esos organismos se dedican, por su índole peculiar, crea fatalmente el riesgo, nada más natural dentro de los principios sentados en esta providencia que exigir a las sociedades explotadoras de vías férreas el mayor cuidado y diligencia para evitar tales siniestros y hacer desaparecer los factores que puedan originarlos..... En nada aminoraría la conclusión que acaba de sentarse el hecho de que efectivamente no hubieran existido malezas secas en la zona de la vía férrea. Es suficiente la demostración de que la locomotora, en el día y hora indicados, produjo el incendio a consecuencia de las chispas y de que tal siniestro ocasionó la destrucción de los efectos de propiedad del demandante, para que se presuma la negligencia y falta de cuidado de los empleados de la empresa y de que tal hecho dañoso puede serle imputado, ocasionando la consiguiente reparación civil del daño (artículos 2341 y 2356 del C. C.)" (Casación, XLVI, Nº 1936, mayo 18 de 1938) (1) ..... 517, 2ª, 518, 1ª y 2ª, 519, 1ª y 2ª

Págs. Págs.

(1) Concordancias: véase la sentencia de fecha 31 de mayo de 1938, la cual a su vez cita la de 14 de marzo del mismo año. La primera sentencia está publicada en el número 1936 de la **Gaceta Judicial**, páginas 560 y siguientes.

Págs.

RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES

- 248 -

Cuando los cargos hechos a un juez de circuito hacen referencia a violación de la ley en autos y sentencias en juicios civiles, no hay lugar a considerarlos mientras no medie acusación de parte, requisito éste indispensable para abrir el sumario, al tenor de lo estudiado en el artículo 63 de la Ley 100 de 1892. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLVI, Nº 1934, abril 26 de 1938)..... 346, 1ª y 2ª

RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL MANEJO DE MAQUINAS O POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

- 249 -

Quien ejercita actividades en el manejo de máquinas de la industria humana es responsable del daño que por obra de ellas se cause y, por lo mismo, le incumbe, para exonerarse de esa responsabilidad, demostrar la fuerza mayor, el caso fortuito o la intervención de un elemento extraño que no le sea imputable, de que es ejemplo frecuente la culpa de la víctima misma. (Casación, XLVI, número 1936, mayo 31 de 1938) (1).. 561, 2ª y 562, 1ª y 2ª

RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO POR CULPA

- 250 -

Los herederos del maquinista de una locomotora que murió manejándola en momentos en que pasaba por un viaducto inconsistente o mal construído, demandaron a la Nación para el pago de los perjuicios correspondientes. Dijo la Corte, sobre el punto, lo siguiente:

Págs.

"Las entidades de derecho público no pueden cometer delitos, pero sí culpas civiles por la imprevisión o descuido de sus agentes. Tal principio está contemplado en los artículos citados por el Tribunal. Nuestro Código Civil sigue la doctrina de que hay responsabilidad por hechos que causen daño a un tercero, siempre que exista culpa imputable al agente, dejando al buen criterio del juez la apreciación de ésta, sin que en ello tenga alguna significación el que la culpa sea leve o grave, pues si de autos aparece que el perjuicio proviene de haberse faltado en lo más mínimo respecto de la precaución, la responsabilidad procede. Estas culpas provienen de acción u omisión, y en el último supuesto, no siempre es fácil probar que fue posible ejecutar determinados actos de previsión y que la pretermisión de ellos causó perjuicios. Veces hay en que la omisión aparece evidente, y en otras ocasiones, ella se presenta en una zona de oscuridad, que hace dificultoso determinar qué es lo que corresponde a la libre actividad humana y qué a la fuerza mayor..... Pero no importa el grado de la culpa; ésta, por leve que sea, impone responsabilidad. Existe en el caso cuestionado un hecho ilícito cuyos daños acarrean la responsabilidad del demandado. Tratándose, como se trata, de una entidad de derecho público, el acto de sus agentes o representantes, compromete a dicha entidad. A este respecto dice un autor: 'Las personas físicas al servicio de la persona jurídica forman realmente dos categorías inconfundibles. De un lado figuran aquellas que un ilustre escritor denomina los "instrumentos jurídicos' de su actividad. De otro lado 'los instrumentos materiales técnicos'. Los instrumentos jurídicos son los órganos representativos del ser abstracto — directores, administradores, gerentes, y también otras personas que, sin hallarse investidas de poderes generales, practican, sin embargo, ciertos actos de representación, como los cajeros viajantes, los jefes de estaciones ferroviarias, que pueden válidamente vender, comprar, pagar, recibir'. La responsabilidad civil para reparar el daño resulta en esas condiciones de los actos de quienes, co-

(1) Concordancias: véanse las sentencias de fechas 18 y 31 de mayo de 1938, publicadas en el número 1936 de la Gaceta Judicial y la de 14 de marzo del mismo año.

mo agentes del Estado, obran en el ejercicio regular de sus funciones. Por lo demás, aunque no se tratara de un agente o representante del Estado, cuando los tratadistas basamentan la responsabilidad por hechos de terceros en una sanción por falta en la elección o la vigilancia, están preconizando fórmulas justificativas doctrinarias para hacer recaer la responsabilidad en quien no hizo directamente el daño. La Corte Suprema, en sentencia de 20 de octubre de 1898, había dicho lo siguiente, que es una doctrina que el tiempo y la jurisprudencia han ido aquilatando: 'En materia de delitos y culpas, 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 empleados públicos en relación con la entidad que los nombra'. Toda persona es responsable por los daños que cause, bien haya ejecutado el hecho o incurrido en omisiones personalmente o por medio de las personas que de ella dependen, conforme aparece de los artículos 2341, 2347 y 2356 del C. C. El 2347 establece el principio de la responsabilidad por hechos ajenos, y entre los ejemplos que trae cabe perfectamente el caso de los funcionarios públicos, ya que la enumeración que allí se hace es meramente ilustrativa. El 2356 sienta también esta norma, bien se trate de responsabilidad directa o indirecta: 'Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta'. Los ejemplos que allí se mencionan son ilustrativos y se refieren a hechos en que el daño aparece en la cosa misma, por cierta peligrosidad que en ella se transparenta. Estatuye una presunción, pues aunque se exige la condición de que el daño pueda imputarse a malicia o negligencia de una persona..... Ello, porque, dada la naturaleza del daño y de su causa, hay que presumir que el agente de él debe repararlos. Tratándose de accidentes ferroviarios, existe también la Ley 62 de 1887, cuyo artículo 5º vino a aclarar y a complementar lo anterior. Dice así ese artículo: 'Los empresarios de vías férreas serán responsables de los daños y perjuicios que causen a las personas o las propiedades por razón del servicio de las mismas vías y que sean imputables a descuido, negligencia o violación de los reglamentos de policía respectivos'. Cualquiera que sea la naturaleza de la presunción estatuída por el artículo 2356, la responsabilidad de la Nación en el negocio de autos está acreditada, porque la parte demandada no ha logrado desvirtuarla en forma alguna". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1937, Junio 17 de 1938). (1).

Págs. 684, 1ª, 686, 1ª y 2ª, y 687, 1ª

RESPONSABILIDAD DE UN JUEZ POR LA FUGA DE UN PRESO

- 251 -

Véase: FUGA DE UN PRESO.

RESPONSABILIDAD POR EL MANEJO DE MAQUINAS O VEHICULOS

252 -

En el artículo 2356 del Código Civil no puede menos de hallarse una presunción de responsabilidad. La carga de la prueba no es del damnificado sino de quien causó el daño, con solo poder éste imputarse a malicia

(1) Concordancia: cita la Corte la sentencia de fecha 31 de mayo de 1938, proferida por la Sala de Casación Civil, y publicada en el número 1934 de la Gaceta Judicial. En la sentencia cuya doctrina se ha transcrito salvó su voto el Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán, en lo referente a otros puntos que contempla el fallo.

o negligencia. No es que con esta interpretación se atropelle el concepto informativo de nuestra legislación en general sobre presunción de inocencia, en cuanto aparezca crearse la de negligencia o malicia, sino que simplemente teniendo en cuenta la diferencia esencial de casos, la Corte reconoce que en las actividades caracterizadas por su peligrosidad, de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el hecho dañoso lleva en sí aquellos elementos, a tiempo que la manera general de producirse los daños de esta fuente o índole impide dar por provisto al damnificado de los necesarios elementos de prueba. Entendido de la manera aquí expuesta nuestro artículo 2356 se tiene que al autor de un hecho no le basta alegar que no tuvo culpa ni puede con esta alegación ponerse a esperar que el damnificado se la compruebe, sino que para excepcionar eficazmente ha de destruír la referida presunción demostrando uno al menos de estos tres factores: caso fortuito, fuerza mayor, intervención de elemento extraño. Como caso de esta intervención nuestra misma ley presenta en el artículo 2537 del C. C. la imprudencia con que el damnificado se haya expuesto al daño. (Casación, XLVI, Nº 1934, marzo 14 de 1938) . . 216, 2ª, y 217, 1ª

RIESGO

- 253 -

Véase lo que sobre la teoría del riesgo contiene la doctrina titulada SEGURO COLECTIVO OBLIGATORIO. (Sentencia del 17 de junio de 1938, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1937).

RIESGO

- 254 -

Véase: TEORIA DEL RIESGO. (Casación del 14 de marzo de 1938, G. J., número 1934).

ROBO O FUGA?

- 255 -

Uno de los tres presos que custodiaba un agente de policía le dio a éste una pedrada, huyeron los tres dejándole por muerto y se llevaron el fusil, el revólver y el yatagán del policía herido. Se les condenó por heridas, robo y delito contra empleado público.

"La Corte está de acuerdo con el señor Procurador en que el cargo de robo hecho a los procesados carece de entidad en el presente caso; porque, según dice el Procurador, no está demostrado que el golpe propinado al guardián Manzano hubiera tenido por finalidad la sustracción de las armas que éste llevaba consigo. Pero de aquí no se deduce como lo insinúa el señor Procurador, que el proceso sea nulo por error en la denominación genérica del delito, sino que pudo haber error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito de robo, punto que se examinará a propósito de la correspondiente causal. También alega el señor Procurador que otro motivo de error en la denominación genérica del delito radica en que en el enjuiciamiento se omitió formular a los procesados el cargo de fuga. Basta este solo enunciado para ver que no debe prosperar la casación por tal aspecto, pues si los recursos no pueden entenderse sino en lo desfavorable, mal podría invalidarse la sentencia para que se juzgara de nuevo a los procesados, agregando al primitivo pliego de cargos otro delito. Y no se diga que se trata de la sustitución de un cargo por otro, v. gr., el de robo por el de fuga. La nulidad procesal trae como único resultado la invalidación de lo hecho, y así, por esta vía, los recurrentes no quedarían exentos de que al repetirse la actuación anulada, pudieran recaer sobre ellos los dos cargos a la vez. Hay que tener en cuenta que aquí se contempla un enjuiciamiento por varios delitos genéricamente diversos..... CAUSAL 3ª Error en cuanto a la prueba del cuerpo del delito. Los elementos del cuerpo del delito de robo, tal como está definido en la correspondiente disposición del Código Penal (artículo 771), consisten en la sustracción de la cosa ajena, en el ánimo de apropiársela, y en el empleo de la fuerza o violencia para conseguir el fin propuesto. Y como todo indica en los au-

Págs.

tos que el propósito de los reos al atacar al agente Manzano era únicamente el de evadirse de la colonia penal, la violencia empleada contra aquél no tenía por objeto despojarlo, con ánimo de apropiárselas, de las armas que llevaba. Así las cosas, no aparecen reunidos los elementos que constituyen el delito de robo y resulta fundada la acusación contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga en lo que se refiere a ese delito. La sentencia debe, pues, casarse parcialmente en el sentido de absolver a los procesados por el delito de robo, dejándose vigente en lo demás". (Casación, XLVI, Nº 1932, noviembre 24 de 1937) ..... 79, 1ª y 2ª

S

SECUESTRO

- 256 -

La solicitud sobre reducción del secuestro a los bienes que se consideren suficientes para el pago debe sustanciarse por medio de una articulación, como lo ordena el artículo 283 del Código Judicial. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1934, febrero 26 de 1938) 350, 2ª

SEGURO COLECTIVO OBLIGATORIO

- 257 -

En un juicio contra la Nación sobre indemnización de perjuicios por la muerte de un obrero que había fallecido al servicio de aquélla, afirmaba el Fiscal del Tribunal sentenciador que las leyes sobre accidentes del trabajo y seguro colectivo obligatorio libraban al obrero de probar la culpa del patrono cuando sobrevienen accidentes, pero que ello no significa que aquél pueda recurrir a una doble fuente de reparaciones por un mismo objeto, una misma causa y para una misma persona, y que como los herederos del obrero fallecido habían obtenido el pago del seguro, como reparación del perjuicio sufrido, no tenían por qué exigir otra, cuando ya se había dado cumplimiento a la ley privilegiada. Oponía la excepción perentoria de pago. Dijo la Corte:

"Como se ve con claridad, la excepción de pago ataca directamente en el fondo la acción invocada. Ante las tesis discutidas, la Corte se ve precisada a abarcar cuestiones de fondo y de carácter histórico para resolver el problema. En primer lugar, es necesario determinar el siguiente asunto: La indemnización a los causahabientes del obrero muerto, impuesta en el inciso d) del artículo 6º de la ley 57 de 1915, consistente en una cantidad igual al jornal entero de un año, quedó reemplazada por el seguro colectivo que debe efectuar la empresa y que fue instituído por el artículo 1º de la ley 37 de 1921, y reglamentado en el artículo 2º de la misma, el cual fue reformado por el art. 7º de la ley 32 de 1922? (Es de advertir que estas últimas disposiciones fueron subrogadas por los artículos 1º y 2º de la ley 44 de 1929). Indudablemente ello fue así. Por manera que cuando la ley 32 de 1922 dispone que la empresa que pague el seguro colectivo queda exenta de pagar el jornal por accidente, no ha dispuesto que si ha habido culpa de la empresa en el acaecimiento del suceso que causó la muerte del obrero, el pago del seguro lo exonera de responder por la indemnización deducible por esa culpa. Por consiguiente, es indispensable resolver las siguientes cuestiones: Primera. El pago del seguro indemniza al obrero o a sus causahabientes cuando el accidente ocurrió, no por un hecho puramente objetivo, sino por culpa del patrón? Segunda. Y si no es así, puede pedirse la indemnización por la culpa? Tercera. Y si se condena a esta indemnización, debe deducirse de la cantidad a que se condene lo que se haya pagado por el seguro? A estos puntos se contrae la presente parte del fallo. Para comprender la dualidad de las dos indemnizaciones, es necesario considerar lo que se ha estimado por RIESGO en general, y por RIESGO PROFESIONAL o RIESGO CREADO, en particular, que es por el que se paga el jornal o el seguro cuando se ha producido un accidente en la vida del obrero. En un sentido lato han dicho los autores que 'riesgo es todo

Págs.

hecho futuro e incierto que determina una alteración más o menos grande en el curso de las actividades humanas'. El trabajo, como toda actividad, está sujeto a riesgos que, al producirse, perturban las condiciones normales de la producción. Cuando esa perturbación se realiza, vienen, como consecuencia, perjuicios que sufren todos los que estén ligados a una empresa o actividad, pero en primer término los asalariados. La existencia de sucesos imprevisibles, difícilmente evitables, y de los perjuicios que ellos ocasionan a la actividad productora, es lo que ha determinado la creación del seguro llamado colectivo, que entre nosotros debe considerarse como una institución de previsión social. El perjuicio inherente al riesgo profesional (accidente de trabajo, enfermedades, etc.), afecta a todos los miembros que integran la comunidad productora. Pero los patrones y demás miembros de esa colectividad perjudicados por los riesgos pueden asegurarse contra ellos, no pudiendo esos seguros, que se denominan INDIVIDUALES, quedar incluídos en la categoría de los llamados COLECTIVOS, que se generan por los riesgos profesionales. Por esta razón, el concepto de riesgo profesional no puede ser estudiado desde el punto de vista de las teorías que explican el riesgo individual. La ideología del derecho privado que informa la teoría general de los riesgos y de los seguros no puede servir para la explicación de conceptos propios de normas que rigen las relaciones jurídicas entre trabajadores y patronos y que, en conjunto, forman el derecho industrial, que es un derecho autónomo, creado por la costumbre y la jurisprudencia en Europa, como lo sostienen los expositores, y por disposiciones jurídico-políticas en nuestro país. En consecuencia, se ve claro que el riesgo profesional, originador del seguro social, debe estudiarse conforme a las teorías de las instituciones del derecho industrial, y no en vista de las teorías del derecho común (civilista o mercantil), que se basan en la reciprocidad de las prestaciones. Por este modo de entender las cosas es por lo que la responsabilidad de la clase patronal en la realización de los riesgos profesionales, es muy distinta hoy a la que emanaba antes de la tesis del riesgo contractual. En efecto, ante ésta, el patrón sólo se encontraba afecto a la responsabilidad de los riesgos profesionales (o, como otros dicen, riesgos de autoridad), cuando se comprobaba plenamente por el obrero que aquél había tenido culpa de que se realizara el riesgo, por una participación personal en dicha realización; se aplicaba, pues, la teoría del derecho común; y la demostración de la culpabilidad del patrón se dificultaba a los obreros, quienes muchas veces no podían comprobarla. Para evitar esta situación desventajosa, la ley colombiana impone el seguro colectivo con el fin de indemnizar los perjuicios causados por los riesgos profesionales. Es decir, que el derecho industrial que rige en Colombia ha implantado la tesis del riesgo profesional, propiamente dicho. En virtud de ella, la responsabilidad de todo riesgo sufrido por el trabajador es imputable al patrón, tenga éste o no intervención personal en él; porque es indudable que los riesgos profesionales se consideran como un resultado inevitable de toda empresa, sin que sea una determinación de ellos la culpa del obrero o del patrón. Para responder de tales riesgos, la ley impone la indemnización por accidentes de trabajo, consistente en un año de jornal del obrero, u ordena la institución del seguro en beneficio exclusivo de los trabajadores asalariados. Estas instituciones las considera el Estado como de interés público, como que son de carácter social y benefician a la clase asalariada. Por eso en su reglamentación interviene el Estado por medio de estatutos especiales, porque, como se ha dicho, el seguro social es una institución de derecho industrial, privativa de los trabajadores asalariados, y el Estado, al reglamentarla, considerándola como de interés social, eleva a la categoría de derecho semipúblico el derecho industrial y acentúa el carácter protector y tutelar de esa rama jurídica. Acaecido el riesgo profesional, el seguro se debe por el solo suceso, o sea por el hecho puramente objetivo productor del accidente; y pagado, no se origina la indemnización que establece el inciso

Págs.

Págs. Págs.

d) del artículo 6º de la ley 57 de 1915, por disposición expresa de la ley 32 de 1922 en su artículo 6º. Esto es racional, porque el seguro impuesto a ciertas empresas reemplaza a la indemnización del jornal, instituída en esa ley 57, tanto más cuanto el seguro comprende todos los riesgos que puedan ocasionar la muerte del obrero. ¿Pero el pago de él cubre toda indemnización cuando ha habido culpa, descuido o imprudencia del patrón? Si así fuera, habría una falta de acción en el presente juicio, porque no sería viable la obligación de indemnizar que se atribuye al demandado. Diferencia profunda hay, procesalmente hablando, entre la vía ordinaria y la que señala la ley de derecho industrial o de accidentes de trabajo. Esta, como queda dicho, se halla basada en la expresada teoría de los riesgos profesionales que comprende los accidentes que tengan lugar durante la prestación de los servicios o en ejercicio de la ocupación en que se emplea el obrero. Pero como la presente acción ha sido iniciada bajo el amparo de otras disposiciones, ha de prosperar, sin que se contraríe el principio NON BIS IN IDEM, porque es incuestionable que a los actores debe alcanzarlos el beneficio que acuerdan otros preceptos distintos de los de la ley industrial, aunque se trate de los mismos hechos, pero con la adopción de otras normas o vías procesales. Esto se deduce del razonamiento de que el seguro colectivo es una institución social, que hace parte de una legislación autónoma elevada a la posición de derecho semi-público. De suerte que cuando él se paga, se obra en aplicación de los mandatos que lo establecen, sin que, como queda expresado, puedan aplicarse las normas civilistas o de derecho común. La obligación de pagar el seguro es un imperativo de la ley, y el título de él presta mérito ejecutivo (artículo 3º de la ley 32 de 1922). Al contrario, la responsabilidad por culpa emana de una concepción jurídica enteramente distinta, en que las partes luchan desde campos iguales en el terreno del derecho privado. Si el seguro obligatorio, por ordenación explícita de la ley, comprendiese también toda la responsabilidad civil, entonces el derecho especial desplazaría las acciones del derecho común. Pero esto no aparece en las disposiciones que se han citado tantas veces. En su importante obra sobre 'Seguro' escribe Fritz Herrmanndorfer: 'El riesgo de este ramo de seguro consiste en la responsabilidad civil del asegurado. Existen las más vivas discrepancias sobre la naturaleza jurídica de este seguro. Es muy general, o más bien predominante, el criterio que lo considera como un seguro contra acciones judiciales. Según esta teoría debe defender en primer lugar al asegurado contra las acciones judiciales provenientes de su responsabilidad civil, quedando relegado a punto secundario la garantía ecenómica. Este seguro pertenece al grupo de los seguros de daños. En los demás seguros propios de dicho grupo, conoce perfectamente el asegurado, al contratarlos, la cuantía máxima del daño, expresada por la suma asegurada, la cual se fija terminantemente por el valor del interés asegurado. Pero en los casos de responsabilidad civil nadie puede prever el resurgimiento y la cuantía de su responsabilidad en cuanto la ley no le señala expresamente un límite....' La teoría del daño, respecto de accidentes del trabajo y en el derecho común civilista difieren, por cuanto en los primeros la reparación es parcial y con cierto carácter alimentario; en el segundo, es total y comprende todos los perjuicios de cualquier naturaleza que sean. El fundamento de la responsabilidad por accidente es el riesgo profesional; la base de la responsabilidad extracontractual es un hecho proveniente de culpa. En Francia ocurre al respecto lo que dicen André Rouast y Maurice Girard, al estudiar las relaciones de la legislación de accidentes en el derecho común: 'El legislador ha fijado él mismo las relaciones de la legislación de accidentes del trabajo con el derecho común. No ha querido crear una opción entre las dos legislaciones, de manera de permitir a la víctima escoger la vía más favorable. Ha excluído completamente el derecho común, de tal suerte que los patronos a quienes la ley se impone y quienes sufren las cargas tienen también las ventajas. El artículo 2º

de la ley 9 de abril de 1898 decide, en consecuencia, que los comprendidos en esa ley 'no pueden prevalerse, por razón de los accidentes de que son víctimas en el trabajo, de otras disposiciones que las de la ley'. Esta aplica no solamente a los comprendidos en dicha ley, sino también a los que están sujetos a las leyes que han extendido el imperio de la ley de 1898 a los accidentes de trabajo no previstos primitivamente. El derecho común está descartado para todos. Los trabajos preparatorios no dejan duda alguna sobre esto'. (Tratado del Derecho de Accidentes del Trabajo y de Enfermedades Profesionales, página 31). No habiendo, entre nosotros, normas especiales que excluyan la indemnización civil en un asunto como el que se estudia en este pleito, es lógico deducir que independientemente de la responsabilidad industrial existe a la vez la responsabilidad civil originada de culpa aquiliana. Pero si las acciones que se cuestionan no se excluyen, ello no significa que puedan acumularse las indemnizaciones, de tal modo que vengan a constituír ellas fuentes de enriquecimiento. El seguro obligatorio no se ha constituído para obtener lucro, sino como una medida indemnizatoria de previsión y garantía. No está en Colombia constituído por aportes de los trabajadores, sino como carga del empresario. Como dicen rotundamente Planiol y Ripert, 'un accidente no puede legítimamente convertirse en una fuente de ganancia para la víctima. Por consiguiente, cada indemnización no podrá reclamarse más que en la cuantía en que otra no haya bastado a indemnizar totalmente, pero cabe en estos límites'. En atención a todo lo discutido, es jurídica la deducción que hizo el Tribunal, aceptando una excepción de pago parcial". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1937, junio 17 de 1938) . .

SENTENCIA

- 258 -

"Una de las consecuencias de nuestro principio vigente de derecho procesal denominado dispositivo, de controversia o contradicción, es la de que el juez debe tener por verdad lo no controvertido, o sea, que la alegación incontrovertida de un hecho se convierte en fundamento de la sentencia". (Casación, XLVI, Nº 1934, marzo 14 de 1938) (1) 230, 2ª

SENTENCIA

- 259 -

Aunque la parte resolutiva de una sentencia es la que contiene la decisión que, en su caso, fundará la cosa juzgada, no por esto puede desligarse de la parte motiva al punto de prescindir de ésta, con más veras cuando la sentencia toda, como es lo natural y lógico, constituye el objeto del respectivo estudio y análisis, que es lo que sucede y ha de suceder en un recurso de casación. (Casación, XLVI, Nº 1934, abril 26 de 1938) . . . 319, 2ª

SERVICIO PUBLICO
DE MERCADO

- 260 -

Véase lo expuesto en la doctrina titulada: **Privilegio y servicio público.** (Casación del 20 de abril de 1938)

SERVICIO PUBLICO
Y PRIVILEGIO

- 261 -

Véase: **Privilegio y servicio público.** (Casación del 20 de abril de 1938)

SINDICO DE LAZARETOS

- 262 -

De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil y la ley 63 de 1936, los Síndicos Recaudadores del impuesto de lazaretos pueden y deben intervenir en los juicios de sucesión para los efectos puramente fiscales hasta la ejecutoria del auto aproba-

Págs. 681, 1ª y 2ª, 682, 1ª y 2ª, y 683, 1ª y 2ª

(1) Se expuso esa doctrina en los razonamientos de instancia hechos por la Corte por haber de casar el fallo recurrido.

Págs.

torio de los inventarios y avalúos, en la forma y condiciones expresadas en el art. 55 de la ley 63, pero en manera alguna se justifica su intervención de oficio en un debate judicial que versa sobre el dominio de una finca y que se agita independientemente del juicio sucesoral. (Casación, XLVI, Nº 1932, diciembre 15 de 1937) 31, 2ª

SOCIEDAD ANONIMA

- 263 -

"La naturaleza de la sociedad anónima, formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo hasta el monto de sus aportes y administrada por mandatarios revocables, exige que la gestión administrativa de éstos esté sometida a determinado control, el cual es así un elemento esencial en la buena organización de dichas sociedades y constituye al propio tiempo garantía eficaz no sólo en lo que respecta a los accionistas sino también para los terceros. Esta vigilancia es un derecho propio de los accionistas; y emana de aquel otro que éstos tienen para intervenir en el gobierno de la sociedad por medio de su voto en las asambleas generales, pues no se concebiría dicha intervención sin que el accionista sea informado suficientemente acerca de la regularidad y exactitud de las operaciones efectuadas por los administradores y sobre la marcha general de los negocios sociales, a los cuales están los accionistas vinculados por su interés económico. Tal derecho lo consagran en forma varia las diferentes legislaciones positivas..... Por lo que hace a la legislación colombiana el derecho de vigilancia está reglamentado en una forma de la mayor amplitud para los accionistas. En primer lugar, por el artículo 586 del Código de Comercio según el cual 'el balance, inventario, actas, libros y demás piezas justificativas de la memoria serán depositadas en la oficina de la administración, ocho días antes del señalado para la reunión de la asamblea general de accionistas'. Es verdad que la disposición no indica expresamente el fin con el cual se hace el depósito en las oficinas de la administración. Pero ese objeto es manifiesto pues no puede ser otro que el de que los accionistas particularmente confronten las informaciones contenidas en la memoria de los administradores de la sociedad con los datos en que ésta se apoye tomados del balance, inventario, etc. Si así no se interpreta esa parte del precepto carecería de finalidad. Desde que se ordena la exhibición de piezas justificativas de la memoria días antes al en que ella debe ser sometida a discusión entre los accionistas, lo natural, lo lógico y lo razonable es para efecto de que los accionistas que lo deseen hagan particularmente las confrontaciones y verificaciones conducentes a obtener un suficiente conocimiento de causa respecto de las cuestiones que se susciten en la reunión de la asamblea, de manera que las deliberaciones que en esta corporación ocurran, acerca de los temas de la memoria, estén de antemano ilustradas y fundadas en la observación personal y previa de los accionistas. De esta manera, hasta la expedición de la ley 73 de 1935, que en su artículo 6º hizo obligatoria para toda sociedad anónima la institución del revisor fiscal, como delegado de la asamblea general ante los administradores, con funciones permanentes y exclusivas de control y vigilancia, la del artículo 586 era la única forma mediante la cual los accionistas podían adquirir un antelado conocimiento cierto y veraz acerca de las informaciones, datos, conclusiones de la memoria; por ende, esta forma constituía aún, no obstante la mencionada ley 73, una prerrogativa esencial de cada socio encaminada a salvaguardiar su interés en la sociedad, por lo tanto, inmodificable e irrenunciable por los accionistas, porque alcanza esa disposición la categoría de orden público, en fuerza del propósito primordial que la inspira, de tutela sobre el derecho patrimonial del accionista, así actual como futuro, de tomar anticipadamente completo conocimiento de causa sobre la marcha de los negocios sociales, a fin de que en el momento oportuno su voz autorizada esté en capa-

Págs

cidad de imponerse y prevalecer en el ánimo de la mayoría de la asamblea general, y, en todo caso, de ilustrarla. La vigencia del artículo 6º de la ley 73 no ha desvirtuado o modificado el alcance del derecho individual de examen conferido a los accionistas por el artículo 586, porque en nada se opone a que subsista este derecho frente a la institución del revisor fiscal. Ese derecho armoniza perfectamente con las funciones de vigilancia permanentes del revisor; y aun cuando éstas tienen, entre otros, el mismo fin informativo con respecto a los accionistas, no se contrapone de ningún modo a la actuación del revisor, sino que el examen previo de los accionistas sobre los documentos a que haga referencia la memoria, en los ocho días anteriores a la reunión de la asamblea general, complementan también la información del revisor fiscal; a que se agrega que capacita al accionista para hacer la crítica de los actos del revisor y mostrar su incapacidad o deficiencia. De esta suerte, como el legislador se abstuvo de reformar o derogar expresamente las disposiciones normativas del Código de Comercio, citadas, hoy ellas subsisten en toda la plenitud de su contenido. Con la guía de este razonamiento, la conclusión de que las asambleas generales de la sociedad anónima, ni aun con la unanimidad de sus votos, tienen poder para restringir el término de ocho días del artículo 586, fluye sin esfuerzo. Ese término, por consagrar un derecho primario de los accionistas, está fuera de toda reglamentación estatutaria, perteneciendo al orden de las disposiciones que no son susceptibles de ser derogadas por convenios privados entre los particulares. (C. C., artículo 16).

En segundo lugar, el derecho de vigilancia en la legislación colombiana está reglamentado por el artículo 587 del Código de Comercio, a términos del cual los accionistas no podrán examinar la contabilidad de la administración, sino en el lapso de los ocho días indicados en el artículo 587, o en la época y forma que lo permitan los estatutos. Se argumenta con el significado aparente de esta disposición diciendo que así como el art. 587 establece que la contabilidad sólo puede ser examinada en los ocho días anteriores a la reunión de la asamblea general de accionistas, o en la época y forma que lo permitan los estatutos de la sociedad, el balance y el inventario detallado, que con los libros de contabilidad forman un conjunto que es el que permite formarse idea exacta de la situación de la empresa, tampoco pueden ser examinados sino en los ocho días anteriores de la reunión de la asamblea general de accionistas o en la época y forma que lo permitan los estatutos; subrayando la frase los que tal tesis sostienen. Inaceptable. El derecho conferido en el artículo 587 es de naturaleza distinta al consagrado por el artículo 586. El primero, como se dejó dicho, tiende a salvaguardiar el poder primario del accionista para adquirir una información personal y directa en las propias fuentes de la contabilidad respecto del manejo de la empresa por los administradores, con el fin de habilitar al accionista para discutir y votar en la asamblea general la memoria que a aquellos corresponde presentar. El segundo, más que un derecho del accionista, lo es de la sociedad misma, en cuanto el artículo 587 de manera expresa consagra una prohibición tocante con los accionistas, consistente en que ellos fuera del término de los ocho días de que habla el artículo 586, no pueden examinar la contabilidad de la empresa, a menos que los estatutos se lo permitan. Es decir, que si los estatutos, independientemente del término legal de los ocho días precedentes a la reunión de la asamblea general, facultan también a los accionistas para examinar la contabilidad de la empresa, en época distinta de aquellos ocho días, el examen se someterá a la respectiva reglamentación determinada en los estatutos. Nada más dice el artículo 587. Esta interpretación surge de la lectura misma de las dos disposiciones legales, de las cuales la segunda aclara el sentido de la primera, señalando, de una parte, el objeto del depósito de la memoria de los administradores y de sus documentos justificativos, como el balance, inventarios, actas, libros, etc., es decir, de la contabilidad, en las oficinas de la administración, con anticipación de ocho días a la reunión de

Págs.

la asamblea general; y de otra parte, negándoles expresamente a los accionistas el derecho de ver la contabilidad en época distinta, salvo que los estatutos lo permitan. Esta interpretación cobra fuerza igualmente si se considera que con la tesis opuesta, consistente en que en definitiva queda a la regulación de los estatutos la forma y época del examen de la contabilidad por los accionistas, según el artículo 587, no se sabría con qué objeto serio el legislador había consagrado un derecho y su respectivo término para ejercitarlo oportunamente, y luégo, a renglón seguido, olvidando lo que acaba de disponer, dejara a la voluntad mudable de las personas que elaboran los estatutos o que constituyeran la mayoría de la asamblea de accionistas, la libertad, sin cortapisas, de reglamentar el mismo derecho cercenándolo como a bien tuviéranlo. Dejando potestativo de los estatutos la reglamentación de la forma y época del examen de los elementos de la contabilidad justificativos de la memoria, se llegaría necesariamente a reconocer que los estatutos podrían cambiar la época de dicho examen, así fuese para fijarla en tiempo distinto e inoportuno, como para restringir o suprimir el examen. Solución evidentemente inaceptable y que lógicamente se imponía aun antes de que la ley hiciera forzoso el revisor fiscal, en que los accionistas no contaban con más derechos que el que les ofrecía el artículo 586 para vigilar de cerca la marcha de la sociedad. Y no se diga que la asamblea general que examina el informe de los administradores tiene facultad para designar comisiones de su seno que investiguen los puntos que ofrezcan duda. Si el legislador hubiera creído suficiente esa medida, carecería entonces de objeto el que hubiera ordenado depositar con ocho días de anticipación en las oficinas de la administración, la memoria de los administradores y sus elementos justificativos, a efecto de que de todo ello se enteren los accionistas que a bien lo tengan. Y porque de todas maneras tal remedio estará siempre sometido al imperio de las mayorías, con menoscabo de las minorías que por una deficiente información, o por cualquiera otra causa, no puedan en un momento dado imponer el nombramiento de dichas comisiones". (Casación, XLVI, Nº 1938, julio 21 de 1938) ..... Págs. 733, 1ª, 734, 1ª y 2ª, y 735, 1ª y 2ª

SOCIEDAD DE HECHO

- 264 -

Decía el recurrente en un juicio sobre liquidación de una pretendida sociedad de hecho, que el sentenciador había violado el artículo 2083 del Código Civil por no haber reconocido la presunta sociedad.

"Cuando expira sin haberse oportunamente prorrogado el término fijado inicialmente para la duración de una sociedad, ésta entra en liquidación, estado que no deja de ser tal porque, en vez de proveerse en lo tocante a bienes sociales y a operaciones pendientes a lo que corresponde a la tarea de liquidar (C. C., artículos 538 a 544), se continúen las actividades respectivas cual si el plazo no estuviese vencido. Este trueque de actitudes podrá crear en su caso situaciones anormales y equívocas y hasta acarrear sanciones; pero no constituye lo que se entiende por sociedad de hecho ante el citado artículo 2083". (Casación, XLVI, número 1935, noviembre 11 de 1937) ..... Págs. 399, 2ª

SOCIEDAD DISUELTA

- 265 -

En un juicio sobre nulidad de un contrato de compraventa en que el socio sobreviviente de una compañía colectiva de comercio había vendido, mucho tiempo después de la disolución de ella, uno de los bienes raíces que hacían parte del acervo social, había afirmado el Tribunal sentenciador que disuelta una sociedad, por cualquier causa legal, ésta continúa viviendo como persona jurídica más allá del momento de su disolución. Se acusaba en casación el fallo por violación de los artículos 633 del Código de Comercio y 2079, 2129 del Código Civil. Dijo la Corte:

Págs.

"Las personas morales son una realidad; ellas tienen nombre, domicilio, estado y capacidad. La tesis de la ficción de las personas jurídicas sostenida por algunos autores como Laurent y Planiol ha sido revaluada especialmente por el expositor Josserand. El desarrollo de la personalidad moral es un fenómeno constante, y según observa este último expositor, no se comprende realmente que una persona de esa naturaleza, que tánto influye en el desarrollo social, económico e industrial, sea un mero sér abstracto. La personalidad de las compañías, su personería jurídica, surge en el momento de su nacimiento, por ministerio de la ley que reglamenta sus derechos y obligaciones, según su naturaleza por medio de los códigos civil y de comercio. En una sociedad pueden distinguirse tres situaciones: su funcionamiento durante la existencia del pacto social; su actividad en el estado de liquidación que sigue a la disolución de la compañía, y la partipación, consecuencia de la liquidación. Las consecuencias de la personalidad de una sociedad durante su existencia, según apuntan con mucha razón los profesores Colin y Capitant, son: a) los bienes aportados a una sociedad no están divididos entre los asociados, sino que forman un patrimonio distinto del de cada uno de éstos y pertenecen al sér moral; de ahí que los bienes sociales son prenda exclusiva de los acreedores de la sociedad; b) la sociedad está representada por sus gerentes y administradores, y c) la sociedad es capaz de adquirir todos los derechos del patrimonio. Estas tres consecuencias surgen y son indiscutibles en el derecho colombiano como en el francés, al tenor de los artículos 2087, 2097, 2105, 2108 del C. C. y 493, 517, 518 del Código de Comercio colombiano. Las consecuencias de la disolución de una compañía, jurídicamente son estas: a) sobrevive la personalidad jurídica, y b) viene como resultado la liquidación del haber social derivado de las disposiciones positivas de la ley colombiana al respecto. La disolución de la sociedad no lleva la desaparición inmediata de su personalidad jurídica, porque es necesario que el patrimonio social guarde su individualidad hasta que la liquidación se termine; de otra manera los acreedores sociales podrían perder el beneficio de su prenda exclusiva. (Artículo 2488 del C. C.). La personalidad sobrevive a la sociedad para los efectos de la liquidación. El liquidador de una sociedad es un verdadero mandatario, artículo 537 del Código de Comercio, y según el artículo 540 de la misma obra, tiene entre otros deberes el de continuar y concluír las operaciones pendientes al tiempo de la disolución y de cobrar los créditos activos, lo cual no se ve cómo pudiera efectuarse, si la personalidad de la sociedad desapareciera automáticamente por el solo hecho de su disolución. Los profesores C. Houpin y H. Bosvieux, en su obra 'Traité General des Societés Civiles et Commerciales', edición de 1935, sientan la siguiente tesis: 'Durante el período de la liquidación, la sociedad se sobrevive y continúa existiendo como sér moral; éste es el principio consagrado al respecto para las sociedades comerciales por una jurisprudencia constante'. La Corte de Casación francesa, en sentencia de reciente data, dijo: 'Si por efecto de la disolución, la sociedad cesa de existir para el futuro y para las operaciones para las cuales fue constituída, y si ella no puede vender, comprar, ejecutar actos de comercio, continúa sin embargo existiendo para reglar, definir sus negocios, es decir, para liquidarse'. La disolución de la sociedad no lleva a la desaparición inmediata de la personalidad jurídica y el nacimiento de una indivisión entre los asociados. Es necesario que el patrimonio guarde su individualidad, sea determinado. La personalidad sobrevive, pues, a la sociedad por las necesidades de la liquidación, dicen Colin y Capitant. Y Planiol, no obstante que no admite la personalidad real de las personas morales, sí concluye que la sociedad en estado de liquidación conserva su personalidad para ese efecto. Las citas anteriores que refuerzan y aumentan las del Tribunal fallador son muy pertinentes, dadas la similitud y a veces iguldad entre los textos franceses y los colombianos, ya en materia civil, ya en materia comercial, al respecto". Cita luégo la Corte los conceptos de los tratadistas colombianos

Págs.

Cortés, Vélez y Moreno Jaramillo que propugnan esa doctrina, y agrega: "La anterior ha sido la doctrina sostenida invariablemente por la Corte, como puede verse en las sentencias de 21 de marzo de 1922, 15 de diciembre de 1933, 7 de noviembre de 1935 (Gaceta Judicial, números 1901 y 1902), y 30 de septiembre de 1936 (Gaceta Judicial, números 1918 y 1919). Algunas de las consecuencias de la supervivencia de la personalidad de la sociedad después de su disolución, son las siguientes: a) Los acreedores sociales pueden en el curso de la repartición del activo entre los asociados, hacerse pagar con el fondo social. Tienen, pues, los acreedores contra la sociedad los mismos derechos que antes de su disolución; b) La sociedad aun disuelta debe ser demandada en su domicilio, que es el mismo fijado en el acto de su constitución; c) Los terceros que intentan una acción contra la sociedad, demandan al liquidador y no a los asociados. El liquidador lleva la representación de la sociedad en liquidación, activa y pasivamente; d) El liquidador, en virtud de su cargo y precisamente para el desempeño cumplido de él, tiene todas las facultades que sean del caso, como si fuera un verdadero mandatario, respecto de los bienes que forman el haber social; e) El activo social debe ser considerado como perteneciente a la sociedad y no a los asociados proindiviso; por consiguiente los socios no son copropietarios de los muebles ni inmuebles sociales ni pueden demandar la licitación porque es al liquidador a quien incumbe realizar esas operaciones; f) Los bienes sociales no quedan en comunidad después de la disolución de la sociedad sino que continúan perteneciendo a ésta, y es al liquidador a quien le incumbe venderlos; g) Como consecuencia de la supervivencia de la sociedad en liquidación, una sociedad que se halle en este caso puede declararse quebrada". Concluyó la Corte diciendo que no fueron violados los artículos sustantivos citados, ya del Código Civil, ya del de Comercio. (Casación, XLVI, Nº 1933, marzo 3 de 1938) .....

Págs. 128, 2ª, 129, 1ª y 2ª, y 130, 1ª

Págs.

SOCIEDAD EN LIQUIDACION

- 266 -

Por haber de casar la Corte el fallo recurrido en juicio sobre nulidad de un contrato de compraventa de una finca raíz celebrado por el socio sobreviviente de una sociedad mercantil disuelta por la muerte de otro, dijo lo siguiente, en los razonamientos de instancia, sobre el punto de la liquidación:

"Disuelta, pues, una sociedad, la personería de ésta subsiste y se prolonga pero para los solos efectos de la liquidación, subraya la Corte, entre ellos llevar a término las operaciones iniciadas durante su existencia. De manera que operaciones no encaminadas a este objetivo no son válidas, porque la sociedad disuelta termina para la realización de todo negocio nuevo, de toda operación que no tienda a la liquidación. Esto, sin perjuicio del artículo 538 del C. de Co. De otra manera, una sociedad en estado de liquidación, una sociedad disuelta, podría proseguir indefinidamente con independencia del fenómeno legal de su disolución, lo cual es inadmisible, tanto desde el punto de vista de los principios jurídicos, como de la realidad económica. Disuelta una sociedad, entra en estado de liquidación y entonces es preciso distinguir tres períodos: 1º El estado de liquidación propiamente dicho, consecuencia automática de la disolución de la sociedad; 2º La iniciación y realización de la liquidación, y 3º La partición entre los socios del haber líquido que, en su caso, quede. Cuando el liquidador ha terminado su misión, realizando, en su caso, el activo necesario para la extinción de las deudas sociales y cancelándolas, la liquidación queda terminada y la sociedad cesa de existir como ser moral. Entonces a la sociedad en liquidación cuya personalidad desaparece, sucede un estado de indivisión provisoria, que recae sobre todos los bienes que han quedado y en este momento procede la partición entre los socios. Lo anterior significa que mientras no se haga la liquidación de los bienes de una sociedad, éstos pertenecen a ella por varias razones: a) Porque la sociedad forma una persona distinta

de los socios; b) Porque los bienes sociales responden de las deudas sociales en la forma que para toda deuda establece el artículo 2488 del C. C. c) Porque los bienes que entraron a ser sociales no salen del patrimonio de la sociedad para radicarse en el de terceros, sino por acto de liquidación, y en patrimonio particular de los socios sino por virtud de la partición, que constituye el título de dominio para cada uno de los que fueron socios y respecto de los bienes que se les adjudiquen en su caso. Un gerente, un administrador de una sociedad, que sin estar debidamente autorizado venda un bien social, se coloca en uno de estos dos extremos: o lo vende como bien propio y entonces vende cosa ajena, lo cual es válido al tenor del artículo 1871 del C. C. sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño o lo vende como socio extralimitando su mandato o sin mandato, entonces la venta es nula. Estos dos fenómenos jurídicos son distintos: pero algunas de sus consecuencias, como la de reivindicación, son iguales. El principio del artículo 1871, tomado del derecho romano, se funda en que la venta no es sino un simple contrato generador de derechos y obligaciones entre las partes contratantes y la validez de la venta de cosa ajena es eficaz en el sentido de que engendra entre las partes las obligaciones personales propias del contrato de venta, pero no en el sentido de que ella transfiera el dominio mediante el registro de la escritura respectiva, para ante el verdadero dueño. Mas no puede sostenerse, y así lo ha advertido la Corte en varias sentencias, entre ellas la de 28 de febrero de 1913, que la venta que hace el mandatario a nombre del mandante sin tener facultad para ello, sea el caso de venta de cosa ajena. Cuando se trata de venta de cosa ajena el dueño puede promover la acción reivindicatoria directamente; cuando se trata de una venta que hace el mandatario extralimitando el poder, cuando el mandato no existe, es necesario demandar la declaratoria de nulidad del contrato, para obtener la reposición de las cosas al estado en que se hallaban antes de su celebración y reivindicar contra los terceros poseedores. En el caso de autos, no aparece que se haya verificado el fenómeno de venta de cosa ajena por parte de Pedro Mantilla R. al hacerle la tradición a Félix J. Mantilla de los terrenos de que da cuenta la escritura 186 de 25 de enero de 1920, por cuanto Pedro Mantilla R. no procedió a la venta como dueño de tales terrenos. Se apoyó en la escritura constitutiva de la sociedad colectiva Pedro Mantilla R. y Hno., pero como si no se hubiera disuelto ésta, lo cual produce el siguiente resultado jurídico: Disuelta la sociedad Pedro Mantilla R. y Hno. no podía el socio sobreviviente hacer una enajenación como la a que se refiere la escritura 186, cual si la sociedad existiera, porque si es cierto que una sociedad disuelta sobrevive para los efectos de la liquidación, también lo es que esa supervivencia no puede entenderse ni extenderse a otros actos distintos que sólo tienen cabida y son eficaces cuando la sociedad existe normalmente. Conclusión de lo anterior es la falta de capacidad para vender, por parte de la sociedad Pedro Mantilla R. y Hno., y la falta de consentimiento de ésta para dicha enajenación porque el socio sobreviviente no podía representarla para ese efecto, ni procedió como liquidador, ni tenía esta facultad, ni la sociedad prenombrada ha principiado a liquidarse siquiera. El acto jurídico de que da cuenta la escritura 186 no pudo comprometer a la sociedad ni tampoco los intereses de los sucesores del socio fallecido, porque de acuerdo con el artículo 1502 del C. C. para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad son necesarias la capacidad y el consentimiento y la falta de estos elementos esenciales anula el acto o declaración de voluntad. (Artículo 1740 del C. C.) Por lo tanto es nulo el acto o declaración contenido en la citada escritura 186, en lo que hace relación a la enajenación de los terrenos prenombrados y de la servidumbre. . . . . ." (Casación, XLVI, Nº 1933, marzo 3 de 1938) . . . . . 133, 1ª y 2ª, y 134, 1ª y 2ª

Págs. Págs.

Págs.

SOCIEDADES.—SU FUSION

- 267 -

Un accionista de la sociedad denominada "BOLSA DE COLOMBIA, S. A.", había demandado la nulidad absoluta de la constitución, existencia y funcionamiento de la sociedad denominada BOLSA DE BOGOTA, S. A., por haberse fusionado con aquélla y en el entendimiento de que con esa operación se había originado una nueva sociedad que no se había liquidado previamente, como, en concepto del actor, debió hacerse. Absuelta la compañía demandada, recurrió en casación el actor acusando el fallo por violación de varios artículos del C. C. y de otros del de Comercio. Dijo la Corte:

"El fenómeno jurídico de la fusión de sociedades, no reglamentado especialmente en nuestra legislación, pero no opuesto a ella, consiste, de manera general, en la reunión de dos o más sociedades de creación y vida independiente en forma que no constituyan luégo sino una sola entidad social, y su realización obedece frecuentemente a motivos económicos tales como disminuír los gastos de explotación de las empresas combinando esfuerzos para obtener resultados que no pueden alcanzarse aisladamente, o para luchar contra la concurrencia, o para poner fin a una competencia inconveniente entre dos empresas rivales. La fusión se cumple mediante la celebración de una convención que pone fin anticipado o extraordinario a la sociedad o sociedades que se fusionan o funden, no sujeta a formalidades especiales y que se rigen por las reglas generales que gobiernan los contratos. El procedimiento para realizar la fusión asume dos formas: la creación de una sociedad nueva que reúne y engloba las entidades fusionadas que desaparecen completamente, o la anexión o absorción, en que se unen una o más sociedades, que también desaparecen, a otra preexistente que continúa su vida legalmente, modificada apenas en sus estatutos con el aumento de capital necesario para la adquisición del activo y pago del pasivo de la sociedad absorbida. En cada uno de estos casos, cuya apreciación judicial constituye generalmente una cuestión de hecho, las formalidades legales que es necesario cumplir son distintas, a más de las exigencias estatutarias respectivas, según que la fusión implique el nacimiento y constitución de una nueva entidad social con la disolución y liquidación de todas las que en ella se engloben, o simplemente con la extinción de la sociedad anexada y el aumento de capital de la anexante. En este último caso, por lo que hace a la sociedad que subsiste, las exigencias legales se concretan a las relacionadas con la modificación estatutaria y su publicidad.... En caso de absorción la sociedad absorbente continúa su existencia legal, con las variaciones de estatuto a que se ha hecho referencia, que no implican su transformación en sociedad nueva ni distinta. Para ella la adquisición del activo y pago del pasivo de la absorbida constituye la celebración de un contrato que se considera en sí mismo a la luz del giro de las operaciones autorizadas estatutariamente y que se puede combatir e invalidar, lo mismo que el aumento de capital a que dio lugar, con el ejercicio de las acciones correspondientes, sin afectar la constitución ni existencia de la sociedad. Del propio modo y desde el punto de vista de la sociedad absorbida se puede atacar el convenio de fusión que la hace desaparecer, en caso de que no hayan sido estatutaria y legalmente satisfechos todos los requisitos indispensables para la validez de tal operación, mediante el ejercicio de la correspondiente acción judicial que tendría el carácter de acción social puesto que estaría destinada, en interés general de la sociedad anexada, a reconstruír o mantener su activo y su vida social". (Casación, XLVI, número 1938, julio 14 de 1938) ..... 722, 1ª y 723, 1ª

Págs.

SOCIO

- 268 -

No hay socio sin aporte y sin participación de beneficios. (Arts. 2081 del C. C. y 493 del C. Co.). (Casación, XLVI, Nº 1935, noviembre 11 de 1937) 400, 1ª

Págs.

SORTEO DE JURADOS

- 269 -

En los sorteos parciales de Jurados no hay lugar a recusación porque el art. 3º de la ley 1ª de 1923 no la consagra; y al insacularse tres balotas en vez de una sola se introduce en el sorteo un factor de incertidumbre acerca de la persona que debía desempeñar el cargo de Jurado. El insacular tres balotas y no una sola constituye la causal de nulidad consagrada en el numeral 4º del artículo 265 de la ley 57 de 1887. (Casación, XLVI, Nº 1933, marzo 16 de 1938) ..... 154, 1ª y 2ª

SUCESION

- 270 -

Ha sido doctrina ya sentada por la Corte la de que la sucesión carece en sí misma de personalidad jurídica, porque en ella no se ve la existencia de un sér colectivo, ni un interés diferente de los intereses particulares, ni vida interna, ni nombre propio, ni gobierno, ni domicilio. Los bienes sucesorales vienen a ser en puridad de verdad bienes pertenecientes a los herederos, sobre los cuales no tienen éstos un mero derecho personal sino un derecho real denominado de herencia, que radica al principio sobre la universalidad jurídica para concretarse más tarde en el de dominio sobre uno o más bienes individualmente determinados. (Casación, XLVI, Nº 1936, mayo 30 de 1938) .. 557, 2ª

SUSPENSION Y NULIDAD DE LAS ORDENANZAS

- 271 -

Véase: Ordenanzas y suspensión y nulidad de ellas. (Sentencia de la Sala de Negocios Generales, XLVI, número 1932, julio 10 de 1937).

TACHA DE PERITOS

- 272 -

Véase: PERITOS.

Págs.

T

TEORIA DEL RIESGO

- 273 -

"La teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y miran a la dificultad, que suele llegar a la imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por hechos ocurridos en razón o con ocasión de ejercicio de esas actividades. Un depósito de sustancias inflamables, una fábrica de explosivos, así como un ferrocarril o un automóvil, por ejemplo, llevan consigo o tienen de suyo extraordinaria peligrosidad de que generalmente los particulares no pueden escapar con su sola prudencia. De ahí que los daños de esa clase se presuman, en esa teoría, causados por el agente respectivo, como sería en estos ejemplos el autista, el maquinista, la empresa ferroviaria, etc. Y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito fuerza mayor o intervención de elemento extraño". (Casación, XLVI, número 1934, marzo 14 de 1938) 216, 1ª

TERMINOS JUDICIALES

- 274 -

Se estimó en un juicio que se había interpuesto en tiempo el recurso de casación teniendo en cuenta que habían transcurrido cuatro días inhábiles y que el término de los quince días también se suspendió durante los dos días en que el expediente estuvo al despacho del Magistrado para resolver la petición de avaluación de la cuantía. Se aplicó la doctrina de la Corte expuesta en sentencia de fecha 9 de octubre de 1935 (Gaceta Judicial, tomo XLIII, página 366), en la cual se dijo que "en los términos judiciales debe descontarse, por imposibilidad física, el tiempo en que

Págs.

por hallarse el expediente al despacho del juzgado se sustrae a la disposición de las partes". Dijo la Corte:

"La Corte estima inadmisible por lo ilegal el motivo precedente en que el Tribunal tomó apoyo para conceder el recurso. Según el artículo 366 del código de procedimiento, son términos judiciales los plazos señalados por la ley o por el juez para que dentro de ellos se cumpla alguna providencia o se ejecute algún acto en el curso del juicio. Estos términos empiezan a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que los concede. Los términos judiciales solamente se suspenden para todos los juicios que cursan en un juzgado en los días de vacancia. Estos días de vacancia los enumera la ley: artículo 181 ibídem. En un negocio determinado hay cuatro casos de suspensión de términos: solicitud de las partes; muerte de uno de los litigantes; enfermedad grave de algún litigante o de sus allegados dentro de cierto parentesco; y expiración del poder del apoderado o representante (artículo 370 ibídem). Fuera de estos cuatro casos, cuando por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito una de las partes no hizo uso de un término, tiene derecho a pedir la restitución, probando cualquiera de aquellas dos circunstancias, pero mediante los trámites de una articulación, seguida claro está con audiencia de la contraparte (artículo 372 ibídem). Esta estricta reglamentación legal está demostrando la severidad de la institución de los términos judiciales, dentro de la cual únicamente circunstancias de gravedad extraordinaria autorizan de modo excepcional bien la suspensión inmediata o la retroacción integral. Y está bien que así haya proveído el legislador. Los términos perentorios en el juicio son la recíproca garantía de las partes, conservan el equilibrio del proceso, estimulan su pronta terminación y lo salvaguardian de asaltos y de atentados contra la clarificación del derecho que se está ventilando..... De ahí que la interpretación de la norma legal sobre términos deba guiarse por un criterio estricto, ajeno a la benignidad, pero acorde con la justicia"... Refiriéndose luégo a la sentencia de la Corte ya citada, agrega: "La Corte contempla términos como el de prueba y el de alegar en que por fuerza principalmente de la incertidumbre en que los interesados quedan de su vigencia cuando de la providencia que los señala se pide reposición, incertidumbre combinada con la sustracción del expediente de la disposición de ellos, es imposible jurídicamente contar el término desde la notificación del primer auto en caso de que el juzgador lo sostenga, porque en tal caso la imposibilidad física hace surgir la jurídica o legal. De manera que la teoría de la Corte no sirve para amparar la pretendida suspensión de términos durante el tiempo en que el expediente estuvo al despacho del magistrado para resolver el pedimento de la parte recurrente de avaluación de la cuantía. Pues la doctrina se cita y se aplica incompletamente, desvirtuando su verdadera significación, aludiendo únicamente al concepto aislado de que 'en los términos judiciales debe descontarse, por imposibilidad física, el tiempo en que por hallarse el expediente al despacho del juzgado se sustrae a la disposición de las partes. Bastaría cualquier pedimento de una de ellas durante el lapso en que el término está corriendo para que sustraído el expediente de la secretaría y puesto a la disposición del juez, el término se interrumpiese, una o cien veces, cuantas necesitara interrumpirlo la parte interesada en ello". (Auto, Sala de Casación Civil, XLVI, número 1932, febrero 18 de 1938).. 54, 1ª y 2ª, y 55, 1ª y 2ª.

TESTADOR

- 275 -

"Por ser la voluntad del testador la ley de su sucesión, en cuanto no se oponga al orden público ni buenas costumbres, la voluntad testamentaria rige por sobre toda otra norma, y el acatamiento de esa voluntad está consagrado por el artículo 1127 del C. C. Especialmente en los últimos tiempos la jurisprudencia y la doctrina se inclinan de una manera definitiva a dar prevalencia a la voluntad del testador, y aun a desentrañar

muchas veces esa voluntad, cuando no esté expresada de una manera exacta o clara, acudiendo a las normas de hermenéutica jurídica. El respeto hacia la última voluntad del testador determina una orientación hacia el reconocimiento legal de ella aun por sobre ciertas irregularidades o deficiencias, que no atañen, eso sí, a lo esencial para la validez del testamento. Esa es una de las razones por las cuales el legislador de 1890, en la ley 95, art. 11, modificó el rigor del artículo 1083 del C. C. y también por la razón apuntada los casos de anulación de testamentos son hoy más raros y más difícil la actuación para llegar a ese resultado". (Casación, XLVI, número 1932, febrero 3 de 1938) .....

TESTAMENTO

- 276 -

Habiéndose pedido la declaración de nulidad de un testamento por demencia de la testadora cuando lo otorgó, el Tribunal sentenciador la negó basándose en que "la falta de juicio en el momento es la que debe estar suficientemente probada". En casación dijo la Corte:

"Ciertamente no se advierte la equivocación del Tribunal al aplicar el artículo 1063 al caso del pleito. El adverbio 'actualmente' quiere decir que en el tiempo presente, es decir que en el día o en el momento en que se otorga el testamento, el testador debe estar en condiciones normales de juicio, en forma de tener voluntad y darse cuenta cabal del acto; lo cual excluye, como dice el Tribunal, la pérdida de la razón en época anterior o posterior al testamento, si en el acto de otorgar éste el otorgante gozaba del pleno uso de sus facultades mentales". (Casación, XLVI, número 1937, junio 13 de 1938).....

TESTAMENTO VERBAL

- 277 -

Para la validez del testamento verbal basta que el testador exprese claramente su intención de testar, sin que sea necesario que diga que su intención es la de testar VERBALMENTE. Por sí sola la circunstancia de haber un Notario en el mismo lugar del otorgamiento del testamento privilegiado verbal y la de hallarse aquél a la hora de éste en su despacho, no es óbice para la validez de ese testamento. (Casación, XLVI, número 1934, abril 8 de 1938) .....

Págs. 287, 1ª y 2ª

TITULO REGISTRADO

- 278 -

La suficiencia de un título registrado que en ciertos casos debe demostrar el registrador consiste en la demostración por parte de éste de que las inscripciones de los títulos que presenta para comprobar su calidad de dueño han sido canceladas y que la inscripción a su favor está vigente. (1) (Casación, XLVI, número 1932, diciembre 14 de 1937) .....

Págs. 42, 1ª y 2ª — 13, 1ª

TRADICION

- 279 -

"La manera como debe entregarse materialmente un cuerpo cierto, un inmueble determinado por sus linderos, está indicándola la misma naturaleza del bien, susceptible de aprehensión material. De una finca raíz hácese entrega material a otra persona poniendo a ésta en capacidad de gozar y usufructuar el inmueble, mediante el contacto material de la persona con la cosa. De ahí que cuando la finca está ocupada, previamente debe ser desocupada, a fin de allanar todo obstáculo para la ocupación del nuevo adquirente. Pero cuando no es ya un cuerpo cierto el objeto de la entrega sino la cuota parte de un inmueble, de consiguiente un derecho incorporal, de radicación aún incierta sobre el terreno, entonces no puede haber lugar a la entrega material, por ser imposible jurídicamente, bastando la tradición por el registro. La entrega de derechos en comunidad indivisa, cúmplese legalmente poniéndolo en posesión de los medios adecuados al ejercicio de los derechos que adquiere, cuales son: el de demandar la división como único medio

Págs. 638, 1ª

(1) Artículo 635, C. J.

Págs.

de determinar y concretar la extensión territorial de la cuota respectiva; el de obtener el nombramiento de un administrador para la comunidad, a fin de que ésta sea beneficiada conjuntamente para todos los comuneros; y el de pedirle a la justicia el señalamiento provisional de la porción determinada del bien común que el comunero tiene derecho a explotar en beneficio propio. Y para llegar a estos resultados es medio suficiente la entrega simbólica efectuada por el registro del título". (Casación, XLVI, número 1937, mayo 31 de 1938) ...

TRADICION DE COSA AJENA

- 280 -

"La sola circunstancia de que el comprador estime con o sin fundamento que el vendedor le trasmitió cosa total o parcialmente ajena, carece de trascendencia mientras el primero no sea inquietado por el supuesto dueño. Nuestra ley en el artículo 1871 del C. C. hace válida la venta de cosa ajena. Lo cual significa que el contrato es válido entre comprador y vendedor; por lo tanto, la tradición que se consume como consecuencia de ese contrato, también será válida entre las mismas partes, con esta salvedad empero: sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño no extinguidos por la prescripción..... De ahí por qué los artículos 1893, 1894 y siguientes del Código Civil limitan la obligación de saneamiento que tiene a su cargo el vendedor, a aquellos casos en que se trate de verdaderas acciones judiciales de terceros, encaminadas a disputarle el dominio al comprador por causas anteriores al contrato de venta". (Casación, XLVI, Nº 1937, mayo 31 de 1938) .....

TRANSACCION

- 281 -

Para que haya transacción, en el sentido estrictamente jurídico del vocablo, requiérese, según los dictados de la jurisprudencia universal, que los contratantes terminen una controversia nacida, o eviten un litigio que está por nacer, mediante el abandono recíproco de una parte de sus pretensiones, o la promesa que una de ellas hace a la otra de alguna cosa para obtener un derecho claro y preciso. (Casación, XLVI, número 1933, marzo 3 de 1938) (1) 120, 2ª

TRASLADO DE LIQUIDACIONES

- 282 -

Si el Fiscal de un Tribunal guarda silencio durante el término de la liquidación a que alude el artículo 553 del C. J., o no la objeta dentro de él, debe dictarse auto aprobatorio de ella, pues no les es dado a los jueces concederles a los agentes del ministerio público un tratamiento de excepción no autorizado por el legislador. El silencio del Fiscal en ese caso no equivale a una confesión. (Autos, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1938, abril 8 de 1938 y mayo 21 de 1938) (2) ..... 617, 1ª — 756, 1ª, 760, 2ª, 761, 1ª y 2ª

TRASLADO AL PROCURADOR EN LAS DEMANDAS DE INEXEQUIBILIDAD

- 285 -

Véase: Demanda de inexequibilidad. (Sentencia de la Corte Plena, de fecha 19 de mayo de 1938, G. J., número 1935, página 390, 2ª).

TRASLADO PARA PRESENTAR LA DEMANDA DE CASACION

- 284 -

En el traslado ordenado por el artículo 530 del Código Judicial debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 374 del mismo Código. (Auto, Sala de Casación Civil, XLVI, Nº 1936, mayo 18 de 1938) ..... 617, 2ª y 618, 1ª — 514, 2ª

---

(1) Artículo 2469 del Código Civil.

(2) Véase, además, la doctrina titulada: LIQUIDACION.

Págs.

TRIBUTOS

- 285 -

"Pagados los derechos de consumo o de otra clase con respecto a un artículo, quedan cumplidos por parte del propietario de él las exigencias y requisitos relativos a la tributación y las modificaciones que se hagan posteriormente a las tarifas no pueden afectarle". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVI, Nº 1933, febrero 22 de 1938) 178, 2ª

V

VENTA POR CABIDA

- 286 -

Vendido un terreno por cabida, corresponde al vendedor que está libre de las obligaciones que le competen derivadas del contrato, entre las cuales figura en primer lugar la de entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él, que a todo vendedor imponen los artículos 1880 y 1882 del Código Civil. En las acciones para la entrega del complemento de un terreno vendido por cabida, la prestación procede aun cuando se ignore la extensión exacta de la superficie dejada de entregar y retenida por el deudor. Basta saber que éste no entregó todo lo que debía, para que la justicia sancione el incumplimiento ordenándole en general la entrega conforme a lo estipulado. El artículo 1888 del Código Civil, a la vez que constituye una aplicación de las reglas generales sobre resolución del contrato en caso de incumplimiento, limita allí esa acción al evento del desistimiento contemplado por la disposición. En las ventas por cabida la resolución, que para tal eventualidad llama la ley desistimiento, no siempre es oportuna cuando el vendedor no cumple el contrato absteniéndose de entregar todo lo que prometió.

En lo referente al pago de perjuicios que se había demandado por la no entrega de la cabida declarada, dijo la Corte:

"El recurrente en casación impugna el derecho de esos perjuicios con base en el texto literal del artículo 1888; dice que el artículo los reconoce únicamente en el caso de que la acción sea la de desistimiento. En los demás casos no los reconoce el artículo, el cual tiene un carácter especial. Si para todos los casos de los artículos 1888 y 1889 del C. C. rigieran los principios generales sobre incumplimiento de los contratos y perjuicios, qué necesidad tenía el legislador de hablar de perjuicios en uno solo de los casos de dichos artículos?, se pregunta el recurrente. Esto explica por qué la acción es sólo en el caso de que se adopte por el comprador el camino de desistir del contrato. Para la Corte la observación es inadmisible. En equidad y justicia tanto derecho tiene a la indemnización de perjuicios el comprador que opta por desistir del contrato de compraventa, en el caso de la disposición citada, como el comprador que pide la entrega, el completo de la cabida; en uno y en otro caso al comprador se le causan perjuicios positivos. El que desiste, porque en razón de la culpa del vendedor se ve frustrado en el fin que persiguió celebrando la compraventa; y el que demanda la entrega de la cabida que le falta, a causa de la mora del obligado que le impide durante la mora disfrutar y aprovechar de los productos de esa porción, la cual mientras tanto continúa reteniendo y aprovechando indebidamente el comprador. Luego no se ve por qué razón extraña, el artículo 1888, en presencia de dos fuentes ambas igualmente fecundas como generadoras de perjuicios, le reconozca virtud legal de producirlos a una con desapercibimiento y exclusión de otra, autorizando además en el caso de la exclusión un auténtico enriquecimiento sin causa en favor del vendedor en mora. Este contrasentido legal es posible a la luz de la estrecha interpretación de los textos. Hay principios generales que sancionan con el pago de perjuicios la mora de una de las partes contratantes en el cumplimiento de sus obligaciones: artículos 1546, 1603 y 1610 del C. C. En el contrato de compraventa estos principios repítense en los artículos 1882, 1930, etc., de la misma obra, entre otros. Empero, el legislador hace esta repetición, más con el áni-

Págs.

Págs.

mo de acentuar en cada caso la necesidad del pago de perjuicios que con el de derogar la regla general, dándole carácter especial en las regulaciones en que a ella se aluda. Devolviéndole el argumento al recurrente, podría afirmarse que si el hecho de que la ley en situaciones particulares hace aplicación expresa de un principio general por ella misma consagrado para situaciones semejantes a la contemplada, debiera interpretarse como la derogatoria de la regla general y la limitación de su alcance normativo apenas a aquellas regulaciones especiales que de manera expresa la apliquen y consagren, qué objeto tendrían entonces las reglas generales? La regla general tiene precisamente por objeto suplir los vacíos en que el legislador incurre generalmente por la imposibilidad para comprenderlo y abarcarlo todo con mandatos especiales. Es la luz que directa o indirectamente proyecta sus rayos sobre determinado orden de cosas y con la cual el juzgador debe iluminarse al intentar la solución de los conflictos emanados de la colisión de los intereses de terceros; luz que destinada a aclarar el criterio del juez sirve para proteger todos aquellos derechos merecedores por su respetabilidad e importancia, de amparo. En presencia pues de la regla general contenida en las disposiciones ya citadas sancionadoras de la mora o del incumplimiento de las obligaciones contractuales, no es posible dejar de sancionar con el pago de perjuicios el retardo injustificado del vendedor en completar la cabida total del predio vendido, frente a la acción judicial del comprador encaminada a compelerlo a entregar todo lo que fue materia de la venta y que en todo o en parte retiene. Esa falta de sanción conduciría prácticamente a fomentar la renuencia del vendedor a darle ejecución al contrato, autorizándose de esta manera, como ya tuvo ocasión de apuntarse, un clásico enriquecimiento sin causa, vedado y perseguido en toda sana legislación". (1). (Casación, XLVI, Nº 1934, abril 29 de 1938). ..... 330, 1ª y 2ª

(1) Es ésta una doctrina sentada ya en la sentencia de instancia.

Págs.

VEREDICTO

- 287 -

Cuando se ha declarado notoriamente injusto un veredicto, la sentencia del juez de derecho tiene que fundarse en la decisión del segundo jurado, sin pretender armonizarla con la del anterior, pues debe desecharse la posibilidad de atribuírle vigencia, aun cuando seo de modo implícito, al primer veredicto, ya que la declaración de injusticia notoria lo pone, jurídicamente hablando, al margen del proceso. Cuando el veredicto contiene explicación, el juez de derecho está en el deber de examinar y analizar el valor de ella. No toda explicación que el juzgado agregue al veredicto modifica sustancialmente el sí con que afirma la responsabilidad del procesado; para que pueda modificarlo se necesita que los términos de la explicación y el concepto que ella entrañe no sean jurídicamente innocuos. (Casación, XLVI, Nº 1933, febrero 14 de 1938) ..... 146, 2ª, y 147, 1ª y 2ª

VEREDICTO EVIDENTEMENTE CONTRADICTORIO

- 288 -

Constituye veredicto evidentemente contradictorio aquel que en su primera parte acepta la responsabilidad del acusado como autor de un homicidio voluntario, y en la segunda lo declara irresponsable de ese mismo homicidio, puesto que le da una justificación legal a su acto, toda vez que no se puede ser al mismo tiempo responsable, en el sentido legal, de la muerte de otro hombre, y al mismo tiempo irresponsable, en sentido jurídico, de ese hecho. El veredicto hallado evidentemente contradictorio, puede, en ocasiones, haber creado una situación en que sea procedente que la Corte misma reemplace el fallo invalidado por el suyo propio, sustitutivo de la sentencia casada, o que en otras lo contradictorio indique como necesario y justo que esa contradicción se resuelva o aclare por un nuevo jurado, que es quien conforme a las prescripciones de la ley, está en capacidad de discriminar circunstan-

Págs.

cias que al traducirse en un veredicto, mal concretadas o mal apreciadas, le hacen en lo literal o en su alcance, contradictorio o al menos ambiguo. (Casación, XLVI, número 1937, julio 11 de 1938). ..... 675, 1ª y 2ª

VIGILANCIA A QUE TIENEN DERECHO LOS SOCIOS DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS SOBRE LA GESTION ADMINISTRATIVA DE SUS MANDATARIOS

- 289 -

Véase: SOCIEDAD ANONIMA.

Págs.

(Casación del 21 de julio de 1938, G. J., número 1938), páginas 733 y siguientes.

VOLUNTAD DEL TESTADOR

- 290 -

Véase: TESTADOR. (Casación del 3 de febrero de 1938, XLVI, número 1932, página 42, 1ª y 2ª).

TABLA

de las disposiciones constitucionales legales, y administrativas interpretadas, citadas o aludidas por la Corte en el presente Tomo XLVI

CONSTITUCION NACIONAL DE 1886

Artículos.	Números.
90	80
149	80

CONSTITUCION DE 1936

22	4, 155
26	155
38	76, 77
45	77
69	63
79	216
83	80, 216
113	216
114	216
115	63, 77, 216
139	116, 245
149	154, 216
186	216
195	216

ACTO LEGISLATIVO Nº 3 de 1910

4º	172, 214
57	187
58	187

ACTO LEGISLATIVO Nº 1º DE 1921

—	34

CODIGO CIVIL

4º	47
6º	98
16	263
28	216
85	10
472	158
633	245
756	234
762	238
768	205, 206
769	205
779	120
892	17
946	241

CODIGO CIVIL

(Continuación)

Artículos.	Números.
949	240
962	112
964	112
967	9
981	207
1014	25
1019	25
1063	276
1077	158
1083	275
1094	158
1127	275, 143
1136	25
1147	25
1388	108
1393	192
1394	192, 194
1395	113
1494	247
1501	77
1502	63, 266
1519	214
1521	98, 205, 214
1525	214
1546	189, 286
1548	57
1600	136
1602	63, 127
1603	127, 286
1604	127, 247
1608	138
1610	75, 286
1617	136, 137
1618	127, 143
1622	143
1636	96 bis, 98
1687	174
1690	174
1693	174
1740	170, 266
1741	70, 266
1741	214
1751	217
1757	75, 234
1760	119
1761	94
1871	266, 280
1882	286
1888	286

CODIGO CIVIL

(Continuación)

Artículos.	Números.
1889	286
1893	280
1894	280
1930	46, 189, 286
1931	189
1935	189
1936	189
1937	189
1938	189
1939	189
1940	189
1941	189
1942	189
1944	189
1945	189
2081	268
2083	162,243
2087	265
2097	265
2105	265
2108	265
2142	165
2177	165
2341	2, 247, 250
2347	250
2356	247, 250, 252
2373	111 bis
2434	119
2435	119
2442	120
2463	18
2467	18
2469	10, 281
2488	98, 265, 266
2577	119
2594	160
2637	119, 205
2673	234

CODIGO DE COMERCIO

9º	159
18	159
20	159
27	159
28	159
182	77
334	77
469	235

CODIGO DE COMERCIO

(Continuación)

Artículos.	Números.
470	235
472	235
475	243
493	265, 268
517	265
518	265
537	265
538	162, 264, 266
539	162, 264
540	162, 243, 264, 265
541	162, 264
542	162, 264
543	162, 264
576	8
580	93
586	263
587	263
633	265

CODIGO PENAL DE 1890

29	30, 47
289	116
290	116
528	212
587	47
591	47
600	47, 152
602	123
608	152
614	4
615	30
645	118
683	114
771	255

CODIGO JUDICIAL DEROGADO

146	9
147	9
260	9
653	168

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CRIMINAL

1512	114
1819	147

CODIGO JUDICIAL ACTUAL

2º	212
18	164
33	19
36	55
82	21
84	21
142	218
152	10
159	216
173	245
175	245
176	245
202	9
203	200
204	21

CODIGO JUDICIAL ACTUAL

(Continuación)

Artículos.	Números.
205	73
206	71, 73
208	10, 83, 210
212	158
233	51, 158
235	10
252	245
255	10
256	10
260	10
261	10
265	10
266	10
274	98
283	256
294	98
309	173
310	173
322	99, 169
327	14
329	107
332	124, 126
350	13
351	11, 12, 13, 14
358	10
360	10
366	274
367	13
370	274
372	274
374	284
424	54
425	54
448	158
449	176
450	124
455	10
457	124
461	10, 83
462	84
464	2, 84
472	14, 39
473	158
474	4, 158
475	158
480	202
488	124
494	44
519	45, 46, 72, 221
520	39, 46, 102, 104, 124
530	284
531	46
537	68
538	4
553	161, 282
575	2, 213
600	28
610	10
625	10
626	10
632	95
636	95, 119
637	94
705	10, 89, 200, 219
708	200
709	200
716	89, 200, 218
720	88, 92, 200, 218
721	89, 90, 91, 168, 200, 218

CODIGO JUDICIAL ACTUAL

(Continuación)

Artículos.	Números.
	218
722	91, 218
723	91, 218
724	213
728	213
757	45
797	10
799	10
862	86
870	221
964	10, 192
965	192
982	97
997	97
1026	69
1029	69
1050	55
1060	55
1079	10
1204	213
1205	213
1206	223
1208	10
1209	10
1210	10
1212	10
1214	10

CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL

5º	216
59	173
109	187
111	187
122	187
169	214
171	214

CODIGO FISCAL DE 1912

41	63

CODIGO DE MINAS

35	170
59	171
61	171
63	171
64	171
91	179

LEYES ESPECIALES

LEY 68 DE 1870

8º	63
9º	63

LEY 57 DE 1887

34	2
38	98
43	98
113	4

LEYES ESPECIALES

(Continuación)

LEY 57 DE 1887.

Artículos.	Números.
264	21, 179, 180
265	179, 180, 269

LEY 62 DE 1887

5º	250

LEY 153 DE 1887

2º	154
3º	154
8º	200
95	146

LEY 149 DE 1888

—	214

LEY 95 DE 1890

11	275
15	214
42	98

LEY 100 DE 1892

63	248

LEY 169 DE 1896

39	4
48	74

LEY 42 DE 1898

2º	235

LEY 29 DE 1905

—	195
3º	197

LEY 39 DE 1909

—	230
1º	231
3º	228

LEY 88 DE 1910

54	214

LEY 114 DE 1913

1º	196

LEY 130 DE 1913

93	55

LEY 13 DE 1915

2º	63
3º	63

LEY 57 DE 1915

6º	257

LEYES

ESPECIALES

(Continuación)

Artículos.	Números.
LEY 71 DE 1917	
—	31
LEY 53 DE 1918	
4º	77
LEY 76 DE 1920	
—	247
4º	247
5º	247
LEY 85 DE 1920	
2º	31
LEY 92 DE 1920	
9º	4
LEY 37 DE 1921	
1º	257
2º	257
LEY 32 DE 1922	
3º	257
6º	257
7º	257
LEY 104 DE 1922	
—	74
24	114
33	21, 178
35	21, 178
LEY 1ª DE 1923	
3º	269
LEY 9ª DE 1923	
1º	63
LEY 12 DE 1923	
—	34
LEY 20 DE 1923	
8º	128
LEY 45 DE 1923	
104	50
LEY 46 DE 1923	
30	146
55	146
59	146
60	146
61	146

LEYES

ESPECIALES

(Continuación)

Artículos.	Números.
LEY 88 DE 1923	
7º	34
11	34
16	34
LEY 103 DE 1923	
743	168
LEY 68 DE 1924	
—	33
LEY 34 DE 1925	
3º	34
LEY 61 DE 1925	
—	33
LEY 75 DE 1926	
—	33
LEY 77 1926	
3º	63
LEY 49 DE 1927	
1º	33
2º	33
LEY 89 DE 1927	
—	33
LEY 25 DE 1928	
14	85
29	187
LEY 88 DE 1928	
15	34
18	34
20	34
LEY 99 DE 1928	
—	33
LEY 116 DE 1928	
—	198
5º	198
LEY 124 DE 1928	
—	33
LEY 45 DE 1930	
—	190
1º	189
2º	189

LEYES ESPECIALES

(Continuación)

Artículos.	Números.
LEY 47 DE 1930	
2º	34
LEY 60 DE 1930	
8º	164
LEY 28 DE 1931	
39	235
LEY 29 DE 1931	
2º	15, 16, 245
LEY 37 DE 1931	
8º	63, 150
31	233
35	233
42	157
49	63
LEY 52 DE 1931	
1º	31
LEY 57 DE 1931	
—	33
LEY 81 DE 1931	
12	244
LEY 86 DE 1931	
1º	76
2º	76
3º	76
4º	76
5º	76
6º	76
7º	76
8º	76
LEY 106 DE 1931	
—	63
LEY 118 DE 1931	
3º	29, 47, 49, 179

LEYES ESPECIALES

(Continuación)

Artículos.	Números.
LEY 42 DE 1933	
—	196
LEY 10 DE 1934	
14	168
LEY 67 DE 1935	
15	153
16	153
LEY 73 DE 1935	
6º	263
LEY 78 DE 1935	
—	244
1º	154
LEY 83 DE 1935	
6º	155
LEY 48 DE 1936	
—	226
LEY 63 DE 1936	
40	168
55	262
LEY 87 DE 1936	
11	78
LEY 96 DE 1936	
2º	77
LEY 152 DE 1936	
5º	63
LEY 48 DE 1937	
1º	154

DECRETOS

DECRETO NUMERO 223 DE 1932	
2º	1
3º	1
4º	1
5º	1
9º	170
16	63
DECRETO NUMERO 1264 DE 1935	
4º	77
DECRETO NUMERO 1315 DE 1936	
—	52
DECRETO NUMERO 251 DE 1937	
—	63
RESOLUCION EJECUTIVA Nº 87 DE 1928	
7º	128
RESOLUCION DE LA CONTRALORIA Nº 86 DE 1928	
—	56
—	169

CODIGOS EXTRANJEROS

CODIGO CIVIL FRANCES	
1134	127
1150	127
1156	127
1382	2
CODIGO CIVIL ITALIANO	
1151	2
1225	127
CODIGO CIVIL SUIZO	
53	4

INDICE ALFABETICO

A

Págs.

Aaron & Jacob Low Beer's Sohnne contra The Anglo South American Bank. Ordinario por pesos. 306
Acevedo B. Pablo L. contra el Banco Agrícola Hipotecario. Ordinario sobre revisión de un juicio ejecutivo. 137
Acuerdo sobre cambio de radicación de la causa que se adelantaba contra Alberto Lotero en el Juzgado 1º Superior de Cali 69
Administración de los Ferrocarriles Nacionales contra The Barranquilla Railway and Pier Company, Limited. Ordinario. 375
Alvarez Mariano contra Marcelino Alvarez y otros. Acción de dominio. 426
Angel Alejandro e Hijo contra la Compañía Colombiana de Tabaco. Ordinario sobre nulidad de una cláusula testamentaria. 730
Arana Nicolás y Luis Eduardo Varela. Heridas. 77
Arango G. Eduardo. Pensión 179
Arango José Luis contra la "Bolsa de Bogotá, S. A." Ordinario sobre nulidad de una sociedad, de una liquidación, etc. 718
Arbeláez Gonzalo y otros contra Elisa Molina de Arbeláez y la Beneficencia de Cundinamarca. Ordinario sobre interpretación de una cláusula testamentaria. 41
Arbeláez Ricardo contra Heliodoro Vargas y otros. Ordinario de reivindicación. 619
Arboleda María Josefa. Pensión 363
Arciniegas Benjamín. Pensión 749
Arciniegas Mercedes. Pensión 352
Ardila Elisa y socias contra Elisa Nieto de Torres. Ordinario sobre resolución y rescisión 553
Arias Yepes Miguel A. Pensión 364
Ayala Manuel Salvador y Petronila Ruiz. Sucesión. Objeciones a la partición. 288
Atehortúa José J. contra la sucesión de Enrique Rendón. Ordinario sobre pago de una suma de pesos.... 412
Atuesta Horacio contra J. M. Rivera y Cía. y otros. Recurso de hecho.. 34

B

Págs.

Banco Francés e Italiano contra Carlos de la Espriella. Ejecutivo..... 777
Barbés Francisco contra la United Fruit Company. Ordinario por perjuicios. 275
Benavides Guerrero Gonzalo contra el Departamento de Nariño. Ejecutivo. 349
Bernal Régulo. Pensión 355
Bustamante Asunción y Petrona contra The Santa Marta Railway Co., Ltd 560

C

Cabrera Juan C. contra la Nación. Se declara nulo lo actuado en ese juicio. 769
Calderón Lucía. Pensión 746
Calero de Páramo Dolores contra Pablo Antonio Orejuela. Ordinario por perjuicios. 324
Callejas Clímaco y Concepción Quintero de Callejas contra la Compañía Lebrija, S. A. Ordinario sobre resolución de un contrato 609
Camacho Pedro T. contra Ramón Camacho. Ordinario de reivindicación. 316
Cancino Junio E. contra Abelardo Toledo. Ordinario de reivindicación... 625
Cardona Jesús Antonio contra Pedro Pablo Rodríguez. Ordinario. Suspensión del juicio en espera del fallo en el juicio criminal contra el demandado. 51
Cardona S. Jesús A. contra Pedro Pablo Rodríguez. Ordinario sobre declaración de falsedad de unos documentos. 203
Carmona Zoila Rosa contra Pedro José Sierra. Ordinario sobre resolución de unas hipotecas, nulidad de remates, etc. 724
Castillo Klinger Raúl. Causa por mala conducta como Juez 150
Castro e Hijo y Jesús Gaviria contra el Departamento de Caldas. Incidente sobre exhibición de libros 167
Cataño O. Miguel A. Pensión 178
Centeno Dominga contra José del Carmen Martínez. Separación de bienes. 663

Págs.

Cerquera María del Carmen. Infanticidio. 81
Cifuentes de Fernández María. Pensión. 356
Cifuentes Juan de la Rosa contra Isabel Chica. Ordinario. Deserción del recurso de casación 115
Cock Víctor. Recurso de reposición en el especial sobre cancelación de una marca de fábrica. 249
Colorado Orobio José María. Causa por asesinato y robo. 338
Comuneros de "Peñas Blancas" o "Caballorrucio". Acción de lesión enorme de la partición 281
Contreras Juan Hilarión y otros contra Cornelia Sarmiento v. de Contreras. Ordinario sobre declaración de existencia de un contrato y sobre otros puntos. 46
Cortés José Miguel contra Roberto París Gaitán. Ordinario sobre resolución de un contrato. 228
Cubillos Eulogio contra Pedro Chedraue. Ordinario sobre nulidad y otros puntos. 433
Cuéllar Durán Milcíades contra Fernando Wehdeking. Ordinario sobre oposición a la adjudicación de una mina. 640

Ch

Chavez Max contra la Sociedad Minera "El Canadá" y "La Sonrisa". Ordinario sobre posesión de una mina. 403

D

Decreto número 1,264 de junio de 1935, "por el cual se aprueban las tarifas para las empresas de navegación del Bajo Magdalena, en desarrollo de la Ley 53 de 1918 y del Decreto número 1,451 de 1935.... 108
Decreto número 450 de 25 de febrero de 1937, acusado como inconstitucional. 510
Decreto número 191 de 26 de enero de 1937, acusado como inconstitucional. 105
Delgado Luis Alfonso. Fuerza y violencia. 80
Departamento de Antioquia contra Abraham Zuluaga. Ordinario sobre restitución de un terreno. 91
Departamento del Atlántico contra Francisco García & Hermanos. Ejecutivo. 177

Págs.

Departamento de Caldas contra Ana González v. de Arango. Ejecutivo. Excepciones. 450
Departamento de Cundinamarca contra Aníbal Arenas y otros. Ejecutivo. 354
Departamento del Tolima contra la Compañía Colombiana de Tabaco y otros. Ordinario por pesos 83
Díaz R. Delfino. Responsabilidad por la fuga de un preso. Se sobresée temporalmente, confirmando el sobreseimiento. 344
Díaz Juan C. y Teófila Santos de Díaz contra Reinaldo Melo. Ordinario de oposición a un deslinde 657
Díez D. José María. Pensión 359
Dorado Luis contra Neftalí Rojas. Ordinario sobre pago de una suma de pesos. 116

E

Echeverri Rosendo y socia contra Pablo Villegas. Ordinario por perjuicios. 210

F

Ferrocarril de Cúcuta contra la Nación. Ordinario. 373

G

Galeano Lisandro. Causa por heridas. 343
Garcés Luis H. contra la Compañía Minera Chocó-Pacífico. Ordinario sobre pago de servicios médicos... 416
García José María. Sobreseimiento en relación con el ejercicio de sus funciones de Juez en el Juzgado de Circuito de Garagoa 71
García de Mantilla Rufina y otros contra Félix J. Mantilla y la sociedad "Mantilla y Compañía". Ordinario sobre nulidad de un contrato, restitución de bienes, etc. 125
Gautier Charles contra Francisco E. Dávila. Ordinario sobre reivindicación. 264
Gómez Víctor J. contra José Manuel Acevedo R. Deserción del recurso de casación. 19
González R. Enrique contra Tulia Puerta v. de Velasco y sus menores hijos. Desistimiento. 547
González M. Ramón L. contra el Departamento del Tolima. Ejecutivo.. 739
González M. Ramón L. contra el Departamento del Tolima. Aprobación de una liquidación 754

H

Págs.

Henao Clímaco, Julia, Leonor, Luisa y Teresa contra Pedro Díaz Granados. Ordinario sobre pago de perjuicios. 727
Hernández Rodolfo. Causa por heridas. 442
Herrera D. Ramón. Causa por homicidio. 336
Hoyos Ezequiel y Rafael Navia. Ordinario. 514

I

Iglesia del Fesno contra Laura García v. de Pareja. Ordinario sobre pago de un legado 630
Infantino Vicente. Recurso de revisión. 670

J

Jaramillo Manuel Salvador. Sucesión. Recurso de hecho 111
Jaramillo Gregorio contra el Departamento de Boyacá. Ordinario sobre cumplimiento de un contrato 453
Jaramillo Gregorio contra el Departamento de Boyacá. Ordinario sobre cumplimiento de un contrato 578
Jaramillo Pérez Lorenzo contra la curia de Medellín. Ordinario sobre nulidad de un testamento 636
Jiménez Alfonso Antonio. Pensión... 774
Jiménez Cipriano Antonio contra la sentencia del Tribunal de Medellín en el ordinario del recurrente contra Juan Lalinde y otros 274
Jiménez Jaramillo Obdulio. Pensión.. 781

L

La Nación (Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Rafael Ospina y Santiago Giraldo. Excepciones en ejecutivo 171
La Nación (Administración de Hacienda Nacional de Santa Marta) contra Enrique Orozco 176
La Nación (Juzgado Nacional de Cali) contra Ernesto Sarasti. Ejecutivo. 180
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Roberto Llaña. Excepciones en ejecutivo... 347
La Nación (Recaudador de Hacienda Nacional de Facatativá) contra Arturo Aldana. Ejecutivo 350

Págs.

La Nación (Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca) contra Obdulio Robayo. Excepción en ejecutivo. 353
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Honda) contra The Dorada Railway Company, Limited. Ejecutivo. 358
La Nación (Administración de Hacienda Nacional de Cartagena) contra The Colombian Railway & Navigation Co., Ltd. Ejecutivo..... 361
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Francisco Clement, Tulia Giraldo, Belisario Correa, Amelia y Rosa Correa. Ejecutivo. 363
La Nación contra Ana Lucía Palacios de Ruiz. Excepciones 367
La Nación (Recaudador de Hacienda Nacional de Salamina) contra Julio Vásquez G. Ejecutivo 449
La Nación contra The Andian National Corporation. Ordinario sobre pago de un impuesto 469
La Nación (Inspección Seccional de Rentas de Barranquilla) contra The Colombian Railway & Navigation Co., Ltd. 751
La Nación contra Aurelio Rueda Acosta y Jorge Moya Vásquez. Ejecutivo. 752
La Nación (Juez de Ejecuciones Fiscales) contra José María Herrera. Ejecutivo. 775
La Nación contra Víctor, Joaquín y Ricardo Castaño. Ordinario sobre petición de declaración de baldío de un terreno excedente en una adjudicación. 783
León de Coronel María de la Cruz. Pensión. 780
Ley 67 de 1935 acusada como inconstitucional en el parágrafo del artículo 15 y en su artículo 16..... 7
Ley 78 de 1935 acusada como inconstitucional en su art. 1º, ordinal 4º. 386
Ley 83 de 1935, acusada en su artículo 6º, sobre expropiación..... 192
Londoño Peláez Arturo contra Deyanira Angel de Uribe. Ordinario sobre perjuicios 255
Low Beer's Sohne Aaron & Jacob contra "The Anglo South American Bank". Ordinario por pesos..... 306

M

Maguin Georges contra Rafael y Enrique Iregui C. Ordinario sobre pago de una suma de pesos..... 566

Págs.

Mahecha Eva de Basto contra Francisco Guzmán y otros. Admisión del recurso de hecho 54
Maldonado Luis Felipe y otros contra el Municipio de Bogotá. Ordinario sobre perjuicios 56
Maldonado José Alberto y otros contra la Nación. Ordinario sobre rescisión de un contrato 174
Maldonado José Alberto y otros contra la Nación. Ordinario..... 786
Martínez Fidel. Causa por homicidio. 443
Martínez Pereira Rafael. Sobreseimiento confirmado 345
Martínez Victoriano contra Clímaco Ríos. Ordinario sobre reivindicación 647
Medina Isaac o Isaías. Causa por asesinato, robo y hurto..... 155
Mejía de Acosta Petronila. Revisión de una sentencia proferida en el juicio de nulidad del testamento verbal de Félix A. Garcés..... 223
Mejía Clímaco contra el Departamento de Cundinamarca. Ordinario sobre devolución de lo pagado por impuestos 742
Mejía Guillermo contra Antonio J. Mejía. Ordinario sobre liquidación de una sociedad y rendición de cuentas 262
Mendoza Bonilla Augusto. Sobreseimiento definitivo en las diligencias que se le adelantaron como Magistrado del Tribunal Administrativo de Cúcuta 576
Monroy Marco A. Pensión..... 745
Mora Aristides. Concurso de acreedores. Recurso de hecho..... 655
Mora Ponciano contra Joaquín Mora G. Recurso de hecho..... 410
Motta Justiniano. Uxoridicio 339
Múnera Joaquín E. Pensión..... 750
Municipio de Bogotá contra la Nación. Ordinario sobre resolución de unos contratos 374
Municipio de Cisneros contra Rafael Piedrahita. Ordinario. Desistimiento 712
Municipio de Tuluá contra la Compañía del Mercado Cubierto de Tuluá. Ordinario sobre nulidad de un contrato 294
Muñoz Juan Evangelista. Causa por homicidio y robo 162
Muñoz Leal Antonio. Causa por homicidio 664

N

Neira Cornelio contra Justo P. Blanco y Argemiro Blanco. Ordinario sobre reivindicación 251
Nieto Jorge E. contra los herederos de Pedro P. Caicedo. Ordinario sobre pago de una deuda que tuvo su origen en el juego..... 314

O

Obispo de Tunja y Marceliano Pulido R. contra el Municipio de Samacá. Aclaración de una sentencia..... 19
Ordóñez Eugenio contra Jorge E. Vanegas. Ordinario. Recurso de hecho 114
Ordóñez Miguel contra Alejandro Campos. Ordinario sobre nulidad de un testamento 283
Ordóñez Juan de Dios contra el Municipio de Villeta. Ordinario de reivindicación 713
Ortiz Eusebio contra Alberto y Mariela Rivera. Ordinario de reivindicación 10
Osorio G. Ana Francisca. Pensión.... 357

P

Palacio Angel María. Juicio militar.. 165
Paredes Rafael. Recurso de casación admitido en el ordinario que le seguían José María y Manuel Navarrete 16
Parrado G. Luis María. Causa por los delitos de que trata el Libro II, Título X, Capítulo V, del Código Penal 157
Patiño José Manuel. Pensión..... 169
Peña Desiderio. Homicidio 148
Peña O. Francisco y Elena Cortés de Peña contra Absalón Díaz y otros. Desistimiento del recurso de casación 45
Pinzón Luis Felipe. Causa por asesinato 335
Pinzón Ricardo contra la sucesión de Francisco Serrano. Ordinario sobre liquidación de una sociedad..... 397
Prieto Alfredo contra la sucesión de Cristóbal Rodríguez. Ordinario sobre resolución de un contrato. Recurso de hecho 429
Prieto Berrío Eugenio. Pensión..... 748
Proyecto de ley por la cual se dispone que los empleados subalternos de las Fiscalías de los Tribunales y Juzgados Superiores sean de libre nombramiento y remoción de los Fiscales respectivos, objetado por el Gobierno como inconstitucional 389
Pulido R. Marceliano y Obispo de Tunja contra el Municipio de Samacá. Aclaración de una sentencia..... 19

Q

Págs.

Quevedo v. de Peña Leonor contra Elena Peña de Isaza. Especial sobre cancelación de una marca de fábrica 44
Quiñones Domiciano y María Olarte de Quiñones contra la Nación. Ordinario sobre pago de perjuicios.... 677

R

Ramírez Custodio y Luisa Portilla de Ramírez. - Sucesiones acumuladas. Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de la partición.. 321
Rangel Mercedes. Pensión 364
Rey Espinosa Vicente. Causa por homicidio 74
es Castillo Antonio. Prescripción de la acción penal como Secretario del Tribunal Superior de Tunja por delito de responsabilidad 575
Rincón José del C. Recurso de revisión 73
Rincón Nemesio como presidente de la sociedad minera de El Canadá y La Sonrisa, contra Max. Chaves. Ordinario sobre oposición al denuncio de una mina 240
Rivas Federico y otros contra Juan Bautista Blanco y otros. Ordinario sobre nulidad de una división y sobre restitución de bienes..... 225
Rocha Uldarico y María C. Mejía de Rocha contra The Santa Marta Railway Company Limited. Ordinario sobre perjuicios 268
Rodríguez Virgilio y Agripina Gamboa de Rodríguez contra Dictinio Melo. Ordinario sobre reivindicación 22
Rodríguez Pedro Pablo contra F. Bravo & Co. S. A. Ordinario sobre nulidad de un contrato, etc..... 523
Rojas Angel María. Causa por homicidio y heridas 72
Rojas Angel María. Recusación a un Magistrado del Tribunal 447
Rojas Eusebio contra Aquilino Soto. Ordinario sobre nulidad de unas hipotecas 547
Rojas Heliodoro contra Ricardo y Lorenza Tirado Macías. Ordinario. Recurso de hecho..... 726
Rojas R. Joaquín. Pensión..... 351
Rojas Pérez Timoteo. Homicidio..... 146
Roldán Otilio. Causa por homicidio.. 671

S

Salvamento de voto del Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán en la sentencia proferida en el juicio ordinario promovido por Gregorio Jaramillo contra el Departamento de Boyacá sobre cumplimiento de un contrato 594
Salvamento de voto del mismo en la sentencia del juicio promovido por Domiciano Quiñones y otra contra la Nación, sobre pago de perjuicios 693
Salvamento de voto del mismo en la sentencia por la cual se declaró la nulidad de lo actuado en el juicio ordinario de Juan Cabrera contra la Nación 771
Salvamento de voto del Magistrado doctor Ricardo Hinestrosa Daza a la sentencia por la cual se declaró inexequible una parte del artículo 4º del Decreto Nº 1264 de junio de 1935 110
Salvamento de voto del Magistrado doctor José Antonio Montalvo a la sentencia proferida sobre la Ley 83 de 1935 196
Salvamento de voto del Magistrado doctor Miguel Moreno Jaramillo en el recurso de hecho intentado por Horacio Atuesta en el juicio contra J. M. Rivera y Cía. y otros..... 38
Salvamento de voto del Magistrado doctor Juan Francisco Mújica a la sentencia por la cual se declaró inexequible una parte del artículo 4º del Decreto Nº 1264 de junio de 1935 110
Salvamento de voto del Magistrado doctor Hernán Salamanca en el mismo asunto anteriormente relatado.. 110
Salvamento de voto del mismo Magistrado en la sentencia proferida en el juicio promovido por Rosendo Echeverri y socia contra Pablo Villegas, sobre perjuicios 217
Salvamento de voto del mismo Magistrado en la sentencia proferida en el juicio ordinario seguido por José Miguel Cortés contra Roberto París Gaitán, sobre resolución de un contrato 234
Salvamento de voto del mismo Magistrado en el recurso de hecho intentado por Horacio Atuesta en el juicio contra J. M. Rivera y Cía. y otros 38
Salvamento de voto del Magistrado doctor Eleuterio Serna en la sentencia proferida sobre la Ley 83 de 1935 198
Salvamento de voto del Magistrado doctor Arturo Tapias Pilonieta en el recurso de hecho intentado por Horacio Atuesta en el juicio contra

Págs.

J. M. Rivera y Cía. y otros..... 38
Salvamento del mismo Magistrado en la sentencia proferida sobre la Ley 83 de 1935 202
Salvamento del mismo Magistrado en la sentencia proferida en el juicio ordinario promovido por José Miguel Cortés contra Roberto París Gaitán, sobre resolución de un contrato 234
Sepúlveda José del Carmen. Causa por homicidio 153
Serrano de Gómez María Antonia contra Alfonso Salcedo Salgar. Ordinario sobre declaración de extinción de un contrato de hipoteca..... 332
Síndico del Impuesto de Herencias, Asignaciones y Donaciones de Bogotá contra la sucesión de Lastenia v. de Peña. Recurso de hecho..... 747
Skükel Ludwig contra la sucesión de Carlos Balén. Se declara ejecutoriada la sentencia recurrida..... 283
Suárez de Pardo Mercedes contra Pedro León Bermeo. Ordinario sobre revisión de una sentencia de división 208
Suescún Luis Loreto. Sobreseimiento definitivo en los cargos que se le hicieron como Juez de Circuito.... 156

T

Torres Ana Ceferina contra Moisés Torres A. y Cecilia López. Ordinario sobre nulidad de una escritura y de una cancelación 64
Torres Angel María contra el Ferrocarril del Nordeste. Ordinario por perjuicios 515
Torres José. Causa por Homicidio.... 340
Torres Triana Domingo. Pensión..... 782

U

Uricoechea Clavijo Sara. Pensión.... 365

V

Valdivieso José María contra la sucesión de Augusto Rojas. Ordinario sobre exclusión de bienes de un inventario y sobre otros puntos..... 30
Varela Luis Eduardo y Nicolás Arana. Heridas 77
Varela Carlos contra The Liverpool & London Globe Insurance Co. Limited. Ordinario. Desistimiento..... 718
Velásquez Adolfo. Causa por homicidio 149
Victoria Salustio contra la Nación. Ordinario. Excepción 766

Z

Zambrano Balvino. Causa por delito contra empleados públicos 441